

Código Penal Militar y Policial

Ley 1407 de 2010

**Estudios jurisprudenciales y análisis
de los elementos normativos**

Esta obra, de propiedad de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, fue elaborada en el año 2021, bajo la dirección del Doctor *FABIO ESPITIA GARZÓN*, por la Mayor del Ejército Nacional *LORENA MARIA RESTREPO URIBE*, la Mayor de la Fuerza Aérea Colombiana *MÓNICA BUSTOS SÁNCHEZ*, la Mayor de la Policía Nacional *YOLANDA ISABEL CASTELLANOS CAJAMARCA*, la Mayor de la Policía Nacional *ÁNGELA PATRICIA SALAMANCA BELTRÁN*, la Mayor del Ejército Nacional *MAYERLING LÓPEZ ECHEVERRI*, la Mayor del Ejército Nacional *MABEL ADRIANA CASTILLO PINILLA* y la Teniente de Navío de la Armada Nacional *SIGRID MARGARITA QUIÑONES LARA*. En ella se realizan estudios jurisprudenciales de Tribunales Nacionales e Internacionales sobre la Ley 1407 de 2010 y se analizan los elementos normativos de los tipos penales.

La obra es original y su uso, reproducción parcial o total bajo cualquier forma, transformación y/o publicación quedan sujetos a derechos de autor.

ÍNDICE GENERAL

LIBRO PRIMERO

PARTE GENERAL

TÍTULO I

NORMAS RECTORAS DE LA LEY PENAL MILITAR

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO

Artículo 1º.	Fuero militar.....	10
Artículo 2º.	Delitos relacionados con el servicio.....	14
Artículo 3º.	Delitos no Relacionados con el Servicio.....	21
Artículo 4º.	Fuerza Pública.	28
Artículo 5º.	Investigación y juzgamiento de civiles.....	29

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS Y REGLAS FUNDAMENTALES

Artículo 6º.	Dignidad humana.	31
Artículo 7º.	Legalidad.	41
Artículo 8º.	Favorabilidad.....	53
Artículo 9º.	Analogía.....	59
Artículo 10.	Igualdad.....	61
Artículo 11.	Prohibición de doble incriminación.....	67
Artículo 12.	Principios de las sanciones penales.	71
Artículo 13.	Juez Natural.	76
Artículo 14.	Integración.....	81
Artículo 15.	Conducta punible.	84
Artículo 16.	Tipicidad.	90
Artículo 17.	Antijuridicidad.	95
Artículo 18.	Culpabilidad.....	98
Artículo 19.	Normas rectoras y fuerza normativa.	102

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO DE LA CONDUCTA PUNIBLE

Artículo 20.	Delitos.....	103
Artículo 21.	Formas.....	107
Artículo 22.	Tiempo de la conducta punible.	110
Artículo 23.	Modalidades de la conducta punible.....	114
Artículo 24.	Dolo.	115
Artículo 25.	Culpa.....	120
Artículo 26.	Preterintención.....	126
Artículo 27.	Acción u omisión.	128
Artículo 28.	Tentativa.	139
Artículo 29.	Concurso de personas en la conducta punible.....	144
Artículo 30.	Autores.	145
Artículo 31.	Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.	158
Artículo 32.	Concurso de conductas punibles.	163
Artículo 33.	Ausencia de responsabilidad.	166
Artículo 34.	Inimputabilidad.	203
Artículo 35.	Trastorno mental preordenado.	212

**TÍTULO III
DE LA PUNIBILIDAD**

**CAPÍTULO I
LAS PENAS**

Artículo 36.	Penas principales.....	215
Artículo 37.	Penas accesorias.....	218
Artículo 38.	Judicialidad y publicidad.	223
Artículo 39.	Duración de la pena.	224
Artículo 40.	Prisión.	224
Artículo 41.	Multa.	230
Artículo 42.	Plazo y pago por cuotas.	235
Artículo 43.	Amortización mediante trabajo.	237
Artículo 44.	Conversión de la multa en arresto.	239
Artículo 45.	Separación absoluta de la Fuerza Pública.	241
Artículo 46.	Restricción domiciliaria.	243
Artículo 47.	Interdicción de derechos y funciones públicas.	246
Artículo 48.	Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio.....	248
Artículo 49.	Suspensión de la patria potestad.	249
Artículo 50.	Prohibición de porte y tenencia de armas.	250
Artículo 51.	Penas accesorias a la de prisión.	251
Artículo 52.	Cómputo de la detención preventiva.	255
Artículo 53.	Cumplimiento de penas accesorias.	256
Artículo 54.	Suspensión de pena por enfermedad.	257

**CAPÍTULO II
DE LOS CRITERIOS Y REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN
DE LA PUNIBILIDAD**

Artículo 55.	Mayor y menor punibilidad.	258
Artículo 56.	Circunstancias de menor punibilidad.....	258
Artículo 57.	Ira e intenso dolor.	269
Artículo 58.	Circunstancias de mayor punibilidad.	271
Artículo 59.	Motivación del proceso de individualización de la pena.	278
Artículo 60.	Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables.	279
Artículo 61.	Fundamentos para la individualización de la pena.	280
Artículo 62.	Comunicabilidad de circunstancias.	287

**CAPÍTULO III
DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA
DE LA LIBERTAD**

Artículo 63.	Suspensión condicional de la ejecución de la pena.	290
Artículo 64.	Libertad condicional.	296
Artículo 65.	Obligaciones.	300
Artículo 66.	Revocación de la suspensión de la ejecución condicional de la pena y de la libertad condicional.	303
Artículo 67.	Extinción y liberación.	305
Artículo 68.	Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave.	306

**CAPÍTULO IV
DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**

Artículo 69.	Medidas de seguridad.....	311
Artículo 70.	Internación para inimputable por trastorno mental permanente. .	311
Artículo 71.	Internación para inimputable por trastorno mental transitorio con base patológica.	313

Artículo 72.	<i>La internación en casa de estudio o de trabajo.</i>	314
Artículo 73.	<i>Libertad vigilada.</i>	315
Artículo 74.	<i>Cómputo de la detención preventiva.</i>	316

CAPÍTULO V

DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LA PENA

Artículo 75.	<i>Extinción de la acción penal.</i>	318
Artículo 76.	<i>Término de prescripción de la acción penal.</i>	331
Artículo 77.	<i>Prescripción del delito iniciado o consumado en el exterior.</i>	346
Artículo 78.	<i>Iniciación del término de prescripción.</i>	355
Artículo 79.	<i>Interrupción del término prescriptivo de la acción penal.</i>	361
Artículo 80.	<i>Prescripción de varias acciones.</i>	369
Artículo 81.	<i>Renuncia y oficiosidad.</i>	369
Artículo 82.	<i>Término de prescripción de la pena.</i>	370
Artículo 83.	<i>Iniciación del término prescriptivo de la pena.</i>	371
Artículo 84.	<i>Interrupción del término prescriptivo de la pena.</i>	372
Artículo 85.	<i>Prescripción de penas diferentes.</i>	373
Artículo 86.	<i>Rehabilitación.</i>	373

TÍTULO IV

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA CONDUCTA PUNIBLE

CAPÍTULO ÚNICO

REPARACIÓN DEL DAÑO

Artículo 87.	<i>Reparación del daño.</i>	378
Artículo 88.	<i>Titulares de la acción civil.</i>	384
Artículo 89.	<i>Obligados a indemnizar.</i>	388
Artículo 90.	<i>Prescripción de la acción civil.</i>	391
Artículo 91.	<i>Extinción de la acción civil.</i>	395
Artículo 92.	<i>Comiso.</i>	396

LIBRO SEGUNDO

PARTE ESPECIAL DE LOS DELITOS

TÍTULO I

DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA

CAPÍTULO I

DE LA INSUBORDINACIÓN

Artículo 93.	<i>Insubordinación.</i>	400
Artículo 94.	<i>Causales de agravación.</i>	402
Artículo 95.	<i>Insubordinación por exigencia.</i>	402

CAPÍTULO II

DE LA DESOBEDIENCIA

Artículo 96.	<i>Desobediencia.</i>	403
Artículo 97.	<i>Desobediencia de personal retirado.</i>	408
Artículo 98.	<i>Desobediencia de reservistas.</i>	409

CAPÍTULO III

DE LOS ATAQUES Y AMENAZAS A SUPERIORES E INFERIORES

Artículo 99.	<i>Ataque al superior.</i>	409
Artículo 100.	<i>Ataque al inferior.</i>	410
Artículo 101.	<i>Amenazas.</i>	415

**TÍTULO II
DELITOS CONTRA EL SERVICIO**

**CAPÍTULO I
DEL ABANDONO DEL COMANDO Y DEL PUESTO**

Artículo 102. Abandono del comando.	416
Artículo 103. Abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones.	419
Artículo 104. Abandono de comandos especiales.	423
Artículo 105. Abandono del puesto.	427
Artículo 106. Agravación punitiva.	433

**CAPÍTULO II
DEL ABANDONO DEL SERVICIO**

Artículo 107. Abandono del Servicio.	434
Artículo 108. Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales.	438

**CAPÍTULO III
DE LA DESERCIÓN**

Artículo 109. Deserción.	443
Artículo 110. Agravación punitiva.	443
Artículo 111. Atenuación punitiva.	443

**CAPÍTULO IV
DEL DELITO DEL CENTINELA**

Artículo 112. Delito del centinela.	460
Artículo 113. Agravación punitiva.	466

**CAPÍTULO V
DE LA LIBERTAD INDEBIDA DE PRISIONEROS DE GUERRA**

Artículo 114. Libertad indebida de prisioneros de guerra.	468
--	-----

**CAPÍTULO VI
DE LA OMISIÓN EN EL ABASTECIMIENTO**

Artículo 115. Omisión en el abastecimiento.	469
--	-----

**TÍTULO III
DELITOS CONTRA LOS INTERESES DE LA FUERZA PÚBLICA**

**CAPÍTULO ÚNICO
DE LA INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA**

Artículo 116. Inutilización voluntaria.	471
--	-----

**TÍTULO IV
DELITOS CONTRA EL HONOR**

**CAPÍTULO I
DE LA COBARDÍA**

Artículo 117. Cobardía.	472
Artículo 118. Cobardía en el ejercicio del mando.	475
Artículo 119. Cobardía por omisión.	477

**CAPÍTULO II
DEL COMERCIO CON EL ENEMIGO**

Artículo 120. Comercio con el enemigo.	481
---	-----

**CAPÍTULO III
DE LA INJURIA Y LA CALUMNIA**

Artículo 121. Injuria.	482
Artículo 122. Calumnia.	485
Artículo 123. Injurias y calumnias indirectas.	488
Artículo 124. Circunstancias especiales de agravación y atenuación de la pena.	488

Artículo 125. Eximente de punibilidad.	491
Artículo 126. Retracción.	493
Artículo 127. Querrela.	496

**TÍTULO V
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA FUERZA PÚBLICA**

**CAPÍTULO I
DEL ATAQUE AL CENTINELA**

Artículo 128. Ataque al centinela.	498
---	-----

**CAPÍTULO II
DE LA FALSA ALARMA**

Artículo 129. Falsa alarma.	500
----------------------------------	-----

**CAPÍTULO III
DE LA REVELACIÓN DE SECRETOS**

Artículo 130. Revelación de secretos.	502
Artículo 131. Revelación culposa.	510

**CAPÍTULO IV
DEL USO INDEBIDO DE UNIFORMES E INSIGNIAS DE LA FUERZA PÚBLICA.**

Artículo 132. Uso indebido de uniformes.	510
---	-----

**CAPÍTULO V
DE LA FABRICACIÓN, POSESIÓN Y TRÁFICO DE ARMAS, MUNICIONES
Y EXPLOSIVOS**

Artículo 133. Fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos.	516
--	-----

**CAPÍTULO VI
DEL SABOTAJE**

Artículo 134. Sabotaje por destrucción o inutilización:	522
Artículo 135. Sabotaje agravado.	523

**CAPÍTULO VII
OTROS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA FUERZA PÚBLICA**

Artículo 136. Generación de pánico.	524
Artículo 137. Abandono de buque.	525
Artículo 138. Abandono de embarcación menor.	526
Artículo 139. Interrupción de las condiciones de seguridad.	527
Artículo 140. Introducción indebida de materiales inflamables.	529
Artículo 141. Avería o inutilización absoluta de buque, aeronave o carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.	529
Artículo 142. Avería o inutilización culposa de buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.	531
Artículo 143. Avería o inutilización por otros miembros de la tripulación.	531
Artículo 144. Abandono del buque por el comandante.	533
Artículo 145. Omisión en naufragio, catástrofe o siniestro.	534
Artículo 146. Operación indebida de nave, o aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.	535
Artículo 147. Cambio de derrotero.	535
Artículo 148. Omisión de auxilio.	536
Artículo 149. Omisión de inutilizar buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.	538
Artículo 150. Abandono indebido de tripulación.	538
Artículo 151. Ocultamiento de avería.	538

Artículo 152. Abandono de escolta.	539
Artículo 153. Inducción en error al comandante.	539
Artículo 154. Indicación de dirección diferente.	540

**TÍTULO VI
DELITOS CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL**

**CAPÍTULO I
DE LA DEVASTACIÓN**

Artículo 155. Devastación.	542
---------------------------------	-----

**CAPÍTULO II
DEL SAQUEO Y LA REQUISICIÓN**

Artículo 156. Saqueo.	544
Artículo 157. Requisición arbitraria.	546
Artículo 158. Requisición con omisión de formalidades.	547
Artículo 159. Exacción.	547
Artículo 160. Contribuciones ilegales.	548

**TÍTULO VII
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**CAPÍTULO I
DEL PECULADO**

Artículo 161. Peculado sobre bienes de dotación.	548
Artículo 162. Peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos.	553
Artículo 163. Peculado por extensión.	553

**CAPÍTULO II
DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS**

Artículo 164. Tráfico de influencias para obtener ascensos, distinciones, traslados o comisiones.	555
---	-----

**CAPÍTULO III
DEL ABUSO DE AUTORIDAD**

Artículo 165. Abuso de autoridad especial.	557
---	-----

**CAPÍTULO IV
DE LA OMISIÓN DE APOYO**

Artículo 166. De la omisión de apoyo especial.	559
---	-----

**TÍTULO VIII
OTROS DELITOS**

Artículo 167. Violación de habitación ajena.	561
Artículo 168. Hurto de armas y bienes de defensa.	564
Artículo 169. Hurto de uso.	567
Artículo 170. Daño en bien ajeno.	568

**TÍTULO IX
DELITOS COMUNES**

Artículo 171. Delitos comunes.	570
-------------------------------------	-----

**LIBRO TERCERO
PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR**

Procedimiento Penal Militar.	573
-----------------------------------	-----

NORMAS COMPLEMENTARIAS

Ley 522 de 1999.	627
Ley 1765 de 2015.	679
Ley 1058 de 2006.	701

LIBRO PRIMERO
PARTE GENERAL

TÍTULO I
NORMAS RECTORAS DE LA LEY PENAL MILITAR

CAPÍTULO I
ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO

Artículo 1º. Fuero militar

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o los tribunales militares, con arreglo a las disposiciones de este código. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – FUERO MILITAR–
Conocimiento de delitos típicamente militares y comunes adaptados a la función de la Fuerza Pública.

“...Como lo ha considerado esta Corporación, tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes adaptados a la función de la Fuerza Pública, el concepto del servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, quien toma de este características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acuciosa los elementos personales y funcionales que integran la Justicia Penal Militar...” (Rad. 155134 M. P. CN (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, 12 de marzo de 2009).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – FUERO PENAL MILITAR–
Aplica para el miembro de la Fuerza Pública al momento de la comisión del hecho.

“...La jurisdicción competente para conocer del asunto es la Justicia Penal Militar, toda vez que al momento de la ocurrencia de los hechos investigados, esto es, durante los años 2010 y 2011, el señor RAVG ostentaba el grado de Coronel, como consta en el expediente, concretamente en el periodo en que se desempeñó como Comandante del Comando Aéreo de Combate N.º 5, lapso en el que presuntamente se cometieron las conductas reveladas. Aunque actualmente el denunciado tiene el grado de Brigadier General, ello no es óbice para predicar el fuero constitucional que prevé el artículo 235 de la Carta Política...” (Rad. 158062, Delito por establecer. M. P. CR (r) Camilo Andrés Suárez Aldana, febrero 18 de 2015).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – FUERO MILITAR –
Presupuestos.

“... Tanto la actual Constitución Política Colombiana como la anterior, prevén que el fuero opera si se dan concurrentemente tres presupuestos necesarios. En primer lugar, está destinado a ser aplicado frente a injustos cometidos únicamente por integrantes de la Fuerza Pública () En segundo lugar, tales

destinatarios -miembros de la Fuerza Pública- deben estar en servicio activo al momento de cometer la conducta punible. Y, en tercer lugar, los delitos investigados y juzgados por la justicia penal militar son aquellos realizados en relación con la función militar o policial, al constituir extralimitaciones o excesos en el cumplimiento del servicio...” (Rad. 158277, Homicidio Agravado en Modalidad Tentativa. M. P. Señor Brigadier General, Marco Aurelio Bolívar Suárez, junio 22 de 2016).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – FUERO MILITAR–
Distinción entre las actividades propias del cargo y aquellas ajenas a la función.

“...De las anteriores disposiciones se infiere sin ambages que son dos los elementos que estructuran el fuero penal militar, uno de orden subjetivo –ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo–, y otro de orden objetivo –el delito debe tener relación con el servicio– relación que debe ser próxima y directa, derivada del ejercicio de las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional...” (Rad. 158535, Homicidio Culposo. M. P. MY (r) José Liborio Morales Chinome, julio 31 de 2017).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – FUERO MILITAR–
Elementos para determinar la competencia.

“...Los elementos que estructuran el fuero militar, esto es, el elemento subjetivo personal y el objetivo funcional, vale decir, no basta que el miembro de la Fuerza Pública esté en servicio activo, sino que es imprescindible verificar que la conducta acontezca dentro de una actividad propia del ejercicio de la función militar o policial que les es propia”.(...) La jurisprudencia penal ha establecido que la competencia de la justicia militar se determina, entre otros factores, por (i) la interpretación restrictiva de la aserción “en relación con el servicio” contenida en la norma constitucional; (ii) la existencia de un vínculo claro, una relación directa, un nexo estrecho, entre la conducta catalogada como punible y las actividades militares; (iii) la noción de delito investido por el fuero militar como una desviación o extralimitación de funciones, de suerte que no abarca los eventos en los cuales el sujeto agente

desde un inicio obra con propósitos delictivos, ajenos a las funciones; y (iv) la necesidad de descartar el fuero cuando la relación con el servicio no se deriva con claridad de las pruebas practicadas o cuando persisten dudas en esos aspectos...” (Rad. 159412, Homicidio Agravado en Modalidad Tentativa. M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, febrero 25 de 2021).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – FUERO MILITAR– **Fuero Constitucional para oficiales de insignia.**

“...Bajo ese entendido, los hechos por los cuales se denunció penalmente fueron cometidos en ejercicio de sus funciones y dado que ostenta el grado de General está cobijado por el fuero constitucional integral, conforme a lo preceptuado en el artículo 235.4 superior.(.) Bajo esa óptica, como quiera que el investigado ostenta el grado de General Retirado y los hechos tuvieron ocurrencia durante el desempeño de sus funciones, en virtud del fuero constitucional integral que lo cobija...” (Rad. 157623, M. P. MY (r) José Liborio Morales, junio 26 de 2013).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL –FUERO MILITAR- **Alcance - Elementos para su configuración.**

“...El propio Constituyente tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de este, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la Fuerza Pública, entiéndase fuerza militar y Policía Nacional, cuando éstos comentan un delito relacionado con el servicio mismo. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio”. (Corte Constitucional, Sent. C-878/00 expediente D-2766, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL- FUERO MILITAR - **Relación con el servicio.**

“a) “El Fuero Militar” a que hace referencia la norma constitucional mencionada se circunscribe única y exclusivamente al ámbito de lo penal, en cuanto al juzgamiento de las conductas delictivas realizadas por los miembros de la Fuerza Pública (elemento objetivo) ; b) Dicho fuero cobija a todos los miembros de la Fuerza Pública que al tenor de lo preceptuado por el artículo 216 ibidem está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (elemento subjetivo); c) El fuero militar se restringe a los ilícitos penales cometidos en “servicio activo y en relación con el mismo servicio” (elemento funcional)”.(...) La expresión “relación con el mismo servicio”, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan

y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la Fuerza Pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan “relación con el mismo servicio”. El término “servicio” alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la Policía Nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la Fuerza Pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico” (Corte Constitucional, Sent. C 1149 de 2001 expediente D-3524, M. P. Jaime Araújo Rentería).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL - FUERO MILITAR- **Reconocimiento constitucional.**

“En Colombia la estructuración constitucional de la Justicia Penal Militar responde a un modelo intermedio que se soporta sobre el reconocimiento constitucional de la institución del llamado fuero militar (art. 221 CP), justicia que está integrada por elementos orgánicos y funcionales, objetivos y subjetivos, cuya manifestación concreta se encuentra en la existencia de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial -Cortes Marciales o Tribunales Militares- encargado de juzgar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo - Fuerzas Militares y Policía Nacional - en relación con el mismo servicio, y con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar” (Corte Constitucional, Sent. C-1184 de 2008 expediente D-7306 M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL- FUERO MILITAR- **Competencia.**

“Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y

el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales. (...) Además del elemento subjetivo -ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo-, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. (...) No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la Fuerza Pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial. **(Corte Constitucional, Sent. 358/97 expediente D- 1445 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL- FUERO MILITAR como prerrogativa, derecho y facultad Estatal.

"1. Del fuero en general. La Sala en pretérita ocasión sostuvo que el fuero como institución jurídica tiene dos connotaciones fundamentales: De una parte, es una prerrogativa que la Constitución y las leyes reconocen a las personas que desempeñan ciertas funciones públicas, en atención a la naturaleza de la función o a la dignidad del cargo, para que únicamente puedan ser investigadas y juzgadas por funcionarios judiciales de determinada jerarquía o especialidad. El fuero así entendido, equivale a un derecho radicado en cabeza de ciertos funcionarios públicos y, por tanto, bajo determinadas condiciones, el fuero es renunciable, y el asunto pasará a conocimiento de los jueces comunes, quienes aplicarán los procedimientos ordinarios. Desde otro punto de vista, el fuero materializa la facultad del Estado consagrada en la Constitución y en las leyes, de asignar exclusivamente a determinados funcionarios judiciales la competencia para la investigación y el juzgamiento de ciertos delitos, o de los ilícitos cometidos por algunos servidores públicos en ejercicio de sus funciones. (...) la jurisprudencia de la Corte se ha ocupado del concepto "en relación con el servicio", el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o policial y el delito que realiza quien lo presta; por el contrario, es imprescindible determinar una "correspondencia" entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le atañen a esos servidores públicos, dado que las normas constitucionales imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho. (...) "La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policial legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse

en un puro privilegio estamental... El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial (...): (...) Del mismo modo, la jurisprudencia de esta Corporación tiene definido que el "Juez Natural" es aquel señalado por la ley para administrar justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, quien al ejercer una de las manifestaciones más importantes de la soberanía del Estado ha de cumplir con los requisitos establecidos al efecto, garantizándose así que dicha función recaiga en personas calificadas y con conocimientos en las disciplinas que deben atender". **(CSJ, Sent. Casación N.º 22.872, septiembre 28 de 2006. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez).**

JURISPRUDENCIA- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. - FUERO MILITAR – Relación de causalidad.

"...Así las cosas, el establecimiento del fuero de juzgamiento castrense ha de examinarse entonces, en orden a esclarecer si el hecho constitutivo del delito fue o no cometido en relación con el servicio militar o policivo, amén de la ineludible condición de miembros de la Fuerza Pública de los autores. Y, tal relación no surge de la investidura de militar o policía, como tampoco de la circunstancia de haber sido cometido el hecho con la utilización de armas de dotación o portando uniformes de esas fuerzas, sino de los elementos sustancialmente vinculantes del comportamiento delictivo a la tarea militar o policiva, es decir, de la presencia nítida de la relación de causalidad". **(Rad. 110010102000201902728-00 M. P. Dr. Fidalgo Javier Estupiñán Carvajal, agosto 20 de 2020).**

JURISPRUDENCIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – FUERO MILITAR – Conocimiento restringido a los delitos que se desprendan de la misión constitucional endilgada.

"Se entiende entonces que las conductas que se convierten en hechos punibles ocurren en cumplimiento del servicio militar o policial que les corresponde, constituyendo extralimitaciones, omisiones, excesos, abusos en tal servicio que ingresan al campo delictivo y, por lo mismo, son los mismos miembros de la Fuerza Pública quienes podrán tener los elementos de juicio necesarios para establecer la ocurrencia de los hechos y las responsabilidades penales a que haya lugar, porque nadie como ellos conoce el modus operandi de las fuerzas armadas y la policía para llegar a conocer de la manera más precisa las circunstancias y móviles que determinaron en un momento dado a uno de sus miembros a desviar el cumplimiento de la misión. Por esta misma razón, no es cualquier delito el que pueden conocer los tribunales militares, sino el que se desprenda del cumplimiento de sus especializadas labores según la misión que la Constitución les ha encargado cumplir dentro de la sociedad, porque si el delito nada tiene que ver con la misma, no hay razón para que un juez especializado lo conozca, pues ningún conocimiento especializado requiere para adelantar el juzgamiento. Simplemente

se trataría de un delito que tiene idénticas características al que comete una persona que no tiene la calidad de miembro de la Fuerza Pública en servicio activo” (**Rad. 110010102000201902728 00 M. P. Dr. Fidalgo Javier Estupiñán Carvajal Referencia: Conflicto entre Jurisdicciones. Aprobado según acta de Sala N.º 076, agosto 20 de 2020).**

(CONCORDANTES: Corte Constitucional C-361/01, SU-1184/01; Tribunal Superior Militar Rad. 158062, M. P. CR Camilo A Suárez del 18 de febrero de 2015)

JURISPRUDENCIA. CIDH- FUERO MILITAR-
Función limitada – **Jurisdicción exclusiva a mantener la disciplina y el servicio.**

“El fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de seguridad” (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, Castillo Petrucci vs. Perú. 30 de mayo de 1999).**

JURISPRUDENCIA. CIDH- FUERO MILITAR –
Jurisdicción excepcional – Interpretación Restrictiva.

“Además, la jurisdicción militar es una justicia de excepción, siendo la jurisdicción común la regla general, lo cual implica que la justicia militar debe ser susceptible de interpretación restrictiva y, en caso de duda, debe optarse a favor del fuero común u ordinario”. (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cesti Hurtado vs. Perú. 29 de enero de 2000).**

JURISPRUDENCIA. CIDH - FUERO MILITAR-
Jurisdicción para proteger intereses jurídicos especiales.

–“En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las Fuerzas Militares”. (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, Durand Ugarte vs. Perú. 16 agosto de 2000).**

JURISPRUDENCIA. CIDH- FUERO MILITAR –
Afectación de garantías judiciales por asumir competencias sobre asuntos que debe conocer la justicia ordinaria.

“Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar; Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias por lo que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al Juez Natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual,

a su vez, encuéntrese íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, Las Palmeras vs. Colombia. 6 diciembre de 2001).**

JURISPRUDENCIA. CIDH - FUERO MILITAR -
Estándar de Independencia.

“La jurisdicción penal militar no satisface los estándares de independencia e imparcialidad requeridos en el artículo 8.1 de la Convención, en virtud de su naturaleza y estructura”. (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 Comerciantes vs. Colombia 5 de julio de 2004).**

JURISPRUDENCIA. CIDH- FUERO MILITAR –
Principios y garantías del Derecho Penal Militar en los Estados democráticos.

“La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, este debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno”. (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, Palamara Iribarne vs. Chile. 22 de noviembre de 2005).**

JURISPRUDENCIA. CIDH - FUERO MILITAR.
Requisitos de independencia e imparcialidad para formar parte de los tribunales militares.

“En este sentido, la Corte ha tomado en consideración que “los militares que integran dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares por lo que estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial”. (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Cantuta vs. Perú. 29 de noviembre de 2006).**

JURISPRUDENCIA. CIDH - FUERO MILITAR-
Garantía al debido proceso y protección de la persona humana - Objeto de la convención americana de DDHH.

“Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana”. (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, Masacre de La Rochela vs. Colombia. 11 de mayo de 2007).**

JURISPRUDENCIA. CIDH - FUERO MILITAR -
Elementos para su configuración-

“Dicha ley, al otorgar competencias en el fuero militar y al determinar las normas penales militares aplicables en dicho fuero, debe establecer claramente y sin ambigüedad: a) quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares; b) cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar; c) la conducta ilícita a través de la descripción

de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y d) la correspondiente sanción, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad” (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, Usón Ramírez vs. Venezuela. 20 de noviembre de 2009**).

JURISPRUDENCIA. CIDH- FUERO MILITAR –
Intervención del fuero militar.

“La Corte encuentra relevante recordar que la garantía del artículo 8.1 de la Convención en relación con la intervención del fuero militar “no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación, dado que su actuación constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente”. (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Restrepo (Masacre del Palacio de Justicia vs. Colombia, 3 de septiembre de 2012)**).

JURISPRUDENCIA. CIDH- FUERO MILITAR –
Protección de bienes jurídicos especiales.

“Esta jurisprudencia constante de la Corte también ha señalado que la jurisdicción militar no satisface los requisitos de independencia

e imparcialidad establecidos en la Convención. En particular, la Corte ha advertido que cuando los funcionarios de la jurisdicción penal militar que tienen a su cargo la investigación de los hechos son miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, no están en condiciones de rendir un dictamen independiente e imparcial. En un Estado democrático de derecho, la justicia penal militar ha de ser restrictiva y excepcional de manera que se aplique únicamente en la protección de bienes jurídicos especiales, de carácter castrense, y que hayan sido vulnerados por miembros de las Fuerzas Militares en el ejercicio de sus funciones”. (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, Nagede Dozerma y otros vs. República Dominicana, 24 de octubre de 2012**).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Lori Berenson vs. Perú, La Palamara Iribarne vs. Chile, Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Almonacid Avellana vs. Chile, Escué Zapata vs. Colombia, Zambrano Vélez vs. Ecuador, Radilla Pacheco vs. México. Rosendo Cantú vs. México. Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Quispialaya Vilcapoma vs. Perú y Ortiz Hernández vs. Venezuela.

COMENTARIO

En Colombia, el Honorable Tribunal Superior Militar y Policial, así como los altos tribunales de justicia, han señalado que si bien la aplicación del fuero militar es excepcional y restrictivo como lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su conocimiento y aplicación no se limita a los delitos que protegen únicamente bienes jurídicos como la disciplina o el orden militar, sino, también, a otras conductas delictivas, siempre y cuando sean ejecutadas por los integrantes de la Fuerza Pública (elemento subjetivo-personal) y guarden íntima relación con el servicio, esto es, con las misiones que la Constitución y la ley les asignan, las cuales se materializan a través de sus decisiones y acciones (elemento objetivo- funcional).

Por tal motivo, el fuero militar y Policial no es una prerrogativa sino una garantía jurisdiccional para los miembros de la Fuerza Pública, y tiene reconocimiento Constitucional y Convencional.

Artículo 2º. Delitos relacionados con el servicio.

Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR – **Conocimiento excepcional de delitos comunes.**

“(…) para establecer la relación con el servicio la jurisprudencia ha desarrollado los siguientes criterios: i) que exista un vínculo claro de origen entre el delito y la actividad del servicio, es decir, que aquél, haya surgido de una extralimitación, desviación, exceso o abuso de la actividad del servicio, en otras palabras, la actividad del servicio se transformó y conllevó a un punible. ii) Que el vínculo que se predica entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser

próximo y directo, es decir, que aquel exceso debe surgir durante la realización de una actividad propia de la Fuerza Pública, por ello no resulta viable predicar la relación del vínculo en eventos hipotéticos o abstractos. iii) Otro criterio consagrado, es que ante la existencia de punibles calificados de inusitada gravedad, se rompe el vínculo entre el delito y la actividad relacionada con el servicio; y un último criterio iv) es que aquella determinación de la relación con el servicio debe surgir de manera clara, nítida o diáfana de las pruebas que obran en el acervo probatorio.

La regla general es que tratándose de delitos comunes la jurisdicción penal militar puede asumir la competencia para investigar y sancionar de forma excepcional, pues no todo comportamiento reprochable que se realice dentro de una unidad policial con elementos de dotación implica una relación directa y próxima con la función policial". Decisión: remite actuación a justicia ordinaria, entre otras consideraciones. **(Rad. 157061, Homicidio Agravado – M. P. TC Fabio Enrique Araque Vargas, octubre 4 de 2011).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR – ACTOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO – No sólo los actos netamente operacionales se consideran actos del servicio -

"De manera pues que el contexto general es el desarrollo de operaciones militares y la circunstancia para que los militares que originaron los hechos que se investigan se encontraban en el área del vivac, lo cual no implica su separación del servicio, su presencia allí obedece a la dinámica misma de la operación, pues allí hay algunos que avanzan, otros que están en el puesto de mando atrasado, otros descansan, es decir, cada uno tiene su rol específico.

(...) Que no sólo los actos netamente operacionales se consideran actos del servicio, (...) la Constitución Política se señalan los fines de la Fuerza Pública, pero que ellos solo se alcanzan bajo el desarrollo de una estructura que ejecutan distintas actividades como lo son la incorporación, el entrenamiento, la ejecución, el uso de la fuerza, las acciones logísticas y las acciones administrativas, entre otras, es decir, el cumplimiento de diferentes roles, tareas, menesteres o actividades que permiten materializar los fines constitucionales asignados a la Fuerza Pública.

Ha de resaltarse igualmente, que comportamientos similares desde la lupa del conglomerado social en general podrían resultar irrelevantes, pero desde la visión de la organización militar que tiene su columna vertebral en la disciplina comportamientos como el ocurrido, ponen en peligro esta estructura y por ende comportamientos así han de valorarse desde el lente de la jurisdicción penal militar dada su trascendencia y valor que adquiere la preservación del bien jurídico cual es la disciplina". (Negrilla fuera de texto original) Decisión: Confirma sentencia condenatoria. **(Rad. 157421, ataque al superior - M. P. Cr. Fabio Enrique Araque, marzo 15 de 2013)**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR – Presupuestos indispensables para la aplicación del fuero.

"Para que un delito sea de competencia de la Justicia Penal Militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, entre la conducta ilícita investigada y el cuadro funcional que incumbe al militar o policía por expresa disposición constitucional, legal

o reglamentaria, ello al punto que el injusto sea el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de la función normal y legítima que en un principio aquel había emprendido pero que, dolosa o culposamente, fue alterada en el interregno –exceso cuantitativo– originándose un resultado contrario al ordenamiento jurídico penal.

(...) Es por ello que para que el fuero penal militar se active y tenga material operancia permitiendo a la jurisdicción castrense investigar y juzgar a un miembro activo de la Fuerza Pública -e inclusive a aquel que con posterioridad a la comisión de la conducta ha pasado a la reserva activa o al retiro-, es presupuesto indispensable que este ab initio haya dirigido su voluntad final de acción al cumplimiento de un acto legítimo inserto en aquel cuadro funcional, ejercicio en cuyo desarrollo se presenta un exceso cuantitativo -no cualitativo pues esto aparejaría una nueva relación de riesgo ajena al acto del servicio-, un error en la intensidad de su actuar que implica un desbordamiento de la función militar o policial que le es propia; sólo entonces podrá postularse válidamente que el comportamiento realizado tiene un vínculo próximo, real y directo con el servicio, lo que permite, en tanto nexo sustancial, inferir la vigencia y reconocimiento del prenombrado fuero castrense". Decisión: Ordena continuar competencia justicia penal militar, entre otras consideraciones. **(Rad. 159041, Homicidio y Lesiones personales. M. P. CN (RA) Julián Orduz Peralta, marzo 20 de 2019).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR – El cumplimiento de la misión constitucional no se ajusta exclusivamente al área operativa.

Contrato sin Cumplimiento de los Requisitos Legales. "(...)vale la pena precisar que el cumplimiento de la misión Constitucional señalada para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en relación con la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, o el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, no se ajusta exclusivamente al área operativa, pues ello determinaría una visión limitada y corta del accionar de la Fuerza Pública en general.

El servicio no se circunscribe exclusivamente al enfrentamiento armado, es decir, al desarrollo de una misión de orden táctico operacional, sino que abarca labores logísticas, administrativas, de inteligencia, entre otras, de las que depende la institución armada para asegurar el cumplimiento de los fines constitucionales que le han sido impuestos. De tal manera, que para el efecto se han establecido por la ley especialidades para los uniformados dentro de la Fuerza Pública, en particular al interior de la Policía Nacional, junto con el cumplimiento de labores administrativas y logísticas que se ejercen en atención al grado, especialidad y experiencia de los nombrados para el efecto, constituyendo dicha labor actos propios del servicio. Decisión: Confirma condena. **(Rad. 158340, Contrato sin Cumplimiento de los Requisitos Legales – M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, abril 29 de 2019).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Tribunal Superior Militar Rad. 151860 del 10/May/09, Rad. 155828 del 12/mar/10, Rad. 156181 del 27/may/10, Rad. 156250 del 30/jul/10, Rad. 156054 del 26/jul/10, Rad. 157097 del 14/sep/11, Rad. 157078 del 28/mar/12, Rad. 157236 del 13/jul/12 Salvamento de voto, Rad. 157225 del 14/feb/13, Rad. 157421 del 15/mar/13, Rad. 157619 del 24/abr/13, Rad. 157705 del 23/oct/13, Rad. 157852 del 18/mar/14, Rad. 158312 del 03/oct/15, Rad. 158340 del 29/abr/16, Rad. 158277 del 22/jun/16, Rad. 158510 del 28/sep/17, Rad. 158523 del 16/may/17, Rad. 158594 del 31/jul/17, Rad. 158535 del 31/jul/17, Rad. 158855 del 22/feb/18, Rad. 158855 del 22/feb/18, Rad. 159041 del 20/mar/19, Rad. 158340 del 29/abr/19.

JURISPRUDENCIA- CORTE CONSTITUCIONAL-
Elementos centrales para la excepción del fuero.

"Es claro que, como ya se ha referido, esta disposición implica, en primer lugar, que la jurisdicción penal militar conoce de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, en tanto hayan sido perpetrados en directa relación con el mismo servicio, determinándose así los elementos centrales de la excepcional razón de ser de la justicia castrense, que debe interpretarse de manera estrictamente restrictiva y asumiendo los principios de independencia, imparcialidad, autonomía y sujeción a la ley, característicos e imprescindibles en toda jurisdicción" (**Corte Constitucional, Sent. C-373/11 expediente D-8264 M. P. Nilson Pinilla Pinilla**).

JURISPRUDENCIA- CORTE CONSTITUCIONAL-
Relación de causalidad entre el hecho criminoso y la prestación del servicio como determinante para el reconocimiento del fuero.

"los conceptos "ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo (contenidas en distintas disposiciones del Código Penal Militar) se reducen a uno sólo: relación de causalidad entre el hecho criminoso y la prestación del servicio, determinables a partir de circunstancias de tiempo, lugar o modo relacionado con lo puramente fáctico, lejos del mundo de los valores".

(...) "La relación que debe existir entre el hecho delictuoso y el servicio que presta un miembro de la Fuerza Pública, determinante para el reconocimiento del fuero militar de orden constitucional, según se desprende del artículo 221 de la Carta Política, es y tiene que ser, necesaria y esencialmente, de carácter jurídico, toda vez que la misma hace parte de la "imputación jurídica".

(...) "Los delitos cometidos en relación con el servicio "son aquellos que ocurren en desarrollo de las actividades militares orientadas al cumplimiento de su misión constitucional, la cual consiste en la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional; según lo dispone el artículo 217 inciso segundo, de la Carta Política de 1991".

Tales delitos son los típicamente militares y los comunes. Estos últimos son los que aparecen descritos en la legislación penal ordinaria. "El hecho punible contemplado en el régimen ordinario, para ser objeto de conocimiento por parte de los tribunales militares, debe tener lugar durante el desenvolvimiento de las tareas inherentes al cargo o función; aunque siempre comporta un exceso respecto de estas".

(...) "Los justiciables son únicamente los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan "relación con el mismo servicio". El término 'servicio' alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la Policía Nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica" (**Corte Constitucional, Sent. 561 de 1997, expediente D- 1609 M. P. Carlos Gaviria Díaz**). (Concordante con las sentencias C-358/97, C-878/00, SU-1184/01, C- 368/00, C -399/95, C-445/98, C- 361/01).

JURISPRUDENCIA- CORTE CONSTITUCIONAL-
Delitos relacionados con el servicio.

"El propio Constituyente tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de este, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la Fuerza Pública, entendiéndose fuerza militar y Policía Nacional, cuando éstos comentan un delito relacionado con el servicio mismo. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio". (**Corte Constitucional, Sent. C-878/00 expediente D-2766, M. P. Alfredo Beltrán Sierra**)

JURISPRUDENCIA- CORTE CONSTITUCIONAL-
Concepto de servicio.

El término "servicio" alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la Policía Nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la Fuerza Pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico" (**Corte Constitucional, Sent. C 1149 de 2001 expediente D-3524, M. P. Jaime Araújo Rentería**).

JURISPRUDENCIA. – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN – **Parámetros para dilucidar si un asunto corresponde a la justicia penal militar y policial.**

"2. Sobre los parámetros a seguir para dilucidar si un asunto corresponde a la jurisdicción castrense, esto es, si se encuentra cobijado por el fuero militar, la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia ha decantado los siguientes lineamientos, que hoy se reiteran:

(I) La justicia penal militar constituye una excepción a la regla ordinaria y se aplica exclusivamente cuando en el agente activo concurren dos elementos: (1) el subjetivo, (cuando se incurre en el delito se pertenece a la institución castrense y se es miembro activo de ella), y, (2) de carácter funcional (el delito debe tener relación con el servicio); este representa el eje central para la competencia militar.

(II) El ámbito del fuero penal militar debe ser interpretado de manera restrictiva, en el entendido de que el delito cometido "en relación con el servicio" es aquel realizado en cumplimiento de la labor (del servicio).

(III) Debe existir un vínculo claro en el origen del delito y la actividad de servicio. Se impone que esa relación sea directa, un nexo estrecho.

(IV) La conducta punible debe surgir como una extralimitación, desvío o abuso de poder en desarrollo de una actividad vinculada directamente a una función propia. Si se está dentro de una sana y recta aplicación de la función y en cumplimiento de ella se origina y desarrolla el delito, este tiene un vínculo sustancial con aquella y resulta de buen recibo el fuero.

(V) El nexo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, no hipotético y abstracto, de donde deriva que el exceso o la extralimitación deben darse dentro de la realización de una tarea propia de las funciones de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional.

(VI) Si desde el inicio el agente activo tiene propósitos delictivos y utiliza su investidura para delinquir, no lo ampara el fuero. Si se llega a la función con el propósito de ejercerla con fines delictivos y en desarrollo de estos se cumple aquella, se está frente a una actividad criminal que no puede cobijar el fuero.

(VII) El nexo se rompe cuando el delito es de una gravedad inusitada, como en aquellos de lesa humanidad, por la plena contrariedad entre la conducta punible y los cometidos de la Fuerza Pública, como que se trata de ilícitos manifiestamente contrarios a la dignidad humana y a los derechos de la persona.

(VIII) Un acto del servicio nunca puede ser delictivo, por ende, aquel no será castigado, como sí el que tenga "relación con el servicio".

(IX) La relación con el servicio debe surgir con claridad de las pruebas. Si existe duda, se descarta el fuero y la competencia es del juez común, pues la del extraordinario (el militar) debe estar demostrada plenamente.

(X) Si el delito comporta la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre debe tenerse como ajeno al servicio.

(...)

El argumento resulta inadmisibles, como que, de necesidad, surge que dentro de las funciones propias de la actividad militar y policial no está la de cometer delitos (cualesquiera que sean), de tal manera que no puede descartarse el fuero con el único pretexto de que se incurrió en una conducta punible porque, obviamente, la función pública (no solo la militar) no puede prever y avalar en su desarrollo la comisión de conductas típicas, antijurídicas y culpables.

Es por ello que ni el mandato constitucional ni el del Código Penal Militar, que desarrolla el primero, adjudican a la justicia castrense el conocimiento de los "actos del servicio", pues estos jamás pueden ser delictivos, sino de aquellos que tengan una "relación" con ese servicio.

De no ser así, resultaría un imposible jurídico que el estatuto punitivo militar tipificase los delitos en su parte especial, ni siquiera aquellos que pueden denominarse "militares" (insubordinación, desobediencia, ataques a superiores e inferiores, abandono del puesto, etc.), como tampoco aquellos que pueden tenerse como "comunes" (peculado, tráfico de influencias, abuso de autoridad), en tanto resulta incuestionable que unos y otros mal pueden ser propios del servicio, como que, admitir tal cosa, comportaría que es inherente a la función oficial atacar al superior o apropiarse de los bienes de dotación, por poner algunos ejemplos.

Lo que sanciona el estatuto punitivo militar y que adjudica el fuero para ser juzgado en esa jurisdicción, parte de la circunstancia necesaria de que el militar o el policía iniciaron una actuación válida, legítima, propia de sus funciones (conducta esta que jamás puede ser reprochable), solo que en el camino, en el desarrollo de la misma, decidieron desviarla, extralimitarse o abusar, pero siempre en el entendido de que estos procedimientos indebidos tenían una correspondencia, un vínculo, un nexo, con la tarea específica propia del servicio correspondiente.

Por abusar se entiende usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente la función concreta, específica, que correspondía por ley y reglamento. Desviar implica que el servidor se aleja, aparta, separa de la función iniciada en forma legítima. Extralimitarse tiene el alcance de actuar más allá, fuera de los límites fijados por el servicio correspondiente". (CSJ, Sent. Casación N.º 37.748, oct 14/2015. M. P. José Luis Barceló Camacho).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional, sentencias C-358 de 1997, C-878 del 2000 y SU-1184 del 2001; Corte Suprema de Justicia, auto del 23 de agosto de 1989, sentencias 15.705, 17.094, 18.729 del 2003, 17.946 del 2004, 20.764, 21.923 del 2006, 24.329, 25.405, 25.630 del 2007, 25.933 del 2008, 29.934 del 2010, AP 6317 del 2014.

JURISPRUDENCIA – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA– **Vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio.**

“Para llegar a la conclusión de si el hecho punible acaeció en relación con el servicio es necesario tener en cuenta que debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, esto significa que el exceso o extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Militares. De allí que los delitos que se pueden investigar y sancionar a través de la Jurisdicción Penal Militar, están limitados a aquellos ocurridos en la esfera funcional de la Fuerza Pública, esto es, en el devenir de las actividades que se orientan a cumplir las finalidades propias de la Policía Nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica–. Como consecuencia de lo anterior, anotó la Corte que la sola circunstancia de pertenecer a la Fuerza Pública e incurrir en una conducta delictiva, ya sea en tiempo de servicio, utilizando o no prendas distintivas, haciendo uso de instrumentos de dotación o aprovechándose de la investidura, no es criterio válido para desplazar al derecho penal común y considerar que el conocimiento del hecho punible corresponde a la Justicia Penal Militar. En realidad –dijo esa Corporación– para que se pueda aplicar a favor de la Jurisdicción Penal Militar el criterio restrictivo de competencia residual, es necesario examinar si el comportamiento activo o pasivo del miembro de la Fuerza Pública guarda relación con una específica misión militar o policial”.

...”Así las cosas, es claro que se cumple con el elemento subjetivo y, por supuesto, con el funcional, pues la actividad que desarrolla el ESMAD, se encuentra reglada en la Resolución N.º 02903 del 28 de junio de 2017, de la cual obra copia simple a folios 156 a 165 del cuaderno original y la situación en la que el Capitán Manuel Cubillos Rodríguez disparó su arma escopeta mossbert de letalidad reducida P141530, en la que resultó lesionado el joven Dilan Mauricio Cruz Medina el día 23 de noviembre de 2019, se generó como consecuencia de una manifestación que se tornó violenta y que requirió del uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional, siendo un evidente acto del servicio que por supuesto deberá ser investigado pero por la Justicia Castrense, pues el uniformado se encontraba cumpliendo con sus funciones constitucionales y legales y será su Juez Natural quien determine si como consecuencia de ese cumplimiento de funciones existió alguna extralimitación y si ello tiene algún nexo de causalidad con las

lesiones y el posterior fallecimiento del joven DILAN MAURICIO CRUZ MEDINA”.

...”Se entiende entonces que las conductas que se convierten en hechos punibles ocurren en cumplimiento del servicio militar o policial que les corresponde, constituyendo extralimitaciones, omisiones, excesos, abusos en tal servicio que ingresan al campo delictivo y, por lo mismo, son los mismos miembros de la Fuerza Pública quienes podrán tener los elementos de juicio necesarios para establecer la ocurrencia de los hechos y las responsabilidades penales a que haya lugar, porque nadie como ellos conoce el modus operandi de las fuerzas armadas y la policía para llegar a conocer de la manera más precisa las circunstancias y móviles que determinaron en un momento dado a uno de sus miembros a desviar el cumplimiento de la misión.

Por esta misma razón, no es cualquier delito el que pueden conocer los tribunales militares, sino el que se desprenda del cumplimiento de sus especializadas labores según la misión que la Constitución les ha encargado cumplir dentro de la sociedad, porque si el delito nada tiene que ver con la misma, no hay razón para que un juez especializado lo conozca, pues ningún conocimiento especializado requiere para adelantar el juzgamiento. Simplemente se trataría de un delito que tiene idénticas características al que comete una persona que no tiene la calidad de miembro de la Fuerza Pública en servicio activo.” (CSJ, Rad. 110010102000201902728-00 agosto 20/20 M. P. Fidalgo Javier Estupiñán Carvaján, conflicto entre la J Ordinaria y la J Militar).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

- C-358 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-469 de 2009, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, “es posible que, en el ejercicio de las tareas o misiones propias de la Fuerza Pública, voluntaria o culposamente, se altere radicalmente, o se incurra en excesos o defectos de acción originando una desviación de poder capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. En efecto, son estas conductas a las que se aplica el fuero penal militar y el Código Penal Militar”. C-084 de 2016, C-372/2016, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 5 de abril de 2017, dentro del Rad. N.º SP5104-2017, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Salazar Otero.

JURISPRUDENCIA –CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA– **Ruptura del nexo funcional.**

“La Sala observa, a partir de lo anterior, que los hechos investigados tienen relación con el servicio. En el presente caso no se observa un Comportamiento que ab initio tenga

un fin ilícito que rompa el nexo funcional entre los hechos investigados y el servicio constitucionalmente asignado a la Fuerza Pública. En efecto, a partir de los hechos descritos no se evidencia que la conducta del soldado Wilson Daza Castillejo refleje alguna finalidad ilícita que tenga como consecuencia la ruptura del nexo funcional entre los hechos y el servicio. Según relata el soldado investigado, y lo confirman sus compañeros, el disparo ocurrió de manera accidental y no intencional, cuando habían llegado a un lugar determinado, en el contexto del cumplimiento de una operación de apoyo al Batallón de Infantería No. 17. Los hechos investigados no son de aquellos que configuran conductas excluidas por la legislación de la competencia de la justicia penal militar. En efecto, los hechos del presente caso no aluden a ninguno de los delitos enumerados en el artículo 3 de la Ley 1407 de 2010 como aquellos que en ningún caso pueden ser considerados como relacionadas con el servicio. Los hechos investigados en este caso no reflejan en absoluto la posible comisión de delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, crímenes de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario. Los hechos de este caso tampoco reflejan conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio. **(CSJ, Rad. 110010102000201500360 00 abril 22/15 M. P. Néstor Iván Javier Osuna Patiño Resuelve asignar al Juzgado 81 de Instrucción Penal Militar).**

JURISPRUDENCIA – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA– **Concepto de relación con el servicio.**

“En síntesis, el concepto de relación con el servicio no puede extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice mientras está en servicio activo o cumpliendo con una función propia del servicio, pues de esa manera su acción se desligaría, en la práctica, del elemento funcional que constituye la razón de ser de la jurisdicción especial.

Por lo anterior, la Sala estima que resulta insuficiente para demostrar la relación de la conducta delictiva con el servicio probar que el miembro de la Fuerza Pública se encontraba en servicio activo y en ejercicio de funciones. Se requiere, además, demostrar que la relación de la conducta investigada con el servicio surge de las pruebas que obran en el expediente sobre las circunstancias en que se cometió la conducta delictiva, para determinar si con su comisión se rompió o no el nexo funcional. Lo anterior requiere un análisis de las circunstancias concretas y específicas en que se cometió la conducta ilícita.

Teniendo en cuenta que la conducta objeto de investigación (lesiones personales culposas),

en las circunstancias propias de este caso, no puede considerarse como relacionada con el servicio, porque su comisión, derivada de un actuar que no es propio de la función asignada a los miembros de la Fuerza Pública, rompió el nexo funcional del comportamiento del integrante de la Policía Nacional con el servicio, la Sala asignará la competencia a la justicia penal ordinaria, en concreto, al Juzgado 37 Penal Municipal de Medellín, para que siga conociendo la investigación penal contra el patrullero Johan Sebastián Morales Tamayo, por el delito de lesiones personales culposas en accidente de tránsito, en perjuicio de Cecilia Rosa Granda Martínez. **(CSJ, Rad. 110010102000201500182 00 M. P. Néstor Iván Javier Osuna Patiño, febrero 18 de 2015).**

JURISPRUDENCIA. CIDH– DELITOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO.– **Relación directa y próxima con la Función militar.**

“Al respecto, el Tribunal resalta que si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en servicio activo, es necesario que se establezca claramente la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar”. **(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Radilla Pacheco vs. México, noviembre 23 de 2009).**

JURISPRUDENCIA. CIDH– DELITOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO– **Aplicación preferente.**

“Quienes sostienen la pertinencia de este fuero, y al mismo tiempo la necesidad de observar con el mayor escrúpulo el principio de igualdad ante la ley –y ante sus instrumentos característicos: a la cabeza, los jurisdiccionales–, señalan que el fuero militar puede y debe aplicarse –preferentemente en tiempo de guerra– en el espacio de dos consideraciones determinantes e infranqueables: a) la subjetiva, que es, en realidad, un dato profesional: sobre militares en activo, lo cual excluye a los integrantes de las “reservas”, a los “retirados” y a otras categorías de individuos que pertenecieron a las fuerzas armadas, a título de integrantes activos, pero han dejado de hallarse en esa situación; y b) la material, conectada con la naturaleza del tema en litigio: debe tratarse de cuestiones directas e inmediatamente relacionadas con el desempeño militar, la función de las armas, la disciplina castrense (...) En algunas legislaciones, en las que ha avanzado mucho más la tendencia restrictiva de la jurisdicción militar, se agrega una exigencia sobre la circunstancia requerida para que actúe aquella jurisdicción: tiempo o situación de guerra”. **(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Palamara Iribarne vs. Chile, noviembre 22 de 2005).**

JURISPRUDENCIA. CIDH- DELITOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO-. **No basta la condición de miembro de las fuerzas armadas para que el conocimiento de actos delictivos corresponda a la justicia penal castrense.**

“Al respecto, la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a

todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense”. **(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fernández Ortega vs. México, agosto 30 de 2010).**

COMENTARIO

El Honorable Tribunal Superior Militar y Policial en sus diferentes pronunciamientos ha dejado claro que, tanto en los delitos típicamente militares, como en los delitos militarizados, existe relación con el servicio cuando entre la acción u omisión hay una relación próxima, directa, estrecha y nítida con el servicio que configura el nexo causal, el cual no implica la investidura militar o policial, sino que recae en el concepto de servicio que deben prestar los miembros de la Fuerza Pública.

En ese sentido, el servicio se ha entendido como la sumatoria de las misiones que permitan cumplir con las finalidades constitucionales propias de las Fuerzas Militares y de Policía, las que no solamente se garantizan mediante operaciones u operativos, sino actividades administrativas, logísticas, entrenamiento, incorporación, entre otros roles o tareas.

La Corte Constitucional por su parte, señala que los delitos relacionados con el servicio son aquellos que resultan del cumplimiento de la misión Constitucional de la Fuerza Pública, por ende, el hecho punible investigado por una corte marcial debe tener lugar durante el desenvolvimiento de una tarea inherente al cargo o función.

Así mismo, extiende el marco de aplicación del Fuero Penal Militar a delitos comunes, siempre y cuando estos se desarrollen durante el cumplimiento de las tareas legítimas encomendadas; aunque comporten excesos respecto de estas.

La Corte Suprema de Justicia, al condensar las diferentes posiciones jurídicas emitidas, afirma que el Fuero Militar es excepción a la regla general, por ende, debe cumplir tajantemente con los elementos objetivo y funcional exigidos; aclarando que, para este último, el delito debe tener un nexo directo y estrecho con el servicio, no hipotético o abstracto, donde la conducta punible surge como una extralimitación, desvío o abuso de poder en desarrollo de una actividad vinculada a la función militar o policial o tareas propias del servicio, que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado.

El fuero militar no ampara aquellas conductas donde el agente activo utiliza su investidura y función, con la intención ab initio de infringir la ley penal. Tampoco aplica el fuero militar para aquellas conductas punibles contrarios a la dignidad humana, con gravedad inusitada, con violación grave a un derecho fundamental o al derecho internacional humanitario, donde el nexo con el servicio se rompe radicalmente.

El elemento objetivo que estructura el fuero penal militar resulta fundamental al establecer si el delito es de competencia de la justicia penal militar. La regla general es que tratándose de delitos comunes la jurisdicción penal militar puede asumir la competencia para investigar y sancionar de forma excepcional, pues no todo comportamiento reprochable que se realice dentro de una unidad policial o militar con elementos de dotación implica una relación directa y próxima con la función, así mismo, es presupuesto indispensable que el agente ab initio haya dirigido su voluntad final de acción al cumplimiento de un acto legítimo inserto en aquel cuadro funcional, ejercicio en cuyo desarrollo se presenta un exceso cuantitativo, no cualitativo, pues esto dispondría una nueva relación de riesgo ajena al acto del servicio.

El Consejo Superior de la Judicatura, ha establecido la existencia del fuero penal militar frente al elemento funcional cuando el vínculo entre la conducta investigada y la actividad propia del servicio se encuentra acreditada, labor que puede desprenderse de la reglamentación de la actividad realizada o soportada bien en una orden de operaciones, consignas particulares del centinela, funciones de los servicios de guarnición, planes de operaciones, de seguridad, de reacción y en fin en los documentos de doctrina operacional entre estos manuales y reglamentos los cuales reflejan los fines de la Fuerza Pública de manera concreta.

De igual manera, siguiendo las líneas jurisprudenciales de las altas Cortes, ha determinado que en los casos en que se discuta la asignación de competencia entre la justicia castrense y la ordinaria, la relación con el servicio debe surgir con claridad del material probatorio allegado.

La jurisprudencia de la CIDH es proclive en afirmar que solo los delitos típicamente militares son los que pueden ser conocidos, investigados y juzgados por la jurisdicción penal militar. Igualmente, ha indicado que la justicia penal militar debe ser aplicable únicamente en tiempo de guerra, de ahí su carácter excepcional y restrictivo.

A la luz de lo anterior, las consecuencias punibles de una conducta son objeto de la justicia penal militar siempre que, en desarrollo de las funciones misionales, el agente del orden ejecute el servicio de manera distorsionada, excesiva, extralimitada, defectuosa, inconsulta o con abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado, con ocasión del uso legítimo de la fuerza, y que de ello se sigan resultados típicos.

Artículo 3°. Delitos no Relacionados con el Servicio.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR – **Los actos que constituyen violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, son comportamientos que no tienen relación con el servicio.**

“Se identifica con lo que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conoce como ejecución extrajudicial, o aplicación de la pena de muerte de facto, prohibida por el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en cuanto establece que “Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”, en igual sentido se manifiesta la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, en su artículo 4°; ejecución de facto, que habría ocurrido al privarse ilegítimamente a una persona de la vida, en forma intencional o deliberada e injustificadamente, pues en el caso sub examine, según lo indican las pruebas, al parecer estaría descartado que la muerte de Rodríguez Cardona, haya ocurrido por imprudencia o negligencia, en legítima defensa, en combate o producto del uso racional, necesario y proporcionado de la fuerza, razón por la cual, la conducta punible investigada no tendría relación con el servicio, toda vez que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha dicho que los actos que constituyen violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, son comportamientos que no tienen relación con el servicio, al respecto ha manifestado “Para que un miembro activo de la Fuerza Pública, sea investigado y juzgado por la justicia penal militar es presupuesto indispensable que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio. Esto significa que los actos deben estar orientados a realizar los fines que constitucionalmente le han sido asignados, pero en desarrollo de ellos se presenta un exceso cuantitativo”. Decisión: Confirma condena y revoca resolución, entre otras consideraciones. (Rad. 140077, M. P. TC **Jaqueline Rubio Barrera, marzo 10 de 2008**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR – **Conductas que atentan contra la dignidad humana constituyen tortura y no son de conocimiento de la Justicia Penal Militar.**

“En consecuencia y como quiera que el caso resuelto se presenta similar al que se conoce, por cuanto en esa oportunidad igualmente el funcionario castrense consideraba que además

de los delitos de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, TORTURA Y OTROS, concursaba el delito de ATAQUE AL INFERIOR cuya competencia le correspondía al tratarse de hechos cometidos por personal militar en acciones militares; se impone a la Sala tener en cuenta la decisión adoptada por el Consejo Superior al asignar la competencia a la jurisdicción ordinaria, por cuanto se observa que igualmente en el presente asunto, las conductas calificadas en la primera instancia como “ataques” por vía de hecho físicos y verbales para realizar la imputación en la jurisdicción castrense, real y materialmente constituyen las torturas que igualmente fueran advertidas por la Fiscalía Penal Militar por atentar contra la dignidad y constituir violación a los derechos humanos del soldado y por las cuales dispuso compulsar las respectivas copias”. (Rad. 155175 M. P. CR **Rosa Elena Tovar García, junio 12 de 2009**)

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – **Los crímenes de Lesa Humanidad no pueden ser investigados y juzgados por la Justicia Penal Militar dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública.**

“El vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia.

(...) Todas las conductas delictivas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, deben estar excluidas del campo de competencia de la justicia penal militar” (Corte Constitucional, Sent. 878 de 2000, expediente D- 2766 M. P. **Alfredo Beltrán Sierra**).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

C-358 de 1997, C-368 de 2000.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL–
Los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, crímenes de lesa humanidad y atentados contra el DIH, quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar.

“Se considera que además de los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, también quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.” (Corte Constitucional, Sent. 469 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio)

SENTENCIAS CONCORDANTES:

C-358 de 1997, C-433 de 2004, C-068 de 2004.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL–
Los delitos de extrema gravedad, son considerados en todos los casos ajenos al servicio.

“la Justicia Penal Militar no es entonces competente para investigar y juzgar delitos que en general sean contrarios a su misión constitucional, como ocurre con las violaciones a los derechos humanos, los delitos de lesa humanidad y las infracciones al derecho internacional humanitario, pues tal conjunto de delitos, por su extrema gravedad, son considerados en todos los casos ajenos al servicio, sin que pueda afirmarse que su ocurrencia está relacionada con la realización de un fin constitucionalmente válido”. (Corte Constitucional, Sent. 372 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL–
Las conductas manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública.

“La alusión que hizo la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-358-97 a que los delitos de lesa humanidad cometidos por miembros de la Fuerza Pública no pueden tener ninguna relación con el servicio, no quiere decir a que sólo sean esa clase de infracciones las que pueden dar lugar al privilegio del fuero si son militares o policías en servicio activo y en actos relacionados con este sus autores. Lo que quiso significar el Tribunal Constitucional con suma claridad es que esa especie de conductas punibles, por ser “manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. Un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que

no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria”. (Corte Constitucional, Sent. 358/97 expediente D- 1445 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL
Graves violaciones definición.

“(…) En otros eventos las graves violaciones a los derechos humanos se han asociado a los crímenes de guerra como en el caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, en el cual la CIDH, aseguró.” En casos de violaciones graves a los derechos humanos la Corte ha tomado en cuenta, en el análisis de fondo, que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad, por haber sido cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población, a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y las consecuencias jurídicas. Con ello, la Corte no realiza, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna. En este sentido, las necesidades de protección integral del ser humano bajo la Convención han llevado a la Corte a interpretar sus disposiciones por la vía de la convergencia con otras normas del derecho internacional, particularmente en lo relacionado con la prohibición de crímenes contra la humanidad, que tiene carácter jus cogens, sin que ello pueda implicar una extralimitación en sus facultades, pues, se reitera, con ello respeta las facultades de las jurisdicciones penales para investigar, imputar y sancionar a las personas naturales responsables de tales ilícitos. Lo que la Corte hace, de acuerdo con el derecho convencional y el derecho consuetudinario, es utilizar la terminología que emplean otras ramas del Derecho Internacional con el propósito de dimensionar las consecuencias jurídicas de las violaciones alegadas vis-à-vis las obligaciones estatales” (Corte Const. Sent. C 579/13, veintiocho (28) de agosto de trece (2013) M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA– FUERO MILITAR – **Conductas en relación con el servicio: excluidos los delitos de lesa humanidad.**

“La alusión que hizo la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-358-97 a que los delitos de lesa humanidad cometidos por miembros de la Fuerza Pública no pueden tener ninguna relación con el servicio, no quiere decir a que sólo sean esa clase de infracciones las que pueden dar lugar al privilegio del fuero si son militares o policías en servicio activo y en actos relacionados con este sus autores. Lo que quiso significar el Tribunal Constitucional con suma claridad es que esa especie de conductas punibles, por ser “manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia.

Un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria”.

De ese entendimiento no puede deducirse que si un efectivo militar o de policía, mientras está en servicio y con ocasión de este realiza una conducta punible que no es considerada de lesa humanidad, está relacionada con el servicio y, por ende, emerge el fuero militar para su investigación y juzgamiento. Vale decir, no es racional sostener que si un policía o militar, a manera de ejemplo, en desarrollo de una misión propia del servicio hurta o accede carnalmente a otra persona en forma violenta, ejecutó actos relacionados con el servicio, porque tales comportamientos no guardan vínculo de relación alguno con la función que la Constitución asigna a la Fuerza Pública” (CSJ, Sent. Casación N° 18643, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, noviembre 02 de 2003).

JURISPRUDENCIA. –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA– Fuerza prevalente del Bloque de constitucionalidad en la Justicia Penal Militar.

“Así mismo, atendiendo el principio de integración, se ha considerado viable acudir a la cláusula del bloque de constitucionalidad, strictu sensu, descrita en el artículo 93 de la Constitución Política, para concebir prevalente en el orden interno, los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, ratificados por Colombia, en especial, la “Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio”, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948 y aprobada mediante la Ley 28 de 1959, la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, aprobada por la Ley 70 de 1986 y ratificada el 8 de diciembre de 1987, la “Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura”, aprobada mediante la Ley 408 del 28 de octubre de 1997, la “Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9 de junio de 1994, y aprobada internamente por la Ley 707 de 2001. Ahora, para los delitos que, siendo de lesa humanidad, hubieren sido ejecutados con anterioridad a la incorporación del delito de genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y tortura en el estatuto sustantivo penal colombiano, o en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad, también se ha precisado que, es el derecho consuetudinario internacional –ius cogens- el llamado a regular tales actos violentos. El derecho universal, de manera más o menos homogénea, ha decantado ciertas características que diferencian a los delitos de lesa humanidad del resto de categorías de crímenes internacionales y de los punibles comunes. En esencia, son las que siguen:

i) Corresponden a ultrajes especialmente lesivos de la dignidad humana que degradan de forma grave los más caros intereses del ser humano,

como la vida, la libertad, la integridad física, la honra, entre otros.

ii) Se trata de eventos sistemáticos y generalizados -no aislados o esporádicos-, que representan una política deliberada del Estado ejecutada por sus agentes o una práctica inhumana, tolerada por el mismo, desplegada por actores no estatales.

Que el ataque sea generalizado significa que puede ser un acto a gran escala o múltiples actos que involucran un número importante de víctimas. Por su parte, la sistematicidad resulta que la conducta sea el resultado de una planificación metódica, inmersa en una política común.

iii) Pueden ser cometidos en tiempo de guerra o de paz.

iv) El sujeto pasivo primario de las conductas es, fundamentalmente, la población civil y, en un plano abstracto pero connatural a la ofensiva contra la individualidad del ser humano y su sociabilidad, la humanidad en general.

v) El móvil debe descansar en criterios discriminatorios por razón de raza, condición, religión, ideología, política, etc.

(...)De lo anterior se sigue, que el tormento causado al sujeto pasivo, titular del derecho vulnerado, a través de condiciones o procedimientos diseñados por su naturaleza o duración para causar sufrimiento, puede ser físico cuando la aflicción se produce a nivel corporal de la víctima –aunque en veces no deje huella por lo sofisticado de los instrumentos utilizados para aplicarla- y moral si la agresión –más allá de la consternación obvia que la de carácter físico genera- equivale a amenazas, intimidaciones o coacciones con la entidad de afligir la esfera psíquica del ser humano, de tal manera que limite sus capacidades de autodeterminación, su voluntad, su dignidad.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que una amenaza suficientemente real e inminente de ser torturado o asesinado o una angustia intensa por la suerte que se puede correr, puede ser en sí misma constitutiva de tortura psicológica.

La constatación del dolor o padecimiento soportado por el ofendido no siempre es fácil, pues, en ocasiones, no quedan rastros o huellas del ultraje, sobre todo, cuando es de naturaleza moral; por eso, de cara al principio de libertad probatoria, no podría reclamarse la necesaria comprobación del delito a través de una experticia médica o técnica, sino que cobra especial relevancia la prueba testimonial (CSJ AP, 3 jul. 2013, rad. 40.994)”. (CSJ, Sent. Casación N° 45795, M. P. Eyder Patiño Cabrera, julio 15 de 2015).

JURISPRUDENCIA. –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA– Evento frente a servidores de la Policía Nacional que incurrieron en conducta orientada a obtener un ofrecimiento dinerario a cambio de omitir una labor propia de la función pública.

“De este modo, si bien, los acusados hacían parte de la Policía Nacional, la conducta

orientada a obtener un ofrecimiento dinerario a cambio de omitir una labor propia de la función pública que cumplían, no integra un acto relacionado con el servicio, ni con las atribuciones a ellos encomendadas, pues, en los términos denunciados y acreditados probatoriamente –como más adelante se detallará–, en su condición de Subintendentes de la Policía de Carreteras no les correspondía inducir la entrega de suma alguna y retener parte del metal precioso hallado al interior de un vehículo que inspeccionaron, para luego dejar que su tenedor transportara libremente el resto, a cambio de la dádiva provocada, circunstancias que indican que los gendarmes ejecutaron una actividad ajena al cumplimiento de sus funciones en aquella institución y carecen de relación con el servicio público que les es inherente, toda vez que ninguna operación policial conlleva la necesidad de solicitar dinero a los ciudadanos, acto que lo distancia de su deber legal. Siendo ello así, no resulta evidente –como así reclama el censor– el vínculo entre el delito perpetrado contra la administración pública y algún acto del servicio, habida cuenta que la conducta arriba detallada nada tiene que ver con prácticas institucionales asignadas a los uniformados. Por el contrario, lo que exhibe es una deliberada infracción de la ley penal ordinaria, desde luego, extraña al servicio que ellos debían desempeñar. El comportamiento de los procesados, a pesar de haber sido en principio lícito, tomó rumbos diametralmente opuestos a la finalidad constitucional confiada a la Policía Nacional, circunstancia que rompe el nexo funcional de los agentes con el servicio, como quiera que inducir, en las anotadas condiciones, a un ciudadano a dar una cantidad de dinero, constituye una conducta de suma gravedad en la medida que, además de traicionar la función pública encomendada y el deber de lealtad para con ella, vulnera los derechos y libertades para cuya defensa precisamente está instituida”. **(CSJ, Sent. Casación N° 53186, M. P. Jaime Humberto Moreno Acero, noviembre 06 de 2019).**

CONC. Acto Legislativo 2 de 2012. Artículo 3, inciso 2o “Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”. “En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales”.

Artículo 20 de la Ley 1719 de 2014, “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”. Artículo 20. Competencia. Los delitos de

violencia sexual no podrán ser investigados a través de la jurisdicción penal militar.

JURISPRUDENCIA. –CONSEJO DE ESTADO–
Competencia de la justicia ordinaria para conocer, investigar y juzgar conductas no relacionadas con el servicio.

“En ese orden, no es menester establecer el nexo funcional con el servicio de conductas reprochables como lo son: los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, el desplazamiento forzado, las violaciones y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y el reclutamiento de menores, entre otras, ya que son de competencia de la justicia penal ordinaria, quien se encargará de investigar y juzgar a los presuntos responsables”. **(CE 18001-23-31-000-2005-00142-01(50843). M. P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero, junio 06 de 2019).**

JURISPRUDENCIA – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – **Ruptura nexo funcional.**

“Precisamente, las conductas penales que pudieran derivarse por las posibles irregularidades cometidas en el procedimiento de incautación, la tardanza en entregar a la autoridad competente el equipo de cómputo encontrado de la llamada “caleta de alias Romaña”, la aparente pérdida del disco duro de aquel, la omisión de reportar y someter a cadena de custodia todos los elementos allí encontrados, así como, los demás aspectos que se derivan de la situación fáctica objeto de investigación, sí en cuenta se tiene que todos están enmarcados en el presunto ofrecimiento de \$200.000.000 para la devolución del mencionado computador, para nada podrían considerarse directamente relacionados con la prestación del servicio a cargo del Ejército de Colombia, motivo por el cual, el conocimiento del proceso debe asignarse a la jurisdicción ordinaria...”

(...) Es decir, lo que se investiga es el posible apartamiento temporal de esa principalísima función constitucional encargada y a la cual se comprometieron cuando adquirieron la condición de aforados, no otra que la de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional...”. **(Auto 2013-02239 salvamento de voto de Julia Emma Garzón de Gómez, diciembre 11 de 2013).**

JURISPRUDENCIA– CONSEJO SUPERIOR JUDICATURA – **Nexo Funcional – duda.**

“...Bajo los anteriores presupuestos, se impone colegir conforme los elementos de convicción recaudados en el paginario, que si bien en principio los miembros del de la Policía Nacional, en el momento de un presunto procedimiento, y la actuación desplegada se efectuó en ejercicio de sus funciones, la relación de ésta con el resultado producido,

se insiste, refleja un comportamiento probablemente arbitrario y deliberado, pues recuérdese como la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función Constitucional y legal que justifica la existencia de la Fuerza Pública. Así las cosas, conforme a las consideraciones expuestas, en especial a la existencia de duda frente al presunto procedimiento de la Policía de vigilancia, en donde resultara lesionado el menor de edad Víctor Manuel Caicedo Valencia, las presentes diligencias se asignarán a la Jurisdicción Ordinaria Penal...” (Rad. N.º 110010102000201501063 00 M. P. Dr. Angelino Lizcano Rivera, junio 03 de 2015. Aprobado según Acta N.º 042 de la fecha).

JURISPRUDENCIA – CONSEJO SUPERIOR
JUDICATURA – **Duda razonable.**

“... Con respecto a la duda, la misma Corte enseña que debe tratarse de una duda razonable, debidamente fundada o calificada y que emerja en forma racional y manifiesta de los elementos de juicio que, en su conjunto deben ser analizados por el operador jurídico (Corte Constitucional T-1001 de 2001) encargado de dirimir los conflictos de competencia...” (Rad. N.º 110010102000201500941 00 M. P. Dr. Néstor Iván Javier Osuna Patiño, mayo 20 de 2015).

JURISPRUDENCIA – CONSEJO SUPERIOR
JUDICATURA- Duda razonable – **Ejercicio de ponderación para determinar la competencia.**

“...La duda razonable como criterio de valoración dentro de un trámite de conflicto de competencia, supone un amplio ejercicio de ponderación según los criterios y reglas señalados por la Corte Constitucional en las sentencias C-358 de 1991 y C-578 de 2020, a fin que las valoraciones subjetivas no adquieran la entidad de duda razonable...” (Rad.: 110010102000201702775 01 15240-35, M. P. Julia Emma Garzón de Gómez, agosto 1 de 2018).

JURISPRUDENCIA – CONSEJO SUPERIOR
JUDICATURA – **Duda - Aplicación del carácter restrictivo de la jurisdicción penal militar.**

“Teniendo en cuenta que en el caso bajo estudio no surge con claridad ni nitidez la relación del delito con el servicio, en la medida en que de las pruebas surgen dudas sobre la existencia de un combate armado, la Sala, en aplicación del carácter restrictivo de la jurisdicción penal militar y de los criterios fijados jurisprudencialmente para resolver los conflictos entre jurisdicciones penales, asignará la competencia a la justicia penal ordinaria...” (Rad. N.º 110010102000201500130 00, M. P. Dr. Néstor Iván Javier Osuna

Patiño, febrero 18 de 2015. Registro proyecto: febrero 16 de 2015. Aprobado según Acta N.º 10 del 18 de febrero de 2015).

JURISPRUDENCIA – CONSEJO SUPERIOR
JUDICATURA – **Intención criminal ab-initio constituye un comportamiento abiertamente contrario a la función constitucional de la Fuerza Pública.**

“...La Sala considera que los anteriores hechos –que el Juzgado 157 de Instrucción Penal Militar considera que pueden ser constitutivos de los delitos de concusión y lesiones personales– rompen automáticamente la relación de la conducta denunciada como ilícita con el servicio asignado a los miembros de la Policía Nacional, en la medida que se trata de un comportamiento que ab initio tiene un fin ilícito. La Sala considera igualmente que los hechos denunciados dan cuenta de un comportamiento abiertamente contrario a la función constitucional de la Fuerza Pública, que por su sola comisión rompe el nexo funcional del agente con el servicio, por lo que no puede hablarse entonces en este caso de la existencia de un vínculo directo, claro y nítido entre las conductas delictivas investigadas y el servicio asignado constitucionalmente a la Policía Nacional...” “...El anterior análisis es, por demás, consistente con el artículo 3 del Código Penal Militar vigente (Ley 1407 de 2010), según el cual en ningún caso podrá entenderse que están relacionadas con el servicio las conductas abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, como ocurre cuando se exigen sumas de dinero para devolver un bien de propiedad de un ciudadano, se despoja a los ciudadanos de su dinero y se usa la fuerza física para golpearlos. Los hechos denunciados configurarían entonces una conducta excluida por el Código Penal Militar (ley 1407 de 2010) de la competencia de la jurisdicción penal militar...” (Rad. N.º 110010102000201500474 00, M. P. Dr. Néstor Iván Javier Osuna Patiño, marzo 18 de 2015).

JURISPRUDENCIA. – CIDH– **EI procesamiento de graves violaciones de derechos humanos corresponde a la justicia ordinaria.**

“De manera particular, este Tribunal ha establecido que el procesamiento de graves violaciones de derechos humanos corresponde a la justicia ordinaria. En casos de desaparición forzada de personas, el artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, de la cual Guatemala es parte, expresamente prohíbe la intervención de tribunales militares. (...)El Estado está obligado a garantizar, tal como lo hizo en el presente caso el traslado de la jurisdicción penal militar a la jurisdicción ordinaria de aquellos expedientes judiciales que se refieran a cualquier materia no vinculada directamente a las funciones de las

fuerzas armadas, particularmente aquellos que impliquen el procesamiento de violaciones de derechos humanos". **Tiu Tojin vs. Guatemala.**

JURISPRUDENCIA.- CIDH- El procesamiento de los responsables de violaciones de derechos humanos corresponde siempre a la justicia ordinaria.

Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que "cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al Juez Natural y, a fortiori, el debido proceso", el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia". **Radilla Pacheco vs. México.**

JURISPRUDENCIA.-CIDH- En casos que involucren violaciones a derechos humanos, la jurisdicción penal militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad.

"La Comisión Interamericana sostuvo que no hay elementos que justifiquen la intervención de la justicia militar en la investigación de la denuncia de la violación sexual. La justicia militar debe ser utilizada sólo para juzgar militares activos por la presunta comisión de delitos de función en sentido estricto. En casos que involucren violaciones a derechos humanos, la jurisdicción penal militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad previstos en el artículo 8.1 de la Convención Americana". **Rosendo Cantú vs. México.**

JURISPRUDENCIA.-CIDH-. La jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar, juzgar y sancionar vulneraciones de derechos humanos.

"Sobre la intervención de la jurisdicción militar para conocer hechos que constituyen violaciones a derechos humanos, este Tribunal recuerda que

se ha pronunciado al respecto en relación con México en la Sentencia del caso Radilla Pacheco, precedente que ha reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú. En resumen, es jurisprudencia constante de esta Corte que la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas vulneraciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. Esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos. Los tratos crueles, inhumanos y degradantes cometidos en contra de una persona por parte de personal militar, son actos que no guardan, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense. Es claro que tal conducta es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, está excluida de la competencia de la jurisdicción militar". **Cabrera García y Montiel Flores vs. México.**

JURISPRUDENCIA. CIDH - La garantía del Juez Natural debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana.

"La Corte reitera su jurisprudencia constante sobre la falta de competencia de la jurisdicción penal militar para juzgar violaciones de derechos humanos y el alcance restrictivo y excepcional que debe tener en los Estados que aún la conserven. Esta Corte ha establecido que, en razón del bien jurídico lesionado, dicha jurisdicción no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, y que en el fuero militar sólo se puede juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Por lo tanto, la Corte reitera que los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido. La Corte reitera que, independientemente del año en que sucedieron los hechos violatorios, la garantía del Juez Natural debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana". **Vélez Restrepo vs. Colombia.**

JURISPRUDENCIA.-CIDH-. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al Juez Natural y, a fortiori, el debido proceso.

"Asimismo, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento

de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte ha indicado que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al Juez Natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial. Además, la Corte hace notar que, por lo menos a partir de la sentencia del caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, ha sido el criterio jurisprudencial constante que la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas vulneraciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En este sentido, explicó que debido a “la estructura sumamente jerárquica de las fuerzas armadas, institución fundada en principios de lealtad y subordinación, los oficiales en servicio activo carecen de la independencia e imparcialidad necesarias para juzgar casos de miembros de la misma institución implicados en violaciones de los derechos humanos cometidas contra civiles. Sí, se estima que los oficiales en servicio activo no son independientes ni capaces de dictar sentencias imparciales contra miembros de las mismas fuerzas armadas”. Al respecto, la Corte recuerda su jurisprudencia constante en la cual ha indicado que la jurisdicción militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad establecidos en la Convención”. **Rodríguez Vera vs. Colombia.**

JURISPRUDENCIA. –CIDH– En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar tiene un alcance restrictivo y excepcional.

“La Corte recuerda que su jurisprudencia relativa a los límites de la competencia de la jurisdicción militar para conocer hechos que constituyen violaciones a derechos humanos ha sido constante, en el sentido de afirmar que en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las Fuerzas Militares. Esta garantía se encuentra reconocida en la Convención Americana y debe ser respetada por los Estados Parte desde el momento en que ratifican dicho tratado, de manera que no nace a partir de su aplicación e interpretación por este Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa. Por lo tanto, la Corte reitera que los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido. Las alegaciones de desaparición forzada son actos que guardan relación con hechos y tipos penales que en ningún caso tienen conexión con la disciplina o la misión castrense. Por lo tanto, el avocamiento de la jurisdicción militar en dichas causas contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que caracterizan a dicha jurisdicción. Además, operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados; obstruyó durante varios años las investigaciones en la justicia ordinaria, que era el fuero competente para realizar las investigaciones, y pretendió lograr la impunidad de los responsables”. **Tenorio Roca vs. Perú.**

COMENTARIO

Dentro de nuestro derecho doméstico, el honorable Tribunal Superior Militar y Policial, al igual que la Corte Constitucional han sostenido las bases generales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a los delitos no relacionados con el servicio, señalando además que el nexo causal entre la conducta lesiva y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una “gravedad inusitada” como ocurre con los delitos de lesa humanidad, los cuales refiere son contrarias a la dignidad humana y a los derechos de las personas, por lo tanto, una orden de cometer un hecho de esa naturaleza, no debe, ni puede ser obedecido, ya que no guarda relación con la misión encomendada a la Fuerza Pública en la Constitución Política.

La Corte Suprema de Justicia mantiene el mismo derrotero frente al componente central del fuero militar y su carácter excepcional. Circunscribe su interpretación y alcance a los exclusivos actos relacionados con el servicio, señalando además que, para definir la competencia, se deben auscultar las funciones y deberes del integrante de las Fuerzas Armadas, siendo necesario determinar si la conducta constitutiva del delito es producto de un ejercicio desviado o excesivo de las facultades atribuidas por la Constitución y la ley.

Reitera, además, que los crímenes de lesa humanidad, la tortura, el genocidio, violaciones al Derecho Internacional Humanitario o cualquier acto que vulnere la dignidad humana no pueden ser enmarcados dentro de una actividad legítima del Estado y ha edificado lineamientos en los que indica que las conductas punibles que envuelven graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, *per se*, son ajenas al servicio público. La Corte afinca su tesis al señalar que el fuero militar no solamente implica determinar si la conducta delictiva fue realizada con ocasión de una acción o dentro de su contexto, sino también, debe atender a la naturaleza del delito imputado, apareándose al concepto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Insiste la Corte Suprema de Justicia, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario hacen parte del ordenamiento interno colombiano y tienen rango constitucional, formando el denominado Bloque de Constitucionalidad, razón por la cual, no puede ser desconocido por los miembros de la Fuerza Pública, ni siquiera bajo las condiciones establecidas en el artículo 213 de la Constitución Política, y, por ende, no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, debiéndose respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

Por último, enfoca su argumento en establecer que toda aquella conducta punible que carezca de una conexidad diáfana, inmediata y directa con las competencias y fines legales y legítimos que rigen la actividad militar o policiva, no puede ser de competencia de la Justicia Militar, como tampoco lo son aquellos delitos que se suscitan de conflictos internos o personales entre los soldados, pese a que se produzcan durante la realización de actividades propias del servicio.

Ahora bien, el Consejo Superior de la Judicatura, quien fue el competente para dirimir conflictos de jurisdicciones hasta el año 2021, se ocupó de ahondar sobre el tema señalando que son de competencia de la justicia militar aquellos actos que funcional y éticamente vayan vinculados con los fines constitucionales de la Fuerza Pública, por lo tanto, aquellos que no tengan relación directa e inequívoca con el servicio no son de competencia de la Jurisdicción Castrense.

Mantiene el derrotero planteado por la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que cuando el delito adquiere “una gravedad inusitada”, no puede ser conocido, investigado y juzgado por la Justicia Militar, pues abiertamente desconoce la dignidad humana y comporta la violación de los derechos constitucionales.

Finalmente, acoge el principio de in dubio pro jurisdicción ordinaria, manejado por la Corte Suprema de Justicia, señalando que este se da cuando no germina con claridad la relación directa del delito con el servicio, pero fue más allá, al referir que se rompe el nexo causal, próximo y directo cuando la conducta lesiva tiene desde ab initio un fin ilícito y el ejercicio de las funciones militares y policiales son una cortina o fachada para la actividad criminal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, advierte igualmente que la competencia de la Justicia ordinaria, para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos, no reside en la gravedad de las violaciones como tal sino en la naturaleza misma del crimen y en la del bien jurídico protegido lesionado, donde evidentemente no hay vinculación directa con las funciones de las fuerzas armadas.

Adicionalmente, y respecto de los delitos de violación sexual, niega rotundamente la competencia de la justicia penal militar para conocer de estos y predica la imperiosidad de respetar la competencia en cabeza de la justicia ordinaria para conocer de estos asuntos, en aras de no verse afectado el derecho al Juez Natural, al debido proceso, al derecho de las víctimas y sus familiares de acceder al proceso, y a los derechos a la verdad y a la justicia.

De igual manera la CIDH, signa que los casos de tortura, desaparición forzada, violación sexual, todas las violaciones de derechos humanos, y toda conducta que involucre tratos crueles, inhumanos y degradantes, son actos que no guardan relación, en nullo casu, con la misión militar.

Artículo 4º. Fuerza Pública.

La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **Integrantes de la Fuerza Pública como destinatarios del fuero.**

“En primer lugar, está destinado a ser aplicado frente a delitos cometidos únicamente por integrantes de la Fuerza Pública, entendiendo como tal los miembros de la Policía Nacional, el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana. Así entonces, las conductas investigadas no son aquellas que conlleven la realización estricta de las funciones propias de la Fuerza Pública, dígame las establecidas en los artículos 217 y 218 de la Carta Magna, o las que establezcan las leyes y reglamentos, pues ningún cumplimiento del deber ajustado a los límites constitucionales y legales puede ser objeto de persecución y castigo”. (Rad. 158828, M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, 6 de agosto de 2018).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- Fuerza Pública

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 de la Constitución Política, en Colombia la Fuerza Pública tiene una doble composición al estar conformada por (i) las Fuerzas Militares, las cuales a su vez se dividen en el Ejército Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana y La Armada Nacional, y (ii) por la Policía Nacional, esta última considerada como un cuerpo armado de

naturaleza civil”. (Corte Constitucional, Sent. 070 de 2018, M. P. Alberto Rojas Ríos).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL- ámbito de aplicación de la Ley – **Integrantes de la Fuerza Pública.**

“los artículos 216, 217 y 218 de la Carta Política en los que se definen quienes integran la Fuerza Pública (Ejército, Fuerza Aérea, Armada y Policía Nacional).”La presente ley se aplicará en lo pertinente, a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro, así como al personal civil o no uniformado que desempeñe cargos en la Justicia Penal Militar y Policial”, contenida en el artículo 2 de la Ley 1765 de 2015, en el entendido que la competencia de la justicia penal militar y policial se circunscribe únicamente al juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio -no obstante que con posterioridad se hayan retirado del servicio-, con lo cual, la Ley 1765 de 2015 aplica a los miembros de la Fuerza Pública en retiro y al personal civil o no uniformado solo en relación con las medidas de carácter laboral y administrativo en ella previstas, en cuanto las mismas les sean exigibles por razón de su vinculación a la planta de personal de los órganos de la Justicia Penal Militar y Policial”. (Corte Constitucional, Sent. 372 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

**JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL-
Integrantes de Fuerza Pública – *Misionalidad
Constitucional.***

“El artículo 216 de la Constitución política establece que la Fuerza Pública “estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”. Como lo ordenan los artículos 217 y 218 de la Carta son estas dos instituciones las encargadas de proteger, respectivamente, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional, así como mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.” **(Corte Constitucional, Sent. C- 404 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis).**

**JURISPRUDENCIA. CSJ –SALA PENAL –
*Las Fuerzas Militares como garantes
de protección frente a los eventuales
transgresores de los derechos fundamentales
de las personas.***

“A esa conclusión arribó tras considerar que los miembros de las Fuerzas Militares son garantes de protección frente a los eventuales transgresores de los derechos fundamentales de las personas, máxime cuando los mismos prestan sus funciones en zonas de alto conflicto. Por lo tanto, cuando eluden deliberadamente el cumplimiento de esos deberes de seguridad o protección, consintiendo la producción de su lesión, o en otras palabras, no actúan permitiendo que se ocasionen resultados graves y dañinos, tales conductas de inactividad e indiferencia se

colocan al margen del ordenamiento superior, y sus responsables sujetos a la sanción prevista en el delito de acción porque el artículo 21 de la ley 100 de 1980, reproducido con mayor riqueza descriptiva en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, equipara, mediante un juicio de equivalencia puramente hipotético, la acción con la omisión.” **(CSJ, Sent. Casación N° 25889, Caso Masacre Mapiripán. Acción - Omisión miembros de la Fuerza Pública, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez Y Álvaro Orlando Pérez Pinzón, abril 26 de 2007).**

**JURISPRUDENCIA. CSJ – SALA PENAL –
*Destinatarios del fuero militar.***

“De este modo, ha recabado la Sala, la competencia castrense, de estirpe constitucional, sólo se atribuye cuando el hecho que motiva el proceso ha sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones, siempre y cuando la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública” **(CSJ, Sent. Casación N° 5.705, mar. 26/1996 M. P. Córdoba Poveda Jorge Enrique).**

COMENTARIO

Conforme lo preceptúa el artículo 216 de la Constitución Política de Colombia de 1991, la Fuerza Pública está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Las Fuerzas Militares están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Policía Nacional por su parte, está facultada para mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

Es decir, las diferentes misiones que desempeñan los integrantes de la Fuerza Pública en Colombia tienen fundamento Constitucional, de ahí que, los artículos que modifican adicionan o derogan disposiciones de carácter penal militar, sólo le serán aplicables a sus integrantes en los términos del artículo 221 de la Constitución Política de 1991, la ley 1407 de 2010 y la ley 1765 de 2015, siempre que guarden estrecha relación con la finalidad legítima encomendada.

Artículo 5°. Investigación y juzgamiento de civiles.

En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

**JURISPRUDENCIA – CIDH– *La atribución a los
tribunales militares de la facultad de juzgar
civiles representa una ruptura con el principio
democrático de la división de poderes.***

“Por estas razones, dichos tribunales no “ofrecen garantías de imparcialidad e independencia para los civiles, toda vez que los jueces militares actúan bajo una lógica militar y de acuerdo a sus principios”. Pues bien: la atribución a los tribunales militares de la facultad de juzgar civiles representa para comenzar una ruptura con el

principio democrático de la división de poderes, porque trae a la órbita gubernamental una función propia de otra rama del poder público, la judicial. El riesgo de afectar nocivamente la estructura y el funcionamiento de porciones más amplias de la institucionalidad democrática. Los procesos contra civiles adelantados por la justicia penal militar, censurables ya de suyo por cuanto violan la garantía del Juez Natural pueden, a buen seguro, violar además el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. **(Corte**

Interamericana de Derechos Humanos, Castillo Petrucci y Otros vs. Perú, mayo 30 de 1999).

JURISPRUDENCIA – CIDH– **El juzgamiento de civiles está excluido del ámbito de la jurisdicción militar.**

“Debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”. **(Corte Interamericana de Derechos Humanos Durand Ugarte vs. Perú, agosto 16 de 2000).**

JURISPRUDENCIA– CIDH – **JPM - Vulneración a las disposiciones relativas al juez competente, independiente e imparcial.**

“la aplicación de la justicia penal militar a civiles infringe las disposiciones relativas al juez competente, independiente e imparcial **(artículo 8.1 de la Convención Americana)...”.** **(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cantoral Benavides vs. Perú, agosto 18 de 2000).**

JURISPRUDENCIA – CIDH – **JPM- Juzgamiento de civiles – Exclusión del ámbito de la jurisdicción militar.**

“Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar...”. **(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Lori Berenson vs. Perú, noviembre 25 de 2004).**

JURISPRUDENCIA – CIDH – **El Juzgamiento de civiles es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos.**

“...De igual modo, el traslado de competencia parcial realizado por el fuero militar a la jurisdicción ordinaria para investigar sólo a personas civiles es incompatible con la Convención...” **(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rosendo Cantú y Otras vs. México, mayo 15 de 2011).**

JURISPRUDENCIA –CORTE CONSTITUCIONAL– **Ámbito funcional del fuero militar – Prohibición de extender el juzgamiento a civiles.**

“...La justicia penal militar es un ámbito funcional especializado de la Fuerza Pública y no hace parte de la rama judicial. Por ello, su órbita funcional debe circunscribirse al fuero militar y no tiene por qué extenderse al juzgamiento de civiles pues de hacerlo se desconoce la reserva judicial de la libertad y también la imparcialidad y la independencia del juzgador como exigencias mínimas de una decisión justa”. , **(Sent. C- 070 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez).**

JURISPRUDENCIA– CORTE CONSTITUCIONAL– **Limitación y alcance del fuero militar.**

“De ese modo, no le corresponde a la jurisdicción penal militar, en ningún caso, y por ningún motivo, juzgar a los civiles, ni tampoco a los miembros de la Fuerza Pública en retiro o en servicio activo que cometan delitos no relacionados con el servicio, esto es, delitos que se aparten de las funciones misionales que en su condición de tal ejecutan de acuerdo con el ordenamiento jurídico, los cuales serían de competencia de la jurisdicción ordinaria. Tratándose de los civiles, el artículo 213 de la Carta establece expresamente que “en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar” **(Sent. C- 372 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL– **Prohibición de investigar y juzgar civiles aún en Estados de excepción.**

“la Fuerza Pública, se encuentra integrada por las Fuerzas Militares y de Policía Nacional según el artículo 216 de la Constitución; y a los Militares se les prohíbe, aún en Estados de Excepción investigar y juzgar a los civiles según lo dispuesto por el último inciso del artículo 213 de la Carta...” **(Sent. C- 1024 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA–, **SALA PLENA. Es inconstitucional el juzgamiento de civiles por militares. Principio del Juez Natural (anterior Código Penal Militar Decreto 2550 de 1988, y Constitución política de 1886).**

“...Los tribunales militares son competentes para juzgar delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Pero, se repite, no hay texto alguno de la Constitución que otorgue una facultad precisa según el art. 121 de la misma, para asignarles el carácter de tribunal competente respecto de delitos cometidos por civiles. Y no se diga que la ley y, por ende, los decretos legislativos, pueden establecer libremente tribunales y juzgados que administren justicia, al tenor del art. 58 de la Constitución, de donde resultaría viable una medida como la que se revisa, porque el principio de la separación de las ramas del poder público, que consagra el art. 55 de la Constitución Nacional, exige que los jueces ejerzan funciones separadas, esto es, independientes respecto del Congreso y de la rama ejecutiva. Y los tribunales militares no pertenecen a la rama jurisdiccional sino a la organización jerárquica de las fuerzas armadas, por lo cual no cabe predicar de ellos las notas de independencia y de especialización que, según los principios del Estado de derecho, deben caracterizar la administración de justicia. Ha dicho la Corte, en fallo relativo a una disposición que extendía el ámbito de las cortes marciales al juzgamiento del personal civil y que es aplicable al caso que se estudia, lo siguiente: “ La justicia penal militar se administra de un modo acelerado (...) Así lo requiere la naturaleza de la institución castrense y la importancia de mantener la autoridad y respetar la jerarquía de los cuerpos militares Consagrarla, involucrando

personas distintas de los militares en servicio activo y delitos diferentes a los que se relacionan con el mismo servicio, equivale a suplantar el orden constitucional, concediéndole el art. 170 de la Carta un valor genérico y no específico .que es el que debe corresponder”(C. S. J., fallo de oct. 4 de 1971; subraya la Sala).

(...) Los poderes del estado de sitio le permiten al gobierno tomar disposiciones policivas muy variadas y eficaces para combatir el narcotráfico y sus secuelas perjudiciales dentro de la sociedad, de modo que atenúen la alarma social producida por los graves crímenes presumiblemente realizados por la delincuencia organizada, sin necesidad de suplantar a las autoridades jurisdiccionales, y lo que es más grave, de distorsionar el sentido propio de la administración de justicia, lo que no deja de tener delicadas repercusiones en el orden institucional”. (CSJ, Sala Plena N.º 1562, M. P. Jesús Vallejo Mejía, declaratoria de inexequibilidad del Decreto-Ley 3671 de 1986, marzo 05 de 1987.).

JURISPRUDENCIA – CSJ – SALA PENAL -
Exclusión expresa para que la Justicia Militar investigue y juzgue a civiles.

“...carece de sustento legal y constitucional que civiles puedan ser sometidos a una jurisdicción que expresamente los excluye, ya que la Constitución Política de 1991, bajo cuyo amparo se adelantó la etapa del juicio, descarta categóricamente esa posibilidad, aún en estado de excepción, como se lee en el inciso final de su artículo 213: En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar, disposición que deja sin mínima base la alegación de nulidad por tan supuesta incompetencia funcional”. (CSJ, Sent. Casación N.º 18499, oct 25/2001. M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

CIDH: Palamara Iribarne vs. Chile Cabrera
García y Montiel Flores vs. México.

COMENTARIO

El artículo 213 de la Constitución Política de Colombia de 1991, dispone que en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar. Esta posición no siempre fue la dominante en Colombia, pues tras un barrido histórico, se encuentran pronunciamientos de la honorable Corte Suprema de Justicia que lo avalaban durante situaciones excepcionales de Estados de sitio.

Especial referencia a decisiones como la proferida el 13 de agosto de 1979, mediante el Decreto 1923 del mismo año, la cual fue reiterada en Acta N.º 29 del 3 de julio de 1984, que resuelve sobre la constitucionalidad del Decreto 1042 de 1984, considerando que se encontraba acorde al artículo 61 de la Carta Suprema de 1886, cuando los delitos comunes tenían conexidad con la perturbación del orden público o con las causas que originaban la anormalidad.

Posteriormente, en el año 1987, la Corporación varió su línea jurisprudencial bajo el principio del Juez Natural, signando que en ningún caso las cortes marciales conocerían de investigaciones y/o juzgamiento de civiles, fundamentado en el estricto sentido del Fuero Militar y a la inexistencia de texto constitucional que otorgase dicha facultad de manera expresa; posición acorde a los lineamientos trazados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido que el juzgamiento de civiles por la justicia penal militar infringe las disposiciones relativas al juez competente, independiente e imparcial y reiterados por la Corte Constitucional.

CAPÍTULO II PRINCIPIOS Y REGLAS FUNDAMENTALES

Artículo 6º. Dignidad humana.

El derecho penal militar tendrá como fundamento el respeto por la dignidad humana.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Obligaciones del Estado en materia de la dignidad humana.**

"Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana... (...) La primera obligación asumida por los Estados Parte, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública

tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, ... la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público... (...) En primer lugar porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad, en contradicción con los párrafos

1 y 2 del citado artículo...(...) En efecto, la garantía de la integridad física de toda persona y de que todo aquél que sea privado de su libertad sea tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, implica la prevención razonable de situaciones virtualmente lesivas de los derechos protegidos". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Obligaciones del Estado en Materia de la Dignidad humana.**

"La primera obligación asumida por los Estados Parte, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Godínez Cruz vs. Honduras Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El Estado como titular de la protección de la dignidad humana.**

"La protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N.º 6, párr. 21)...(...) En efecto, la garantía de la integridad física de toda persona y de que todo aquél que sea privado de su libertad sea tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, implica la prevención razonable de situaciones virtualmente lesivas de los derechos protegidos". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Todas las actividades del Estado están sujetas a la Dignidad Humana.**

"En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante

de estos derechos de los detenidos...(...) Como ya lo ha dicho esta Corte en casos anteriores, está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana" (Caso Velásquez Rodríguez, supra 63, párr. 154 y Caso Godínez Cruz, supra 63, párr. 162). **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Neira Alegría y otros vs. Perú Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El uso de la Fuerza y la Dignidad Humana.**

"Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (cf. *Ibid.*, párr. 38) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Loayza Tamayo vs. Perú Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo)**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sanciones penales y la Dignidad Humana.**

"La Convención, al tener como objeto el respeto debido a la dignidad humana, tiende a inclinarse por la aplicación de la pena-rehabilitación y no por la pena-castigo. Sin embargo, la condena de por vida impuesta sin ningún programa de rehabilitación está destinada a causar un deterioro irreversible. La ejecución de la pena debe "contemplar las condiciones personales de cada condenado", es decir, debe analizarse la personalidad del interno, el cual ha de recibir tratamiento y control periódico". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El proceso penal y la dignidad Humana.**

"La Corte considera que un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento con los demás, o prácticamente inevitable que así sea de sostenerse otra cosa, quedaría excluida de plano

la solución de los litigios por la vía contenciosa. Por otra parte, la sanción aplicada al cabo de este proceso tampoco se dirige a menoscabar esos valores de la persona, en otros términos, no entraña o pretende el descrédito del reo, como ocurrió en el caso de una pena infamante, que suspende precisamente a esa intención". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Cesti Hurtado vs. Perú Sentencia de 29 de septiembre de 1999 (Fondo)**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El detenido y la Dignidad Humana.**

"Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada con dignidad y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Los derechos procesales de las víctimas en los procesos penales y la Convención Americana de DDHH.**

"La tendencia que se observa claramente en los sucesivos Reglamentos de la Corte – sobre todo en el vigente, del año 2000– ha llevado al establecimiento de crecientes derechos procesales de la presunta víctima. Así se reivindica en el proceso la dignidad y la actividad del individuo afectado por la violación de la norma. Con ello se marca, en mi concepto, la mejor opción para el presente y el mejor camino para el futuro del sistema interamericano, aunque aún se halle distante el punto de llegada. Este reconocimiento de derechos procesales tiene un límite, naturalmente: las normas de la Convención Americana y otros tratados que puede aplicar la Corte. En este marco se ha movido el Tribunal al regular el actual desempeño procesal de la presunta víctima, quien es, indudablemente, titular de bienes jurídicos lesionados y de los correspondientes derechos vulnerados". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La libertad de expresión en los Derechos Humanos.**

"...(...) esta Corte ha señalado que basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral, y que cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su incomunicación fue inhumano

y degradante...(...) El acto de forzar a una persona a hacer declaraciones públicas contra su voluntad lesiona su dignidad humana, al negarle el derecho al pensamiento propio y el ejercicio de su libertad de expresión. En su dimensión social, la libertad de expresión se ve obstaculizada tanto cuando se restringe la información como cuando se difunden declaraciones falsas intencionalmente, que son producto de la coerción estatal". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala Sentencia de 27 de noviembre de 2003 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Prevalencia de la Dignidad humana.**

"La prevalencia del principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifica con el propio fin del Derecho, del ordenamiento jurídico, tanto nacional como internacional. En virtud de ese principio fundamental, toda persona debe ser respetada (en su honor y en sus creencias) por el simple hecho de pertenecer al género humano, independientemente de cualquier circunstancia. El principio de la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano, a su vez, se identifica con una premisa básica de la construcción de todo el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...(...) En el caso Mucic et alii (Sentencia del 20.02.2001), el Tribunal Penal Internacional ad hoc para la Ex-Yugoslavia (Sala de Apelaciones) ponderó que tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos toman como "punto de partida" su preocupación común de salvaguardar la dignidad humana, que forma la base de sus estándares mínimos de humanidad (párr. 149). En efecto, el principio de humanidad puede ser entendido de modos distintos. En primer lugar, puede ser concebida como principio subyacente a la prohibición del trato inhumano, establecida por el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala Sentencia de 29 de abril de 2004 (Fondo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La colisión de intereses y derechos en torno a la dignidad humana.**

"No es infrecuente que la libertad de expresión, recogida en el artículo 13 de la Convención Americana, entre o parezca entrar en colisión con otros derechos, como lo son cuantos tienen que ver con la intimidad, el honor, el prestigio, el principio de inocencia. El artículo 11 de la misma Convención alude al derecho a la honra y a la dignidad. Colisión de bienes tutelados, ésta, que posee rasgos particulares cuando la expresión se vale de los medios sociales de comunicación, con el enorme alcance que éstos tienen, el poder que significan y el impacto que pueden tener, por eso mismo, en la vida de las personas y en la integridad y preservación de sus bienes jurídicos. Cuando no ha sido posible evitar la colisión, es preciso proveer un acto de autoridad que corrija la

desviación, exija la responsabilidad consiguiente e imponga las medidas que deriven de ésta. Es en este ámbito donde surge la necesidad, cuya satisfacción no siempre es sencilla, de identificar los intereses merecedores de tutela, valorar su jerarquía en el orden democrático y seleccionar los medios adecuados para protegerlos". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La protección judicial de la dignidad humana.**

"El artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Ricardo Canese vs. Paraguay Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Los privados de la libertad y la dignidad humana.**

"De conformidad con ese precepto toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos...(…) Si en la hipótesis penal de la comisión por omisión la posición de garante surge de la ley o del contrato, en el de la detención proviene de una situación de jure y otra de facto, derivada de aquélla. Por una parte, la inmensa restricción de libertad que existe en la detención procesal o en la prisión punitiva. Por la otra, la situación real que esa restricción engendra. Desde luego, lo mismo puede señalarse en lo que toca a diversos supuestos en que el Estado asume la responsabilidad, prácticamente total, sobre el ejercicio de los 5 derechos individuales y la preservación de la dignidad humana: así, en los internados para niños, adolescentes y jóvenes, las instituciones de seguridad pública que implican el control entero de la actividad del individuo, los centros de salud, especialmente los asignados al cuidado de enfermos mentales, y otros semejantes" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Tibi vs. Ecuador Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Promoción de la dignidad humana en la OEA.**

"La Organización de los Estados Americanos es un foro de naturaleza política, destinado fundamentalmente a promover la democracia y, consecuentemente, la dignidad del ser humano". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago Sentencia de 11 de marzo de 2005 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La Fuerza Pública, el Fuero Militar y la dignidad humana.**

"[...] las Fuerzas Militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las Fuerzas Militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (CP art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable– de proteger. Respecto de dicho deber, las fuerzas armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado en proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones a los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos. [...] Los hechos conocidos como la masacre de Mapiripán constituyen uno de los momentos más tristes de la historia colombiana. La situación de terror a la cual fue sometida la población de Mapiripán, los actos atroces de tortura general e individual, degradación de la condición humana y homicidios, son conocidos por la opinión pública. En los antecedentes de esta sentencia se [...] da cuenta, en forma sintética – más no por ello, carente de suficiente capacidad descriptiva –, de las conductas realizadas en dicha zona del país, clasificadas como actos totalmente ajenos a cualquier sentimiento mínimo de humanidad. Los relatos denotan la inusitada gravedad de los hechos, degradadores de manera absoluta del principio de dignidad humana y abiertamente contrario a la Constitución, además de su clarísima nota violatoria de los derechos constitucionales fundamentales de los asociados. Estas conductas, conforme a la jurisprudencia antes analizada, únicamente pueden ser objeto de investigación por parte de la jurisdicción ordinaria, por cuanto no guardan relación alguna con la misión propia de los integrantes de las Fuerzas Militares. En efecto, si los dos miembros de la Fuerza Pública tenían una posición de garante, que los obligaba a proteger la población, al imputárseles por omisión (comisión por omisión) las graves violaciones a los derechos humanos, es claro que se trata de un comportamiento que no tiene relación con el servicio...(…) Cuando se tiene una posición de garante no se desprende una relación directa con el servicio, porque se

imputa directamente el resultado lesivo (el delito de lesa humanidad) y no una simple omisión en el ejercicio del cargo. Como se ha destacado antes, en Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado. Es decir, se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargada a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal. Debido a las gravísimas consecuencias derivadas de su omisión, no puede considerarse que exista relación alguna con el servicio. El precedente de la Corte Constitucional en materia de competencia de la justicia penal militar es rigurosa en señalar que únicamente si no existe duda sobre la relación entre el servicio y el acto investigado, es posible asignar competencia a la justicia penal militar. En el presente caso, no es posible sostener que no existe duda. Por el contrario, la calidad de garante impide catalogar la omisión como un acto relacionado con el servicio". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El desarrollo individual dentro de los Estados y la vulneración de Derechos Humano.**

"De aquí proviene la función de garante que incumbe al Estado: en sus manos se depositan poderes para que cumpla deberes—de lo contrario, el poder carecería de sustento ético y de razón jurídica—cuyo objetivo es favorecer, en las mejores condiciones practicables, el desenvolvimiento del ser humano, con respeto a su dignidad y a sus propias decisiones. Por supuesto, el Estado no releva a cada individuo en la conducción de su vida, pero le aporta —o debiera hacerlo— la circunstancia favorable para su desarrollo, lo cual implica una amplia provisión de medios pertinentes. Es aquí donde se elevan numerosos derechos, con sus correspondientes deberes de contrapartida: al trabajo, la educación, la salud, la vivienda, etcétera". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Los Crímenes de Lesa Humanidad y la humanidad.**

"Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el

concepto de la humanidad como víctima". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Concepto amplio de la Dignidad.**

"La Corte nota que, si bien el artículo 11 de la Convención se llama "Protección de la Honra y de la Dignidad", este tiene un contenido más amplio que incluye la protección del domicilio, de la vida privada, de la vida familiar y de la correspondencia". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Escué Zapata vs. Colombia Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Los actos sexuales, el fuero militar y la dignidad humana.**

"Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases...(…) La violación sexual de una persona por parte de personal militar no guarda, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense. Por el contrario, el acto cometido por personal militar contra la señora Fernández Ortega afectó bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la Convención Americana como la integridad personal y la dignidad de la víctima. Es claro que tal conducta es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, está excluida de la competencia de la jurisdicción militar. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que la intervención del fuero militar en la averiguación previa de la violación sexual contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan e implicó la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Ortega y Otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El Exceso del uso de la Fuerza y la dignidad humana.**

"Asimismo, el Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana". **Corte Interamericana**

de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas).

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Igualdad y dignidad como valores y derechos.**

"Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio:(...)". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Personalidad jurídica.**

"La Corte estima que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La honra y la dignidad Humana.**

"El derecho a la honra se relaciona entonces con la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana. Se trata de un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad...(…) Por otra parte, la reputación puede resultar lesionada como consecuencia de informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo. Tiene por lo tanto una cercana relación con la dignidad humana, en la medida que protege a las personas contra ataques que restrinjan la proyección de la persona en el ámbito público o colectivo". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Flor Freire vs. Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Autonomía, igualdad y dignidad humana.**

"Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención () La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación". **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V.* vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **La dignidad humana y los derechos de los condenados.**

"4.1. Quienes se encuentran sindicados o condenados por la comisión de hechos punibles no gozan a plenitud de los derechos consagrados en la Carta Política. Por consiguiente, derechos tales como la libertad, la libre circulación, la intimidad, la libertad de escoger profesión u oficio y los políticos resultan limitados, sin que esa restricción, per se, desconozca preceptos superiores. El sentenciado tiene, en consecuencia, derechos que deben ser respetados y garantizados por el Estado y por la sociedad, pues aun a pesar de su restricción, el núcleo esencial de aquellos permanece inalterable. Así mismo, es claro que con el pago de su condena queda en condiciones de normalidad para reinsertarse a la sociedad.

4.2. Uno de los derechos que permanece invariable es el de la dignidad humana. La Constitución de 1991 se inspira en un radical humanismo, tanto así que en sus aspectos dogmáticos y prescriptivos se afirma la primacía de la persona humana. El artículo 1º establece que Colombia se halla fundada en el respeto de la dignidad humana, y el artículo 5º dispone que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. La dignidad es reconocida como atributo, condición o esencia del ser humano. En ese orden, la persona es portadora de su dignidad humana y, con independencia de sus equivocaciones o de actuaciones contrarias a los intereses de otros, no pierde esa condición, por lo que merece un trato digno. Quien ha sido hallado culpable de la comisión de un hecho punible no puede ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, de torturas ni humillaciones, en cuanto ello ultraja su dignidad". **(CSJ, Sent.**

Recurso Tutela Rad. N.º 31707, oct. 10/2007. M. P. Augusto Ibáñez Guzmán).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA **Dignidad como valor.**

"El reconociendo constitucional del valor superior de la persona humana, nos ubica en el entorno de un modelo de Estado antropocéntrico, esto es, de una forma de organización política y jurídica que tiene como su valor central, como el objeto de toda su actividad, como responsabilidad de todas las autoridades, el compromiso indeclinable de garantizar las condiciones para la dignificación del hombre y para procurarle el desenvolvimiento de sus potencialidades, así como establecer condiciones individuales y sociales de vida que posibiliten que su existencia discurra de la manera más feliz posible. El hombre se destaca no solo sobre la naturaleza como un ser superior dotado de facultades para transformar el mundo, sino que también es reconocido por la organización política como "el ser en sí en esencia valioso", para el cual y alrededor del cual se crean las estructuras estatales, las construcciones jurídicas, políticas, económicas y sociales, hasta llegar a la ideal del Estado de servicio, y a la indeclinable conclusión de que todo debe servir al fin central de dignificar al hombre. Estado, leyes, órganos del poder, vida económica, vida política, justicia, actividad estatal, todo debe funcionar y girar alrededor del hombre, como instrumentos y medios para el fin superior de facilitar el desenvolvimiento de los destinos humanos.

(...)

Hay entonces una supremacía del hombre sobre los valores del mundo, el hombre es el fin en sí mismo, ello hace que no pueda ser tratado como cosa o como instrumento para fines ultra personalistas; lo anterior conlleva así mismo, que cada hombre sea visto como fin en sí mismo y por tanto como igual a todos los demás hombres; por esa también innata igualdad resultan inadmisibles todo tipo de discriminaciones por razones de nacimiento, raza, sexo, condición social, religión, credo político o convicciones".

(...)

Así es como al adoptarse como paradigma jurídico central el principio dignitas hominis, que nos recuerda la antigua visión griega de "el hombre como la medida de todas las cosas", necesariamente se tiene que desembocar en el reconocimiento y supremacía de los derechos humanos, que se convierten así en instrumentos y medios sin los cuales no es posible concebir ni lograr la dignificación del ser humano.

Entonces, si la dignidad del ser humano y la garantía y eficacia de los derechos fundamentales se constituyen en los valores y fines constitucionales centrales, en piedra angular del Estado Constitucional de Derecho, deviene como lógica consecuencia que a los preceptos constitucionales que reglamentan y desarrollan esos valores fundantes, se les atribuya política y jurídicamente no solo una axiología superior, sino una especial y superior jerarquía aún con relación a otros preceptos de la misma Carta Política. Lo anterior explica y justifica que en el constitucionalismo democrático,

antropológicamente fundamentado y concebido, se llegue al reconocimiento expreso de la existencia al interior de la preceptiva constitucional de normas de superior jerarquía, peso jurídico o rango, cuyos contenidos priman y prevalecen sobre el resto de los dispositivos constitucionales y legales.

Luego hay un núcleo irreductible de valores superiores, de "principios fundamentales" que constituyen la quinta esencia del orden axiológico constitucional, en cuanto esas normas interpretan y recogen la visión central del orden establecido, y sin los cuales se desnaturalizaría y haría nugatorio el modelo de organización adoptado por el pueblo en el pacto superior: dignidad humana, prevalencia de los derechos humanos, solidaridad social, prevalencia del interés general, democracia participativa y pluralista, orden de justicia, libertad e igualdad, soberanía popular, diversidad étnica y cultural de la nación, son entre otros los valores que constituyen lo fundamental de la vida social". **(CSJ, Sent. Casación N.º 25215, agos. 10/2006. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón- Salvamento de Voto Yesid Ramírez Bastidas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Derecho de Defensa.**

"La dignidad humana, máxima fundante del Estado Social de Derecho y del procedimiento punitivo, implica proteger por vía jurídica la autodeterminación de la persona sobre la que recae la acción penal. Esta no puede ser objeto de injerencias indebidas y el derecho de defensa supone respetar cualquier criterio que se asuma frente al particular, incluso la contumacia o el silencio". **(CSJ, Sent. Casación N.º 54542, agos. 5/2020. M. P. Fabio Espitia Garzón).**

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL. **La Dignidad Humana Como Valor Fundante y Absoluto de la Función del Estado Colombiano.**

"Según el artículo 1º de la Constitución, Colombia es una República fundada, entre otros valores, en el respeto a la dignidad humana. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿qué es la dignidad humana? Según Kant, "...el hombre, y en general todo ser racional, existe como un fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin." Y partiendo del supuesto de que el hombre es un fin en sí mismo, enuncia este imperativo categórico: "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio". (Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, y otros escritos, Ed. Porrúa S.A., México 1990, pág. 44).

(...) Subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo, y que cabalmente por eso posee DIGNIDAD, a diferencia de todos los demás, de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero

medio a fines ajenos y que, por tanto, tienen PRECIO ...” (Filosofía del Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho, Giorgio del Vecchio y Luis Recasens Siches, UTEHA, México 1946, Tomo I, pág. 353). (C. Const. Sent. N.º C-542/93, noviembre 23/93 M. P. Jorge Arango Mejía).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL -
La dignidad humana como valor personal del hombre

“(La dignidad humana, que es un bien irrenunciable, está implícita en el fin que busca el hombre en su existencia. El ser humano es fin en sí mismo, ya que toda la finalidad terrena, de una u otra manera, está referida a su ideal de perfeccionamiento...”

... La dignidad del hombre no permite que este sea esclavizado, o que corra el peligro de caer bajo los efectos de la drogadicción, que es una forma de esclavitud. Por el contrario, el Estado y la sociedad tienen el deber de preservar al hombre en su dignidad, y de manera muy especial, de defender a la juventud de todo peligro moral y físico”. (C. Const., Sent. N.º C-224/94, mayo 04/94 M. P. Carlos Gaviria Díaz).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL -
La dignidad humana como derecho fundamental

“Para esta Corporación la dignidad humana tiene una triple naturaleza de valor, principio y derecho: (i) como **derecho fundamental que implica** la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; (ii) como **principio** puede entenderse como una de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; (iii) como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar”

(...) La dignidad humana es un principio fundante del Estado colombiano, tiene un valor absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros sistemas constitucionales, de manera que no puede ser limitado como otros derechos relativos bajo ningún argumento, en ninguna circunstancia, con base en la aplicación de doctrina jurídica o filosófica alguna, como la denominada “doctrina del mal menor”, o a partir de ninguna aplicación exceptiva, como sí lo pueden ser en forma contraria otros principios o derechos fundamentales que para su aplicación concreta pueden ser limitados a partir de un ejercicio de razonabilidad o de proporcionalidad, esto es, de ponderación con otros principios, cuando entren en colisión con ellos, puesto que no ostentan un carácter absoluto como la dignidad humana, sino relativo, y pueden ser objeto de restricciones. Por tanto, el respeto de la dignidad humana es una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades sin excepción, además, es la razón de ser, el principio y el fin último del Estado constitucional y democrático de Derecho y de su organización, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de

este Alto Tribunal. (C. Const., Sent. N.º C-143/15, mayo 6/15 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL -
La dignidad humana como concepto normativo

“(...) A Partir de la idea de un objeto de protección o de un cierto contenido material de la dignidad humana como concepto normativo, la Sala ha identificado en la jurisprudencia de la Corte, tres ámbitos diferenciables y más o menos delimitados: la dignidad humana como autonomía individual, como condiciones de existencia y como intangibilidad de ciertos bienes. Estas líneas jurisprudenciales se conforman así:

Primera Línea Jurisprudencial: La Dignidad Humana y la Autonomía Individual.

13. En la sentencia C-221 de 1994, la dignidad constituyó uno de los fundamentos constitucionales para la despenalización del consumo de dosis personal de drogas ilícitas, la Corte consideró la dignidad humana como el fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino [HYPERLINK “https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm%22%20/1%20%22_f5n5”](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm%22%20/1%20%22_f5n5) \t “_blank” ^[5], cuando dicha elección no repercute de manera directa en la órbita de los derechos ajenos.(...) En la sentencia C-239 de 1997, la Corte creó una causal de justificación o eximente de responsabilidad, en el caso del homicidio pietístico; uno de los ejes de la argumentación fue el de la dignidad entendida como autonomía [HYPERLINK “https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm%22%20/1%20%22_f8n8”](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm%22%20/1%20%22_f8n8) \t “_blank” ^[8] del enfermo para decidir sobre su vida en determinadas circunstancias.

Segunda Línea Jurisprudencial: La Dignidad Humana y las Condiciones Materiales de Existencia.

En la Sentencia T-296 de 1998, la Corte revisó la acción de tutela presentada por una persona recluida en una cárcel con problemas de hacinamiento y que tenía que dormir sobre un piso húmedo, lugar de paso de otros reclusos. Aunque en este caso la Corte no concedió la tutela por existir hecho superado (libertad del actor) si se pronunció sobre la relación entre el hacinamiento penitenciario la dignidad humana y las condiciones materiales de existencia. En la sentencia T-565 de 1999, la Corte ordenó a una EPS suministrar pañales (excluidos del POS) a una persona de la tercera edad con dificultades económicas y con un problema de control de esfínteres; en este caso es clara la relación existente entre la dignidad humana y las condiciones materiales de existencia. En la sentencia C-012 de 2001, la Corte revisó la constitucionalidad de un tratado internacional sobre repatriación de presos; en este caso consideró que la dignidad no se restringe a la creación de las condiciones de vida digna sino que se extiende a la obligación de velar por que se alcance tal resultado.

Tercera Línea Jurisprudencial: La Dignidad Humana y la Intangibilidad de los Bienes No Patrimoniales, Integridad Física e Integridad Moral.

En la sentencia T-572 de 1999, la Corte al resolver el caso de una mujer que perdió la fisonomía de su cuerpo después de una operación de senos, concedió la tutela del derecho a la integridad física en relación con el derecho a la dignidad humana, ordenando la realización de una cirugía estética. En la sentencia T-879 de 2001, la Corte al resolver el caso de un delincuente gravemente herido que fue esposado a la cama del hospital por el policía custodio, tuteló los derechos del herido bajo el argumento según el cual, tal situación constituía un trato cruel que representaba una “vulneración de la dignidad humana”

A partir de esta serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”, principalmente el contenido en el artículo 1 (Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria,... fundada en el respeto de la dignidad humana...), y de manera secundaria los contenidos en los artículos 25 (Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas), 42 (la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables) y 51 (Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna). (C. Const., Sent. N.º T-881/02, octubre 17/02 M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- Dignidad Humana -Órdenes Militares.

“(…) las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana, no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad. En este evento, no se remite a duda que el militar subalterno que se abstiene de observar una orden militar que comporte la violación de los derechos fundamentales intangibles, no podrá ser objeto de sanción penal o disciplinaria.

(…) No será vinculante por razones materiales la directriz que suponga la imposición de un comportamiento que lesione la **dignidad humana**, o se oponga a las reglas generales de Derecho Internacional. El supuesto más importante de falta de carácter vinculante en la directriz se da cuando concurre punibilidad del comportamiento ordenado. Ello resulta extensible al ámbito militar, así como al servicio de ejecución”. (C. Const., Sent. C-578 de 1995, diciembre 4/95 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL- Dignidad Humana – **Derecho Fundamental - Actividad de autoridades militares.**

“Si la acción de tutela no pudiera intentarse contra actos u omisiones de la Fuerza Pública, carecería de todo sentido y utilidad en la preservación de la dignidad humana y los derechos esenciales de las personas. Es evidente que la viabilidad de la acción de tutela en este contexto no significa la intromisión de los jueces en campos estrictamente militares. De lo que se trata es de proteger de manera efectiva los derechos fundamentales, que pueden verse en peligro ante la actividad de las autoridades militares, como acontece con las civiles y las políticas, y aun con los particulares, pues la realización del objetivo constitucional de la prevalencia de los derechos humanos exige una cobertura íntegra de la acción estatal, encomendada a los jueces, que no admite zonas o estamentos ajenos o inmunes a la vigencia y aplicabilidad del orden jurídico fundado en la Constitución”. (C. Const., Sent. SU-257 de 1997 mayo 28/97 M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- Dignidad Humana- Acción de tutela- Actos u omisiones de la Fuerza Pública.

“(…) Para la Corte, el concepto de autoridad pública es genérico y cubija a todos aquellos individuos o instituciones que tienen potestad de mando o decisión (Cfr. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), y se aplica, por supuesto, a quienes, no obstante estar sometidos a las órdenes o mandatos de sus superiores jerárquicos, están en posibilidad de imponer a los gobernados, debiendo ser obedecidos, conductas o abstenciones, con mayor razón si ellas son exigibles incluso por la fuerza. No están excluidos, entonces, los miembros de la Fuerza Pública. Y mal podrían estarlo si justamente la posesión de las armas y aptitud de imposición física que son inherentes a su actividad los colocan en posición de clara ventaja sobre la población civil y en mayores posibilidades de desconocer en la práctica y de hecho los derechos fundamentales. Cabe afirmar, por tanto, que, si la acción de tutela no pudiera intentarse contra actos u omisiones de la Fuerza Pública, carecería de todo sentido y utilidad en la preservación de la dignidad humana y los derechos esenciales de las personas. Es evidente que la viabilidad de la acción de tutela en este contexto no significa la intromisión de los jueces en campos estrictamente militares, pues tal alcance de la institución rompería el esquema de separación funcional entre las ramas del Poder Público y haría imposible el cumplimiento de las importantes funciones confiadas por la Constitución Política a los cuerpos armados.

(…) la realización del objetivo constitucional de la prevalencia de los derechos humanos exige una cobertura íntegra de la acción estatal, encomendada a los jueces, que no admite zonas o estamentos ajenos o inmunes a la vigencia y aplicabilidad del orden jurídico fundado en la Constitución (arts. 1 y 2 CP)”. (C. Const., Sent. T- 303 de 1997 junio 20/97 M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL-
Dignidad Humana- Administración de justicia.

"Una comprensión armónica y coherente de la norma examinada con los principios y preceptos enunciados que constituyen el fundamento del Estado social y democrático de derecho y se alinean en torno al principio de la dignidad humana, elimina la posibilidad de que un ámbito de la administración de justicia se excluya del imperio de las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos". (C. Const., Sent. C-084 de 2016 febrero 24/16 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva). (Sentencia C-878 de 2000, C-358 de 1997, C-533 de 2008).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL – **Dignidad humana en la Justicia Penal Militar.**

"Estas tipicidades específicas de las conductas señaladas para el ámbito militar por la especial configuración de las relaciones castrenses y por la naturaleza pluriofensiva de estos delitos (artículos 118 y 119 del Código Penal Militar), afecta el bien jurídico militar protegido de la disciplina, pero también, puede llegar a afectar la dignidad humana de los soldados, que busca protección por medio de estas normas.

Sin embargo, el orden jurídico plantea otras salidas en caso de comprobadas y verdaderos atentados contra la dignidad humana, las que serían aplicables en un determinado caso concreto. La doctrina internacional delimita como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o de alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana". **Decisión: Revoca la sentencia absolutoria. (Rad. 154508, Ataque al Inferior y lesiones personales, M. P. MY (r) Salomón Gómez Dueñas, junio 19 de 2008).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL – **La Dignidad humana en un Estado Social de Derecho.**

"El punto de partida corresponde a la verificación del modelo de Estado, valga decir, cuando el Constituyente Primario buscó fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus asociados la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico y determinó que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana. Significa que un valor ético como la dignidad se normativiza y destaca al hombre por encima del Estado. Cobran vigencia aquí las normas sobre derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el catálogo de derechos fundamentales.

Ubicados en la voluntad del Constituyente expresada en el texto Constitucional nos hemos de centrar en los artículos 93 y 94 superiores que se convierten en el fundamento para dar vía a un importante número de instrumentos internacionales que regulan la materia de los referidos derechos nominados e innominados. Su incorporación acontece por vía de lo que desde el modelo del derecho francés se conoce como bloque de constitucionalidad, esto es, aquel conjunto de normas y principios que sin estar consignadas formalmente en el texto Constitucional hacen parte de la misma Constitución; o en palabras del Constituyente Secundario..." (Rad. 154833, Homicidio, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, agosto 29 de 2008).

SENTENCIA CONCORDANTE:

Corte Constitucional C-225 de 1995.

DOCTRINA. **Dignidad de la persona humana como límite material.**

"En relación con los límites materiales –que, recuérdese, señalan cuál es el contenido de esa actividad punitiva– se tiene (García-Pablos, 2005, p. 553), en primer lugar, el postulado de la dignidad de la persona humana a cuyo tenor está prohibido tanto instrumentalizar al ser humano para efectos jurídico penales, como la proscripción de las sanciones punitivas que pugnen con su dignidad, como rezan el artículo 6°: "El derecho penal militar tendrá como fundamento el respeto por la dignidad humana", 172: "Los intervinientes en el proceso penal militar serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana" y el 174 que da relación a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; este axioma se constituye así en el límite de límites desde esta perspectiva y de él dimanan los demás". (Págs. 14 y 15 Revista ante el Tribunal Superior Militar y Policial, Edición N.º 005 septiembre de 2019, Principios y Reglas Fundamentales de la Ley Penal Militar, Dr. Fernando Velázquez).

DOCTRINA. **Dignidad humana como valor supremo.**

"Desde el constitucionalismo moderno se ha precisado que, con la adopción del concepto de dignidad de la persona, "de lo que se trata es de inferir consecuencias prácticas a partir de la decisión en favor del ser humano como persona libre y moralmente responsable", puesto que en ella reside "la facultad de determinar y configurar responsablemente la propia existencia", dice Benda (ob. cit, pp. 123 y 137) Por ello "el reconocimiento jurídico de la dignidad supone, entonces, que el Derecho garantice el respeto a la dignidad en las relaciones interpersonales, y en las relaciones entre el poder y los individuos", puesto que la dignidad ha sido considerada "como valor supremo o principio rector supremo fundador" (Alegre Martínez, ob. cit, pp. 19 y 82),

tratamiento que coincide con el artículo 1° de nuestra Carta Política y con su carácter de norma de normas (artículo 4)". **(Introducción al Derecho Penal Constitucional, Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Pág. 67 a 78).**

Ley 171 de 1994, "Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios

de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional" Artículo 4 (...) e) Los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor..."

COMENTARIO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interrelaciona el principio de dignidad con otros derechos inherentes al ser humano. Enfatiza el deber de los Estados por proteger la dignidad e incluye dentro de ese ámbito de garantía los aspectos de libertad amparados por la Convención Americana de los Derechos Humanos

Igualmente, es posible afirmar que la Dignidad comporta varias connotaciones, i) Como valor fundante y absoluto del Estado colombiano donde el hombre existe como fin y no como medio, ii) Como bien irrenunciable en tanto cada hombre por el hecho de serlo tiene su fin en sí mismo, y, iii) Como fundamentación de triple connotación, reiterando que se trata de un valor, un principio y un derecho.

Como norma rectora, constituye la esencia y la orientación del sistema penal militar y goza de un poder prevalente sobre las demás disposiciones normativas.

Artículo 7°. Legalidad.

Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá ser procesado, juzgado o condenado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le atribuye, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Tampoco podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en condiciones diferentes a las establecidas en la ley. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Principio de Legalidad-Concepto.**

"En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Resulta claro que las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria vigentes en el Estado en la época de los hechos de esta causa, incurrir en la ambigüedad a la que acaba de hacerse referencia". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Cantoral Benavides vs. Perú Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La Legalidad en los Estados de Derecho.**

"En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión. En lo que concierne al principio de legalidad, la Ley sólo contenía un concepto muy amplio e

impreciso sobre posibles conductas ilícitas, cuyas características específicas no se establecían puntualmente, y que sólo se caracterizaban bajo el concepto de participación en actos contrarios a la democracia y el orden constitucional" **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º 73.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Delimitación clara de los tipos penales con base en el principio de Legalidad.**

"En primer término, la Corte destaca la importancia de la vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de salir del país en una sociedad democrática, dada la alta incidencia que dicha restricción tiene en el ejercicio de la libertad personal. Por ello, es necesario que el Estado defina de manera precisa y clara mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país. La falta de regulación legal impide la aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3 de la Convención, así como también impide al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida... (...) Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos, y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas

ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad...(...) Asimismo, este Tribunal ha interpretado que los principios de legalidad y de irretroactividad de la norma desfavorable son aplicables no sólo al ámbito penal, sino que, además, su alcance se extiende a la materia sancionatoria administrativa...(...) En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Ricardo Canese vs. Paraguay Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Legalidad y Tipicidad.**

"El principio de legalidad tiene un desarrollo específico en la tipicidad, la cual garantiza, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca cuáles comportamientos son sancionados y, por otro, protege la seguridad jurídica...(...) cuáles comportamientos son sancionados y, por otro, protege la seguridad jurídica...(...) Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita (...) el principio de legalidad tiene un desarrollo específico en la tipicidad, la cual garantiza, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca cuáles comportamientos son sancionados y, por otro, protege la seguridad jurídica". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso De La Cruz Flores vs. Perú Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Ambigüedad de tipos penales y la violación de los DDHH.**

"A continuación, corresponde a este Tribunal analizar si el tipo penal aplicado a la presunta víctima en la tramitación del proceso llevado a cabo en la jurisdicción ordinaria viola el principio de legalidad. Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha señalado que

la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad" **Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Fondo Reparaciones Y Costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La Legalidad como eje central social.**

"El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable", el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas "acciones u omisiones" delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible. Al respecto, la Corte ha establecido: [...] Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico...(...) La Corte consideró que la incorporación de la peligrosidad como elemento de la descripción típica o como factor para la selección de la pena, en sus respectivos casos, no se aviene con el principio de legalidad que dispone la punición de hechos o conductas ilícitos culpablemente realizados, pero no autoriza la sanción a partir de una combinación de la certeza sobre los hechos pasados y la especulación sobre conductas futuras. En fin de cuentas, no hubiera sido satisfactorio para la aplicación del Pacto de San José, considerado como un solo cuerpo normativo, asegurar al inculcado la posibilidad de defenderse del cargo de ser peligroso, es decir, del pronóstico sobre crímenes probables en algún momento del porvenir. Lo que se necesita es suprimir enteramente la referencia a la peligrosidad". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala Sentencia**

de 20 de junio de 2005 (Fondo, reparaciones y costas).

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El principio de Legalidad y la Justicia Penal Militar.**

"Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito... (...) La Corte ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Palamara Iribarne vs. Chile Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Legalidad estricta.**

"A este respecto es indispensable tomar en cuenta, de manera muy subrayada, el principio de legalidad estricta que domina la materia penal. No siempre será posible que las autoridades llamadas a aplicar las leyes penales establezcan la conformidad de éstas con el derecho internacional, mediante procesos de interpretación que pudieran resultar difíciles o discutibles, precisamente desde la perspectiva de la legalidad penal. Por ello es útil considerar que las descripciones de conductas o hechos delictuosos contenidas en instrumentos internacionales vinculantes debieran ser trasladadas con la mayor fidelidad al orden penal nacional. Esto ahorrará cuestiones a propósito de la supuesta o real responsabilidad internacional por incumplimiento del deber general de "adoptar disposiciones de derecho interno", en los términos del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Gómez Palomino vs. Perú Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Rigurosidad de la aplicación de la ley por parte del funcionario.**

"La Corte ha señalado que, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha advertido que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La Convención Americana

obliga a los Estados a extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. En este sentido, corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido". **VOTO DISIDENTE DE LA JUEZA MEDINA QUIROGA EN LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL CASO GARCÍA ASTO Y RAMÍREZ ROJAS** "El control del principio de legalidad en el Derecho Penal, que exige que la conducta que se pena sea descrita con toda claridad, es, en el caso del terrorismo, particularmente importante. No sólo es necesario para que la persona sepa de antemano qué conducta debe abstenerse de ejecutar so pena de ser procesado y condenado, sino que también lo es porque limita la amplitud con que el juez puede interpretar la norma en una situación en que, normalmente, hay un repudio social inmenso contra el presunto culpable, repudio que es altamente probable sea compartido por el tribunal. Existen ejemplos conocidos en el mundo de la amplitud con que se interpretan a menudo las normas que tipifican diferentes conductas terroristas y la restricción de las garantías del imputado... (...) Finalmente, habría que hacer notar que el principio de legalidad no sólo dice relación con la necesidad de describir con toda la precisión posible la conducta que conduce a un procesamiento por terrorismo u otros delitos conectados con este, sino que, además, exige que la pena se someta a la determinación legal. (...). Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.º; numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9.º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.º). El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea "expresa e inequívoca" (Lex certa). 46 (...) Esta exigencia de "lex certa" no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2005.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Aplicación de derecho ya existente.**

"Es así, que no puede en este aspecto, bajo ninguna circunstancia, operar principios penales como el principio de legalidad e irretroactividad de las leyes penales, toda vez que, tal como expuso en su momento el Tribunal de Nuremberg, "el tribunal no crea derecho, sino que aplica un derecho ya existente [...]" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Los delitos de ejecución permanente violatorios de DDHH y el principio de legalidad.**

"Así, el Tribunal estableció que "no se vulnera la garantía de la *lex previa* derivada del Principio de Legalidad Penal, en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Tiu Tojín vs. Guatemala Sentencia de 26 de noviembre de 2008 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La función pública y la legalidad de la misma.**

"Por su parte, la Corte destaca que el principio de legalidad de la función pública, que gobierna la actuación de los funcionarios del Ministerio Público, obliga a que su labor en el ejercicio de sus cargos se realice con fundamentos normativos definidos en la Constitución y las leyes. De tal modo, los fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado"... **Voto razonado del juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tristán Donoso vs. Panamá, del 27 de enero de 2009.** "En este litigio -como en otros, cuyo conjunto ha permitido la elaboración de una estimable doctrina- se ha planteado la violación al principio de legalidad recogido en el artículo 9 de la Convención Americana. Este principio constituye, sin duda, una de las referencias más importantes en materia penal -sin perjuicio de su aplicación en otros ámbitos-, derivado de la corriente reformadora que procuró y consiguió "reconstruir" el Derecho punitivo a partir del siglo XVIII. La legalidad, garantía de valor inapreciable que concurre a definir el Estado de Derecho

y desterrar el arbitrio autoritario, entraña diversos temas que la Corte Interamericana ha examinado... La jurisprudencia de la Corte se ha referido al concepto nuclear o literal de la legalidad: previsión del delito y de su consecuencia jurídica en la norma penal, al amparo de la fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*. Por supuesto, el Tribunal también ha estudiado la legalidad procesal y ejecutiva. Si la conducta sancionada no se halla prevista en la ley, existe manifiesta violación del principio de legalidad. También se presenta esa vulneración cuando la descripción legal de la conducta es equívoca, confusa, ambigua, al punto que desemboca en interpretaciones diversas ("auspiciadas" por el legislador y que son la puerta del arbitrio) y conducir a consecuencias penales diferentes, que se reflejan en la punición y en el enjuiciamiento, por ejemplo. De ahí la exigencia de rigurosa caracterización de las conductas punibles, al amparo del principio de legalidad. De la jurisprudencia de la Corte se desprende, asimismo, que el Estado no puede acoger cualquier conducta en un tipo penal, ni depositar en este distintos comportamientos sancionados de manera uniforme, sin miramiento sobre los diversos elementos que concurren en el hecho ilícito. Hacerlo así contravendría el marco penal admisible en una sociedad democrática: un marco que en el curso de los siglos recientes ha sido cada vez más puntual y exigente, aunque también ha padecido recaídas autoritarias. En otros términos, existen límites para las potestades de tipificación y punición que se hallan en manos del órgano legislativo (son inadmisibles, por ejemplo, la incriminación de conductas naturalmente lícitas: así, la asistencia médica; o la 2 consideración uniforme e indiscriminada de muy diferentes hipótesis de privación de la vida, todas sancionadas con "pena de muerte obligatoria"). El desconocimiento de esos límites implica una violación del principio de legalidad. Así lo ha entendido la jurisprudencia interamericana, que en este sentido incorpora en el concepto de legalidad un dato "material". Desde luego, aquí es preciso tomar en cuenta las normas de la Convención Americana sobre restricciones o limitaciones (lo son las tipificaciones y las puniciones) legítimas en el disfrute de los derechos y las libertades.

Esto lleva a examinar el concepto de "leyes" que utiliza el artículo 30 de la Convención, y la correlación entre deberes y derechos, a la que se refiere el artículo 32 del mismo tratado, sin perjuicio de la alusión a otras restricciones asociadas con determinados derechos y libertades, previstas en los preceptos correspondientes a éstos. La jurisprudencia de la Corte ha explorado esta materia y adoptado definiciones que informan el Derecho interamericano de los derechos humanos. Aquel examen llega más lejos, por supuesto, de la mera constatación de que cierto comportamiento -cualquiera que este sea- se halla tipificado en un documento que reviste los caracteres formales de ley penal. Como se ha observado, los derechos humanos confieren legitimidad a la norma punitiva y, al mismo tiempo, limitan su espacio y operación. El Derecho penal ocupa un lugar de "frontera", si se permite la expresión, entre el reproche público legítimo -que trae consigo consecuencias penales pertinentes- y la incriminación excesiva -que significa desbordamiento de la función punitiva.

Nada de esto es ajeno a las reflexiones en torno a la legalidad penal, que no es apenas recepción literal de cualquier conducta, a discreción del legislador. En suma, a la hora de considerar la existencia de una violación al artículo 9 del Pacto de San José, el Tribunal no analiza exclusivamente la presencia o la ausencia de una disposición que incrimine la conducta examinada, sino la forma de hacerlo y la naturaleza y características del comportamiento reprobado. Si no fuera así, bastaría con introducir en la ley tipos penales "a modo" para apartar la responsabilidad que pudiera traer consigo, bajo el artículo 9 de la Convención, una tipificación arbitraria o excesiva. Cabe imaginar la desembocadura de semejante criterio de "legalidad" estrecha". **Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Tristán Donoso vs. Panamá Sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El Juez Natural y el principio de legalidad.**

"En efecto, la Corte ha declarado en su jurisprudencia previa que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal... (...) En este sentido, para que se respete el derecho al Juez Natural, el Tribunal ha señalado que no basta con que la ley establezca previamente cuál será el tribunal que atenderá una causa y que le otorgue competencia a este. Dicha ley, al otorgar competencias en el fuero militar y al determinar las normas penales militares aplicables en dicho fuero, debe establecer claramente y sin ambigüedad: a) quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares; b) cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar; c) la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y d) la correspondiente sanción, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar a un militar de un delito, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Usón Ramírez vs. Venezuela Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Los delitos culposos y el principio de legalidad.**

"El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática al establecer que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable". Dicho principio preside la actuación de todos

los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo. En un Estado democrático y de derecho es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita... (...) La Corte ha enfatizado que corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. El Tribunal considera preciso agregar que, tratándose de delitos culposos, cuya ilicitud es menor comparada a la de los delitos dolosos y cuyos elementos típicos están definidos de forma genérica, se requiere que el juez o tribunal observe el principio de legalidad de forma rigurosa al verificar la efectiva existencia de la conducta típica y determinar la responsabilidad penal" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Mohamed vs. Argentina Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La legalidad y la ambigüedad en los tipos penales.**

"En este sentido, la Corte IDH ha considerado que el principio de legalidad implica una clara definición de la conducta inculpada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales o disciplinarios genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador Sentencia de 28 de agosto de 2013 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Los requisitos de la elaboración de los tipos penales.**

"El principio de legalidad, según el cual "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable" (artículo 9 de la Convención Americana) constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico

vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este. La elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La sanción disciplinaria y penal y el principio de legalidad.**

"La Corte ha establecido que el artículo 9 de la Convención Americana, el cual establece el principio de legalidad, es aplicable a la materia sancionatoria administrativa. Al respecto, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas puesto que unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de una conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma sancionatoria exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar (...). concordancia con lo anterior, la Corte considera que el principio de legalidad también tiene vigencia en materia disciplinaria, no obstante su alcance depende considerablemente de la materia regulada. La precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una está destinada a resolver". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso López Lone y otros vs. Honduras Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Las medidas administrativas y la legalidad.**

"Con relación al principio de legalidad, la Corte ha señalado anteriormente que el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la materia penal. La Corte ha indicado que las sanciones administrativas son una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a las sanciones penales (supra párr. 74). Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema

democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma sancionatoria exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar...(...) El principio de legalidad punitiva prescribe que los delitos, y por ende las faltas administrativas, habrán de ser establecidas por una ley en sentido formal y material. Sin embargo, respecto de las infracciones administrativas el Tribunal Constitucional español ha reconocido la posibilidad de una "colaboración reglamentaria" en la precisión de dichas faltas". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala Sentencia de 3 de mayo de 2016 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El proceso disciplinario y la legalidad.**

"El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática y preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo. Además, este Tribunal ha establecido que el principio de legalidad es aplicable a la materia disciplinaria. Al respecto, es preciso tomar en cuenta que las sanciones disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas puesto que unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas. En consecuencia, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma disciplinaria exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. No obstante, si bien la Corte considera que el principio de legalidad tiene vigencia en materia disciplinaria, su alcance depende considerablemente de la materia regulada. La precisión de una norma de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una está destinada a resolver." **Corte Interamericana de Derechos Humanos* Caso Flor Freire vs. Ecuador Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La peligrosidad y la legalidad.**

"El principio de legalidad, según el cual "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable" (artículo

9 de la Convención), constituye uno de los pilares de todo Estado de derecho. Un Estado de derecho sólo puede penar a alguien por lo que haya hecho, pero nunca por lo que el autor sea y, por consiguiente, el principio de legalidad y la derivada irretroactividad de la ley penal desfavorable deben observarse por todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando se trata del ejercicio de su poder punitivo. La elaboración correcta de los tipos penales deberá cuidar siempre definiciones claras de las conductas incriminadas, que fijen sus elementos objetivos y subjetivos de modo que permita deslindarlas de comportamientos no punibles o de otras conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y nítida que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este. Si bien el respeto a la legalidad estricta debe observarlo el legislador al construir todo tipo penal, hay casos en que debe extremar el cuidado, como es el de los tipos de terrorismo, no sólo por la gravedad de las penas con que se conminan tales crímenes, sino para evitar cualquier tentación de cubrir con esos tipos delitos políticos o comunes. Por ello es altamente conveniente que en estos tipos la conducta incriminada se delimite de la manera más clara y precisa posible... (...) La Corte también ha resaltado que corresponde al juez, al momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en la adecuación de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico, o sea, que no proceda a una integración analógica". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú Sentencia de 21 de octubre de 2016 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La legalidad como elemento central de las sociedades democráticas.**

"Asimismo, para efectos de examinar la alegada violación del principio de legalidad, cabe recordar que la Corte ha establecido reiteradamente que el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática" **Corte Interamericana de Derechos Humanos* Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala Sentencia de 14 de octubre de 2019 (Excepciones preliminar, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La privación de la libertad y el principio de legalidad.**

"En relación con lo anterior, el Tribunal recuerda que el artículo 7.2 de la Convención exige no solo

la existencia de regulaciones que establezcan las "causas" y "condiciones" que autoricen la privación de la libertad física, sino que es necesario que esta sea lo suficientemente clara y detallada, de forma que se ajuste al principio de legalidad y tipicidad tal como ha sido entendido por esta Corte en su jurisprudencia. Al respecto, este Tribunal ha señalado que "la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en que se expresan el reproche social y las consecuencias de este" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina Sentencia de 1º de septiembre de 2020 (Fondo y reparaciones).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Principio de legalidad en materia disciplinaria.**

"Finalmente, con relación al principio de legalidad previsto en el artículo 9 de la Convención, la Corte ha señalado que también tiene vigencia en materia disciplinaria, no obstante, su alcance depende considerablemente de la materia regulada. La precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una está destinada a resolver". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Martínez Esquivia vs. Colombia Sentencia de 6 de octubre de 2020 (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones).**

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- **Principio de estricta y preexistente legalidad.**

"Si la norma penal es vaga, incierta, ambigua o equívoca, los funcionarios llamados a aplicarla resultan detentando por ello solo, necesariamente, un poder arbitrario, y las personas sufrirán el consiguiente recorte injusto en la esfera de la libertad individual inviolable, garantizada por la Constitución". "El principio de estricta y preexistente legalidad corresponde a los siguientes rasgos esenciales de normatividad: 1. Toda norma sustancial de naturaleza punible, tanto delictiva, como contravencional, disciplinaria o correccional, debe ser de carácter y jerarquía constitucional o legal, o autorizada por la ley conforme a la Constitución. 2. Debe ser preexistente a la comisión del hecho prescrito como punible y estar vigente al momento que se haya cometido. 3. Debe ser expresa, clara, cierta, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitativa. 4. No puede por lo tanto adquirirse como válida cuando es implícita, incierta, ambigua, equívoca, extensiva, o analógica, a no ser que respecto de esta última característica, su aplicación sea para favorecer y no para desfavorecer al sindicado o condenado" **(CSJ, Sent. Sala Plena, Sept. 1/1983. M. P. Fernando Uribe Restrepo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Fundamentos Filosóficos.**

"La Sala comienza por reivindicar el principio de legalidad reconocido en nuestra Constitución Política como bastión de protección contra la arbitrariedad, cuyo reconocimiento se origina en los reclamos de la burguesía de la Europa del Siglo XVIII que veía con enorme preocupación que no existiera precisión sobre el contenido de lo prohibido, el juez llamado a juzgar los delitos, el procedimiento a seguir, así como el monto y la clase de pena aplicable, imponiéndose, por tanto la arbitrariedad del soberano; siendo pioneros de su materialización: Montesquieu llamando la atención de lo peligrosa que resultaba la costumbre como fuente de derecho y la necesidad de una ley en cuyo espíritu pudiera asentarse la expresión de las leyes naturales; Hobbes urgiendo sobre la necesidad de leyes que limitaran el egoísmo de los hombres; Beccaria, quien influenciado por Jean Mabillon y por Montesquieu, reclamó por la ausencia de precisión de lo que estaba prohibido y permitido, entre otras consignas de su querrela humanista; Rousseau que abogó por la producción de la ley como expresión del contrato social; entre otros. El principio de legalidad fue concebido como manifestación de la igualdad, la libertad y la fraternidad. La libertad reflejada en su esencia, en la materialización de lo intangible de su alcance, de manera que el albedrío del hombre lo conduce a la posibilidad de hacer todo lo que se quiera en tanto no esté prohibido; también la igualdad en la medida que como la ley contiene un mandato universal e impersonal, tiene como destinatarios a la totalidad de los integrantes del pueblo sin distingo alguno; y la fraternidad proyectada en la aspiración de que el mandato legal conduzca a generar la mayor cantidad de felicidad compartida por el más alto número posible de personas. Así, la legalidad limitó la arbitrariedad del soberano, y modificando la relación del hombre y del poder con la ley, propició la desaparición de los súbditos y el nacimiento de los ciudadanos.

Fue tal la presión ejercida por las ideas libertarias surgidas en la ilustración, que el proyecto revolucionario francés irradió su luz creando un nuevo concepto del hombre y de sus derechos. Al amparo del principio de legalidad surgió el derecho penal del Estado liberal, concebido como escenario de protección del reo contra la enorme capacidad de discrecionalidad del soberano, proyectando sus alcances a distintas dimensiones de la convivencia, iniciándose una tradición de respeto por los límites al poder del Estado, que con el paso de los siglos ha sido enriquecida y fortalecida, convirtiéndose en pilar fundamental de la filosofía de los derechos humanos y de las constituciones contemporáneas. Siendo el principio de legalidad hijo de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, tiene además la paternidad responsable del llamado Estado de Derecho. Cuando el artículo 1º de nuestra Constitución Política declara que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, está invocando desde la dimensión del Estado de Derecho, el respeto por el orden jurídico, la tri-división del poder público y el control de las autoridades públicas; todo dentro de la consigna de la exaltación de la dignidad humana. Como se puede observar, el principio de legalidad es patrimonio de la modernidad y conquista medular de los derechos humanos, y a la vez,

generador de una tradición jurídica en todo el sistema romano germánico, que por lo mismo debe ser preservado." (CSJ, Sent. Rec. Apelación N.º 33039, dic. 16/2010. M. P. José Leonidas Bustos Martínez).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Flexibilización Principio de Legalidad. Palacio de Justicia.**

"El aforismo <nullum crimen nulla poena sine lege previa>, de formulación claramente liberal atribuido a Feuerbach, fue la fuente de las legislaciones modernas, que en su sentido actual expresa el principio de legalidad, como garantía que exige que el delito por el cual se juzga a una persona y la pena prevista para él, se hallen previamente descritos en la ley penal.

La exigencia de ley previa al acto imputado, que alude a la prohibición de retroactividad de la ley penal, se halla contenida en los Pactos o Convenios Internacionales. Así, los artículos 11.2 de la Carta Internacional de Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que <Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional>, y el 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa que <Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable>.

(...)

Ahora bien, el principio de legalidad en su concepción tradicional fue y ha sido <flexibilizado>, a partir de los graves actos cometidos por el nazismo durante la segunda guerra mundial, con el propósito, no solo de llevar ante la justicia internacional a los culpables, sino de impedir en el futuro su repetición y la impunidad de hechos atroces que afecten gravemente a la humanidad.

El Tribunal de Núremberg establecido para juzgar a los dirigentes nazis por crímenes de guerra, contra la humanidad y contra la paz, cuestionado por algunos al señalar que desconoció los principios de preexistencia y retroactividad de la ley penal, además de ser el primer intento real por construir una justicia penal internacional, condujo a una <flexibilización> del principio de legalidad de los delitos y de las penas en su aplicación frente a esa clase de hechos punibles.

Es decir, el citado postulado empieza a tener como fuente el derecho internacional consuetudinario, que permite a Glaser ir más allá cuando señala que <la regla de la legalidad de las penas que es una regla inherente al Derecho escrito no tiene aquí relación alguna>, criticando a quienes veían en la constitución y función del Tribunal la violación de dicho principio.

(...)

La restricción a las garantías de seguridad jurídica y política que en la práctica surge de esa <flexibilización>, se justifica en que son actos atroces por lo general promovidos o cometidos por agentes estatales que corren el riesgo de quedar impunes, debido a la falta de interés en legislar para que sean tipificados y sancionados.

Sin embargo, la Sala ha precisado que la <flexibilización> del citado principio se circunscribe a un grupo de delitos, que por su naturaleza y gravedad merecen ser investigados y sancionados en cualquier tiempo aunque su tipificación en el orden internacional no corresponda a la técnica con la cual suele describirse los tipos penales en la codificación interna". (CSJ, Sent. Casación N° 38957, dic. 16/2015. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Garantía Judicial.**

"Para empezar, es del caso recordar que, el principio de legalidad es un presupuesto del Estado social y democrático de derecho y constituye un límite al ejercicio del poder, en la medida que garantiza que todo precepto jurídico, capaz de regular el comportamiento humano, esté previamente definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Trasladando tales previsiones al ámbito penal, se tiene que dicho postulado abarca la obligación de configuración legislativa previa y expresa frente a la tipificación del delito y sus consecuencias jurídicas (nullum crimen sine praevia lege y nulla poena sine praevia lege, respectivamente) como respecto del Juez Natural y las reglas sustantivas y de procedimiento pertinentes (nemo iudex sine lege y nemo damnatur nisi per legale iudicium, en su orden). Dicha garantía se erige en un mecanismo indispensable para salvaguardar al ciudadano de la injerencia indebida, arbitraria e imprevisible del poder punitivo del Estado que pudieran afectar o amenazar las libertades públicas, de tal suerte que propende por la protección de la seguridad jurídica y la igualdad de todas las personas ante la ley. Esta prerrogativa constituye un imperativo categórico demarcado tanto en los instrumentos internacionales (artículos 15-1 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos) como en nuestra Constitución Política (canon 29) y los Estatutos Sustantivo y Adjetivo Penales (precepto 6° de ambos compendios).

(...)

De lo anterior se sigue que, preestablecidos por el legislador i) los elementos de cada tipo penal, ii) el procedimiento a seguir para la investigación y juzgamiento, iii) la autoridad judicial competente y iv) los márgenes punitivos de la infracción, el ciudadano infractor queda sometido a los lineamientos vigentes para la época de comisión del injusto". (CSJ, Sent. Casación N.º 51163, abr. 4/2018. M. P. Eyder Patiño Cabrera).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Principio de Legalidad en Derecho Penal. Determinación cierta, previa y escrita de la conducta punible, del proceso y de la pena.**

"(...) 3. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 29 de la Constitución, 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa'. Esta disposición consagra el principio de legalidad de los delitos y de las penas que desde la época de la Revolución Francesa protege la libertad individual contra la eventual arbitrariedad de los jueces y garantiza

la igualdad de las personas, y que en su sentido amplio comprende: i) la reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (arts. 1º y 3º C. Pol.), en virtud de la cual la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general(.);ii) la irretroactividad de las leyes que crean delitos o aumentan las penas, para evitar la imposición de sanciones ex post facto, esto es, con posterioridad a los hechos, respecto de conductas realizadas en ejercicio de la libertad legítima, de tanto significado en un Estado liberal, cuando no existía ninguna prohibición.

...4. Así mismo, esta corporación ha expuesto que en virtud del principio de legalidad en sentido estricto o de tipicidad penal, la descripción de las conductas punibles y el señalamiento de las penas deben ser exactos e inequívocos, y no ambiguos, de modo que la labor del juez se limite a establecer si una determinada conducta se adecúa o no al tipo penal, para deducir o no las consecuencias contempladas en el mismo, así:

"8. El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo, pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que les permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal".

"(...) 9. El principio de taxatividad penal implica no sólo que las conductas punibles deben estar descritas inequívocamente sino que las sanciones a imponer deben estar también previamente predeterminadas, esto es, tiene que ser claro cuál es la pena aplicable, lo cual implica que la ley debe señalar la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos, así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer en concreto el castigo. En efecto, según la Carta, nadie puede ser juzgado sino "conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa" (CP, art. 29), lo cual significa, para lo relativo a la pena, que es el legislador, única y exclusivamente, el llamado a contemplar por vía general y abstracta la conducta delictiva y la sanción que le corresponda (...)". (Const., Sent. C-238/2005, marzo 15/2005, M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Legalidad – Sentido estricto:**

"(...) Requiere que las conductas y las sanciones que configuran el tipo penal sean determinadas de forma precisa e inequívoca pero la jurisprudencia ha admitido cierto grado de indeterminación en los preceptos que configuran el delito.

(...) No obstante, la jurisprudencia ha admitido cierto grado de indeterminación en los preceptos que configuran el delito cuando la naturaleza del mismo no permita agotar de forma exhaustiva la descripción de la conducta pero se encuentran los elementos básicos para delimitar la prohibición, o es determinable mediante la remisión a otras normas. A su vez, dicha indeterminación no puede

ser de tal grado que no sea posible comprender cuál es el comportamiento sancionado, lo cual se verifica cuando mediante un ejercicio de actividad interpretativa ordinaria se puede precisar el alcance de la prohibición o cuando existe un referente especializado que precisa los parámetros específicos de su contenido y alcance”.

(...) El artículo 29 de la Constitución establece que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Así, el derecho al debido proceso en el ámbito de configuración penal le exige al Legislador: i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas; ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones; iii) definir las autoridades competentes; y, iv) establecer las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo lo anterior con la finalidad de garantizar un debido proceso.

En este sentido, el principio de legalidad que rige el derecho penal desarrolla el derecho al debido proceso y establece que: i) no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresado y previamente declarado como tal por la ley; ii) no puede aplicarse pena alguna que no esté determinada por la ley anterior e indicada en ella; iii) la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función y iv) nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal con respeto de las formas propias de cada juicio. **(C. Const., Sent. C-297-16. Junio 8/2016 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).**

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Principio Legalidad como garantía.**

(...) Al momento de los hechos que configuran la conducta punible, debe existir un tribunal competente y un procedimiento para juzgar a la persona que ha cometido un delito, pero ello no significa que ese procedimiento no pueda cambiar, o que la competencia del juzgamiento quede inmodificablemente definida. Al respecto, se debe partir de la base de que mientras el legislador, al consagrar las disposiciones que rigen los procesos, no ignore ni contrarie las garantías básicas previstas por el Constituyente, goza de potestad para señalar las formas de cada juicio, así como para distribuir las competencias entre los organismos que administran justicia dentro de la estructura del Estado. Lo que establece el artículo 29 es la exigencia de que al momento del acaecimiento del hecho punible exista un juez o tribunal competente, y un procedimiento aplicable, pero no una prohibición de variar el juez o tribunal o las formas propias de cada juicio, asuntos sobre los que como se acaba de ver tiene amplia potestad el legislador, bajo el entendido claro está del respeto a los principios y valores esenciales del orden constitucional.

En el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley...”

“...En materia penal dicho principio comporta varios elementos que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales define de la siguiente manera:

“...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresado y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”

Esto quiere decir que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal (...)” **(C. Const., Sent. C-200 de 2002, marzo 19/2002 M. P. Álvaro Tafur Galvis).**

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Legalidad – Vigencia de la ley.**

(...) Desde ese punto de vista, la vigencia de la ley conlleva su “eficacia jurídica”, entendida como obligatoriedad y oponibilidad, en tanto hace referencia “desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor”. Entonces, cuando se fija la fecha de inicio de la vigencia de una ley se señala el momento a partir del cual dicha normatividad empieza a surtir efectos, de la misma manera se alude al período de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos.

21. En términos de la sentencia C-957 de 1999, la ley por regla general comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella, facultad igualmente predicable del legislador extraordinario. Los efectos jurídicos de los actos legislativos y de las leyes que se producen a partir de la promulgación en el Diario Oficial, dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad sin que por ello se afecte la validez ni la existencia de las mismas.

22. Así, de acuerdo con la sentencia C-932 de 2006 “el Legislador –y dentro de esta denominación hay que incluir también el legislador extraordinario- es el llamado a determinar el momento de iniciación de vigencia de una ley, y a pesar de contar prima facie con libertad de configuración al respecto, tal libertad encuentra un límite infranqueable en la fecha de publicación de la ley, de manera tal que si bien se puede diferir la entrada en vigencia de la ley a un momento posterior a su publicación, no se puede fijar como fecha de iniciación de la vigencia de

una ley un momento anterior a la promulgación de la misma"

23. En definitiva, la promulgación de la ley es una exigencia constitucional expresamente señalada en los artículos 165 y 166 de la Carta de 1991, por lo tanto, se materializa una infracción cuando una disposición prevé la entrada en vigor de una ley antes de su publicación. Entonces, si la configuración legislativa de una ley, no respeta artículos superiores como aquel por el cual se establece el principio de legalidad, la norma es susceptible de ser declarada inexecutable por el juez constitucional; en el caso particular, la Ley 1407 con fecha de expedición 17 de agosto del 2010, no podría, sin violentar este principio, consagrar su entrada en vigencia a partir de una fecha anterior a su promulgación, concretamente desde el primero (1º) de enero de 2010, sin lesionar el artículo 29 de la Constitución Política..." (C. Const., Sent C-444 de 2011, mayo 25/2011 Juan Carlos Henao Pérez).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL –Análisis de la Legalidad frente al principio de la non reformatio in pejus –

"El principio de legalidad no puede ser interpretado de manera estrecha al punto que desconozca el sentido mismo que dio origen a su elaboración. En efecto, la legalidad es una conquista del derecho penal que garantiza certeza jurídica, no sólo de la conducta reprochada o de la sanción sino de la decisión judicial que impone una pena o que absuelve al procesado. Por este motivo si el superior empeora la situación del apelante único, no sólo quebranta la confianza en el fallo que el principio de legalidad protege, sino que se generan consecuencias sorpresivas naturalmente no calculadas por el sindicado. En este sentido, desmejorar la situación del apelante único, no sólo vulnera sus derechos y garantías constitucionales, sino que deteriora el principio de legalidad, en cuanto así se menoscaba la confianza jurídica en la decisión judicial que se modifica sin que el condenado lo haya así solicitado.

(...) Por este sendero llega a la conclusión que la interpretación sistemática de la Carta permite concluir que la garantía constitucional que prohíbe la reformatio in pejus no admite excepciones cuando el condenado es apelante único, pues sólo así se garantiza la efectividad del artículo 31 de la Carta y del principio de certeza jurídica en el fallo.

Teniendo en cuenta los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional en este sentido, la misma Corte Suprema en su Sala de Casación Penal se inclinó por la prevalencia del principio de la non reformatio in pejus. Fue así como en decisión posterior, consideró que una tal situación ha conducido a observar la conjugación o concurrencia de dos garantías superiores que muestran una tensión a la hora de valorar su aplicación, de un lado, el principio de legalidad de la pena, y de otro el de la prohibición de agravarla en las condiciones del artículo 31 de la Carta, respecto de los cuales la Sala de Casación Penal se inclinaba por dar prelación al primero de los mencionados bajo en entendido que la limitante sólo puede operar respecto de

una pena legalmente señalada e impuesta. Sin embargo, no hay duda que la nueva visión del instituto por parte de la Corporación también debe aparejar la expresión de un argumento en contra de lo que se venía sosteniendo" (Rad. 154228 M. P. CN (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, julio 7 de 2008)

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional SU-1553 de 21/nov/01, CSJ Sala Penal Rad. 13309 del 26/nov/05, Rad. 22323, del 18/may/05, Rad. 23544 del 11/abr/08, Rad. 22323 M. P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, mayo 18 de 2005.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – Operador judicial como garante de la legalidad –

"La filosofía que históricamente ha inspirado el principio de legalidad, desde 1215 en Inglaterra con "la Carta de las Libertades Inglesas de Juan Sin Tierra", y su reformativización en la Revolución Francesa, postuló el diseño de la arquitectura perfecta para limitar el poder y edificar derechos y garantías en el proceso penal, que recogiera el profesor Feuerbach, lo que desde aquel entonces permite concebir con claridad absoluta, que una de las expresiones del principio de legalidad, corresponde a que todo ciudadano conozca ex ante cuál es el Juez que lo ha de investigar, acusar y juzgar, al momento en que cometiera una conducta punible.

(...) Debe comprender el operador judicial que no es un simple ejecutor de instrucciones impartidas por el Legislador en el Código procesal, como acontecía en el Estado Liberal; en el moderno Estado Social de Derecho el funcionario desarrolla y armoniza la norma con la realidad social, es el garante de la legalidad, debe estar en capacidad de discernir sobre la lógica del esquema procesal, para darle correcta aplicación a los estatutos procesales, concebidos como instrumentos al servicio de la eficacia del derecho sustancial; el proceso penal no es un rito vacío, sino un método dialéctico. Tal entendimiento no puede compararse como efecto de "perpetuatio jurisdictionis", concepción que tiene otros contenidos, pero que en nada consultan el principio de jerarquía". (Rad. 156198, M. P. CR Camilo Andrés Suárez Aldana, septiembre 22 de 2010).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional C-111 de 2000, C-444 de 1995, SU 1884 de 2001.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – Presupuestos del principio de legalidad en materia punitiva.

"El principio de estricta y preexistente legalidad en materia punitiva es una garantía propia del constitucionalismo y pilar fundamental de su esencia, fundado en tres presupuestos cardinales, en primer lugar, toda norma sustancial de

naturaleza punitiva, debe ser de carácter y jerarquía constitucional o autorizada por la ley con arreglo a la constitución, en segundo lugar, debe ser preexistente a la comisión del hecho prescrito como delito y estar vigente al momento en que se haya cometido, y en tercer lugar, debe ser expresa, cierta, clara, inequívoca y delimitativa, por lo cual no puede aceptarse como válida cuando es implícita, incierta, ambigua, equívoca o extensiva, como quiera que cada uno de esos presupuestos o calificativos representan una garantía imprescindible e insuperable en un Estado Social de Derecho y todas deben ser satisfechas al mismo tiempo. **(Rad. 157711 M. P. MY (r) José Liborio Morales, mayo 30 de 2014).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **La Pena impuesta debe atender al principio de legalidad.**

"(...) el referente del Juez de Instancia estuvo acertado, en cuanto se ocupó de la pena más favorable prevista en la ley, y además atendió el principio de legalidad inmerso a su vez en el principio constitucional del debido proceso, acatado en los artículos 6 y 7 de la ley 522 de 1999 y 1407 de 2010, respectivamente.

Ahora bien, la pena impuesta por el Juzgado de Instancia fue la mínima establecida para el delito, y frente a ello, la cual procede cuando exclusivamente se presenten circunstancias de atenuación punitiva.

Esta Sala, en consecuencia, además de observar que en el caso concreto se han atendido los principios mencionados –favorabilidad y legalidad–, por lo que no es procedente atender lo solicitado en el recurso respecto a una hipótesis de imposición de una pena inferior a la contemplada en la ley, específicamente en relación con la multa, que es de la que ocupa el memorialista. **(Rad. 157210 M. P. CN (r) Jorge Iván Oviedo, febrero 24 de 2012).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **El Principio de legalidad como garantía del Debido Proceso.**

"El Debido Proceso como principio jurídico procesal de carácter sustantivo, implica la observancia de determinadas garantías mínimas, tanto para el sujeto activo de la conducta punible como para la sociedad en su conjunto, como presupuesto lógico antecedente y consecuente para hacer efectiva la realización de ius puniende, garantías incorporadas en la legalidad de las formas propias de cada Juicio, legalidad de los delitos, legalidad de las penas, derecho a contar con una defensa técnica, a tener la oportunidad de ser escuchado y hacer valer sus pretensiones, entre otras; tema ampliamente debatido por la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, el Principio de Legalidad determina como pilar fundamental que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión que no se ajuste a una disposición anteriormente dictada,

esto es, que una decisión solo pueda ser adoptada dentro de los límites fijados por una ley material anterior, conforme lo dispone la Constitución Política de Colombia de 1991 en su Artículo 29, sometido a su vez a los principios de Reserva Legal y de Tipicidad, los cuales guardan entre sí una estrecha relación, aquel, que fija que sólo el legislador está facultado constitucionalmente para consagrar conductas infractoras, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición y este, que instituye que el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en forma clara, precisa e inequívoca, predeterminar la sanción indicando la naturaleza, el término, la cuantía cuando se trate de pecuniaria, el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición". **(Rad. 158077 M. P. Brigadier General María Paulina Leguizamón Zárate, octubre 31 de 2014).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

CSJ - Sala de Casación Penal, Rad. 28987, M. P. DR. Julio Enrique Socha Salamanca, febrero 29 de 2008, Tribunal Superior Militar y Policial. Rad. 158090 del 31/Oct/14, Rad. 156332 del 18/sep./14.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **Principio legalidad de la pena.**

"el principio de legalidad implica, de una parte, un límite para el ejercicio del poder punitivo del Estado y, de otra, una garantía para el ciudadano, por lo cual el operador jurídico debe acatar el marco de punibilidad previsto por el legislador en el tipo penal, incluyendo obviamente las circunstancias que atenúan o agravan la conducta, so pena que de su inobservancia proceda la afectación relevantemente del principio de legalidad de la pena...

(...)Luego, si nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, principio de legalidad de los delitos y de las penas, de manera general las consecuencias punitivas imponibles son las vigentes para el momento de la ocurrencia del hecho, hasta cuando la ley conserve su vigor, no obstante, cuando se presenta el tránsito de legislación y el proceso se encuentra en curso, en aplicación del principio de favorabilidad como excepción a la regla general, según la cual las leyes rigen hacia el futuro, se deberá aplicar la norma que resulte más favorable al procesado, bien sea la nueva ley de manera retroactiva o antigua de manera ultraactiva, como se dejó sentado arriba, sin que ello implique violación al principio de legalidad, como pretendió hacer ver la señora Juez segundo de Brigada" **(Rad. 159007 M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, agosto 5 de 2019)**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional C-444 de 2011, C-820/05 CSJ – Sala Penal Rad. 53476 del 03 de abril de 2019, M. P. Eyder Patiño Cabrera, Tribunal

Superior Militar y Policial Rad. 156096 del 30 de julio de 2010, Rad. 156821, abril 28 de 2011, Rad. 158528 septiembre 8 de 2016, Rad. 157156, octubre 31 de 2011, Rad. 157351, junio 4 de 2012.

COMENTARIO

El principio de Legalidad, no solo es requisito indispensable para el trámite de acciones penales, sino, también, de acciones disciplinarias y administrativas, conforme la Convención Americana de Derechos Humanos. La principal argumentación de la CIDH sobre el concepto de Legalidad es que constituye la base del proceso penal, tanto en su aspecto sustantivo como procesal, y que, no solo es un asunto penal, sino, de derechos humanos, ante la necesidad de mantener las prohibiciones de los ciudadanos claras en la estructura social.

La Corte Suprema de Justicia por su parte, reconoce igualmente la doble connotación que envuelve el principio de Legalidad, por un lado, como principio rector del ejercicio coercitivo del Estado, donde todo servidor público inclusive quienes administran justicia, deben estar sujetos al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y la ley, y, por otro, como principio del derecho sancionador que implica que la ley debe definir de manera diáfana el acto, la acción u omisión que constituye el delito, la pena a imponer por la transgresión realizada, el sujeto activo y pasivo, el procedimiento, la autoridad que debe adelantar el proceso, quién debe emitir sentencia, los recursos que proceden y ante qué autoridades.

Determina igualmente que el principio de legalidad del delito y de la pena es intrínseco al desarrollo y aplicación del principio esencial de dignidad humana, pues es a través de este que se garantiza a los asociados ser tratados como personas e innatos titulares de derechos y garantías, más aún, cuando posee innegables vinculaciones con otros derechos como la libertad, la presunción de inocencia, la favorabilidad y la irretroactividad de la ley penal.

Por lo tanto, su construcción filosófica es extensa y se redefinió acogiendo su flexibilización condicionada a graves violaciones de derechos humanos, en donde "la comunidad universal y la conciencia de la humanidad" se convirtieron también en los receptores del amparo ofrecido por el principio de legalidad internacional, de suerte que, se transformó entre otras la extensión a proteger (de lo local a lo global), buscando proteger a la humanidad de aquellas graves conductas sistemáticamente cometidas.

Artículo 8°. Favorabilidad.

En materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El principio de Favorabilidad y la proporcionalidad.**

"En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención"
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, reparaciones y costas).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Condiciona su adecuación.**

"...Por lo menos dos cambios se advierten en la nueva legislación, en relación con la desaparecida, porque la favorabilidad quedó incluida dentro del principio de legalidad, dado que aquella apenas constituye una excepción a uno de los matices de la legalidad (ley previa), pues de todos modos, aunque la ley sea posterior, por ser favorable (y sólo por ello) estaría eximida del requisito de la preexistencia, pero igualmente deberá ser escrita, estricta y cierta. De la misma manera, la analogía

favorable excusa la exigencia de ley estricta, pero ésta deberá reunir las demás características. El segundo cambio atañe al énfasis legal, como norma rectora, de que la favorabilidad se aplicará "sin excepción". Se recordará que el Código Penal de 1980 consagraba el principio de legalidad en el artículo 1°, la favorabilidad en el artículo 6° y la exclusión de analogía en el artículo 7°. A partir de los cambios normativos resaltados, será necesario reinterpretar el significado de la palabra "ley" en el artículo 6° de la Ley 599 de 2000. En primer lugar, la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, desde luego siempre de cara a una vigencia sucesiva de normas. Es decir, como no es un problema de producción legislativa (legislador) sino de aplicación de la ley (funcionario judicial), debe atenderse al máximo al caso concreto o a la práctica y un poco menos al acervo teórico, con más veras si el propósito legislativo ha sido el de que no se ponga cortapisa a la aplicación de la ley benigna o favorable así definida ("sin excepción", dice el precepto). En razón de la amplitud que perfila el legislador en la aplicación de la ley permisiva, ha de entenderse por "ley" la norma o precepto que por regular jurídicamente un comportamiento, materia, problema o institución determinada, logra su propia individualización y tiene su particular ámbito de aplicación, sin importar en el concepto

el grado de relación entre ellas, porque este se encuentra supeditado a la ontología de aquellas.

(...)

Quienes piensan que la favorabilidad sólo puede preverse en relación con el código, ley o tipo complejo como sistemas o instituciones, y así, verbigracia, aplicarían integralmente el nuevo estatuto porque consagra una pena privativa de la libertad más benigna, no obstante contemplar una sanción pecuniaria más grave que la del anterior ordenamiento, sencillamente han dejado de aplicar la favorabilidad en esa última materia, a pesar de ser ésta perfectamente deslindable en su concepción teórica y práctica, aunque haga parte de un todo orgánico; o, en otras palabras, le han puesto restricciones a un instituto que el legislador quiere que los jueces desplieguen generosamente, siempre y cuando el precepto conserve su identidad y sentido jurídicos, por más que en su aplicación concreta deba relacionarse con otras normas. Adicionalmente, quienes de esa manera proceden, han puesto a depender la identidad y concreción de la pena de multa (o de la accesoria, en su caso) de la sanción privativa de la libertad, y no de la realización del supuesto de hecho, como debe ser. Lo importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador. A esta distinción de preceptos para efectos exclusivos de favorabilidad (ella supone una ficción), de modo que hipotéticamente puedan separarse en su aplicación, contribuye, verbigracia, el espíritu del artículo 63 del estatuto vigente, según el cual el juez podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad y exigir el cumplimiento de las otras (multa e inhabilitación), sin que por ello se convierta en legislador o renegado de la respectiva disposición sustantiva que obliga la imposición de las tres penas como principales y concurrentes, pues la decisión judicial no es norma sino derecho aplicado. Así entonces, en cuanto a la pena privativa de la libertad se aplicará el artículo 144 del Código Penal de 1980, por ser la ley preexistente y tampoco suscita problemas de favorabilidad. En relación con la pena de multa, se aplicará el mismo estatuto tanto por ser ley previa como en razón de la mayor benignidad en su cuantía." (CSJ, Sent. Casación N° 16837, sept. 3/2001. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Requisitos de existencia.**

"...que ella está condicionada básicamente al cumplimiento de tres requisitos, a saber: (i) que la figura a aplicar esté regulada en ambas legislaciones, sin requerirse para el efecto que lo sea bajo el mismo nomen iuris, pues basta una identidad sustancial en torno al fenómeno jurídico inmerso en ambas normatividades. (ii) que la aplicación de la norma favorable se haga sobre la base de la existencia de similitud de presupuestos fácticos o procesales. Y (iii) que para hacer efectiva la garantía no se desvertebre o resquebraje el sistema llamado a gobernar la

respectiva actuación, vale decir que, entre otras cosas, no se omita algún paso del esquema procesal. O dicho de otro modo, que se aplique la favorabilidad en lo estrictamente necesario" (CSJ, Auto N° 27339, mar. 18/2009. M. P. María del Rosario González de Lemos y Jorge Luis Quintero Milanés).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Inoperancia al principio de favorabilidad en los delitos permanentes.**

"De conformidad con lo expuesto, concluye la Sala en primer lugar, que cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévola pero que continúa cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es ésta última la normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia. En segundo término, si la situación es inversa, esto es, el delito permanente comienza bajo la vigencia de una ley más gravosa, pero posteriormente entra a regir una legislación más benévola, también se aplicará la nueva ley conforme con la anunciada regla, en cuanto expresión de la política criminal del Estado". (CSJ, Casación Penal N° 31407, agos. 25/2010. M. P. María del Rosario González de Lemos).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Límites principio de favorabilidad.**

"La Corte tiene muy en cuenta que la favorabilidad es un principio de orden convencional y constitucional, según el cual una situación regulada desventajosamente por la ley vigente puede solventarse mediante la aplicación ultra o retroactiva de normas que regulan de mejor manera la misma situación fáctica y jurídica de quien se encuentra abocado a un proceso penal. En términos generales, estas eventualidades se suelen presentar cuando una norma posterior es más favorable que la ley vigente para el momento de la comisión del hecho (retroactividad), o cuando la anterior que regulaba el hecho trata de mejor manera dicha realidad (ultractividad), o incluso, como se ha aceptado, ante la vigencia simultánea de leyes, cuando estatutos procesales coexistentes tratan de distinta manera una misma situación que debe ser resuelta mediante la norma más favorable al procesado, siempre que su aplicación no implique desconocer las bases esenciales del sistema". (CSJ, Auto N.º 56180, dic. 2/2020. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL. **Favorabilidad – Concepto y aplicación.**

"(...) De conformidad con lo expuesto se concluye que el principio de favorabilidad (i) ha sido consagrado por norma superior -art. 29 CP- e instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad -art. 93 CP- como un principio rector del derecho punitivo; (ii) forma parte integral del debido proceso penal y se contempla como derecho fundamental intangible y de aplicación inmediata -art. 85 CP-; (iii) no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales para su

aplicación en materia penal; (iv) la aplicación de este derecho corresponde al juez de conocimiento del proceso respectivo; (v) la potestad para fijar la vigencia de una ley radica en el legislador y el precepto que prevé su vigencia hacia el futuro se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad de la ley penal, como expresión del postulado de legalidad, sin que por ello se vulnere el principio de favorabilidad...” (...) Frente al principio de favorabilidad en materia penal se parte de la base de que la ley vigente a la comisión del delito es la que rige toda la actuación. No obstante, si una ley posterior modifica favorablemente el tratamiento del delito, se aplica retroactivamente, de manera que constituye excepción al principio general de aplicación de las leyes hacia el futuro que deben ser valoradas y ponderadas juiciosamente por el operador jurídico cuando se trata de normas sustanciales o procesales en donde se encuentren en juego las garantías fundamentales del debido proceso –art. 29 CP– (...)” (C. Const. Sent. C-225 de 2019, mayo 23/2019, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL.
Principio de Favorabilidad Integra el derecho al debido proceso.

“...El principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto. Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultraactividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sobre este punto debe la Corte señalar que, tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales...” (C. Const. Sent. C-592 de 2000 junio 9/2005, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL.
Principio Favorabilidad – Derecho Fundamental

“...En relación con su naturaleza de derecho fundamental de aplicación inmediata y su carácter intangible, ha explicado que tales atributos implican que puede exigirse o solicitarse su aplicación en cualquier momento, pero con la condición de que la nueva ley más favorable se encuentre rigiendo. La decisión de si procede o no la aplicación de tal derecho es un asunto que corresponde determinar al juez competente para conocer del proceso respectivo, lo cual no quiere decir que aquella deba ser siempre en favor de

quien lo invoca...” (C Const. Sent. C-371/2011 mayo 11/2011 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL.
Principio de Favorabilidad como garantía.

“(…)-El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así, por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la non reformatio in pejus, o el principio de favorabilidad (CP art. 29)” (C Const Sent. C-475 de 1997, sept 25/1997 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL.
Principio de Favorabilidad Sucesión de leyes en el tiempo. Favor libertatis

“(…) Frente a la sucesión de leyes en el tiempo, el principio favor libertatis, que en materia penal está llamado a tener más incidencia, obliga a optar por una alternativa normativa más favorable a la libertad del imputado o inculgado (...)” (C Const C-300 de 1994, Julio 01/1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL.
Favorabilidad. Valoración en cada caso concreto.

“(…) Ahora bien, el principio de favorabilidad ha de aplicarse a cada caso concreto, pues exige el examen de situaciones particulares las cuales deben ser dirimidas por las autoridades judiciales competentes, quienes deben atender el mandato imperativo del tercer inciso del artículo 29 superior, sin que pueda generalizarse, pues cada asunto tiene sus singularidades. Así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que para que se pueda aplicar el principio de favorabilidad deben concurrir: i) sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo; ii) regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas; y iii) permisibilidad de una disposición frente a la otra (CSJ, SP, 14 de noviembre de 2007, Rad. 26190).

“(…) Así mismo, se ha precisado que: i) la puesta en marcha gradual del sistema acusatorio de acuerdo con el programa de implantación previsto en el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, condujo a una situación particular, en la cual coexisten dos procedimientos distintos y excluyentes que se aplican en el país según la fecha y lugar de comisión del delito: el establecido en la normativa anterior, a casos por conductas realizadas antes del 1º de enero de 2005 o a partir de esta fecha en Distritos Judiciales donde no opere el sistema acusatorio;

y, el nuevo, para delitos cometidos a partir del 1° de enero de 2005 en los Distritos Judiciales seleccionados para comenzar y gradualmente en los demás; ii) ello no significa descartar la posibilidad de que ciertas normas procesales de efectos sustanciales consagradas en la Ley 906 de 2004, sean aplicadas en virtud del principio de favorabilidad en las actuaciones penales que se rigen por la Ley 600 de 2000; iii) en relación con la Ley 906 de 2004 esta podría ser aplicada con efectos retroactivos respecto de situaciones anteriores a su vigencia, a condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos; iv) con la anterior interpretación resulta igualmente protegido el derecho fundamental de igualdad de las personas ante la ley, pues todo aquel que se encuentre en la misma situación fáctica será acreedor de idéntica consecuencia de derecho, lo cual opera tanto para quienes cometieron el delito antes de entrar en vigor la Ley 906 de 2004, en cualquier lugar del país, como para aquellos que delinquieron o delinican en vigencia de la referida normatividad (...).” (C Const. Sent. T-019 de 2017, enero 20 /2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL.

Principio de favorabilidad compete al juez de conocimiento.

“(…) La aplicación del principio de favorabilidad es tarea que compete al juez de conocimiento, en cada caso particular y concreto, pues solo a él le corresponde determinar cuál es la norma que más beneficia o favorece al procesado. Esto significa que el referido principio no es predicable frente a normas generales, impersonales y abstractas, como ya ha tenido oportunidad señalarlo la Corte: “En principio, el carácter más o menos restrictivo de una disposición penal, por sí misma, no quebranta la Constitución. El principio de favorabilidad, plasmado en el tercer inciso del artículo 29 de la CP, se dirige al juzgador y supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables. La aplicación preferente de la norma favorable no significa la inconstitucionalidad de la desfavorable dejada de aplicar, tacha que solo puede deducirse de su autónomo escrutinio frente a la Constitución”. (...) “El juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especiales, está positivamente vinculado, como todo hermeneuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley permisiva o favorable, máxime cuando ésta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (CP, art. 29) (...)”. (C Const Sent. C-371/2011, mayo 11 /2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva)

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **El principio de favorabilidad como excepción al principio de legalidad y debido proceso.**

“Ante la coexistencia de normas anteriores, se debe realizar el análisis respecto a cuál de las dos resulta aplicable, en primer término, se ha de

recordar que la ley aplicable al caso es aquella que se encuentre vigente al momento de la ocurrencia de los hechos y así se desprende de los artículos 6° y 196 de la Ley 522 de 1999 y del artículo 7° de la Ley 1407 de 2010.

Sin embargo, el anterior principio de legalidad y de debido proceso, encuentra su excepción en virtud de otro principio de orden constitucional cual es el de favorabilidad, en consecuencia, la ley puede retrotraer sus efectos a hechos ocurridos antes de su vigencia con la figura jurídica de la retroactividad o extenderlos al futuro, es decir, después de haber perdido vigencia con la ultractividad, siempre y cuando los hechos hayan ocurrido durante su vigencia.

Con los precedentes conceptuales y jurisprudenciales referidos, fácil resulta colegir que el principio de favorabilidad hace parte del debido proceso y en tal sentido, su aplicación no puede desconocerse en ninguna circunstancia, y bajo tal presupuesto, resulta más favorable acogernos a lo normado en la Ley 1407 de 2010 que suprimió el grado jurisdiccional de consulta”. (Rad. 156528 M. P. TC Fabio Enrique Araque Vargas, febrero 13 de 2010)

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Rad 156832, febrero 25 de 2011.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **Alcance de los artículos 76, 79 y 450 de la Ley 1407 de 2010 en punto del principio de favorabilidad.**

“Es imperioso señalar que ha sido reiterativo este Tribunal, lo que constituye una línea de pensamiento pacífica, al disponer que conductas como la Deserción al ser cometida en vigencia de la Ley 522 de 1999, debe atenderse lo dispuesto en el inciso primero del canon 86 de la citada codificación, vale decir, que la prescripción de la acción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación; por lo que en este evento, y en particular en el caso en estudio, el alcance de los artejos 76, 79 y 450 de la Ley 1407 de 2010, están supeditados al efectivo vigor material del sistema acusatorio consagrado en el libro tercero de esta normatividad, por lo que tales postulados desde esta perspectiva no son aplicables en el caso analizado; pero no sólo por ello sino porque así estuviera en total vigencia estos institutos, sería sujeto a discusión la aplicación del principio de favorabilidad por la disimilitud de estas figuras procesales.

(...) La concurrencia Legislativa de la Ley 600 de 2000 y 906 de 2004, suscitó la discusión sobre cuáles eran los criterios para que operara la favorabilidad y, en particular, cuál es el punto de solución respecto a la prescripción de la acción cuando aquella se producía con la ejecutoria de la resolución de acusación y en ésta con la formulación de imputación. Así, cuando afirmamos que en la aplicación del principio de favorabilidad deben observarse presupuestos formales, sugiere que debe mirarse no sólo, y de forma aislada, el término señalado en la Ley (02 años Art. 83 Ley 522/99, 01 año Art. 76 ley 1407/10), sino que, en la necesaria sistemática como se

deben interpretar estas normas, se debe advertir que tal lapso está supeditado a la verificación de determinado y específico momento y acto procesal, diferente en cada uno de los códigos citados. **(Rad. 156933 M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, abril 8 de 2011).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Rad 156933 de abril 8 de 2011, Rad. 157362 de julio 4 de 2012, Rad. 157776 de septiembre de 30 de 2013.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **El principio de favorabilidad frente a la prescripción de la acción penal -**

No es posible la aplicación del principio de favorabilidad con respecto al término de prescripción señalado en la ley 1407 de 2010, pues si bien este resulta beneficioso para el procesado, no existe similitud en los presupuestos fácticos de esta figura entre la ley 1407 de 2010 y la Ley 522 de 1999. **(Rad. 157160 M. P. CN (r) Jorge Iván Oviedo, enero 26 de 2012).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Tribunal Superior Militar y Policial. Rad. 157362, Rad. 157603 de junio 22 de 2012, Rad. 157322 de junio 14 de 2012, Rad. 157311 de junio 7 de 2012, Rad. 157303 del junio 22 de 2012, Rad. 157776 de septiembre de 30 de 2013, Rad. 157735 de septiembre 19 de 2013, Rad. 158719 de noviembre 22 del 2017, Rad. 159190 de octubre de 2019.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **Condiciones para la aplicación del principio de favorabilidad.**

"(...) resulta inobjetable que la norma llamada a regular el fenómeno prescriptivo en los procesos que adelanta actualmente la jurisdicción castrense es la contenida en la Ley 522 de 1999, puesto que la Ley 1407 de 2010 introdujo hitos procesales para establecer la interrupción de la prescripción que no son aplicables a la ritualidad de corte inquisitivo, como corresponde a la formulación de la imputación que no tienen un instituto similar dentro del procedimiento establecido en el Código Penal Militar de 1999. (...) Entendido lo anterior, dentro de los procesos regulados bajo la ritualidad contemplada por la Ley 522 de 1999, no es posible en virtud del principio de favorabilidad aplicar normas que rigen un esquema procesal distinto como el acusatorio, puesto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que para la aplicación del principio de favorabilidad ya sea en temas de sucesión de leyes, tránsito de leyes o coexistencia de las mismas se deben cumplir tres condiciones, a saber: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos

fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable". **(Rad. 158779 M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, febrero 18 de 2019).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Rad. 157776 de septiembre 13 de 2013, Rad. 158405 de noviembre 30 de 2016.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **No es posible la aplicación del principio de favorabilidad con respecto a la prisión domiciliaria.**

"No es posible conceder la prisión domiciliaria prevista como sustituto penal en el artículo 38 B del código penal, solamente porque ontológicamente el contenido de una norma resulte más favorable a otra, en tanto que, el principio de favorabilidad no opera de manera automática, sino que su reconocimiento se debe sujetar al cumplimiento de unos requisitos o presupuestos sin los cuales no es posible su declaración". **(Rad. 148962 M. P. MY (r) José Liborio Morales, mayo 30 de 2017).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Rad. 157046 de abril 30 de 2019.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Aplicación del principio de favorabilidad para la rebaja de pena en la aceptación de cargos.**

"En este asunto, los hechos ocurrieron en octubre de 2010, en vigencia de la ley 522 de 1999 modificada y adicionada por la ley 1058 de 2006, que es la que regula su trámite, razón por la cual la Sala estima que es viable con fundamento en el principio de favorabilidad aplicar la ley 1407 de 2010, que es posterior y coexistente, donde igualmente se regula el fenómeno jurídico de la aceptación de cargos dándole la posibilidad al sujeto agente de obtener una rebaja de la pena de hasta la mitad, lo cual sin duda alguna es más beneficioso para el procesado, por cuanto la ley 1058 de 2006 concede una sexta parte de disminución, por idéntica causa (aceptar los cargos).

(...) En criterio de la Sala existe identidad en los supuestos de hecho de la figura de aceptación de cargos del artículo 579 de la ley 522 de 1999, y del artículo 493 de la 1407 de 2010, por tanto, siguiendo las claras directrices impartidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se impone la aplicación del principio de favorabilidad penal porque el nuevo estatuto es más benéfico para el procesado.

(...) Por lo expuesto en precedencia, se atenderán las aspiraciones de la impugnante, por lo tanto, en virtud del principio de favorabilidad la rebaja de pena aplicable en este asunto es la establecida en el artículo 493 de la ley 1407 de 2010, en vez de la indicada en la 1058 de 2006; como la referida norma permite rebajarla hasta en la mitad dicho límite se aplicará en este caso" (**Rad. 157150 M. P. TC Jacqueline Rubio Barrera, 26 de octubre de 2011**).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Inaplicabilidad por favorabilidad del descuento de la mitad de la pena consagrado en la Ley 1407 de 2010 – Confesión.**

"De manera que, la petición encaminada a que se aplique la rebaja de pena por aceptación de cargos consagrada en el primer inciso del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, desde ahora se avizora improcedente dado que el procedimiento que gobierna el trámite de la presente causa es el establecido en la Ley 522 de 1999. En efecto, aunque el recurrente arguyó que la Ley 1407 de 2010 derogó la Ley 522 de 1999, esta afirmación ha de interpretarse a la luz de lo ordenado en el nuevo Código Penal Militar que supeditó la aplicación de su parte adjetiva o procedimental a la implementación del sistema penal oral acusatorio en la Justicia Penal Militar

(...) Criterio que encuentra respaldo en pronunciamientos análogos de la Corte Suprema de Justicia (CSJ. SP. Rad. 42519 dic. 2013310 y Rad. 41600, ago. 2014311), donde el máximo órgano de la jurisdicción penal corrobora que a pesar que los hechos investigados hayan tenido ocurrencia con posterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia de la ley 1407 de 2010, como ocurre en el sub iudice cuyos hechos datan del 28 de febrero de 2018, el procedimiento aplicable es el reglado en la Ley 522 de 1999. Ahora bien, la razón por la que aunque la pena que se impuso es la consignada en el artículo 154A de la Ley 1407 de 2010312 y la rebaja que se reconoció por la confesión se fundamentó en un estatuto distinto, esto es la Ley 522 de 1999, obedece a que el artículo 154A de la Ley 1407 de 2010 que tipifica el delito de hurto de armas y bienes de defensa, es una norma sustancial cuya esencia es describir las conductas y su punibilidad, en razón de ello la adecuación típica de los comportamientos cometidos a partir de la fecha de la vigencia de la ley que las consagra se ha de ajustar a los contenidos de esta normatividad.

(...) En ese orden de ideas, la juez de instancia con acierto reconoció la rebaja de pena correspondiente a la confesión que el SLR. (r) JJBL realizó en la indagatoria, con fundamento en lo establecido en el artículo 446 de la Ley 522 de 1999, es decir, en el marco del esquema mixto que actualmente rige el procedimiento penal militar de manera indistinta con la fecha de ocurrencia de los hechos, y que claramente proclama inviable la petición del impugnante. (**Rad. 159108 M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, junio 14 de 2019**).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Rad. 157228 de marzo 29 de 2012, Rad. 158652 de noviembre 7 de 2017).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Aplicabilidad del principio de favorabilidad frente a las penas accesorias.**

"En cuanto hace a las penas accesorias dispuestas en el acápite tercero de la sentencia, debe expresar el Tribunal que con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010 "Código Penal Militar", desde el 17 de agosto de dicho año, y Decreto de yeros 4733 del 23 de diciembre próximo pasado, el Legislador consagró en su artículo 51 que en tratándose de delitos con pena de prisión no superior a dos años no procede la separación absoluta de la Fuerza Pública, como tampoco la interdicción de derechos y funciones públicas, por lo que ante la prevalencia del principio de favorabilidad, como ya lo ha señalado esta Corporación, se dará aplicación al referido canon y se entrará a revocar el numeral tercero de la sentencia impugnada, con todos sus efectos". (**Rad. 155246 M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, enero 28 de 2011**).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Principio de favorabilidad frente a la pena de arresto y de prisión**

"Resulta necesario precisar que ante la eliminación de la pena de arresto para los delitos contenidos en la parte especial del actual estatuto punitivo, no hay lugar a imponer pena privativa de la libertad porque, en virtud del principio de favorabilidad, no es posible aplicar una pena que no está contenida en la norma que describe y sanciona la conducta respectiva, ni tampoco la contenida en el actual Código Penal no sólo porque resultaría evidentemente más gravosa que la dispuesta en la legislación derogada, sino porque sólo puede ser aplicada a delitos cometidos dentro de su vigencia.

Un nuevo examen del punto, sin embargo, lleva a la Sala a reconsiderar esa tesis, para sostener ahora que como en todo caso, tanto en el anterior Código Penal como en el actual, la ley previó pena privativa de libertad para el peculado culposo, debe mantenerse la de arresto (...).

En efecto, si en aquella legislación el hecho estaba sancionado con arresto y en la de hoy con prisión, se debe partir de que el legislador quiso hacer más severas las consecuencias punitivas incrementando cualitativamente la medida corporal.

En este evento, sin embargo, entran en pugna la normatividad pretérita y la actual, conflicto de leyes que impulsa hacia la pasada para utilizarla ultractivamente pues es más benéfica que aquella que ahora rige el tema.

Como es claro, en los dos articulados se ha previsto pena privativa de la libertad, que, por tanto, se debe sostener pues en estricto sentido no hubo despenalización radical. Y como la

anterior es menos gravosa que la vigente, a ella se debe acudir.

(...) En esas condiciones, en aplicación irrestricta del principio de favorabilidad, se tiene que, enfrentada la legislación derogada a la actual, si aquella señala arresto para la conducta que ésta castiga con prisión, la primera debe ser la seleccionada por su carácter benigno". (**Rad.**

156821 M. P. CN (r) Jorge Iván Oviedo, 28 de abril de 2011).

SENTENCIA CONCORDANTE:

CSJ –Sala Penal Rad. 24481 del 14 noviembre 2007 – M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

COMENTARIO

El principio de favorabilidad es una garantía esencial del debido proceso que no puede ser desconocido en un escenario legal o judicial, no solo por ser un mandato constitucional contenido en el artículo 29, sino, también, por ser una prerrogativa internacional, reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Ley 4 de 1968 y la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada por la Ley 15 de 1972.

Al ser reconocido en tratados internacionales de protección de Derechos Humanos, su aplicación como garantía jurisdiccional es de obligatorio acatamiento.

Artículo 9°. Analogía.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Concepto**

La analogía como método jurídico que permite extender los efectos de la ley a un caso parecido no previsto en ella conduce a la aplicación de la norma a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero similar a otros que sí aparecen contenidos en el texto legal, lo cual exige en el cuerpo normativo la existencia de la disposición que contenga hechos semejantes al que pretende ser abarcado por esta. (**CSJ, Sent. 40282, abr/05/2017. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero**).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Concepto.**

"...Además, debe llamarse la atención que, por definición, la analogía es un método por el cual los efectos de una norma jurídica se extienden, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella, en armonía con lo estatuido en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 que reza: "Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho." (**CSJ, Auto N° 56355, Ene/20/2021. M. P. Hugo Quintero Bernate**).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL – **Consagración Positiva de la analogía.**

"(...) La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos

relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general". (...) "Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada. (...)" (**C. Const., Sent. C 083/1995 marzo 01/95 M. P. Carlos Gaviria Díaz**).

JURISPRUDENCIA-CORTE CONSTITUCIONAL – **Elementos de la analogía. (...)**

"El principio de la analogía consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, supone la presencia de tres (3) elementos para su configuración: Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión; Que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador; Que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo." (...) "la analogía se trata de elaborar una norma jurídica para regular un caso imprevisto en la ley, pero con fundamento en la misma ley. La analogía representa pues, una extensión de la ley a otros casos diferentes a los expresamente previstos, pero, que son similares o semejantes a estos. (...)" (**C. Const., Sent. T- 212 de 2001 junio 14/01 M. P. Jaime Araújo Rentería**).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL – **La analogía como principio.**

"(...) El principio de la analogía, o argumentum a simili, consagrado en el artículo 8° de la Ley 153

de 1887, supone unas condiciones ineludibles para su aplicación como son las siguientes: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera. De esta manera, en el proceso de integración normativa, la analogía surge como un mecanismo de expansión del derecho frente a aquellos casos en los que no existe regulación alguna. En otras palabras, la analogía implica atribuir al caso no regulado legalmente, las mismas consecuencias jurídicas del caso regulado similarmente. Sin embargo, para que dicho razonamiento sea válido jurídicamente, se requiere que entre los casos exista una semejanza relevante, que además de ser un elemento o factor común a los dos supuestos, corresponda a una razón suficiente para que al caso regulado normativamente se le haya atribuido esa consecuencia específica y no otra (...)” (C. Const., Sent. T- 734 de 2013, octubre 17/13 M. P. Alberto Rojas Ríos).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL – Alcance del Principio de Analogía.

“Al precisar el alcance de la expresión “ley” como fuente principal del derecho en el ordenamiento colombiano, este Tribunal ha indicado que cuando la autoridad judicial recurre a la analogía legis o a la analogía iuris para resolver una determinada cuestión de derecho, en realidad aplica la “ley”. En ese sentido, las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de la primera forma de analogía y las reglas generales del derecho que resultan de la segunda, constituyen una genuina expresión del imperio de la “ley” (C. Const., Sent. C- 284 de 2015, mayo 13/15 M. P. Mauricio González Cuervo).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL -Analogía- Derecho Penal

“Es claro que en la norma superior citada, el Constituyente de 1991 consagró de manera expresa el denominado principio de legalidad, “nullum crimen, nulla poena sine lege”, principio tradicionalmente reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal, la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquella previamente definida en la ley.

(...) Dicho principio encuentra expresión en varios componentes, que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales se definen de la siguiente manera:

“(…) nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en

ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal”. (C. Const., Sent. C- 739 de 2000, junio 22/00 M. P. Fabio Morón Díaz).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- Principio de taxatividad excluye la aplicación analógica.

“...Recordemos que el instituto de los impedimentos y recusaciones, a más de ser una garantía que busca asegurar que los procesos los tramiten funcionarios imparciales, está regido por el principio de taxatividad, que impide por contera la aplicación analógica de sus causales, su deducción por similitud o ser objeto de valoraciones subjetivas, dado que, se repite, se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez, tal como así lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, veamos:

(...) 3. En esta materia rige el principio de taxatividad, según el cual solo integra motivo de excusa o de recusación aquel que de manera expresa se señala en la ley, lo que hace exclusión de la analogía, además que a los jueces les está vedado separarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales y a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio la persona del juez, de manera que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez” (Rad. 157523, 28 de noviembre de 2012, M. P. TC Noris Toloza González).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

CSJ- Sala Penal Rad. 24103 M. P. Javier Zapata Ortiz, noviembre 8 de 2005, Rad. 32492 del 2 de septiembre de 2009, M. P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 156504, M. P. CN (r). Jorge Iván Oviedo Pérez, mayo 18 de 2010.

AUTO – FISCALÍA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La aplicabilidad del principio de analogía frente la declaración de recusación y de impedimento.

“Las causales de impedimento y recusación se fundamentan en una razón jurídica y no es otra distinta a la de garantizar, dentro de un Estado social y democrático de derecho, que el funcionario judicial llamado a resolver un conflicto jurídico es indiferente a cualquier interés distinto al de administrar una recta justicia, y que, por lo tanto, su imparcialidad y ponderación no se encuentran perturbadas por circunstancias ajenas al proceso. En consecuencia, la recusación y la declaración de impedimento son mecanismos de protección e imparcialidad que deben guardar quienes sirven a la administración de

justicia, lo que también implica que su ejercicio no está liberado al capricho de quien a ellos acude, sino indefectiblemente ligado a principios como el de taxatividad de las causales lo que excluye la analogía o la extensión de los motivos expresamente señalados por el legislador. **(Rad. 14383 CR Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar, junio 28 de 2013).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- Principio de legalidad sobre la analogía.

"(...) debe advertirse que conforme a lo preceptuado en el artículo 12 de la ley 522 de 1999, proscribida toda forma de aplicación analógica de la ley penal, salvo los casos de favorabilidad, materia que regula de manera muy similar el artículo 12 de la ley 1407 de 2010, en la que establece que la analogía solo se aplicará en materias permisivas, finalmente, debe advertirse que en el Código Penal, a diferencia de las

dos anteriores que regulan este principio de manera independiente, esta lo ata al principio de legalidad, para determinar que solo se podrá aplicar en materias permisivas, de donde se infiere que conforme a esta última disposición debe primar el principio de legalidad sobre la analogía.

Luego, si la sistemática penal especial y la ordinaria, excluyen la aplicación de la analogía en materia penal y solamente permite su aplicación como una excepción al principio de legalidad en aquellas en materias permisivas, más benignas al procesado, lo que los tratadistas denominan analogía "in bonam partem", esto es, que sean favorables, necesariamente debemos concluir que no resulta acertado solicitar que se aplique este principio y a la vez que, se haga efectivo el principio de favorabilidad, solamente para hacerle un esguince a los presupuestos que se requieren para la aplicación de este último principio". **(Rad. 158405 M. P. MY (r) José Liborio Morales, noviembre 17 de 2017).**

COMENTARIO

Está proscribida en el Código Penal Militar toda forma de aplicación analógica salvo los casos de favorabilidad. Para su configuración, la jurisprudencia constitucional ha exigido tres elementos: i) Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión; ii) Que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador; iii) Que exista el mismo fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo.

Artículo 10. Igualdad.

La ley penal militar se aplicará a los miembros de la Fuerza Pública, sin tener en cuenta circunstancias diferentes a las establecidas en la Constitución y la ley. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trata de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La igualdad como principio fundamental.

"En su jurisprudencia constante, la Corte Interamericana ha recurrido siempre a los principios generales del derecho. Hay ciertos principios generales del derecho (como el de la igualdad y no-discriminación) que se configuran verdaderamente fundamentales, dando expresión a valores e identificándose con los propios fundamentos del sistema jurídico". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).**

obstáculos y discriminación de ninguna índole" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Los grupos especiales y la igualdad.

"Finalmente, los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana son dos ejes transversales que cruzan todos los aspectos mencionados anteriormente, en el sentido que los miembros de los grupos étnicos y culturales son libres e iguales a todas las personas en dignidad y derechos y deberán gozar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Discriminación e Igualdad.

"el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (...). Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens" (...) "Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante

la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1(1) de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Acosta Calderón vs. Ecuador Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La justicia y la igualdad.**

"Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Baldeón García vs. Perú Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Aplicación general del principio de igualdad.**

"Así, en su pionera e histórica Opinión Consultiva n.º 18 sobre el Status Jurídico y Derechos de los Inmigrantes Indocumentados (del 17/09/2003), internacionalmente aclamada y adelantada en su tiempo, la Corte afirma con acierto que el mencionado principio de la igualdad y no discriminación "impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. (...) Este Tribunal considera que el principio de igualdad (...) y no-discriminación pertenece al jus cogens (...). Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con

dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona (...). (...) El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Ximenes Lopes vs. Brasil Sentencia de 4 de julio de 2006.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Los Estados y la violación del derecho a la igualdad.**

"La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación... (...) El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Yatama versus Nicaragua, 23 de junio de 2005.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Universalidad del derecho a la igualdad.**

"La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda

situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto... (...). La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Concepciones del Derecho a la Igualdad.**

"Al respecto, la Corte considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la integridad física, psíquica y moral, consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, "no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana (...). Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Furlan y familiares**

vs. Argentina Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas).

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La igualdad como elemento del *jus cogens*.**

"En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico". **Corte Interamericana de Derechos Humanos* Caso Espinoza González vs. Perú Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Igualdad y Persona.**

"La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso I.V.* vs. Bolivia Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La igualdad y los Derechos Humanos.**

"El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil Sentencia de 15 de julio de 2020 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- **Trato diferenciado injustificado.**

"La Sala debe resaltar lo señalado por la Corte Constitucional en relación con la «libertad de configuración normativa» y cómo esta encuentra su límite en las garantías básicas previstas por la Constitución Nacional, de manera tal que mientras estas sean respetadas, el Congreso de la República tiene libertad para expedir las normas que considere pertinentes para cumplir con su mandato constitucional. 2.2. En línea con lo anterior, teniendo en cuenta el amparo solicitado por los accionantes, es pertinente señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pacífica en manifestar que el derecho fundamental a la igualdad puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado, inclusive desde el punto de vista normativo. Para determinar si el trato desigual es injustificado, la Corte Constitucional recogió una metodología denominada «test de razonabilidad», la cual ha explicado ampliamente en sus decisiones, entre ellas, la sentencia C-022 de 1996.

(...)

2.3.5. Corolario con lo anterior, mientras se da el respectivo pronunciamiento de la Corte Constitucional, la Sala cuenta con elementos de juicio suficientes para considerar que el trato desigual con base en el cual se formula esta solicitud de amparo no es injustificado, sino que es razonable para el fin que se persigue, por lo que no hay vulneración del derecho fundamental a la igualdad." (CSJ, Sent. Tutela N.º 93570, ago/29/2017. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Los jueces no están obligados a aplicar el precedente judicial horizontal, es decir, el precedente de su despacho y de sus pares.**

"Para la resolución del caso, aunque el accionante plantea un análisis con respecto al derecho a la igualdad, la Sala advierte, en primer lugar, que los jueces inferiores, aquellos distintos a las Altas Cortes, no están obligados a aplicar el precedente judicial horizontal, es decir, el precedente de su despacho y de sus pares, pues estos, en realidad, tienen que analizar la vinculatoriedad del precedente vertical, en este caso, la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Penal como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria (T-766/2008, T-443/2010). Por otro lado, no es posible realizar un test de igualdad pues, para determinar cuál de las dos decisiones es la preponderante, sería necesario pronunciarse de fondo sobre el acierto de los dos jueces de ejecución de penas, lo cual es ajeno al ámbito de injerencia del juez de tutela. Sin mencionar que la decisión del 20 de junio de 2018 no es objeto de controversia.

(...)

En este sentido, la valoración no puede hacerse, tampoco, con base en criterios morales para determinar la gravedad del delito, pues la explicación de las distintas pautas que informan las decisiones de los jueces no puede hallarse en

las diferentes visiones de los valores morales, sino en los principios constitucionales.

(...)

Esto, por supuesto, no significa que el juez de ejecución de penas no pueda referirse a la lesividad de la conducta punible para valorarla, sino que no puede quedarse allí. Debe, por el contrario, realizar el análisis completo. iv) El cumplimiento de esta carga motivacional también es importante para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, pues supone la evaluación de cada situación en detalle y justifica, en cada caso, el tratamiento diferenciado al que pueda llegar el juez de ejecución de penas para cada condenado". (CSJ, Sent. Tutela N.º 107644, nov. 19/2019 M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Igualdad de armas.**

"El principio de "igualdad de armas", el cual constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales con tendencia acusatoria, implica en nuestro ordenamiento adjetivo que la defensa debe estar en posibilidad de conocer los elementos de convicción con que cuenta la Fiscalía y que hará valer en el juicio, incluyendo las evidencias recaudadas que favorezcan al acusado, pues de ellos depende el diseño de la estrategia de la defensa; como complemento de tal prerrogativa, con el fin de que el aludido principio sea una realidad en el debate de juzgamiento, el legislador dispuso que la fiscalía debe también conocer el material de convicción recopilado por la defensa desde la formulación de la imputación e, incluso, desde el momento en que tuvo conocimiento de la existencia de la indagación. Parafraseando a la Corte Constitucional, el 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 del acusador, no obligado para el defensor, pero que también lo puede hacer) en el debate que tendrá lugar en el juicio. Ahora bien, el referido principio formalmente está garantizado en el modelo de enjuiciamiento oral, mediante el "Descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física", reglamentado en los artículos 344 a 347 de la Ley 906 de 2004, mecánica que haya respaldo en el artículo 250 de la Constitución, tal como fue modificado por el Acto Legislativo N.º 03 de 2002, artículo 2." (CSJ, Sent. Casación N.º 26827, jul. 11/2007 M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL **El principio de igualdad en el proceso penal y su proyección en el ejercicio de las garantías procesales fundamentales.**

"(...) Conforme a lo expuesto, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional estableció la regla básica para abordar problemas jurídicos en los

que esté involucrado el principio de igualdad, en virtud de cual: "el punto de partida del análisis (...) es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual 'hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual'" Asimismo, señaló que el concepto de igualdad es relativo o relacional.

En este sentido, es indiscutible que "hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc."

(...) 38. En materia penal, este principio se proyecta en los artículos 29 y 229 Superiores, que contienen los elementos nucleares del debido proceso y consagra el acceso a la administración de justicia, este último denominado también derecho a la tutela judicial efectiva, entendida como la posibilidad de todas las personas de acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos o intereses legítimos,

La garantía de este derecho se basa en la estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos en la ley, lo que le otorga a los individuos una protección real y efectiva, anterior al proceso y que previene cualquier grado de indefensión, es decir, la ausencia del derecho a alegar y la imposibilidad de defender en juicio los propios derechos, bien sea entre los individuos o entre estos y el Estado, situación última que se aprecia en el escenario del proceso penal.

39. Conforme a lo expuesto, el principio de igualdad es uno de los pilares fundamentales del proceso, a partir del cual se efectiviza la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Ahora bien, en materia penal este principio y sus efectos procesales adquiere mayor importancia por las fuertes afectaciones a los derechos fundamentales de los condenados.

(...) **El test de igualdad, sus elementos y su intensidad.** La Corte ha expresado que el examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (*tertium comparationis*), consiste en determinar si el criterio de diferenciación utilizado por el Legislador fue utilizado con estricta observancia del principio de igualdad (artículo 13, CP), a través de un juicio simple compuesto por distintos niveles de intensidad (débil, intermedio o estricto) que permiten el escrutinio constitucional de la medida. En otras palabras, se trata de una escala de intensidades que permiten la verificación de la aplicación del principio de igualdad, en un acto proferido del Legislador.

El test de igualdad es débil: cuando la materia analizada es de aquellas en las que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa, por lo que por regla general se desarrollan las exigencias del principio democrático. Esta Corporación ha manifestado

que el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si el trato diferente que se enjuicia establece una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo; ii) el trato debe ser potencialmente adecuado; y iii) no debe estar prohibido por la Constitución.

Se requiere la aplicación de un **test intermedio de igualdad** cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. En estos eventos, el análisis del acto jurídico es más exigente que el estudio realizado en el nivel leve, puesto que requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos contenidos en la Carta o por razón de la dimensión del problema que el Legislador trata de resolver. Además: ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado con la norma objeto de control constitucional.

Por último, el **test estricto de igualdad:** surge cuando las clasificaciones efectuadas por el Legislador se fundan en criterios "potencialmente discriminatorios", como son la raza o el origen familiar, entre otros (artículo 13 CP), desconocen mandatos específicos de igualdad consagrados por la Carta (artículos 19, 42, 43 y 53 CP), restringen derechos a ciertos grupos de la población o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículos 7° y 13 CP). (**C. Const., Sent. C-238 de 2016, junio 22/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado**).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **El Principio de Igualdad de Armas.**

"(...) Conforme lo ha establecido la Sala, el principio de igualdad de armas dentro del proceso penal es un mandato de carácter constitucional, derivado no solo del artículo 13 de la Carta, sino también del Acto Legislativo 02 de 2003, que fijó la estructura del proceso de tendencia adversarial, y de los artículos 29 y 229 que garantizan el debido proceso y el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia, respectivamente. Supone que las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se garanticen las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. (...)".

"(...) En la Sentencia C-397 de 2007, la Corte precisó que en el marco del proceso penal, "las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales". La igualdad de armas busca, en este sentido, garantizar que la acusación y la parte acusada tengan a su alcance opciones reales y ciertas para ejercer sus derechos y las herramientas necesarias para situarse en un equilibrio de potestades y atribuciones en aras de hacer respetar sus intereses.

(...) 24. La Corte ha remarcado a este respecto que el principio de igualdad de armas hace parte del núcleo esencial de los derechos de defensa, de contradicción, y más ampliamente, del principio del juicio justo. Esto permite observar que el mandato en cuestión se desconoce cuándo el legislador concede cierto privilegio o ventaja exclusiva a una de las partes, con la potencialidad de reflejarse en los resultados del proceso, pero, así mismo, en todos aquellos supuestos en que, de suyo, la ley conduce a fortalecer numérica o sustantivamente uno de los dos protagonistas de la controversia, pues ello anula las posibilidades de un juicio equitativo y justo y de una asistencia técnica eficaz. **(C Const. Sent. C-473/16, agos. 31/2016 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).**

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL.
La Igualdad en el Ordenamiento Constitucional Colombiano.

La corte se ha referido a la triple dimensión que tiene la igualdad en el ordenamiento constitucional, como valor, principio y derecho fundamental. El preámbulo contempla a la igualdad como uno de los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional, por su parte el artículo 13 de la Carta Política consagra el principio fundamental de igualdad y el derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente, otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional actúan como normas que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el constituyente.

(...) El principio de igualdad en el sistema constitucional colombiano se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en diseñar y aplicar la ley en cada caso según las diferencias constitutivas de los hechos. Así lo ha sostenido esta Corporación desde su primera jurisprudencia, al señalar que el principio de igualdad exige el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas esas que en justicia deben ser relevantes para el derecho.

(...) **2.2.2.** El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional colombiana, en concordancia con la jurisprudencia comparada, desarrolló un conjunto de herramientas denominado juicio o test de igualdad, cuyo objeto es verificar la existencia de una violación al respectivo principio. El modelo colombiano hace uso de una mixtura entre los modelos europeos y norte americano, a fin de garantizar, de la mejor forma posible el respeto por la igualdad. En primer lugar, el carácter relacional del derecho a la igualdad supone una comparación entre sujetos, situaciones y medidas. Por ello, el uso del juicio o test implica la identificación de tres presupuestos principalmente, a saber: (i) los sujetos a comparar; (ii) el bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual; y (iii) el criterio relevante que da lugar al trato diferenciado. Ha sido sostenido por la jurisprudencia constitucional, que el juicio

integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis, distribuidas de la siguiente manera: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, esto es, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.

(...) En conclusión, la Corte ha sostenido reiteradamente que (i) el legislador tiene un ámbito de configuración legislativo en materia penal que le permite determinar, en el marco de la política criminal del Estado, los bienes jurídicos protegidos y en consecuencia, configurar los tipos penales, sus elementos, sus sanciones y las figuras propias de la responsabilidad penal, así como los subrogados penales y los beneficios. (ii) El ámbito de configuración en materia penal está limitado por el respeto de los principios constitucionales (incluido el Bloque de Constitucionalidad) y de los derechos fundamentales, particularmente a los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, de los cuales surge el principio de prohibición de exceso para el legislador, por el cual, el diseño de los tipos penales y la dosificación punitiva "atienden una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros". (iii) No resulta contrario al principio de igualdad un trato diferenciado fundado en características relevantes de los sujetos frente a la conducta delictiva, y que en el marco de cada medida concreta resulta razonable y justificado, como sucede con la responsabilidad de los servidores públicos en los delitos. **(C Const Sent. C-015/18, marzo 14/2018 M. P. Cristina Pardo Schlesinger).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Principio de igualdad - frente a la rebaja de la décima parte que otorga la Ley 975 de 2005.**

"En cuanto al requisito contemplado en el artejo en estudio, la Sala de Decisión encuentra que si bien es cierto al ex policial le fue confirmada en segunda instancia el 11 de marzo de 2005 la sentencia que lo condenó a treinta y seis (36) meses de prisión, la que fue adicionada de manera oficiosa el 23 de mayo de 2005 fijándole como pena de prisión dos (2) años y seis (6) meses quedando ejecutoriada el 1º de julio del mismo año, observando que la Ley 975 de 2005 fue publicada el 25 de julio de 2005 y que efectivamente para esta fecha ya se encontraba ejecutoriada la sentencia que condenaba al Sl. F. L. J.W., no es menos cierto también que el procesado para la fecha en que entró en vigencia la Ley no se hallaba cumpliendo la pena por la cual fue sancionado y sólo desde el 2 de enero del presente año se encuentra recluso en el Centro de Reclusión para miembros de la Policía Nacional tal como consta en el expediente; coligiendo así, que esta circunstancia no permite dar aplicación al artículo 70 de la mencionada normatividad,

la cual exige de manera absoluta que para hacerse acreedor a la rebaja de la décima parte es requisito sine qua non cumplir con cada uno de los requisitos que se describieron en la norma, debiendo la Sala de Decisión denegar la rebaja de pena que demanda el condenado, por cuanto no reúne el requisito "la persona debe estar cumpliendo pena por sentencia ejecutoriada al momento de entrar en vigencia la Ley 975 de 2005".

"...En el presente proceso tenemos que el beneficio de rebaja de la décima parte que otorga la Ley 975 de 2005 por el principio de igualdad se debería aplicar en el asunto que se resuelve, puesto que efectivamente el procesado allegó constancia de conducta ejemplar para ser merecedor del beneficio, encontrándose además ejecutoriada la sentencia que lo condenó en fecha 1º de julio de 2005, empero el ex policial no se encontraba cumpliendo la pena al momento de entrar en vigencia la tantas veces mencionada Ley". (Rad. 147461, M. P. CN Carlos Alberto Dulce Pereira, septiembre 15 de 2008).

Constitución Nacional "...Artículo 13 "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"

Ley 74 de 1968. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. "...Artículo 3.- Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos,

Artículo 11. Prohibición de doble incriminación.

A nadie se podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Ampliación en el Sistema Penal Acusatorio**.

"Antes de la expedición de la Ley 906 de 2004 la prohibición de reforma peyorativa se circunscribía a la sentencia de carácter condenatorio cuando el declarado penalmente responsable era apelante único. Sin embargo, el tradicional instituto fue modificado de forma radical por el inciso segundo del artículo 20 íbidem, el cual dispuso "El superior no podrá agravar la situación del apelante único". Y dada la coexistencia de ordenamientos procesales (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004) el tratamiento jurídico de dicha garantía constitucional poco a poco se ha ido unificando hasta entender actualmente que i) no sólo procede en relación con las sentencias, pues también cubre a los autos y providencias susceptibles del recurso de apelación; ii) la nueva concepción aplica también a hechos investigados

sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Ley 16 de 1972. **Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica**. "...Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley ...".

Ley 65 de 1993. **Código Penitenciario y Carcelario** "...Artículo 3. Se prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Lo anterior no obsta para que se puedan establecer distinciones razonables por motivos de seguridad, de resocialización y para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria y carcelaria.

Artículo 3A. Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley contarán con dicho enfoque. El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional)".

y juzgados por la Ley 600 de 2000, siempre que la decisión cuestionada haya sido emitida después del 1º de enero de 2005, cuando entró en vigencia gradual y sucesiva el nuevo sistema acusatorio; iii) la víctima igualmente es sujeto de este beneficio en los eventos donde actúa como apelante único.

(...)

Como se estableció en el acápite anterior, es cierto que en virtud del principio de favorabilidad la prerrogativa de la non reformatio in pejus se extendió a todas las determinaciones del proceso penal donde exista apelante único, trátase de actuaciones adelantadas al amparo de la Ley 600 de 2000 o del sistema acusatorio. Con todo, la prohibición de la reformatio in pejus en eventos de apelantes únicos no elimina la posibilidad del superior de reestablecer la legalidad cuando advierta su vulneración."

(...)

Entonces, la fiscalía general de la Nación ostenta el deber de acusar por el punible que realmente contenga la descripción de los hechos investigados. Por ello, si la segunda instancia observa una falencia trascendental en esa materia tiene la obligación de procurar su restablecimiento por parte de la fiscalía a quo. Con ello no se vulnera el principio de autonomía judicial del artículo 230 del Constitución Nacional porque esa prerrogativa no es absoluta y admite limitaciones, entre ellas, el respeto de la Constitución y la ley, como lo ha señalado la Corte Constitucional". (CSJ, Sent. N° 42763, may. 14/2014 M. P. María del Rosario González).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Alcances.**

"En efecto, la prohibición de reforma peyorativa constituye una garantía introducida por la Constitución Política de 1991 (artículo 31) que inicialmente estuvo circunscrita a la sentencia de carácter condenatorio cuando el declarado penalmente responsable era apelante único; sin embargo, con la entrada en vigencia de régimen procesal diseñado con la Ley 906 de 2004, ese instituto sufrió una radical modificación dado que el inciso segundo del artículo 20 de ese estatuto dispone que "El superior no podrá agravar la situación del apelante único". Con base tal precepto la Corte concluyó que la garantía en cuestión se extiende o es vinculante también para las providencias interlocutorias de segunda instancia, y que en razón de la coexistencia del aludido sistema de enjuiciamiento penal con el regulado en la Ley 600 de 2000, los efectos de la misma, por favorabilidad, son aplicables a los asuntos rituados bajo ésta última. (...)De esta manera, la Corporación, en aplicación del principio de favorabilidad y en atención de las precisiones hechas por la Corte Constitucional respecto del comentado artículo 20 de la Ley 906 de 2004, ha profundizado y unificado el alcance del instituto de la reformatio in pejus, hasta establecer actualmente que: (i) no sólo procede en relación con las sentencias, pues también cobija a los autos y providencias susceptibles del recurso de apelación; (ii) la nueva concepción aplica también a hechos investigados y juzgados por la Ley 600 de 2000, siempre que la decisión cuestionada haya sido emitida después del 1° de enero de 2005, cuando entró en vigencia gradual y sucesiva el nuevo sistema acusatorio; (iii) la víctima igualmente es sujeto de este beneficio en los eventos donde actúa como apelante único, y (iv) la limitante en cuestión se extiende o protege igualmente las decisiones inherentes a los perjuicios, bajo el entendido de que en relación con éstos tampoco podrá existir reforma peyorativa cuando el procesado sea impugnante único. Ahora bien, la doctrina de esta Sala Penal en cuanto al principio de limitación que gobierna la decisión del funcionario superior frente al recurso de apelación (Ley 600 de 2000, artículo 204, inciso primero), ha sido unánime e insistente en señalar que "la sustentación del

recurso constituye carga ineludible del apelante, e irrumpe como presupuesto imprescindible para acceder a la segunda instancia, pero a la vez, se erige en límite de la competencia del ad quem, el cual sólo puede revisar y pronunciarse acerca de los aspectos reprochados 'salvo la nulidad (por su naturaleza oficiosa) y los aspectos inescindiblemente vinculados a la impugnación". Y en armonía con ese criterio ha puntualizado que "el funcionario judicial de segunda instancia no goza de libertad para decidir, pues no se encuentra ante una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto, sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada a partir de los argumentos presentados por el recurrente"". (CSJ, Sent. Cas. Penal N° 43533, abr. 11/2018 M. P. María del Rosario González).

CONCORDANCIA:CSJ SP 21 jul. 2010, rad. 30460, CC C-591 de 9 de junio de 2005, CSJ SP 21 mar. 2012, rad. 33101 y AP2528-2014, 14 may 2014, rad. 42763.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL- **Principio de non bis in ídem – Integra Debido Proceso.**

"(...) El principio non bis in ídem está incluido en el conjunto de disposiciones que hacen parte del derecho fundamental al debido proceso. Como se observó anteriormente, el artículo 29 establece: (...) Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión. En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material..." (C Const Sent C-870 de 2002, oct. 15/2020 M. P. Manuel José Cepeda Espinoza).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL- **Principio de non bis in ídem – Diferentes Autoridades.**

"(...) La prohibición del non bis in ídem no acarrea la imposibilidad de que unos mismos hechos sean castigados por autoridades de distinto orden; tampoco que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas vgr. como ilícito penal y como infracción administrativa o disciplinaria. Pero sí conlleva que autoridades del mismo orden y mediante procedimientos diversos sancionen repetidamente la misma conducta, como quiera se produciría una inadmisibles reiteración del ius

puniendi del Estado, y de contera, un flagrante atentado contra la presunción de inocencia...”.

“... Aun cuando la jurisprudencia constitucional ha refrendado la validez del juzgamiento realizado por distintas autoridades respecto de unos mismos hechos, lo cierto es que el non bis in idem como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones (nullum crimen nulla poena sine lege), puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado. (...)”.

“(...) En efecto, si bien diferentes pactos y tratados internacionales reconocen la garantía mínima fundamental a no ser juzgado ni sancionado por un hecho punible respecto del cual se ha sido condenado o absuelto de conformidad con la ley - principio cuya efectividad está garantizada por el canon 93 Fundamental -, lo cierto es que la exigencia cada vez más grande de una justicia ecuménica, orientada a reprimir comportamientos que afecten bienes de gran interés y valía para toda la humanidad, ha llevado a los Estados a replantear la inmutabilidad de ciertos axiomas, entre ellos el de la cosa juzgada y, por ende, el del non bis in idem”... (C Const Sent. C-554/01, mayo 30/2001 M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL – Principio de non bis in idem - Cosa Juzgada.

“(...) No obstante, la decidida importancia que en materia punitiva reviste el principio de la cosa juzgada, y su derivado, la prohibición de la doble incriminación fundada en un mismo hecho y respecto de un mismo sujeto, es evidente que no se trata de un derecho absoluto, particularmente cuando no se encuentra trascendido por el valor justicia. Ninguna cosa juzgada puede ser oponible válidamente en un asunto que envuelve un acto de intolerable injusticia...”.

“... Es aquí donde cobra importancia la acción extraordinaria de revisión prevista en los sistemas jurídicos con el propósito de enfrentar situaciones en las que no obstante haber operado el fenómeno de la cosa juzgada, que en situaciones normales activaría la fuerza protectora del non bis in idem, en las circunstancias excepcionales en las que ella opera se genera una ruptura de ese principio, cuando hechos o circunstancias sobrevivientes develan que ella entraña una injusticia”...

“... Así la fuerza normativa del non bis in idem que entraña la inalterabilidad e inmutabilidad de la sentencia absolutoria en favor del sentenciado, debe ceder ante el incumplimiento del deber del Estado de investigar los delitos y sancionar los responsables a fin de lograr un orden justo, particularmente tratándose de delitos que configuran violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, ámbito al cual se contrae la norma parcialmente demandada (...)” (C Const

Sent C-979 de 2005, sept. 26/2005 M. P. Jaime Córdoba Triviño).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL Principio de non bis in idem – Límites.

“(...) En los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente (...)” (C Const Sent. C-004 de 2003, enero 20/2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- Principio de non bis in idem frente a resolución inhibitoria proferida por justicia ordinaria.

“...Si bien cierto los hechos que se vienen investigando en esta jurisdicción tienen directa relación con el servicio, no lo es menos que los mismos fueron puestos en conocimiento a la vez en dos jurisdicciones, esto es, la penal militar y la justicia ordinaria, jurisdicción ésta que se pronunció sobre el asunto hoy objeto de consulta, mediante resolución inhibitoria (...)”

Es claro que la Fiscalía Séptima subunidad de delitos contra la administración pública, se ocupó de los hechos que aquí se vienen investigando y respecto de ellos, efectuó pronunciamiento judicial, basado en que la prueba obrante apuntó a que el delito endilgado no existió; lo que conlleva a afirmar que proseguir esta jurisdicción con la actuación, implicaría desconocer un derecho fundamental con efectivo desarrollo legal, como es el de no ser investigado dos veces por el mismo hecho. La naturaleza de la decisión, permite afirmar que materialmente no hace tránsito a cosa juzgada, pero también lo es, que tal decisión implica un pronunciamiento judicial, revestido de plena legalidad, toda vez que tras ser notificado no fue impugnado, lo que implica que formalmente está en firme y que su revocatoria sólo puede ser emitida por el funcionario, esto es, la jurisdicción e instancia que la emitió, de verificar las hipótesis dispuestas en los artículos 327 y 328 de la Ley 600 de 2000.

Así las cosas y fundados en el principio de legalidad y del debido proceso que identifica el sistema penal colombiano, concebido desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, N.º 7, y la Convención

Americana de Derechos Humanos, artículo 8, N.º 4, la Sala encuentra que razón le asiste a la funcionaria Instructora para haber cesado procedimiento, al referir que al haberse proferido en la justicia ordinaria, resolución inhibitoria por los mismos hechos, que se consideraron inexistentes, continuar con el ejercicio de la acción penal en esta jurisdicción, si vulnera en non bis in ídem; tanto que su decisión al ser notificada a las partes no fue objeto de impugnación, por lo que hoy se acude es al grado jurisdiccional de consulta". **Decisión: Confirma auto inhibitorio Juzgado Instrucción Penal Militar. (Rad. 154163, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, junio 19 de 2019).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional C-554 de 2001, C-870 DE 2002; CSJ- Sala Penal Rad. 14.190 de enero 18 de del 2001, Rad. 25649 M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán de febrero 13 de 2008, Rad. 21.781 de febrero 11 de 2004; Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 157658 de agosto 30 de 2013.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Principio de non bis in ídem como derecho fundamental de aplicación inmediata – presupuestos para su aplicación.**

"Este principio se encuentra definido en el inciso 4º del artículo 29 de la Constitución, en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁰. Allí se establece que "quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho", postulado que se convierte en un derecho fundamental de aplicación inmediata -hace parte del debido proceso- que busca blindar a las personas investigadas con seguridad jurídica y justicia material, bajo el entendido que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en contra de una persona, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular, e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de múltiples sanciones, reproches o juicios sucesivos o paralelos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción.

(...) La jurisprudencia constitucional ha venido decantando el tema, advirtiendo que eventualmente la conducta antijurídica de un sujeto puede conllevar varias consecuencias negativas -sanciones-, siempre y cuando no se presente identidad de: i) sujeto, significa que la persona inculpada debe ser la misma en dos procesos de la misma índole; ii) objeto o acciones, es decir, que exista correspondencia fáctica investigada en varios procesos de igual naturaleza y; iii) causa, se refiere a que los juzgamientos concurrentes no difieran en cuanto a la naturaleza

jurídica de las sanciones, su finalidad, el bien jurídico tutelado, la norma que confronta el comportamiento sancionable, o la jurisdicción que impone la sanción; porque de ser así se vulneraría el principio de non bis in ídem". **(Rad. 157827, M. P. Cr. Marco Aurelio Bolívar Suárez, septiembre 8 de 2017).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional C-427 de 1994, C- 472 de 1994, C-244 de 1996, C-088 de 2002, C-037 de 1996, C-620 de 2001, T-002 de 1992, T-406 de 1992, T-413 de 1992, T-162 de 1998, T-537 de 2002, T-575 de 1993.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Excepciones y presupuestos del principio de doble incriminación.**

"...dicha prohibición de doble enjuiciamiento no tiene un carácter absoluto, admitiendo excepciones de orden constitucional y legal, verbigratia la acción de revisión, la tutela, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, las decisiones proferidas en juicios de Cortes Internacionales y las razones de soberanía, existencia y defensa del Estado, eventos que se erigen, entre otros, en límites a dicha garantía. Un entendimiento absoluto e inamovible del enunciado apotegma, precisa la Sala acotar, además, aparejaría que unos acontecimientos tales no tuvieren material operancia y dejaría huérfanos de acción estatal, además, aquellos casos en que un mismo comportamiento da paso a fenómenos concursales en los que meridiana resulta la afectación de diversos bienes jurídicos, como se apuntalare en pretérita decisión de esta Corporación.

De otra parte, precedente resulta evocar que doctrinal y jurisprudencialmente se ha señalado que para que opere el principio del non bis in ídem, es necesario que concurren unos presupuestos, mismos consistentes en que debe existir identidad en el sujeto (eadem personae), en el objeto (eadem res) y en la causa (eadem causa), conceptos respecto de los cuales el precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción foral enseña..." **Decisión: decreta nulidad a partir del auto de cierre de investigación. (Rad. 158806, M. P. CN (RA) Julián Ordúz Peralta, octubre 15 de 2020).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

CSJ, Sala Penal Rad. 35524, abril 14 de 2010, AP4358-2014, Rad 43568 julio 30 de 2014, Rad. 26591, septiembre 06 de 2007, Rad. 24582, octubre 29 de 2008; Tribunal Superior Militar y Policial, Rad. 158956, julio 10 de 2019.

Artículo 12. Principios de las sanciones penales.

La pena en materia penal militar tiene como función la prevención general y especial, protectora y reinserción social. Las medidas de seguridad persiguen fines de protección, curación, tutela y rehabilitación. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Aplicación amplia.**

"Las sanciones penales como consecuencia de determinadas expresiones, podrían, en algunos casos, también ser consideradas métodos indirectos de restricción a la libertad de expresión. **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Función de la Sanción penal.**

"La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Derecho a recurrir los fallos.**

"La Corte se ha referido en su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del artículo 8.2.h) de la Convención, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. El Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que "se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...]". Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte ha interpretado que el derecho a recurrir del fallo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. La Corte ha considerado el derecho a recurrir del fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal. **(Caso Spoltore vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C N.º 404., Párrafo 104).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sanciones disciplinarias y su alcance.**

"Por su parte, el artículo 8.2 de la Convención establece adicionalmente las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. La Corte ha indicado que estas garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. En otras palabras, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Particularmente, en el caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala, la Corte destacó que "el derecho disciplinario forma parte del derecho sancionador [...] en la medida en que está compuesto por un conjunto de normas que permiten imponer sanciones a los destinatarios que realicen una conducta definida como falta disciplinaria", por lo que "se acerca a las previsiones del derecho penal" y, en razón de su "naturaleza sancionatoria", las garantías procesales de este "son aplicables mutatis mutandis al derecho disciplinario...(...)" La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su inconducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores" **(Corte IDH. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C N.º 406., Párrafo 120).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sanciones penales y las medidas sustitutivas.**

"Así, cuando existan elementos que señalen que el reo ha sufrido o puede sufrir consecuencias graves por el precario estado de salud en que se encuentra, lo que hace que la ejecución de una sanción penal atente gravemente contra su vida e integridad o sea físicamente imposible de cumplir, al no existir los medios materiales y humanos dentro del centro de reclusión para atender tal situación, entonces se justifica considerar la aplicación de un sustitutivo de la pena de privación de libertad (arresto domiciliario, cambio de régimen de seguridad, libertad

anticipada, ejecución diferida, por ejemplo) como medida de carácter extraordinario. Tal tipo de decisión, además de justificarse en razones de dignidad y humanidad, eliminaría riesgos institucionales derivados del deterioro de salud o riesgo de muerte de la persona en dichas condiciones dentro del centro penitenciario. En cualquier caso, si el juzgador no adoptara otra medida sustitutiva, le corresponde ejercer el control sobre las actividades administrativas ejercidas previamente y, de encontrarse errores, ordenar su inmediata subsanación" (**Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C N.º 312., Párrafo 246**).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Funciones de la pena.**

"La pena, a voces del art. 4º del CP, cumple funciones de prevención (general y especial), retribución justa, reinserción social y protección del condenado. La prevención especial y la reinserción social, agrega la norma, operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. De otro lado, del art. 3º ídem se extractan los principios orientadores de la imposición de la sanción penal, a saber, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Éste último se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan. Las máximas de razonabilidad y proporcionalidad, por su parte, son expresión del entendimiento constitucional del derecho penal, en el marco de un Estado social y democrático de derecho. En efecto, en un Estado constitucional no sólo se predica la protección de bienes jurídicos como la principal finalidad del ius puniendi –propósito a partir del cual han de comprenderse los fines de la pena–; además, se instituyen barreras de contención a la actividad punitiva estatal, a fin de mantenerla dentro de los límites propios de la racionalidad y la dignidad humana, proscribiendo los excesos en la punición. Ciertamente, según lo pregona la jurisprudencia de esta Corte, el programa penal de la Constitución dicta que la finalidad de un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos es la que mejor se articula con el Estado social y democrático de derecho. Bajo tal comprensión, el fundamento del ius puniendi, encarnado en la función de la pena, estriba en el cometido de prevención de delitos. Pues, desde la perspectiva social, la pena representa la ejecución, en concreto, del deber de intervenir activamente para lograr la realización de los derechos de los ciudadanos, a través del propósito de lucha contra el crimen. Al respecto, cabe reiterar, la razón primigenia de un Estado social es la de cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Por consiguiente, sin desatender sus demás finalidades, la pena adquiere una connotación eminentemente preventiva, dado que se orienta a incidir activamente en la lucha contra la delincuencia, como presupuesto de protección a los bienes jurídicos en cabeza de los asociados.

(...)

De esta manera, hablar de la función preventiva de la pena es entenderla, en una apropiada conjugación con su carácter retributivo, como

una medida de control social institucional que, por medio de un doble efecto disuasivo, tiende a la evitación del delito: de un lado, a través de la conminación a la colectividad para que se abstenga de incurrir en conductas criminales (prevención general); de otro, mediante la intimidación, corrección y aislamiento del delincuente (prevención especial), a manera de instrumento pensado para evitar su reincidencia. En la prevención general, la pena representa una amenaza dirigida a los ciudadanos para que se abstengan de incurrir en delitos, conminación que, de acuerdo con la concepción clásica de Feuerbach, opera en el momento abstracto de la tipificación legal. Por ende, tanto la amenaza punitiva como la ejecución de la pena deben producir un efecto intimidatorio en los autores potenciales para así evitar que lleguen a delinquir. Claro está, a partir del principio democrático, la prevención general no puede fundarse exclusivamente en su efecto intimidatorio derivado (prevención general negativa), sino que, apuntando a fortalecer el consenso social, la pena también debe dirigirse a reforzar en la conciencia colectiva la vigencia del ordenamiento jurídico (prevención general positiva). Así, la pena tendría la tarea de demostrar frente a la comunidad la inquebrantabilidad del ordenamiento y, de esta manera, robustecer la fidelidad jurídica de la población. La prevención especial, por su parte, tiende a evitar que el delincuente reincida en comportamientos desviados durante el término de ejecución de la sanción penal. Ello, por supuesto, debidamente engranado con el propósito de resocialización; ya que, como lo explica Von Listz, frente a quien transgrede la ley penal la imposición de la pena ha de servir como camino para la resocialización, lo cual supone que la protección de bienes jurídicos se materializa mediante la incidencia de la sanción en la personalidad del delincuente, con la finalidad de prevenir ulteriores delitos." (**CSJ, Sent. Cas. Penal N° 33254, feb. 27/2013 M. P. José Leonidas Bustos Martínez**).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Imperativo de Proporcionalidad de la Pena.**

"Este imperativo de proporcionalidad de la pena ha sido definido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán como la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva, sin que correlativamente el interés general se vea favorecido. Desde el punto de vista de su operatividad, el principio de proporcionalidad se materializa en dos momentos jurídicos: el primero, por el legislador, al crear los tipos penales y fijar su marco punitivo abstracto, el cual debe guardar estricta relación con la gravedad de la conducta tipificada. Para ello, debe tener en cuenta criterios tales como la importancia del bien jurídicamente tutelado, las condiciones de la víctima y el grado de lesión del bien, labor en la que está llamado a considerar especialmente la sanción determinada por él para otras conductas delictivas. La segunda fase, se verifica en la imposición de la sanción para el caso específico –razón por la que se suele denominar proporcionalidad en concreto– y por tanto tiene como su actor principal al juez. En ella, el juzgador toma como presupuesto la escala punitiva previamente fijada por el legislador durante la

primera etapa, y pondera las circunstancias de menor o mayor punibilidad que hayan concurrido en la ejecución de la conducta que concretamente juzga y, con base en ello, individualiza la sanción. El principio de proporcionalidad fue desarrollado en el ámbito penal interno por el artículo 3° de la Ley 599 del 2000, que introdujo un conjunto de fines orientadores de las sanciones penales así: «Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan».

De manera, que luego de analizar la presencia de los elementos de la conducta punible presupuestos para la condena, el juez, al emitir el juicio de reproche, tiene el deber de preguntarse si la pena que va a aplicar es necesaria, proporcional y útil. En otras palabras, debe establecer la existencia de una clara relación entre la determinación de la sanción y los fines de ésta, puesto que la invasión a la esfera de libertad protegida por la Constitución debe dar estricto respeto a los valores y principios implícitos en ella. Es justamente, en el momento de definir la imposición de la pena, su tipo y su cantidad, en donde los principios orientadores de las sanciones penales adquieren su relevancia práctica, pues cada caso debe ser particularmente analizado y para tal labor se requiere ordenar y sistematizar cada elemento de valoración, pues el juez no puede en su decisión, anular las finalidades definidas por el legislador, más aun si se tiene en cuenta que con la entrada en vigor de la Ley 599 del 2000, se propició un cambio de la teoría de la pena a la cual se vinculaba el legislador nacional, puesto que mientras el artículo 12 del Decreto 100 de 1980 se adscribía a las corrientes retribucionistas que parten de una concepción vengativa de la relación entre delito y pena y de las teorías utilitaristas de la prevención o defensa social que adoptan como parámetro solo la utilidad que la sanción tenga para la mayoría no desviada, alinderándose entonces en las huestes de las teorías absolutas, el art. 3° de la Ley 599 de 2000, optó por inscribirse en las teorías relativas que rigen la imposición de las sanciones penales que cifra la justificación del derecho penal en su capacidad para reducir la afflictividad de las penas y servir de método de prevención de futuros delitos. Por ello, a la hora de decidir la imposición de una pena, el juez debe tener en cuenta que ésta, como acción estatal que es, debe respetar los principios orientadores definidos por el constituyente y el legislador, de los cuales se deduce su legitimidad.

De esta forma, la pena solo es constitucionalmente tolerable cuando es preventivamente necesaria y al mismo tiempo justa, en la medida en que no exceda la gravedad del hecho y se satisfagan efectivamente las garantías de las que se encuentra dotado. Bajo este orden de ideas, la justificación de la pena no puede estar fundamentada exclusivamente en finalidades retributivas, es decir, no podría imponerse la pena para restablecer la vigencia de la voluntad general expresada en el orden jurídico que ha resultado negada por la voluntad especial del delincuente. La sanción, para ser legítima, debe igualmente sujetarse a los límites trazados por el legislador, que le sirven de barrera de

contención al ejercicio del poder de punir y, al tiempo, de garantía de protección al ciudadano. En consecuencia, para asegurar la justicia de la pena, y con ello el derecho a la dignidad humana del procesado, debe el juez realizarle un juicio de constitucionalidad y corroborar si respeta los principios que debe presidir la actividad punitiva, vale decir, si existe un debido equilibrio entre la conducta delictiva y la reacción estatal o si por el contrario, se trata de una intervención innecesaria y excesiva que agrava al condenado más de lo indispensable para la protección de los intereses públicos. No bastará entonces con que se verifique la satisfacción de las funciones de la pena, pues estas se hallan limitadas por los valores superiores del ordenamiento jurídico que se proclaman en el preámbulo de la Carta Política, donde aquellos se insertan. Se requiere, además, vincular la pena al criterio de proporcionalidad, que es el que le permite establecer si la injerencia en el derecho a la libertad personal que se impone al ciudadano por parte del Estado, además de necesaria, guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés que se salvaguarda. Es indudable, que no todos los preceptos contenidos en la Constitución están dotados de la misma fuerza normativa. Por ello, es significativo destacar que el valor superior de la justicia, el derecho a la dignidad humana y la proporcionalidad de la sanción hacen parte del llamado «orden público constitucional», lo que nos obliga a solucionar los problemas jurídicos con criterios que le permiten a estas normas la obtención de su máxima eficacia como método para su promoción -al que están obligados los poderes públicos- y, con ello, suscitar a que desplieguen sus efectos interpretativos sobre todos los matices de la intervención penal al criminalmente responsable, dotando de contenido el derecho a una sanción justa, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional solo así será compatible con los fines y valores del ordenamiento jurídico". (CSJ, Sent. Cas. Penal N° 37671, Mar./04/2015 M. P. José Leonidas Bustos Martínez).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Finalidades medidas de seguridad.**

Las medidas de seguridad tienen unas finalidades específicas como son las de protección, curación, tutela y rehabilitación, de conformidad con lo analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-297/02, por lo que entonces, una vez cumplidos estos fines, el Juez que vigile dicha medida, previo concepto de perito oficial podrá suspender u ordenar la cesación de la citada medida, con base en lo dispuesto por el artículo 468 del Código de Procedimiento Penal (**Ley 906 de 2004**). (CSJ, Sent. Tut. N° 100812, oct. 16/2018 M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Los tres fines de la pena.**

"(...) La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la

pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas

(...) En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por nuestro ordenamiento interno mediante la ley 74 de 1968, en su artículo 10.3 establece: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados". En consonancia con la disposición anterior, el artículo 10 de la ley 63 de 1995 define la finalidad del tratamiento penitenciario en los siguientes términos: "Alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad (...)".

Para lograr dicho propósito, se ha adoptado un modelo de tratamiento penitenciario progresivo (Título XIII Código Penitenciario y Carcelario), del cual hacen parte los beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaría abierta), y los subrogados penales, que son: la condena de ejecución condicional (art. 68 del CP), que podrá ser concedida por el juez cuando la sanción sea de arresto o no exceda de 3 años de prisión, y la libertad condicional (art. 72 del CP), que se concede cuando la pena de arresto sea mayor de 3 años o la de prisión exceda de 2, siempre que se cumplan la condiciones de orden subjetivo exigidas por las normas.

Por eso ha reconocido la Corte que "lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en sociedad" (C. Const., Sent. C-430 de 1996, noviembre 12/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Carácter resocializador de la pena.**

"Tiene esta Corte la convicción de que, siendo necesario para mantener la convivencia en el seno de la sociedad que el Estado goce del poder suficiente para imponer sanciones a quienes infrinjan la ley, y existiendo en nuestro ordenamiento la posibilidad de que una de las formas de penalización implique la privación de la libertad del condenado, este sigue siendo, en todo caso, una persona humana cuya dignidad debe ser respetada en el curso de la ejecución de la pena impuesta, y sus derechos fundamentales -aunque algunos de ellos, como el de la libertad personal, deban necesariamente sufrir la restricción inherente al castigo- siguen siendo exigibles y pueden ser reclamados ante los jueces por la vía del amparo, si se los vulnera o amenaza." (...) "La pena no tiene un sentido de retaliación social o de venganza, ni puede ser aplicada con saña ni con desprecio hacia el ser humano que purga sus faltas anteriores. Ella tiene un carácter resocializador que debe aplicarse de modo civilizado, conforme al Derecho, sin que el Estado -que tiene la función de administrar justicia- abuse de sus atribuciones ni se iguale al

delincuente". (C. Const., Sent. T-718 de 1999, sept. 28/99 M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Finalidades de la prevención de la pena especial positiva.**

"(...) En la fase de imposición judicial de la pena a un determinado sujeto, en general se considera que el sistema penal debe operar con un criterio esencialmente retributivo, a fin de que, por razones de justicia, exista una proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena. Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad puesto que, como se verá más adelante, es necesario armonizar estos valores." (...) "en el marco del Estado Social de Derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que, si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado (...)" (C. Const., Sent. T-635 de 2008, junio 26/08 M. P. Mauricio González Cuervo).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Fin Resocializador De La Pena.**

"(...) La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas. Ha considerado también que "sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital". (C. Const., Sent. T 718 de 2015, noviembre 24/15 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Fines medida seguridad.**

(...) Piénsese en los fines y en las consecuencias que se derivan de la aplicación ya de una pena, ya de una medida de seguridad, pues aquélla tiene una función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, como se puede ver, en razón a la misma persona del procesado y de la sociedad en la que se halla inmerso, lo que conlleva precisamente al logro de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; por su parte, ésta

persigue fines de curación, tutela y rehabilitación, también en razón al individuo y la sociedad misma, lo que conlleva a la materialización del tan nombrado fin Constitucional, de la verdad material". (Rad. 154463, M. P. TC Ismael Enrique López Criollo de abril 13 de 2009).

de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan". (...).

En apariencia parece entonces, que corresponde al juez determinar la necesidad de la pena en todos los casos para que pueda aplicarla una vez declarada la responsabilidad penal, como al parecer lo entiende el recurrente, situación que no corresponde a lo señalado por la ley, puesto que es el propio artículo 3° del Código Penal, el que establece expresamente en su inciso segundo, que: "el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme las instituciones que la desarrollan", lo que involucra un límite al funcionario judicial en torno a la aplicación del principio de necesidad de manera general, en la medida que el análisis que realiza el sentenciador frente al mismo gira inicialmente en torno a la función preventiva de la pena, tanto en su aspecto general como especial.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- *La culminación del servicio militar obligatorio no hace innecesaria la pena.*

(...) tanto la legislación especial como la ordinaria en materia penal, determinan que la pena cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, por lo que su imposición debe consultar criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; en este sentido el artículo 12 del estatuto punitivo castrense, prevé que la pena en materia penal militar: "tiene como función la prevención general y especial, protectora y reinserción social. Las medidas de seguridad persiguen fines de protección, curación, tutela y rehabilitación. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad"; en el mismo sentido, establece el artículo 3° del Código Penal colombiano: "La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco

En segundo lugar y como se estableciera anteriormente, el principio de necesidad frente al ámbito punitivo de movilidad, en cada una de las conductas establecidas como punibles ha sido efectuado previamente por el legislador, en desarrollo de la función constitucional que le compete y en virtud de los principios de reserva legal y taxatividad, por lo que el Juez solo puede aplicar el principio de necesidad conforme las instituciones que lo desarrollan, sin desconocer el mínimo y máximo punitivo establecido por el legislador". (Rad. 158204 del 24 de junio de 2015. M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, Tercera Sala de Decisión).

COMENTARIO

Esta norma rectora tan amplia en su contenido y concentrada en un solo artículo en el Código Penal Militar ha sido decantada finamente y alienada siempre a los postulados y parámetros señalados por la Corte Constitucional, donde los principios deben gobernar, siendo fuente y núcleo del sistema normativo punitivo, irradiado entre otros por el principio de legalidad donde el ciudadano posee el deber de tolerar la pena o medida de seguridad legalmente establecida y la correspondiente obligación para el juez de imponerla conforme a las leyes preexistentes, sin desbordar el poder y facultades otorgadas al juez como representante del estado con un objetivo o finalidad, ya que no tendría sentido la imposición de una sanción punitiva sin un objeto o fin, por lo tanto la Corte afianza la necesidad de velar por la realización de la justicia militar, con la imposición de medidas equitativas, proporcionadas y necesarias.

La Corte acoge un sistema monista de aplicación de la pena o medida de seguridad pero jamás una aplicación conjunta, dando al delito un tratamiento unitario, donde la imputable jama recibirá una medida de seguridad, ahí inicia la materialización de los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, sin dejar de lado que la duración de las penas es determinado, en tiempo con un objetivo jurídico penal pero también sociológico, manteniendo el carácter jurisdiccional de las penas que se imponen por jueces naturales con la observancia del debido proceso legal.

Conforme los fines de la pena, que la doctrina y la legislación colombiana han reconocido, se deben cumplir con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; teniendo en cuenta que la imposición de la misma incluye la afectación de derechos fundamentales, como la libertad, la dignidad humana y el buen nombre. Por esta razón, el Juez Natural debe realizar un análisis más allá de la estructura del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Tanto en la jurisdicción castrense como en la jurisdicción ordinaria, la pena tiene una función preventiva, general y especial, protectora y de reinserción social.

En cuanto a la prevención general entendemos según los exponentes Beccaria, Bentham y Feuerbach una teoría conocida como la "Coacción psicológica", "la prevención general ha sido entendida como la prevención general negativa, al ver la pena como la amenaza de un mal, su fin es intimidar a los individuos que se pudieran inclinar por el camino del delito".

En la prevención especial, la pena pasa a garantizar la defensa de un orden social. El Estado se ve en la obligación de intervenir directamente sobre los individuos, esto es, de un Estado guardián se pasa a un Estado intervencionista, donde el delito es considerado como un daño social antes que como vulneración al orden jurídico. Surge así la prevención especial como finalidad.

Se entiende la pena como función protectora en el momento en que apunta a salvaguardar a quien ha realizado un delito de los mecanismos parainstitucionales de justicia, o de reacción por parte del sujeto activo o sus familiares. Su pretensión se concreta en evitar venganza y justicia privada.

En cuanto a la resocialización del condenado, la pena siempre debe velar por el respeto de la dignidad humana, observando con ello el límite al poder punitivo del Estado, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional humanitario.

Artículo 13. Juez Natural.

Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, solo podrán ser Juzgados por Jueces y Tribunales establecidos en este Código e instituidos con anterioridad a la comisión de la conducta punible.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Actuación de la Justicia Militar afectando el Juez Natural.**

"A su vez, esta Corte estima pertinente recordar, que la jurisdicción militar se establece por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias por lo que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al Juez Natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Las Palmeras vs. Colombia Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Fondo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Capacidad del juez para que se configure como "natural".**

"Para que se entienda que un tribunal respeta la garantía del Juez Natural, independiente e imparcial, dicho tribunal debe no solo haber sido establecido por una ley, con anterioridad, sino que, además, debe haber sido establecido de tal manera que su capacidad para conocer el caso que se le presenta se derive de que dicho caso sea uno de aquellos que de manera general y abstracta están previstos por la ley para ser juzgados por ese tribunal. **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Excepcionalidad y restricción del Juez Militar como Juez Natural.**

"Esta Corte considera que la anterior atribución de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los supuestos delitos perpetrados en perjuicio de los 19 comerciantes por miembros del Ejército, quienes ya estaban siendo investigados por la jurisdicción penal ordinaria, no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que dicha jurisdicción no era competente para conocer de tales hechos, todo lo cual contravino el principio del Juez Natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del derecho de acceso a la justicia, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso 19 Comerciantes vs. Colombia Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Colisión de Competencias.**

"El debate sobre el Juez Natural constituye parte del debido proceso, por lo que el asunto de colisión de competencias es una de las garantías judiciales implícitas y necesarias de considerar en este caso, sin que las discusiones que originó y la intervención que en su decisión tuvieron las más altas cortes, represente un trámite dilatorio o inútil a los fines de protección y garantía del proceso penal. La presunción de inocencia, inherente al debido proceso, fue debidamente valorada por los investigadores y falladores" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la "masacre de Mapiripán" vs. Colombia Sentencia de 15 septiembre de 2005.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE. **Autoamnistía y Juez Natural.**

"Al evocar el pensamiento de G. Radbruch al final de su vida, me permito agregar que las autoamnistías son, a mi modo de ver, la propia negación del Derecho. Violan abiertamente principios generales del derecho, como el acceso a la justicia (que en mi concepción pertenece al dominio del jus cogens), la igualdad ante la ley, el derecho al Juez Natural, entre otros. En algunos casos, han encubierto inclusive crímenes contra la humanidad y actos de genocidio. **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El juez internacional no releva al Juez Natural.**

"Por lo tanto, la observación de los hechos desde la óptica de los derechos humanos no puede ser indiferente a la proporcionalidad que exista entre la violación de los derechos y el despliegue de las garantías en la vertiente de la justicia penal- a las que se ha comprometido el Estado. Esta observación, como dijo, no se traduce en el relevo de las funciones del Juez Natural por el juez internacional y en la determinación, por parte de este, de la tipicidad, la culpabilidad y la punición de una conducta delictuosa, con la que se violan derechos humanos". **Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez A propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vargas Areco vs. Paraguay de 26 de septiembre de 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Vargas Areco vs. Paraguay Sentencia de 26 de septiembre de 2006**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Violaciones de Derechos Humanos y la Justicia Penal Militar.**

"La Comisión alegó que la aplicación de la justicia penal militar en este caso constituyó una violación del "principio de Juez Natural e imparcial, del debido proceso y del acceso a recursos judiciales adecuados"... (...) En este sentido, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al Juez Natural. Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Actuación de autoridades militares y Juez Natural.**

"Ahora bien, la Corte ha establecido que la violación al principio del Juez Natural se configura durante el tiempo en que las autoridades militares participaron en la investigación o procesos que involucran violaciones a derechos humanos" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú Sentencia de 22 de junio de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- AUTO - CONCEPTO Juez Natural- "(j).- Del Concepto de Juez Natural.-

El concepto de Juez Natural como imperativo constitucional se erige en una garantía formal y material en orden a que los ciudadanos en desarrollo del principio de igualdad no puedan llegar a ser sometidos a persecuciones por parte del Estado por razones políticas, raciales, ideológicas o de cualquier otra índole, conjurando que el aparato jurídico-penal se pueda llegar a ejercer de manera arbitraria o ilegal.

Por Juez Natural se entiende al funcionario judicial preexistente a las conductas objeto de investigación y juzgamiento penal, instituido por la Constitución o la ley con competencias singularmente establecidas, quien a su vez deberá pronunciarse de manera imparcial, es decir, sin sometimiento, ni dependencia ideológica, discursiva, ni conceptual de ningún otro órgano o funcionario de la rama ejecutiva, legislativa, incluidos sus inmediatos superiores. Estos reglados de autonomía de igual se aplican a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, quienes no podrán tener ninguna clase de incidencia personal ni corporativa en las decisiones cuando de efectuar pronunciamientos se trate." **(CSJ, Auto del 17 de marzo de 2009, radicado 31080).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **definición Juez Natural.**

"De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho en cuestión se encuentra consagrado en la Carta en el artículo 29, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino... ante juez o tribunal competente». Dicho texto normativo, si bien enuncia la idea básica que subyace en el derecho al Juez Natural, no contiene en su integridad el contenido normativo del derecho, ni mucho menos define su núcleo esencial.

Según la jurisprudencia de esta corporación, el Juez Natural es aquel a quien la Constitución y la ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto. Con ello, la Corte no ha hecho más que reiterar lo dispuesto en el texto normativo anterior. La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no es suficiente para definir el concepto de Juez Natural, pues como lo subrayó esta corporación en la Sentencia C-208 de 1993, el derecho en cuestión exige además que no se altere –la naturaleza de funcionario judicial– y que no se establezcan jueces o tribunales ad hoc. Ello implica que es consustancial al Juez Natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente– la competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución". **(CSJ, Sent. Casación N.º 38.079, enero. 20/2012. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **El principio de inmediatez no se encuentra inescindiblemente vinculado con el principio de Juez Natural.**

"La Sala ha destacado otro principio que rige el sistema, a saber el del Juez Natural, como elemento sustancial del debido proceso, según se desprende del artículo 29 de la Carta Política y se desarrolla en el artículo 19 de la Ley 906 de 2004. (...) Sobre este principio la jurisprudencia ha reconocido que el concepto de Juez Natural en el sistema acusatorio, hace referencia a la persona y no al cargo. (...) no siempre que se producen cambios en la persona del juez durante el juicio, se genera la nulidad de la actuación, pues cada caso habrá de examinarse particularmente, en orden a establecer si una incorrección de esa naturaleza, alcanza a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

(...) En las decisiones que ahora se examinan con otra óptica por la Corte, fue señalado que el principio de inmediatez se encuentra inescindiblemente vinculado con el principio de Juez Natural y, en consecuencia, que la vulneración o limitación de uno, implica afectación del otro.

Empero, esa postura debe ser recogida, como quiera que se aparta con mucho de la verdadera naturaleza y efectos del principio del Juez

Natural, cuando menos, respecto de lo que tradicionalmente se ha entendido al respecto.

(...) Nada, sobre el particular, permite afirmar que el concepto en cuestión pueda extenderse para amparar los casos en los cuales ese funcionario preexistente y con plena competencia es remplazado por otro con las mismas cualidades.

Es que, si ese fuese el entendimiento o alcances del principio estudiado, apenas elemental surgiría decretar la nulidad en todos los casos de cambio de juez durante el juicio, sin siquiera verificar si se practicaron o no pruebas, o si ese cambio representó que el encargado de emitir la sentencia fuese diferente de aquel ante quien se practicaron esas pruebas, entre otras razones, porque, cabe agregar, el principio de Juez Natural posee una jerarquía constitucional mucho mayor al de intermediación, lo que representa que su afectación abarque un ámbito mayor en lo que a la invalidación de lo actuado compete.

No es posible, así, emparentar el principio de intermediación con el de Juez Natural, de lo que se sigue que en tratándose del cambio de funcionario por otro con iguales calidades y competencia previamente establecidas en la ley, de ninguna manera se vulnera el principio de Juez Natural". (CSJ, Sent. Casación N.º 38.512, dic. 12/2012. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

JURISPRUDENCIA-CORTE CONSTITUCIONAL- Principio del Juez Natural como garantía

"(...) La jurisprudencia ha puntualizado que la garantía del Juez Natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado. La Corte ha tenido oportunidad de hacer énfasis en que el respeto al debido proceso en este campo, concretado en el principio de Juez Natural, implica la garantía de que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos será efectuado, independiente de la persona o institución en concreto, por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria. En relación con el principio del Juez Natural señala que en virtud del mismo no es posible designar jueces especiales para juzgar hechos ocurridos con anterioridad a su posesión en los cuales "esté interesado el gobierno de turno". Indica que actualmente dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución, disposición que "comporta una asignación por parte de la ley de las materias que son asignadas a los jueces y tribunales legalmente constituidos (...)"

"(...) Este principio de carácter normativo definido por la Constitución, comprende una doble garantía en el sentido de que asegura en primer término al sindicado el derecho a no ser juzgado por un juez distinto a los que integran la Jurisdicción, evitándose la posibilidad de crear nuevas competencias distintas de las que comprende la organización de los jueces. Además, en segundo lugar, significa una garantía para la Rama Judicial en cuanto impide la violación de principios de independencia, unidad y "monopolio" de la jurisdicción ante las modificaciones que podrían intentarse para alterar el funcionamiento ordinario (...)"

Debe señalarse finalmente que la jurisprudencia ha puntualizado que la garantía del Juez Natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado (...). (C Const Sent. C-200 de 2002, marzo 19/2002 M. P. Álvaro Tafur Galvis).

JURISPRUDENCIA-CORTE CONSTITUCIONAL- El Juez Natural como derecho

" (...) El Juez Natural es aquel a quien la Constitución o la Ley le han asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su definición, cuya determinación está regida por dos principios: la especialidad, pues el legislador deberá consultar como principio de razón suficiente la naturaleza del órgano al que atribuye las funciones judiciales, y de otro lado, la predeterminación legal del Juez que conocerá de determinados asuntos, lo cual supone: "i) que el órgano judicial sea previamente creado por la ley; ii) que la competencia le haya sido atribuida previamente al hecho sometido a su decisión; iii) que no se trate de un juez por fuera de alguna estructura jurisdiccional (ex post) o establecido únicamente para el conocimiento de algún asunto (ad hoc); y iv) que no se someta un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o se desconozca la competencia que por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial.

La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no basta para definir este concepto, pues el derecho en cuestión exige adicionalmente que no se altere "la naturaleza de funcionario judicial" y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. Ello implica que previamente se definan quiénes son los jueces competentes, "que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada -debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.

En virtud de lo anterior, el derecho al Juez Natural comprende una doble garantía en el entendido de que asegura "al sindicado el derecho a no ser juzgado por un juez distinto a los que integran la Jurisdicción, evitándose la posibilidad de crear nuevas competencias distintas de las que comprende la organización de los jueces; e igualmente una garantía para la Rama Judicial en cuanto impide la violación de principios de independencia, unidad y "monopolio" de la jurisdicción ante las modificaciones que podrían intentarse para alterar el funcionamiento ordinario". (C Const Sent C-496 de 2015, agos. 5/2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Principio del Juez Natural- Potestad de configuración legislativa

" (...) En relación con el principio de Juez Natural y la potestad de configuración del legislador, la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de

2000, señaló: "La radicación de una competencia en una determinada autoridad judicial, no configura una decisión de índole, exclusivamente, constitucional sino que pertenece al resorte ordinario del legislador, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita entre los distintos entes u órganos del Estado" **(C Const Sent. C-180/14 , marzo 27/2014 M. P. Alberto Rojas Ríos)**.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL- **El principio de Juez Natural exige que no se altere "la naturaleza de funcionario judicial."**...

es un principio inserto en la referida codificación penal de obligatorio acatamiento por el intérprete u operador judicial, máxime que es de rango constitucional (art. 29, CP), y al denominársele norma rectora implica que debe guiar u orientar obligatoriamente la normatividad castrense, para obtener la total coherencia y armonía en este campo del derecho, en otras palabras, es un elemento hermenéutico para la aplicación e interpretación de la ley penal militar, y por esta razón en el artículo 19 ibidem, el legislador dejó diáfano para el intérprete el alcance y finalidad de las normas rectoras contempladas en el Título Primero: "Las normas rectoras son obligatorias, prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código y serán utilizadas como fundamento de interpretación"

(...) Según la jurisprudencia de esta Corporación, el Juez Natural es aquel a quien la Constitución y la ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto. Con ello, la Corte no ha hecho más que reiterar lo dispuesto en el texto normativo anterior. La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no es suficiente para definir el concepto de Juez Natural, pues como lo subrayó esta Corporación en la sentencia C-208 de 1993, el derecho en cuestión exige además que no se altere "la naturaleza de funcionario judicial" y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. Ello implica que es consustancial al Juez Natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente– competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución (...)" **(Rad. 155109, M. P. TC Jacquiline Rubio Barrera, julio 28 de 2009)**.

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional C-111 de 2000, C-444 de 1995, SU 184 de 2001.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL- **Juez Natural- Concepto-**

"La jurisdicción encierra la facultad genérica de administrar justicia, en tanto que la competencia es la misma potestad pero concretada en un asunto particular y específico. A partir de tal entendido, debe el Juez interpretar el alcance de la norma penal militar, en especial lo referente al principio del Juez Natural, desde la perspectiva

sistemática, integral y racional...". **Rad. 158062 M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, febrero 18 de 2015).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL- **Juez Natural- Concepto-**

"...el Juez Natural es aquel a quien la Constitución y la Ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto. Pero es más, como lo consignó la Corte Constitucional en sentencia C-208 de 1993, el derecho en cuestión exige además que no se altere "la naturaleza de funcionario judicial" y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. Ello implica que es consustancial al Juez Natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente– competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución". **(Rad. 158192 M. P. Cr. Marco Aurelio Bolívar Suárez, abril 30 de 2015)**.

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional C-444 de 1995, C-111 de 2000, SJ – Sala Penal Rad. 22907 de junio 29 de 2006, TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL Rad. 158928 de mayo 25 de 2018.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL- **Juez Natural y competencia.**

"Ahora bien, respecto de la competencia se ha de señalar que esta es la determinación concreta que se le entrega a cada juez dentro de la jurisdicción, es decir, la jurisdicción símbolo de Juez Natural es la facultad de administrar justicia, en este caso, la justicia penal militar, y la competencia determina los límites dentro de los cuales cada órgano ejerce dicha facultad, en otras palabras a cada juez dentro de su jurisdicción se les asigna la medida de su competencia y en caso de su alteración, o inobservancia se estructura la causal primera de nulidad prevista en el artículo 388 de la Ley 522 de 1999.

(...) Lo anterior nos lleva a advertir una irregularidad al interior del trámite procesal, bajo el entendido que las nulidades procesales son la resultante de observar si la tramitación del proceso cumplió tres estándares básicos como, el de garantizar el debido proceso que se traduce en las formas propias del juicio, si dentro del rito procesal se preservó el derecho a la defensa material e igualmente, si el trámite procedimental se desarrolló dentro de la organización judicial establecida, es decir, si se cumple con los criterios de jurisdicción y competencia. Advertir la vulneración de cualquiera de estas tres eventualidades, implica declarar la existencia de una irregularidad procesal que ha de ser sancionada con la nulidad siempre y cuando esta sobrepase el tamiz de los principios y fines de las nulidades". **(Rad. 158166 M. P. Cr. (r) Fabio Enrique Araque Vargas, febrero 19 de 2016)**.

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Rad. 158339 de octubre 30 de 2015.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL- **Nulidad por violación al
Principio de Juez Natural.**

(...) No puede entonces valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creer que su inobservancia se subsanó con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá afectado por la ilegitimidad

representada en el Juez Natural. El derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa es una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra constitucionalmente. **(Rad. 158928 M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, mayo 25 de 2018).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional C-111 de 2000, C-444 de 1995, Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 157176 de diciembre 13 de 2011, Rad. N.º 154546 de abril 25 de 2012, Rad. 157869 de marzo 28 de 2014.

COMENTARIO

Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se encuentran alineados con las decisiones proferidas por la Corte Constitucional frente al tema. Considera la Corporación que la jurisdicción penal militar constituye una excepción a la regla del Juez Natural general, que en lo penal, es el juez ordinario. Signa además que el principio de Juez Natural posee una jerarquía constitucional, inmersa en el principio de debido proceso; entendiéndose por la inalterabilidad de la naturaleza de funcionario judicial, y la prohibición de instaurar jueces o tribunales *ad hoc*, siendo relevante establecer previamente quiénes son los jueces competentes, con carácter institucional.

La Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos elucida que el principio de inmediación no se encuentra inescindiblemente vinculado con el principio de Juez Natural, resaltando que el cambio de funcionario por otro al interior de un proceso, debe tener las mismas calidades y competencia previamente establecidas en la ley en aras de no vulnerar el Juez Natural.

El principio de Juez Natural desarrolla el contenido del artículo 29 constitucional y garantiza la seguridad de un juicio imparcial, con plenas garantías para el procesado, con la existencia de un juez al que la ley le atribuye el conocimiento de un asunto determinado. El artículo 221 constitucional por su parte, materializa esta garantía para los miembros de la Fuerza Pública determinando que, de los delitos cometidos por ellos en servicio activo y en relación con el mismo conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones legales.

La competencia hace parte de los criterios del debido proceso regulados por el derecho internacional, resaltados entre otros en el principio de juez regular (equivalente al Juez Natural) contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por ende, en todos aquellos actos de sustanciación y en casos de acusaciones penales se deben cumplir con los criterios de competencia (capacidad otorgada por la ley a los jueces para conocer determinadas causas), independencia (juez no subordinado a ninguna de las partes), imparcialidad (juez como tercero neutral entre las partes), establecimiento anterior (designación previa que hace la Ley para que el juez o tribunal conozca determinados asuntos). (Rodríguez, 2019, pág. 1316).

Ahora bien, esta prerrogativa es definida por Agudelo (2004) como la garantía por medio de la cual se protege el régimen de competencias siendo estas las medidas de jurisdicción de que cada juez es titular, lo que supone una ley previa que predetermine dichos criterios de manera vinculante y rígida evitando cualquier elección posterior al acto, añadiendo además que el principio se sujeta a tres realidades: (i) necesidad de juez preconstituido por la ley, (ii) inderogabilidad e indisponibilidad de la competencia, y (iii) prohibición de jueces extraordinarios o especiales (Agudelo, 2004, pág. 93). Por supuesto, la inobservancia de dichas prescripciones se sanciona mediante mecanismos de represión personal (se concreta sobre quien las omite) o mediante consecuencias procesales como la de considerar que determinado acto es nulo, y, en consecuencia, carente de eficacia (Espitia, 2015, pág. 393).

La relación debido proceso – Juez Natural ha sido incluso objeto de estudio por parte de movimientos internacionales de activa intervención en materias como los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario como lo es Amnistía Internacional. Al respecto, el documento "Juicios Justos" del mencionado colectivo explica que el derecho a un proceso justo es aplicable a todos los tribunales incluyendo los militares, aclarando que su competencia debe restringirse a los juzgamientos de miembros de las fuerzas armadas por faltas relacionadas con su disciplina militar, sin que se extienda dicha competencia a los delitos o faltas con personas civiles, los relacionados con la violación a los derechos humanos o crímenes de derecho internacional (Amnistía Internacional, 2014, pág. 238).

Más adelante agrega el texto que la regla determinante sobre si los procedimientos penales que se llevan a cabo en un Tribunal Militar son justos, se debe partir de un análisis que evalúe (i) si la jurisdicción del tribunal se ajusta a las leyes nacionales en concordancia con las normas internacionales, (ii) que el tribunal no se encuentre sometido a intromisiones de superiores ni a influencias externas, (iii) que cuente con la debida capacitación judicial para administrar justicia debidamente, (iv) que los jueces sean considerados competentes, independientes e imparciales y (v) que el acusado goce de las mínimas garantías dispuestas por las normas internacionales sobre juicios justos (Amnistía Internacional, 2014, pág. 242).

Artículo 14. Integración.

En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones de los Códigos, penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código.

Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Integración del DIDDHH al derecho nacional.**

"En este sentido, señaló que la jurisprudencia nacional ha integrado paulatinamente el derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico nacional, de modo tal que las modificaciones legales posteriores y la integración de los tratados internacionales en sus fallos han permeado la jurisprudencia del tribunal superior del país, que ha reconocido la admisibilidad de acciones judiciales de carácter civil del tipo referido. Parte de este tránsito se explica con la incorporación, en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República, de una norma expresa que integra al ordenamiento jurídico los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, modificación que ha permitido a los tribunales de justicia dar aplicación sostenida a esta normativa". **Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C N.º 372., Párrafo 92.**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **frente a la Ley 1407 de 2010, la norma llamada a integrar la materia es la Ley 906 de 2004.**

"Es sabido que el principio de integración faculta al intérprete a hacer uso de disposiciones contenidas en cuerpos normativos distintos al que en principio regularía la materia, siempre y cuando la cuestión bajo estudio no se halle expresamente regulada en la normatividad especial, ni las disposiciones de la norma utilizada se opongan a la naturaleza de aquella. En anteriores oportunidades esta Corporación ha aclarado que al aplicar el principio de integración en materia procesal se ha de tener en cuenta tanto la normatividad vigente así como su regencia efectiva. En ese sentido, la Ley 522 de 1999 -anterior Código Penal Militar- permitía acudir a la Ley 600 de 2000 en aquellas materias no reguladas expresamente por la norma castrense, por constituir el plexo normativo aludido, un «estatuto procesal coherente con la naturaleza del proceso regulado en la Ley 522 de 1999, conforme así se infiere del principio de integración consagrado en el artículo 18 del Código Penal Militar de 1999» Contrariamente, cuando los hechos investigados acaecen en vigencia de la Ley 1407 de 2010 -actual Código Penal Militar-, la norma llamada a integrar la materia es la Ley 906 de 2004, dada su afinidad con el Estatuto Penal Castrense del 2010. Así lo ha precisado la Sala: «La Ley 1407 de 2010, según su artículo 628 y la sentencia C-444 de 2011 de la Corte Constitucional, sólo rige para los sucesos acontecidos a partir del 17 de agosto de 2010». Ahora bien, dicha afinidad normativa se debe

a que la Ley 1407 de 2010 «acoge un sistema de enjuiciamiento similar al bosquejado en la Ley 906, atendiendo, claro está, a su régimen de implementación (arts. 623, 624 y 628), donde la integración frente a vacíos a que aluden sus artículos 14 y 197, ha de proceder con los preceptos de esta última normatividad en virtud de su afinidad y no, desde luego, con los de la Ley 600 (...)» En línea con lo anterior, ha de tenerse en cuenta si para la época de la conducta, el Gobierno Nacional había implementado efectivamente en el respectivo Departamento el sistema procesal que el nuevo Estatuto Penal Castrense consagra implementación Por tal motivo, el procedimiento aplicable al caso bajo estudio es el señalado en la Ley 522 de 1999, dado que los hechos acaecieron el 27 de julio de 2011, fecha en la cual, si bien ya había entrado en vigencia la Ley 1407 de 2010, aun no se había implementado el sistema penal acusatorio en la jurisdicción militar. **(CSJ, Sent. Casación N.º 50.644, sep. 27/2017. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- AUTO- el Código General del Proceso **–Ley 1564 de 2012 no se contrapone al procedimiento penal.**

"El Estatuto Procesal Penal de 2004 no reguló los incidentes procesales, salvo el de reparación integral que fue expresamente reglado a partir del artículo 102 ibidem. Situación diferente acontece en el Código de Procedimiento Penal consagrado en la Ley 600 de 2000 (art. 138 y 139). No obstante, lo anterior, por efectos del principio de integración establecido en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, es dable acudir a otros ordenamientos procesales que no repelen con la naturaleza del procedimiento penal con el fin de llenar los vacíos normativos que deban subsanarse. (...) Uno de esos ordenamientos procesales que no se contraponen al procedimiento penal es el Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012–, vigente desde el 1º de enero de 2014, el cual autoriza su aplicación, además de los trámites civiles, comerciales, de familia y agrarios, "a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad () cuando no estén regulados expresamente en otras leyes". **(art. 1º). (CSJ, Auto AP4864-2016/42720, julio 27/2016. M. P. Eugenio Fernández Carlier).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **La aplicabilidad del artículo 28 del Estatuto de Roma al derecho interno.**

"...la Corte anticipa su conclusión en el sentido de que el literal (a) del artículo 28 del Estatuto de Roma, que consagra la responsabilidad del superior por omisión, hace parte integrante del derecho nacional y es aplicable a este caso.

Ahora bien, la Ley 599 de 2000, específicamente en los artículos 29 y 30, consagra las nociones de autor – mediato e inmediato-, coautor, cómplice, determinador, interviniente y autor por actuar por otro. Aunque de manera explícita los citados artículos no consagran la responsabilidad de los jefes y otros superiores por omisión, tal categoría dogmática, se establece en el ordenamiento jurídico penal interno a través del artículo 93 de la Carta Política, la regla 153 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario como fuente formal del derecho, el artículo 28 del Estatuto de Roma y el artículo 2 del Código Penal colombiano, este último al señalar en su tenor que «las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código».

Véase, así mismo, que dichas normas y postulados sobre derechos humanos, como se sigue de la simple lectura de los textos legales citados, no están circunscritos o limitados a constituir un criterio interpretativo que deba seguir el operador judicial, sino que se erigen en verdaderos mandatos, pues, se reitera, hacen «parte integral» del Código Penal.

En esa óptica, la Sala observa que el artículo 28 del Estatuto de Roma cumple con las condiciones exigidas para ser incorporado al texto del Código Penal, porque i) se encuentra consignado en un tratado internacional que fue ratificado y aprobado por Colombia, esto último, mediante la Ley 742 de 2002, y ii) ese precepto se ocupa de «derechos humanos», al punto que compone, a nivel global, uno de los principales instrumentos internacionales para su protección". (CSJ, Sent. Casación N.º 50.236, dic. 5/2018. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL -Integración

"(...) Los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. La Carta de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos como la del derecho internacional humanitario. En consecuencia, se acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*. Los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios ya existentes en el derecho

internacional consuetudinario (...)" (C. Const. C-574 de 1992, oct. 28/1992 M. P. Ciro Angarita Barón).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL. Integración Estándares Internacionales - Doble impugnación.

"(...) A partir de lo anterior, previa afirmación de la procedencia formal de la presente acción de tutela (párrafo 176 y ss, supra), se concluyó que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema incurrió en violación directa de la Constitución al proferir el Auto del 13 de febrero de 2019, en el que declaró improcedente la impugnación invocada contra la sentencia del 16 de julio de 2014, porque: No valoró que antes de la sentencia condenatoria contra el ciudadano Andrés Felipe Arias Leiva se había configurado un estándar de protección del derecho invocado en el Sistema Regional de Derechos Humanos, en términos idénticos al que se invocó por el tutelante. El estándar recae sobre un derecho de aplicación inmediata, en virtud del artículo 85 de la Constitución, que hace parte del derecho al debido proceso penal; ámbito en el que las garantías en democracia deben ser especialmente robustas. Y, finalmente, tal aplicación fue reclamada por una persona que se encuentra cumpliendo actualmente una condena penal, con fundamento en una sentencia ejecutoriada que no ha sido revisada integralmente en garantía del derecho a la impugnación previsto en el artículo 29 de la Constitución..."

"(...) 258. Finalmente, se precisó que en este caso el remedio a adoptar por la Sala debía tener en cuenta que: (i) el derecho a impugnar la sentencia condenatoria es un bien fundamental de aplicación inmediata, conforme a lo dispuesto en el artículo 85 de la Constitución; (ii) la Corte Constitucional ha efectuado varios exhortos al Congreso de la República para que regule integralmente esta materia, sin que lo haya hecho en tales condiciones; y (iii) el Acto Legislativo 01 de 2018 constituye un margen general de configuración del mecanismo, por lo cual, el remedio de la Corte Constitucional encuentra un sustento inicial en dicha reforma constitucional. Además, conforme al diseño normativo previsto en esta reforma, (iv) precisó que la autoridad competente para resolver el mecanismo de impugnación es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, máxima autoridad judicial con competencia en la materia y que garantiza plenamente los principios de Juez Natural, independiente e imparcial; advirtiendo que, en todo caso, los jueces que decidan el mecanismo de impugnación de la sentencia condenatoria no deben haber intervenido de manera previa en el asunto. Por último, (v) se estimó que la protección concedida debía satisfacer una revisión amplia e integral, y ser respetuosa de los efectos de cosa juzgada de la sentencia condenatoria del 16 de julio de 2014, por lo cual no tenía efectos directos sobre la prescripción de términos o fenómenos similares derivados del paso del tiempo, y la situación de privación

de libertad del actor (...)" (**C. Const SU-146/2020 mayo 21/2020 M. P. Diana Fajardo Rivera**).

JURISPRUDENCIA -TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Aplicación del principio de integración frente a los fines de las medidas de aseguramiento.**

"No obstante lo anterior, la sala debe precisar que ha sido criterio de esta corporación ajustar la procedencia de la aplicación de los fines de la medida de aseguramiento, en tratándose de delitos típicamente militares, por lo cual, se debe entonces, no solo examinar la acreditación de los requisitos formales y sustanciales para la imposición de la medida de aseguramiento, sino que además, se hace necesario explorar la operancia de los fines que se persigue al imponer la medida en cada caso concreto, más aún, cuando se trate de medida de aseguramiento restrictiva de la libertad personal, sin que sea necesario recurrir al procedimiento ordinario por integración normativa, sino como una garantía constitucional, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia. (...) En este orden de ideas, es innegable que no se hace necesario recurrir por vía de integración normativa, para aplicar los fines de la medida de aseguramiento consagrados en el artículo 3 del Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2.000, que sujeta la detención preventiva "a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad", mucho menos a lo preceptuado en el artículo 308 de la ley 906, como lo hizo de manera antitécnica el Juez A - Quo, sino que simplemente se debe resolver por vía de aplicación del Derecho Constitucional. (**Rad. 156427 M. P. MY (r) José Liborio Morales Chinome, abril 7 de 2010**).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 156172 de octubre 23 de 2009.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Inaplicabilidad del principio de integración frente a la rebaja de pena de 50% por confesión.**

"...la aplicación del principio de integración se construye a partir de la existencia de un vacío legal, de una parte, y de otra, que ese postulado jurídico que se pretende traer de otro ordenamiento jurídico no resquebraje la naturaleza del proceso no es posible equiparar la figura de la confesión prevista al interior del Procedimiento Penal Militar en su artículo 443 y su consecuencia punitiva del 446 de la Ley 522 de 1999 con la figura procesal de la audiencia de formulación de imputación prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en primer lugar, no se dan los presupuestos para pregonar los institutos de integración y de remisión normativa como tampoco se dan los requisitos de viabilidad

para aplicar el principio de favorabilidad..." (**Rad. 157776 M. P. Cr. Fabio Enrique Araque Vargas, septiembre 30 de 2013**).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Aplicación del principio de integración**

(...) el principio de integración normativa contenido tanto en la parte sustantiva como procedimental del Código Penal Militar, tiene aplicación para disciplinar las materias que no se hallen aquí expresamente reguladas, a condición que no se oponga a su naturaleza; recuérdese que dicho principio surge en la idea de atemperar nuestro régimen especial con el ordinario, de integrarlo y armonizarlo con el ordenamiento jurídico interno, sin que ello implique su desnaturalización". (**Rad. 156962 M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, diciembre 5 de 2018**)

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Inaplicabilidad del principio de integración frente a la prisión domiciliaria.**

"...se insiste, con lo que de antaño ha decantado el Tribunal Superior Militar y Policial de la República de Colombia con sustento en precedentes de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha señalado enfáticamente la inexistencia de vacío normativo en punto a la prisión domiciliaria, resultando, en consecuencia impropcedente pregonar su aplicación por vía del principio de integración, mismo regulado en los artículos 18 de la Ley 522 de 1999 y 14 de la Ley 1407 de 2010, o en singular pronunciamiento del órgano de cierre de está jurisdicción foral que adolece de los elementos cuantitativo y cualitativo a que se hizo referencia ut supra. (**Rad. 159295 M. P. CN (r) Julián Orduz Peralta, junio 26 de 2020**)

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional C-709 de 2002, C-361 de 2001, C-228 de 2003, sentencia de tutela 677, agosto 21 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentarías; CSJ Sala Penal Rad. 11660 de junio 18 de 2001, Rad. 17709 de julio 21 de 2004, Rad. 20748 del junio 1 de 2005, Rad. 28840 del diciembre 12 de 2006, Rad. 29501 del febrero 06 de 2007 y Rad. 31455 junio 14 de 2007. Asimismo, sentencias de tutela de esta Alta Corte Nos. 20748, junio 1º de 2005, M. P. Mauro Solarte Portilla; 28840, diciembre 12 de 2006, M. P. Javier Zapata Ortiz y Rad. 31455, junio 14 de 2007, M. P. Marina Pulido De Barón, Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 150463 de noviembre 30 de 2004, Rad. 153591 de febrero 21 de 2014, Rad. 157559 de abril 30 de 2015, Rad. 148962 de julio 19 de 2016, Rad. 158250 de abril 14 de 2016, Rad. 158405 de noviembre de 2017.

COMENTARIO

La Corte Suprema de Justicia ha seguido la línea jurisprudencial expuesta por la Corte Constitucional en materia del principio de integración, reconociendo que el Estatuto de Roma fue aprobado en Colombia por la Ley 742 de 2002, con Sentencia de constitucionalidad C-578 del mismo año, estableciendo un sistema jurídico de rango supranacional de carácter permanente e independiente que permite la investigación, la persecución y el castigo de aquellos delitos que por su naturaleza se consideran un atentado grave contra la humanidad.

Así mismo, resulta claro que, para la Corte Suprema de Justicia, en materia de integración penal militar, el Código General del Proceso y la Ley 906 de 2004, no resultan contrarios a la naturaleza castrense. Este principio, permite a la vez, incorporar los estándares normativos internacionales al ordenamiento penal interno por cuanto el bloque de constitucionalidad en materia penal demanda interpretar y aplicar no sólo las garantías fundamentales consagradas para el imputado en la Constitución Política, sino, aquellas cláusulas de Derechos humanos dispuestas en tratados internacionales ratificados por Colombia al igual que de Derecho Internacional Humanitario.

Artículo 15. Conducta punible.

Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Determinación de la conducta punible.**

"De esta forma, es necesario que el ámbito de aplicación de conductas punibles esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible". **Corte IDH. Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C N.º 410, Párrafo 83.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Estructuración de la conducta punible.**

"La elaboración correcta de los tipos penales deberá cuidar siempre definiciones claras de las conductas incriminadas, que fijen sus elementos objetivos y subjetivos de modo que permita deslindarlas de comportamientos no punibles o de otras conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y nítida que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este" (**Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C N.º 319., Párrafo 219).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Delitos Culposos y la conducta punible.**

"La Corte ha enfatizado que corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley

penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. El Tribunal considera preciso agregar que, tratándose de delitos culposos, cuya ilicitud es menor comparada a la de los delitos dolosos y cuyos sus elementos típicos están definidos de forma genérica, se requiere que el juez o tribunal observe el principio de legalidad de forma rigurosa al verificar la efectiva existencia de la conducta típica y determinar la responsabilidad penal". (**Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C N.º 255, Párrafo 132).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Rigurosidad de la conducta punible.**

"En este sentido, corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. **Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N.º 137, Párrafo 190**

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL - **Elementos de la conducta punible**

"(...) La tipicidad como principio se manifiesta en la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión

de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”.

(...) “En la legislación colombiana, la antijuridicidad está consagrada en el artículo 11 del Código Penal del año 2000, que establece: Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal”.

(...) “La norma trascrita permite entender que en el país se acepta una concepción dual de la antijuridicidad (formal-material), porque para que la conducta típica sea antijurídica se requiere que sea contraria a derecho, y además, lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido por la norma penal”.

(...) “La culpabilidad hace parte de la dogmática penal y junto con la tipicidad y la antijuridicidad, constituye un elemento estructural de la responsabilidad penal. Así las cosas, para BACIGALUPO la culpabilidad constituye (...) el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma”.

La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto”. (C. Const., Sent. C-181/16, abril. 13/16 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Concepto Tripartito del Delito.**

“la tipicidad es un principio constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal. Dicho principio se expresa en la obligación que tiene el Legislador de establecer de manera clara, específica y precisa las normas que contienen conductas punibles y sus respectivas sanciones.

Así pues, el estudio de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico, acogido por el Código Penal del año 2000, parte del concepto analítico tripartito del delito compuesto por la conducta: i) típica; ii) antijurídica; y, iii) culpable. Para establecer si se cumple con el principio de legalidad y de tipicidad en sentido estricto es preciso verificar que se cumpla con los elementos de la tipicidad que se pasan a reiterar también de la sentencia C-181 de 2016” (C. Const., Sent.

C-297/16 junio 08/16 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Diferencia entre conductas punibles dolosas y culposas.**

“La diferenciación entre conductas punibles dolosas y culposas. Por las primeras se entienden aquellos en los cuales el agente conoce los hechos constitutivos de infracción penal y quiere su realización, de igual forma cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no realización se deja librada al azar; por conductas punibles culposas, por su parte, se entiende aquellos en que el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.” (...) “la modalidad de la conducta del sujeto activo en esta clase de delitos es diversa: mientras en los delitos dolosos el agente dirige su conducta de manera inequívoca a producir un daño a bienes tutelados por el orden jurídico, en los delitos culposos el daño ocasionado es producto de una negligencia, imprudencia o impericia, sin que en ningún momento el autor haya querido ocasionar un menoscabo del bien tutelado por la ley. Esa circunstancia permite diferenciar claramente estas conductas delictivas, haciendo posible, también, atribuirle consecuencias jurídicas diferentes, atendiendo al principio de proporcionalidad. En síntesis, la diferencia entre las conductas punibles dolosas y culposas se explica en virtud de sus distintos contenidos de injusticia, pues mientras en las primeras existe un claro momento subjetivo orientado a la vulneración del bien jurídico protegido, en las culposas ese momento no existe. De allí que en cumplimiento del principio de proporcionalidad las consecuencias punitivas no pueden ser -ni son en efecto- las mismas”. (C. Const., Sent. C 064 de 2003, feb. 04/03 M. P. Jaime Araújo Rentería).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Conductas Punibles de Miembros de la Fuerza Pública**

“El presupuesto consiste en que la conducta punible tenga una conexión directa con el cumplimiento de una función legítima. Si el comportamiento típico es consecuencia del desarrollo de una tarea propia del servicio, pero la misma es cumplida de forma distorsionada o desviada, la acción perderá cualquier relación con la labor legal y será, como cualquier delito común, objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.” (...) “El hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.” (...) “se requiere, como aspecto esencial, que la conducta punible sea el resultado de una actuación defectuosa, excesiva o irregular, en todo caso de la función que legal o constitucionalmente le corresponda desarrollar o de la operación, misión u orden que, en correspondencia con dichos mandatos, ha recibido de un superior”. (C. Const., Sent. C 084 de 2016, feb. 24/16 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN **Imputación jurídica del resultado.**

"1. Como es evidente, la simple relación de causalidad material no es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de un procesado. A ello es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesiva es "obra suya", o sea, que depende de su comportamiento como ser humano. O, como se dice en el nuevo Código Penal, que plasma expresamente aquello que desde mucho tiempo atrás se viene exigiendo, "La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado" (art. 9°).

2. En casos como el analizado, la imputación jurídica –u objetiva– existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores. Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a este, en perfecta ilación, el suceso fatal.

Dentro del mismo marco, la imputación jurídica no existe, o desaparece, si aún en desarrollo de una labor peligrosa, el autor no trasciende el riesgo jurídicamente admitido, o no produce el resultado ofensivo, por ejemplo, porque el evento es imputable exclusivamente a la conducta de la víctima". (CSJ, Cas. Penal, Sent., mayo 20/2003, Rad. 16636. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

CONCORDANTES: CSJ, Cas. Penal, Sent. abr. 4/2003, Rad. 12742, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; CSJ, Cas. Penal, Sent. nov. 24/2004, Rad. 21241, M. P. Mauro Solarte Portilla.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **Teoría de la prohibición de regreso.**

"La teoría de la prohibición de regreso, de larga data –hecha en sus inicios para corregir la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad material–, afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra". (CSJ, Cas. Penal, Sent., abr. 4/2003, Rad. 12742. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN **Acciones a propio riesgo.**

"En cuanto a la autopuesta en peligro, ésta se concreta cuando, i) el agente se pone en riesgo a sí mismo o ii) cuando, con plena conciencia de la situación, se deja poner en dicha situación por otra persona, eventos en los cuales no

puede imputarse al tercero el tipo objetivo porque quien conscientemente se expone a un acontecer amenazante se hace responsable de las consecuencias de su propia actuación.

La Sala reiteradamente ha señalado los presupuestos para pregonar la configuración de una acción a propio riesgo, así:

- "1. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.
2. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.
3. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella" (Sent. 20 de mayo de 2003, rad. 16636).

Así mismo, la doctrina considera que el resultado lesivo debe ser consecuencia del riesgo asumido y no de acciones adicionales no asumidas por la víctima, pues, si concurren otros factores, el daño se concreta en razón a éstos y no exclusivamente al peligro aceptado ". (CSJ, Cas. Penal, Sent. nov. 27/2013, Rad. 36842. M. P. María del Rosario González Muñoz).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **El fenómeno de concurrencia de riesgos, o con causalidad (cadena de imprudencias), conlleva a la responsabilidad conjunta de autores.**

"Si bien el fallo evidencia un manejo adecuado de algunos conceptos de la doctrina de la imputación objetiva frente a los eventos de delitos imprudentes, tales como creación de riesgos jurídicamente desaprobados, elevación del riesgo permitido y realización del riesgo en el resultado, lo cierto es que, para dar solución correcta al caso específico, se dejó por fuera de análisis figuras igualmente importantes (...).

(...) el resultado muerte de la joven J.L.A.M. se produjo en virtud de la concurrencia de dos riesgos jurídicamente desaprobados. Por una parte, la elevación del riesgo permitido con la conducta del procesado J.L.C.R. quien, violando el deber objetivo de cuidado, traducido en el respeto a las reglamentaciones de tránsito rodado en carretera, decidió sobrepasar dos vehículos en curva y con prohibición de adelanto al estar demarcada la vía con doble línea amarilla continua.

Y, por otro lado, con la conducta de C.R.M., conductor del vehículo motocicleta en el cual viajaba como parrillera la víctima, por no conservar la distancia exigida para los vehículos en carretera, omisión que impidió su reacción oportuna precipitando su colisión con el vehículo de servicio público que lo antecedía, la subsiguiente caída de su pasajera en plena vía y su inmediato arrollamiento precisamente por el tracto camión conducido por el procesado J.L.C.R.

El fenómeno de concurrencia de riesgos, o concausalidad, ha sido uno de los temas más complejos a través de la dogmática jurídico-penal. De acuerdo con dicha figura, en la realización del resultado intervienen varios cursos

lesivos, los cuales pueden ser producto de la acción de un tercero o por la propia víctima, esto último en especial cuando infringe sus deberes de auto protección.

Frente a esa constelación de casos "existen supuestos en los que concurre, sin duda alguna, una conexión suficiente entre el riesgo inicial creado por el autor y el resultado final, y en los que esa conexión no se ve desvirtuada por una conducta de la víctima o una conducta de otro sujeto. En los supuestos en los que se trata de una conducta concurrente de otro sujeto, cuando son dos los riesgos que explican el resultado –cadena de imprudencias–, la solución es sencilla: se tratará de un supuesto de autoría accesoria, ambos sujetos responderán".

Si de conformidad con los lineamientos básicos de la teoría de la imputación objetiva –como viene de verse– o de otros esquemas dogmáticos bajo la óptica del instituto de la concausalidad, en caso de confluir varios cursos lesivos del bien jurídico de un tercero la solución está orientada hacia la responsabilidad conjunta de los autores, no parece apropiada, en principio, la salida adoptada en el presente caso por el Tribunal consistente en eximir de toda responsabilidad a J.L.C.R., salvo demostrarse que su conducta no tuvo conexión suficiente con el resultado producido.

En orden a establecer la conexidad entre el riesgo y el resultado producido, la teoría de la imputación objetiva ha diseñado mecanismos en la mayoría de las veces de gran utilidad para su determinación apelando a los denominados cursos causales hipotéticos, conforme a los cuales se asume que aún frente a un comportamiento diverso del autor la consecuencia en todo caso se hubiera producido, básicamente porque "un resultado no puede serle imputado al creador de un riesgo jurídicamente desaprobado si dicho resultado se hubiere producido incluso con una conducta diversa del autor", problemática que conduce a confrontar esta situación con la inevitabilidad del resultado". (CSJ, Cas. Penal, Sent. jul. 2/2008, Rad. 28.441. M. P. María del Rosario González de Lemos).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **Acción a propio riesgo. El comportamiento de la víctima de delitos imprudentes que constituya fuente exclusiva de su realización, negará la atribución del resultado del agente.**

"3. En los términos definidos pacíficamente por la jurisprudencia de la Corte, se ha precisado que ciertamente, en el ámbito de los delitos imprudentes, la concurrencia infractora de la víctima puede tener relevancia, entre otros aspectos, en la relación de riesgo. Sin embargo, aquélla sólo negará la atribución del resultado al agente cuando se constituya en fuente exclusiva de su realización.

Dicho de otra forma, que la víctima contribuya causalmente al resultado mediante un comportamiento imprudente sólo negará la imputación normativa al agente en tanto este no haya, a su vez, creado o incrementado un riesgo no permitido determinante en la producción del resultado típico.

De lo contrario, la imputación del resultado al agente se mantiene, aunque en tales eventos la concurrencia infractora del perjudicado podrá incidir en la valoración de la gravedad del injusto y en la determinación de la responsabilidad patrimonial del primero (CSJ AP, mayo 25/2015, Rad. 45329, reiterada en CSJ AP, abr. 30/2019, Rad. 52695 y CSJ SP, nov. 13/2019, Rad. 55810)". (CSJ, Cas. Penal, Sent., feb. 3/2021, Rad. 48768. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **El Principio de seguridad como límite al principio de confianza.**

"Una circunstancia que exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido, es el denominado principio de confianza, en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia.

(...) Sin embargo, el principio de confianza tiene limitaciones como ocurre en eventos como el ahora analizado.

Al principio de confianza se opone, y prima sobre él, el principio de defensa, también conocido como principio de seguridad.

Este postulado significa que el hombre medio debe prever que si bien en la actividad diaria está sujeto al principio de confianza, determinadas personas pueden obrar en contra de los reglamentos, como sucede con los niños, los infantes, los minusválidos, los enfermos y, por supuesto, los ancianos". (CSJ, Cas. Penal, Sent. mayo 20 /2003, Rad. 16636. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – Evolución del concepto del delito imprudente –**Del causalismo natural a la teoría de la imputación objetiva del resultado, siendo este último el instrumento idóneo para explicar la relación entre la acción y el resultado.**

"iii. El delito culposo o imprudente: Antiguamente el tipo penal era considerado única y exclusivamente como el momento en el cual se determinaba solo el aspecto objetivo del delito, mientras que el dolo y la culpa se entendían como formas de culpabilidad a partir de un nexo psicológico que ataba la acción y el resultado. La valoración de la acción se dejaba para el momento de la culpabilidad. La evolución del derecho penal y según los criterios dominantes en la actualidad, nos enseñan que el tipo penal tiene una faz objetiva y otra subjetiva.

El delito culposo (como se le denomina en nuestra legislación) o imprudente (como se califica legal y doctrinalmente en otros ámbitos, por ejemplo en España) se presenta cuando se emprende la ejecución de una acción peligrosa sin ánimo de lesionar un bien jurídico, pero por falta del cuidado debido deriva en la efectiva lesión del bien penalmente protegido. El desvalor en los delitos culposos se encuentra en el incumplimiento por

parte del sujeto activo de la exhortación que tiene de actuar de manera cuidadosa.

A partir de los años 30 English empezó a elaborar una teoría que es la que se ha terminado por imponer en torno a los delitos imprudentes y es la relativa al cuidado debido. Éste comenzó a hablar del incumplimiento del cuidado debido como elemento esencial de los delitos culposos. Ese cuidado se ha venido perfilando doctrinalmente y se le ha calificado como objetivo (situaciones concretas en las que se desenvuelve el sujeto), general (porque gobierna todas las situaciones en que se infringe el cuidado debido) y normativo (porque implica la realización de un proceso valorativo). Cuando una persona actúa de manera cuidadosa, respetando todas las normas, imposible resulta afectarla en un juicio por incumplimiento del cuidado, pues el resultado ya no depende de una actitud desconsiderada del agente.

El carácter normativo del deber objetivo de cuidado obliga a mirar la categoría culpa o imprudencia en el tipo penal y no se acepta que sea estudiado en la culpabilidad pues se hace un reproche personal en el que se da una contradicción de la acción con la norma.

Una de las características que identifican y diferencian el tipo penal culposo del tipo penal doloso es la exigencia del resultado en los delitos imprudentes. Es de la esencia del juicio de imputación de una conducta imprudente que se produzca el resultado de lesión del bien jurídico, pues de no darse no hay conducta punible imprudente o culposa. Contrario sensu: la simple puesta en peligro del bien jurídico nos puede situar ante un delito doloso o ante inexistencia del delito.

Se ha tenido la teoría de la imputación objetiva del resultado como el instrumento teórico idóneo para explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado, entre otros, en los delitos culposos. Reemplaza una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales, introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco, la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente, para la atribución del resultado. Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar si la acción del autor ha creado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro –jurídicamente desaprobado– creado por la acción. Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el Derecho penal.

Recuérdese que el causalismo se preguntaba si la acción era la causa de un resultado, en cambio la imputación objetiva se pregunta si una relación de causalidad concreta es la que quiere ser evitada por el ordenamiento jurídico. Por ello ahora la cuestión jurídica principal no es averiguar si se presentan determinadas circunstancias sino establecer los criterios conforme a los cuales se quiere imputar determinados resultados a una

persona". (CSJ, Sent. Casación N.º 23.157, mayo. 30/2007. M. P. Yesid Ramírez Bastidas).

Nota: En Sentencia CSJ, Cas. Penal, Sent. febr. 21/2018, Rad. 46675. M. P. Eugenio Fernández Carlier, la Corporación signa que la culpa se define a partir de la acción y no del resultado, y por ende no es dable la tentativa en los delitos culposos.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Conducta Punible- Injusto Penal- Desvalor de acción.**

"el injusto penal lo conforma tanto el desvalor de acción, como el desvalor de resultado, donde el primero está representado en la acción típica y sugiere la forma y modalidad de perpetrar la ofensa en la voluntad y el actuar contrario a los parámetros de conducta impuesta por el ordenamiento jurídico, implica conocimiento y voluntad final de acción; sugiere el conocimiento y acatamiento por parte de un profesional militar, como lo es el condenado, de su deber de obediencia, máxime frente a una orden legítima y estrechamente relacionada con el servicio, y las consecuencias de desatenderla.

(...) el desvalor de resultado radica en la ofensa y puesta en peligro del bien jurídico, lo que para el caso en estudio se estructuró cuando la unidad militar que tenía bajo su responsabilidad quedó sin mando, lo que afectó y puso en riesgo la disciplina. (Rad. 157896, Desobediencia, M. P. CR Camilo Andrés Suárez Aldana de octubre 7 de 2014).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Pasos de la imputación objetiva.**

"(...) Al efecto, la teoría de la Imputación Objetiva, imperante en el derecho penal colombiano parte de una premisa fundamental: demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado típico.

No en vano es que hoy se afirma que en tratándose del delito culposo el tipo objetivo se integra a partir de los siguientes elementos esenciales: i) el sujeto; ii) la acción; iii) el resultado físico; iv) la violación del deber de cuidado impuesto por las normas legales o reglamentarias; v) la relación de causalidad entre la acción y el resultado; y vi) la imputación objetiva que debe surgir a partir de la atribución jurídica del resultado a la acción desplegada por el sujeto, sin que ello se erija, sea del caso aclarar, en talanquera para predicar su plena aplicabilidad en tratándose de conductas punibles cometidas a título doloso.

Bajo un entendido tal, precisa la Sala, el juicio de imputación objetiva debe cumplir cuatro pasos a saber:

Primero, se ha de determinar con apoyo en las teorías de la equivalencia de condiciones y de la conditio sine qua non, cuál es la causa que produjo el resultado.

Segundo, establecida esa relación causal, se debe entrar a determinar si la acción en sí misma considerada es peligrosa para la producción de un determinado resultado dañoso, para ello se debe hacer un análisis de la peligrosidad de la acción desde una perspectiva ex ante, esto es, ubicándonos en el momento en que la persona realiza la conducta, es decir, si al momento en que la persona actuó, de acuerdo a la regla general de experiencia, se podría pensar que efectivamente la acción con grado de probabilidad era peligrosa[61] para producir el resultado. Recuérdese que el fundamento de la imputación objetiva es la acción peligrosa jurídicamente desaprobada, ese carácter de peligroso de la acción se debe calificar ex ante, esto es, en el momento en que se realiza la acción, no cuando el resultado se produce, si sé que la acción fue peligrosa porque se produjo el resultado nos estaríamos ubicando en una perspectiva ex post que desfiguraría la teoría en cita llevando inexorablemente a yerros de valoración.

Tercero, además que la acción sea peligrosa se requiere que la misma se materialice en la producción del resultado típico, esto es del resultado prohibido, que sea su causa eficiente y cierta; por ello debe establecerse que el peligro creado realmente se concretó en la producción del resultado, si este no tiene una relación de riesgo con la conducta no es factible imputar el resultado.

Y cuarto, la acción peligrosa tiene que estar desaprobada por cuanto contraviene el deber objetivo de cuidado que deviene de una norma en sentido amplio, de una pauta que establece la *lex artis* que regula una profesión o de lo que haría un hombre medianamente prudente en tratándose del mismo caso. Recuérdese que una acción que envuelve cierto riesgo no es per se violatoria del deber de cuidado.

Si la acción que envuelve cierto riesgo no es violatoria de aquel deber de cuidado; si se respetan las previsiones mínimas que para tales casos establecen la ley, los reglamentos o los usos; si ellas se observan estrictamente; si no se defraudan las expectativas sociales que tienen origen en el rol que cumple el sujeto agente, no se generaría un juicio de reproche para el sujeto agente y por ende no habría lugar a imputación, pues pese a que se sigue estando en presencia de un riesgo para bienes jurídicos creado por el ejercicio de determinadas actividades peligrosas (v. gr. el tráfico aéreo, marítimo, fluvial o terrestre; la medicina; el manejo de armas de fuego, entre otras), en la medida que la acción se mantiene dentro de los parámetros propios del arriesgo social permitido y por ende ello es social y jurídicamente aceptado. (...)” (Rad. 158200, M. P. CN Julián Orduz Peralta, 11 de mayo de 2015).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **“los elementos estructurantes del injusto y la culpabilidad en el modelo post finalista y funcionalista del artículo 15 del Código Penal Militar.**

Ha sido prolija y reiterativa esta Sala, así como la Doctrina y la Jurisprudencia al señalar que

la Ley 1407 de 2010 modificó ostensiblemente el esquema del delito que se pregonaba en la Ley 522 de 1999, de tamiz nexo causal objetivo, y de contenido naturalístico, para orientarnos a una evolución del pos finalismo e iniciar el camino del funcionalismo moderado; ello se ratifica en el diseño del artículo 15 del Código Penal Militar donde el sólo nexo causal no explica el delito, sino que se necesita un elemento cofundamentador que es el vínculo normativo; por lo que los criterios de imputación hoy tienen contenido normativo que se explican desde la imputación objetiva como subjetiva. De igual forma, se debe reiterar que el injusto penal lo conforma la tipicidad (Tipo objetivo: sujeto, objeto, conducta, nexos causal, ingredientes objetivos y normativos e imputación objetiva. Y subjetivo: Culpa, dolo y preterintención) y la antijuridicidad, de donde se derivan las estructuras de imputación que demandan establecer el desvalor de acción y de resultado.

A su turno, la culpabilidad hoy es de contenido normativo y se requiere para determinar la imputabilidad del sujeto, la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de conducta esperada, elementos que son necesarios verificar para la responsabilidad. Así, no basta con que objetiva y naturalísticamente se haya realizado una conducta típica, sino que se requiere que subjetivamente se demuestre que con ella se haya querido cometer el delito y que consecuentemente se afecte o se ponga en peligro el bien jurídico protegido. Decisión: Confirma sentencia condenatoria (Rad. 158432, Deserción, M. P. CR Camilo Andrés Suárez Aldana de mayo 31 de 2016).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Elementos de la conducta punible.**

“En orden a dilucidar los anteriores planteamientos se debe señalar como punto de partida que, la teoría del delito es un sistema conceptual que permite determinar cuándo una conducta constituye ilicitud de carácter criminal, construcción conceptual que permite afirmar que el hecho punible aparece cuando se realiza una acción típica, antijurídica y culpable, postulado a partir del cual se ha elaborado la categoría dogmática de la acción o conducta, fundada en el principio de legalidad previsto en el artículo 29 superior, inciso segundo, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes “al acto que se imputa”, reproducido de manera idéntica en el artículo 6, inciso primero del Código Penal y de manera similar en el artículo 7, inciso primero de la ley 1407 de 2010, “al acto que se le atribuye”, determinando así dos elementos esenciales del delito, acto (conducta) e imputación, razón suficiente para que el legislador haya consagrado en el artículo 15 de la ley 1407 de 2010, “Para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”. (Rad. 158430 M. P. MY (r) José Liborio Morales Chinome, abril 28 de 2017).

COMENTARIO

La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en indicar que la relación de causalidad material no basta per se para imputar responsabilidad penal. La jurisprudencia también ha conceptualizado que sólo será posible la imputación jurídica de un resultado típico, si el autor despliega una actividad riesgosa en su comportamiento, que traspase el riesgo jurídicamente permitido o aprobado y produzca un resultado lesivo, siempre que exista nexos causal entre estos tres factores. Explica además que, no se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando: a) sea una conducta socialmente normal, no peligrosa y no prohibida por la ley; b) se configure el principio de confianza, donde el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las reglas *lex artis* pertinentes. Indica que el principio de confianza tiene como límite el principio de defensa o seguridad, donde el hombre medio debe prever que determinadas personas pueden obrar en contra de los reglamentos, como sucede con los niños, los infantes, los minusválidos, los enfermos, los ancianos. c) cuando alguien solo ha participado respecto de la conducta de otro en una acción a propio riesgo, o una autopuesta en peligro, y se configura si: - la persona tiene el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado en el caso concreto; - la persona es autor responsable, es decir conoce o tiene posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar; - que el actor no tenga posición de garante respecto de esa persona.

En ese sentido, solo se negará la atribución del resultado del agente si el comportamiento de la víctima es fuente exclusiva de su realización y el agente no haya creado o incrementado un riesgo no permitido determinante en la producción del resultado típico, de lo contrario, el actuar de la víctima podrá incidir en la valoración de la gravedad del injusto y en la determinación de la responsabilidad patrimonial del primero. Además de lo anterior, se debe considerar que, frente al fenómeno de concurrencia de riesgos, o con causalidad deviene la responsabilidad conjunta de autores.

Artículo 16. Tipicidad.

La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política y en la ley.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La tipicidad y la legislación interna.**

"La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La tipicidad y el principio de Legalidad.**

"En relación con lo anterior, el Tribunal recuerda que el artículo 7.2 de la Convención exige no solo la existencia de regulaciones que establezcan las "causas" y "condiciones" que autorizan la privación de la libertad física, sino que es necesario que esta sea lo suficientemente clara y detallada, de forma que se ajuste al principio de legalidad y tipicidad tal como ha sido entendido por esta Corte en su jurisprudencia. Al respecto, este Tribunal ha señalado que "la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así las personas no podrían orientar su

comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en que se expresan el reproche social y las consecuencias de este". **Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020, Párrafo 89.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La privación de la libertad física y la tipicidad.**

"Este artículo 7.2 reconoce, primeramente, la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Esta reserva de ley implica, en primer lugar, una garantía formal, en el sentido de que toda restricción de la libertad debe emanar de una "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de leyes". Pero también implica, en segundo lugar, un aspecto material, el principio de tipicidad que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De esta forma, la propia Convención remite al derecho interno del Estado concernido para poder analizar el cumplimiento del artículo 7.2. Tal remisión no implica que la Corte deje de fallar de acuerdo a la Convención, ni que realice un control de constitucionalidad o de legalidad de la normativa interna. Únicamente implica un control de convencionalidad, amparado, además, en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. **Corte IDH. Caso**

Acosta Martínez y otros vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C N.º 410, Párrafo 79.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **La tipicidad netamente subjetiva rechazada como forma de punibilidad.**

"Conforme al derecho penal de ánimo, la tipicidad de una conducta no resulta del tipo objetivo ni del dolo o voluntad realizadora del resultado, sino del "ánimo" o disposición interna del sujeto, amiga o enemiga. No siempre los elementos de "ánimo" son contrarios a los derechos humanos, puesto que pueden utilizarse para limitar prohibiciones muy amplias o para atenuar; lo cierto es que siempre son sospechosos cuando agravan la pena y, por cierto, son poco menos que inadmisibles cuando determinan directamente la tipicidad de la conducta en delitos de particular gravedad. El "ánimo" ha dado lugar a largas discusiones, pero la criminalización sobre su pura base es claramente rechazada por la jurisprudencia y la doctrina de los Estados democráticos. En el caso, el tribunal interno no reparó suficientemente en que lo que detectaba como típico en la conducta del señor Pollo Rivera era directamente el "ánimo" que deducía de la reiteración de puros actos no sólo atípicos, sino incluso fomentados por el derecho, como es la actividad médica curativa". **Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C N.º 319, Párrafo 25.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Delitos culposos y la tipicidad en la CIDH.**

"La Corte hace notar que tratándose de un delito culposo, cuyo tipo penal es abierto y requiere ser completado por el juzgador al realizar el análisis de la tipicidad, lo relevante es que en la sentencia se individualice el correspondiente deber de cuidado infringido con la conducta activa (imprudencia) u omisiva (negligencia) del imputado y que ello fuera determinante para que se produjera el resultado lesivo del bien jurídico tutelado. El artículo 84 del Código Penal argentino, además de referirse a la imprudencia y negligencia, agrega que podría tratarse de impericia o de la inobservancia de reglamentos o deberes a cargo, conductas que esta Corte entiende están comprendidas también en los conceptos generales de imprudencia y negligencia. El Tribunal considera que, al contrario de lo sostenido por los representantes (supra párr. 128), para determinar en cada caso cuál fue el deber objetivo de cuidado que se infringió, tratándose de un hecho ocurrido en un accidente de tránsito el juzgador no está limitado a recurrir únicamente a una norma formal como lo sería el reglamento de tránsito automotor. Cabe destacar que el perito Julio B. J. Maier manifestó en la audiencia pública que aún tratándose de actividades regladas es posible definir la imprudencia o negligencia utilizando fuentes distintas de los reglamentos, pero el fallo debe exponer claramente en qué funda la imprudencia o negligencia y cuál es el hecho del cual surge esa imprudencia o negligencia". **Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción**

Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C N.º 255, Párrafo 136.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN - **Tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva.**

"En virtud de la tipicidad, es necesario, de una parte, que la conducta se adecue a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como el sujeto activo, la acción, el resultado, la causalidad, los medios y modalidades del comportamiento, y de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales". **(CSJ, Cas. Penal, Sent., mayo 25/2010, Rad. 28773. M. P. María del Rosario González de Lemos).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN **Juicio de tipicidad.**

"Así, en primer lugar, en la tipicidad –que es el lugar en donde tiene realización el principio de legalidad– se impone verificar la subsunción de la conducta en el modelo descriptivo de la figura legal y, en segundo término, exige comprobar si ese comportamiento adecuado al tipo afecta o no el bien jurídico protegido, pues el juicio de tipicidad conlleva una doble valoración: (i) el juicio de correspondencia comparativa entre la conducta y el tipo, y, (ii) el juicio de verificación sobre la idoneidad de esa conducta para afectar (que no lesión) el bien jurídico tutelado por la norma. De esto se tiene que la tipicidad puede ser afectada por el principio de insignificancia y la adecuación social de la conducta". **(CSJ, Cas. Penal, Sent., oct. 21/2009, Rad. 29655. M. P. Yesid Ramírez Bastidas).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN - **tipicidad norma rectora.**

"El artículo 10 de la Ley 599 de 2000 establece la tipicidad como norma rectora, así: "La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal..."

Según el artículo 29 de la Constitución, "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa", disposición que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas, el cual protege la libertad individual frente a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales y garantiza tanto el

- 1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 12 de diciembre de 2005, radicación 23899.
- 2 Gonzalo D. Fernández. Bien jurídico y sistema del delito. Montevideo, Editorial B. de F. Ltda., 2004, págs. 160, 163, 167.

principio de igualdad de las personas ante la ley, como el de seguridad jurídica.

En cuanto se refiere a los funcionarios que administran justicia, sus facultades se rigen por lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución, disposición que establece el principio de imperio de la ley en las decisiones judiciales.

La taxatividad de los tipos penales, principio de tipicidad o de legalidad estricta, es una garantía que obliga tanto al legislador como al funcionario judicial y se deriva de axiomas universales, tales como, “no hay delito sin ley previa que lo defina”; “no hay lugar a pena sin ley anterior que la defina”; “corresponde a la ley establecer el Juez Natural del caso”; “sólo se puede imponer una sanción luego de un juicio legal”, también reconocidos en tratados internacionales vinculantes en virtud del Bloque de Constitucionalidad, como por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 14 y 15) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 9), los cuales incluyen normas que se refieren en general a las garantías judiciales, la preexistencia de la ley y sus respectivas sanciones, el derecho al Juez Natural y el debido proceso”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. Agosto 10/2016, Rad. 42706. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL.
Principio de estricta legalidad, taxatividad penal y ambigüedad en la descripción de los hechos punibles.

“(…) La Corte ha precisado que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente, y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles y las penas deben ser no sólo previa sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecúa a la descripción abstracta realizada por la ley. Sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. En efecto, únicamente si las descripciones penales son taxativas, pueden las personas conocer con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos, y la labor de los jueces, en el proceso de adecuación típica, se limita a determinar si, conforme a los hechos probados en el proceso, el acusado cometió o no el hecho punible que se le imputa”. Respecto de la importancia de este principio de taxatividad o estricta tipicidad, Ha dicho esta Corporación: “Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nulla poena sine lege”, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punible; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria (...) Quiere decir lo anterior, que cuando el legislador redacta un tipo

penal está obligado a definir de manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, y que si no lo hace propicia un atentado contra la libertad individual, pues deja al arbitrio de la autoridad que deba aplicarlo la calificación de los actos, vulnerando la libertad y la seguridad individuales consagradas como derechos fundamentales en el ordenamiento superior. (C. Const., Sent. C-559 de 1999 agosto 4/1999. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL.
Límites al poder de configuración legislativa en materia penal.

La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. “I. Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nulla poena sine lege”, es decir la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punible; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. “No obstante este principio general, el propio Código Penal ha consagrado tipos penales abiertos en los que no existe total precisión de las circunstancias en que la conducta debe realizarse. (...) Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. (C. Const., Sent. C-121/12 feb 22/12 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL.
Principio de legalidad, tipicidad y derecho al debido proceso.

El principio de legalidad en sentido estricto, es decir, el principio de tipicidad o taxatividad, requiere que las conductas y las sanciones que configuran el tipo penal sean determinadas de forma precisa e inequívoca. No obstante,

la jurisprudencia ha admitido cierto grado de indeterminación en los preceptos que configuran el delito cuando la naturaleza del mismo no permita agotar de forma exhaustiva la descripción de la conducta pero se encuentran los elementos básicos para delimitar la prohibición, o es determinable mediante la remisión a otras normas. Igualmente, la jurisprudencia ha dicho que el principio de legalidad en sentido amplio comprende la reserva legal previa, mientras que en sentido estricto se refiere al principio de tipicidad o taxatividad que se refiere al carácter inequívoco de cómo se tipifica la conducta y cuál es la sanción, para que no exista cabida a la subjetividad o arbitrariedad en la aplicación de la norma por el juez penal y a su vez, que los individuos tengan certeza sobre las conductas sancionadas. Entonces, específicamente la tipicidad como principio se manifiesta en la "(...) exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras. De esta forma, se garantiza que el juez respete la voluntad del Legislador y se protejan la seguridad jurídica y la separación de poderes. En conclusión, la tipicidad es un principio constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal. Dicho principio se expresa en la obligación que tiene el Legislador de establecer de manera clara, específica y precisa las normas que contienen conductas punibles y sus respectivas sanciones.

(...) De manera general, la norma penal está constituida por dos elementos: (i) el precepto (*praeceptum legis*) y (ii) la sanción (*sanctio legis*). El primero de ellos, es entendido como "la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción". El segundo, se refiere a "la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto".

El precepto desarrolla la tipicidad de hecho punible, pues este elemento es el que contiene la descripción de lo que se debe hacer o no hacer, y, por lo tanto, del hecho constitutivo de la conducta reprochable.

La tipicidad es la consagración normativa de los comportamientos humanos reprochables desde el punto de vista penal, a través de esquemas dogmáticos y las pautas de derecho positivo vigentes. Se expresa a través del tipo penal, conformado por elementos que definen la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en sí misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena. (C. Const., Sent. C-297/16 junio 8/16. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **El juicio de tipicidad debe ser estricto.**

El juicio de tipicidad que el operador jurídico realiza le permite analizar en qué condiciones cuando una conducta se adecua a uno u otro tipo delictivo y cuando no. En este sentido, corresponde al investigador o al juzgador determinar qué tipo de imputación en relación con la persona

vinculada al proceso penal, deriva en un hecho punible. La responsabilidad penal que se atribuye a un sujeto determinado, comienza por el proceso de adecuación típica, el cual dicho en otras palabras, es un juicio de tipicidad por parte del operador jurídico, debe considerarse que el funcionario judicial, debe hacer la interpretación de los tipos penales en forma estricta, lo cual significa que no le está permitido hacerla en forma extensiva o restringida.

(...) Cuando el legislador describe cuáles comportamientos han de tenerse como delictivos, ello implica que el proceso de adecuación típica no permite una interpretación arbitraria de los tipos penales. Pero, a su vez, este no conduce a un mero hacer mecánico del operador jurídico, pues el juicio de tipicidad que este realiza le permite analizar en qué condiciones cuando una conducta se adecua a uno u otro tipo delictivo y cuando no. En este sentido, resulta evidente que corresponde al investigador o al juzgador determinar qué tipo de imputación en relación con la persona vinculada al proceso penal, deriva en un hecho punible. Esta observación resulta trascendental, pues la responsabilidad penal que se atribuye a un sujeto determinado, comienza por el proceso de adecuación típica, el cual dicho en otras palabras, es un juicio de tipicidad por parte del operador jurídico. Debe luego, debe considerarse que el funcionario judicial, debe hacer la interpretación de los tipos penales en forma estricta, lo cual significa que no le está permitido hacerla en forma extensiva o restringida. (C. Const., Sent. C-996/00, agosto 2/2002. M. P. Antonio Barrera Carbonell).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Juicio de tipicidad**

"...antes del juicio de responsabilidad, ha de hacerse el juicio de tipicidad "..., es la valoración que se hace con miras a determinar si la conducta objeto de examen coincide o no con la descripción típica contenida en la ley; se trata, en otras palabras, de la operación mental llevada a cabo por el intérprete o juez mediante la cual se constata o verifica la concordancia entre el comportamiento estudiado y el texto legal." (Velásquez Velásquez, Fernando, "Derecho Penal, parte general", Ed. Temis. Santafé de Bogotá, D. C., 1994, pág. 315). (Rad. 153733. M. P. TC Rosa Elena Tovar García de febrero 5 de 2007).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Elementos esenciales de la tipicidad de la conducta-**

"...para que un hecho pueda ser acreditado como atípico o su realización pueda ser tenida como imposible, deben estar ausentes en la conducta los presupuestos objetivos mínimos que estructuran el tipo penal y son los que el Instructor debe investigar exhaustivamente en el desarrollo de la indagación preliminar para arribar a tal consecuencia dogmática. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. Los cuales se entenderán que no se encuentran presentes cuando se carece de hechos indicativos que logren estructurar por lo

menos primariamente estos elementos exigidos objetivamente por el tipo penal.

(...) la salida procesal adoptada por el a quo, no se encuentra revestida de esa seguridad jurídica que se espera tanto por la comunidad en general, como por la misma Institución Policial. Pues al haberse omitido la realización de algunas pruebas, necesariamente trae consigo que aún se encuentren presentes elementos del tipo objetivo que no permiten por ahora arrimar a la conclusión de que las lesiones personales causadas en la vida y salud del señor LASC sean atípicas y no hayan tenido relación con el procedimiento policial que se adelantó por parte del personal de la Policía Nacional en la Metropolitana de Popayán (Cauca) el día 8 de abril de 2013". (Rad. 158096, M. P. Cr (r) Pedro Gabriel Palacios Osma, enero 28 de 2015).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Análisis de la tipicidad objetiva en delito de ataque al inferior.**

"Respecto de la tipicidad objetiva demanda que se establezca los elementos sujeto, objeto, conducta, nexos causal, ingredientes normativos y descriptivos e imputación objetiva; se ha de señalar que al verificar la calidad del sujeto activo y encontrar que el procesado García Ruiz es un Infante de Marina Profesional, a quien se le endilga el delito de ataque al inferior respecto de otro Infante de Marina, tal comportamiento, conforme lo esbozado, deviene en atípico por la precaria calidad del sujeto activo. Tal y como hemos indicado entre soldados, infantes de marina o auxiliares de policía no se predica esa calidad de superior – inferior. En consecuencia, el injusto de ataque al inferior no se le puede endilgar al IM. P. García Ruiz. Siendo la atipicidad una de las situaciones que genera la improseguibilidad de la acción, conforme lo dispone el artículo 231 de la ley 522 de 1999, el cual determina cesación de procedimiento cuando la conducta es atípica, se entrará a declararla. Así las cosas, se ordenará la cesación de procedimiento en favor del Infante de Marina Profesional García Ruiz Alexis, por el delito de ataque al inferior y consecuentemente el archivo de la actuación" (Rad. 158406, M. P. CR Camilo Andrés Suárez Aldana, julio 11 de 2016).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

CSJ – Sala Penal Rad. 47119 M. P. Eugenio Fernández Carlier junio 28 de 2017.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Elemento objetivo y subjetivo de la tipicidad.**

"Cada una de las categorías señaladas tiene un conjunto de elementos cuya ubicación sistemática ha variado, como ocurre con el dolo, elemento que primero se consideró como forma o especie de culpabilidad, el cual se integraba con el saber y querer atado al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, hoy, se le ubica como parte de la tipicidad (tipo subjetivo) y se integra con el saber (conocimiento) y querer (intención-voluntad), conocido como dolo natural o avalorado que no incluye el conocimiento de

la antijuridicidad. Consecuente con la anterior precisión, ha de señalarse que la tipicidad no solo comprende el aspecto objetivo de la conducta representado en el esquema básico del delito, compuesto por el sujeto, la conducta (acción material), el resultado, el nexo de causalidad, el bien jurídico, etc., sino que conforme a la estructura dogmática del delito prevista en el nuevo Código Penal Militar, no se trata de un hecho visto desde la concepción puramente objetiva, sino como una acción o conducta en la que necesariamente está involucrada una parte subjetiva compuesta por el dolo y los demás elementos subjetivos distintos del dolo, por lo cual, bajo esa perspectiva, ha de entenderse que el delito está conformado por dos elementos esenciales, el injusto y la culpabilidad, por ello algunos doctrinantes afirman que el "delito es todo injusto culpable". Decisión: Confirma parcialmente y dispone cesación procedimiento. (Rad. 158430, M. P. MY (r) José Liborio Morales Chinome, abril 28 de 2017)

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 159012 de mayo 13 de 2019.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Fenómeno de la atipicidad.**

"La tipicidad, primer elemento de la conducta punible, debe ser enfocada desde un doble punto de vista, uno de carácter estático y descriptivo- el cual le corresponde al Legislador- y otro dinámico -valorativo que le corresponde al juez mediante la adecuación típica- sobre el cual recae un importante ingrediente político, consistente en interpretar y aplicar el Estado Social Democrático de Derecho en cuanto a sus fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de principios derechos y deberes consagrados en la Carta Política (...) el fenómeno de la atipicidad es menester recordar que se expresa de dos maneras, una de forma absoluta y otra relativa, estructurándose la primera de ellas por total ausencia de los elementos del tipo (sujeto, objeto, conducta), y la relativa por falta de uno de ellos. Sin lugar a dudas, en el caso en estudio la atipicidad que se predica es de carácter relativo, lo que deja sin sustento el tipo objetivo, elemento esencial del injusto contra el Servicio". (Rad. 158648 M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, agosto de 2017).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Elementos estructurales del tipo en el delito de Abandono del puesto.-**

"...Es así como lo que tiene que ver con el abandono del puesto, señala para su configuración objetiva elementos particulares y especiales que atañen en forma directa y concreta al servicio que se predica de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. En esa medida, el tipo penal referenciado contiene dos elementos normativos para su adecuación típica, esto es, los términos "facción" y servicio", los cuales corresponden a dos situaciones particulares en las el militar o

policial como sujeto activo de la conducta puede encontrarse al momento de ejecutar el verbo rector "abandonar" contenido en la descripción típica aludida, ya sea separándose de sus

deberes por cualquier tiempo o durmiéndose, embriagándose o poniéndose bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas". (Rad. 158851 M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, marzo 10 de 2021)

COMENTARIO

La tipicidad es reconocida por la Corte Suprema de Justicia como norma rectora, es decir, columna vertebral del sistema punitivo. También, como legalidad estricta en tratados internacionales vinculantes en virtud del Bloque de Constitucionalidad, basado en el axioma "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege"³ y, además, como una garantía para el ciudadano, y una obligación para el operador judicial y legislador.

Por ende, resulta imperativo aplicar el juicio de tipicidad que conlleva un doble sentido, por un lado, correspondencia comparativa entre la conducta y el tipo y, por otro, verificación sobre la idoneidad de esa conducta para afectar el bien jurídico tutelado por la norma.

La Corte Suprema de Justicia, igualmente, es enfática en señalar que todos los tipos penales de la parte especial del código penal corresponden a conductas dolosas, excepto aquellas expresamente señaladas como culposas o preterintencionales y que, el principio de tipicidad no permite que se haga interpretación arbitraria de los tipos penales atendiendo a que las conductas y sanciones deben ser determinadas de forma precisa e inequívoca, en ese sentido, deber ser complementado con el principio de legalidad.

Artículo 17. Antijuridicidad.

Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Antijuridicidad y delitos penales militares.**

"En este sentido, las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito".
Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N.º 135, Párrafo 126.

concorre el desvalor del resultado, entendiéndose por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual, "el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo"⁴, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **Principio de lesividad.**

"Del concepto así expresado, se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica,

Sobre estas bases, es bien claro que ante la insignificancia de la agresión, ante la levedad suma del resultado, es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela". (CSJ, Cas. Penal, Sent., ago. 8 /2005, Rad. 18609. M. P. Herman Galán Castellanos).

3 Frase en latín que traduce "Ningún delito, ninguna pena sin ley previa", que implica garantías penales de importancia suprema como las reglas de lex scripta, lex praevia, lex stricta y lex certa.

4 Principios penales en el Estado social democrático y de derecho. Martos Núñez, Juan Antonio. Revista de Derecho Penal y Criminología. 1991, págs. 217 y ss. En similar sentido Mir Puig, Santiago en su tratado de derecho penal. Ed. PPU, págs. 97 y ss.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **conurrencia de la antijuridicidad formal y material para punibilidad.**

“No obstante, al exigir ahora el artículo 11 del Código Penal que la conducta típica para ser punible requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal; es claro para la Sala que la presencia de este elemento se alcanzará únicamente en los eventos en que se demuestre cabalmente la concurrencia de la antijuridicidad formal y material.

En efecto, este precepto se erige como el fundamento del injusto penal al reconocer a todas las personas el derecho a actuar libremente sin más limitaciones que las impuestas por el derecho de los demás y el orden jurídico, es decir, exige perentoriamente la confluencia de los desvalores de acción y de resultado para que la conducta además de típica sea antijurídica, entendido el primero como el reproche que se hace al sujeto activo por oponer su voluntad a la prohibición o mandato que contiene la norma y, el segundo, como la censura que recae sobre la conducta por lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado. O lo que es lo mismo, exige la presencia de la antijuridicidad formal y material.

Desde este punto de vista, la antijuridicidad material supondrá la formal, mas no sucederá siempre lo contrario, como quiera que puede ocurrir que existiendo contrariedad entre la conducta juzgada y la norma, no haya lesión o puesta en peligro efectivo al bien jurídico.

Regulación acorde con el principio de subsidiariedad y con el carácter fragmentario del derecho penal dentro de un Estado social y democrático de derecho, que propugnan por su utilización como último recurso a falta de otros menos lesivos para los derechos del procesado, y por castigar únicamente las conductas que con mayor intensidad lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, es decir, aquellas especialmente intolerables”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. oct. 6/2004, Rad. 16066. M. P. Édgar Lombana Trujillo).

CONCORDANTES: CSJ Rad: 16262, Fecha: 18/02/2003; CSJ Rad: 18609, Fecha: 08/08/2005; CSJ Rad: 24612, Fecha: 26/04/2006; CSJ Rad: 24612, Fecha: 26/04/2006; CSJ Rad: 25745, Fecha: 22/08/2006; CSJ Rad: 23843, Fecha: 19/01/2006.

JURISPRUDENCIA- CORTE CONSTITUCIONAL – **Antijuridicidad Valoracion.**

“(…) La antijuridicidad o injusto penal implica la contradicción jurídica del acto objeto de reproche, es decir, de una parte, el desvalor de resultado el cual es formal cuando se infringe la ley y material, cuando se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico protegido, y de otra parte, el desvalor de la acción con fundamento en el conocimiento de los hechos típicos dolosos o de la infracción al deber de cuidado en los delitos culposos, lo que genera el “injusto típico” (…)

(…) En síntesis, aunque la antijuridicidad no tiene rango de principio constitucional, guarda

una estrecha relación con el principio de proporcionalidad, puesto que solo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de derechos fundamentales como la libertad personal (…)” (C. Const., Sent. C-181-2016 abril 13/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

JURISPRUDENCIA- CORTE CONSTITUCIONAL. **Antijuridicidad - Rango Supralegal.**

“(…) Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (Código Penal, art. 4) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que este tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’, deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales) (…)” (C Const. Sent. C-070/96, febr. 22 /1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Antijuridicidad material en el caso de armas y municiones.**

(…) se fundamenta no solo en su capacidad de poder ser disparados y no desaparece por no encontrarse al tiempo las armas con las cuales pueda utilizarse la munición, sino también en la factibilidad del tráfico ilegal de tales elementos, dada la existencia de peligrosas estructuras delincuenciales altamente organizadas y bien provistas de armas, tales como las mafias narcotraficantes y los grupos paramilitares; donde los colombianos que mueren víctimas de las armas de fuego no mueren como consecuencia de la violencia indiscriminada, sino por el ejercicio profesional de la violencia.

Luego, el supuesto de hecho que predica la antijuridicidad material en este evento es bien claro, pues no es sola la circunstancia de conservar ilícitamente todo ese material que se ha relacionado a través de la investigación, sino también la información de inteligencia que originó la solicitud de allanamiento, de donde se supo que guardaba gran cantidad de partes de armamento, el transporte de elementos que dejó a guardar donde una vecina de su esposa, con el traslado posterior y nocturno hasta su vivienda y movimientos extraños cada cierto periodo de tiempo en la noche; circunstancias estas no suficientemente explicadas ni justificadas por el procesado, hacen inferir que no sólo se trataba del almacenamiento o conservación de esos artículos; lo que generaba la posibilidad de una comercialización o tráfico que aunque no comprobadas se podía dar, generando así el peligro para el bien jurídico protegido.

Se descarta en el presente caso, la tantas veces aducida excusa de la defensa, y que hace

referencia a la munición la que era o hacía parte de colección o souvenir, por cuanto al haberse encontrado con otros elementos que constituyen partes de armas y repuestos para las mismas en grandes proporciones y almacenados en cajas que se utilizan por las Fuerzas Militares para su conservación y transporte, no permiten inferir que se trate de una tenencia casual e inofensiva. **(Rad. 149857, M. P. MY (r) Marycel Plaza Arturo, septiembre 24 de 2007).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- Antijuridicidad material en el delito de abandono del puesto.

“De manera pues, que el tipo penal de abandono del puesto previsto en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, fue creado para la garantizar la preservación y efectividad del servicio que prestan militares y policías, propósito que demanda la optimización del cuerpo armado para que el servicio sea desarrollado en las mejores condiciones, estableciendo previamente los turnos respectivos conforme a la disponibilidad del personal, de allí que la separación injustificada del puesto por parte de quien tiene el deber de prestar determinado servicio afecta el bien jurídico tutelado, por lo que pueda afirmarse que en los casos de abandono del puesto que corresponde a un tipo penal de mera conducta el juicio de valoración es ex ante para efectos del desvalor de acción y de resultado.

(...) Luego, resulta evidente que el acusado faltó al deber de permanencia que le imponía el servicio de vigilancia que cumplía la madrugada del día 21 de marzo de 2015, puesto que abandonó físicamente el cuadrante donde debía prestar la aludida función, de forma inconsulta y deliberada, dejando en desamparo el área que le habían sido confiados en desarrollo del servicio de policía que prestaba, omisión con la que propició no solo un riesgo para la comunidad que se encontraba en la jurisdicción del cuadrante N.º 18, sino además, que generó una perturbación real de carácter institucional que también se concretó en la infracción a los deberes funcionales del Policial.

De manera que, aunque el censor pretenda indicar que no se produjo la afectación del bien jurídico porque no se causaron novedades que implicaran la participación activa de los policiales, es necesario indicar que el Servicio corresponde a un bien jurídico de relevada importancia para la Fuerza Pública y su correcto funcionamiento, por lo que “la sola acción de abandonarlo constituye, en sí misma, una lesión material –y no simplemente formal- del interés que se busca proteger”. Razón por la cual, no es necesario que se produzca otro tipo de consecuencia para dar por superado el principio de la antijuridicidad material en los tipos penales propios de los militares, pues se parte de la “necesidad de poder sancionar, desde una perspectiva claramente institucional y especializada, aquellos comportamientos que, de manera particular, afectan la buena marcha de la Fuerza Pública y los bienes jurídicos que a ella interesan”. **(Rad. 158753 M. P. TC Wilson Figueroa Gómez de noviembre 19 de e 2019).**

Sentencia concordante:

Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 158851 de marzo 10 de 2021.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- Análisis de la antijuridicidad en delitos contra la administración pública.

“...para que pueda tildarse de antijurídica una conducta típica, debe haber menoscabado materialmente, o haber puesto en peligro -también materialmente-, el bien jurídico protegido, en este caso la administración pública, teniendo en cuenta en que el Derecho Penal puede intervenir en los casos en que esto último ocurra, pues si no es así, habrían otros medios para resolver el conflicto social presentado con la conducta del procesado o de quien haya sido acusado por la comisión de un delito.

(...) Así entonces, si lo material de la antijuridicidad resulta de lo positivo, es decir, si hubo daño, o se produjo un peligro concreto, es esta una valoración y no simplemente una consecuencia llana y directa de la conducta en principio hipotéticamente punible, que en cada caso concreto debe evaluarse, bajo los precisos hechos circunstanciados verificados”. Decisión: Confirma absolucón. **(Rad. 156211. Peculado Culposo. M. P. CN (r) Jorge Iván Oviedo, junio 30 de 2010).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- Antijuridicidad material en el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales.

“...efectivamente en el período en que el procesado faltó a sus deberes profesionales se afectaron las condiciones normales en que debía desarrollarse el servicio, por lo que resulta innegable que la inconsulta dejación de sus funciones lesionó de manera efectiva el bien jurídico tutelado en la norma de prohibición que recoge el punible por el que fue acusado, puesto que su ausencia afectó el cumplimiento de las específicas funciones como soldado profesional del Ejército Nacional, particularmente como guía canino en la unidad de restitución de tierras del eje cafetero, lo que se tradujo en expresión de antijuridicidad material”. **(Rad. 158732, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, septiembre 27 de 2019)**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- Análisis de la antijuridicidad en delitos contra la fe pública.

“... la intención del tipo penal es proteger no solo la verdad que en sí contiene el documento, la cual en principio se evidencia falsificado por la procesada,... sino que además la protección de la fe pública persigue la preservación de la credibilidad que los miembros de la Institución Militar y Policial deben otorgar a los documentos que emiten en desarrollo de sus actividades de servicio, operativas, administrativas y judiciales, con todos los elementos que identifican su función, como sellos, membretes, logos, consignas, novedades.

(...) el inconveniente para la resolución del proceso que nos ocupa se centra específicamente en el elemento fundante del injusto denominado antijuridicidad material, el cual dentro de un derecho penal de estricta protección de bienes

jurídicos se realiza cuando se lesiona o pone en peligro efectivamente el bien jurídico tutelado.

(...) para determinar si la conducta desplegada por URREGO lesionó o puso en peligro el bien jurídico de la fe pública, se requiere en primer término tener en cuenta el carácter fragmentario del derecho penal que enseña que no cualquier lesión o puesta en peligro implica antijuridicidad material, sino solo aquellas que logran poner en riesgo "efectivamente" el bien jurídico..." Decisión. Confirma sentencia condenatoria. (Rad. 149185

M. P. CR (r) Pedro Gabriel Palacios Osma, de febrero 27 de 2015)

Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 8.; Villacampa Estiarte, Carolina, et al. La falsedad documental: análisis jurídico-penal. 1998, pág. 444; Manuel Corredor Pardo. Falsedad documental: ficción social de autor. 1ª ed. 2007. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, págs. 134 y 137. Respectivamente; Gomez López, Jesús Orlando. Teoría del Delito. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2003. P. 833).

COMENTARIO

La antijuridicidad entendida como principio elevado a norma rectora le otorga fuerza vinculante al juez y a los asociados, siendo considerado como el principio de protección de bienes jurídicos y uno de los pilares del sistema penal, entendiéndose este concepto dentro de un contexto político y social, donde el Estado social y democrático de derecho debe velar por el amparo de los intereses del conglomerado social, estableciendo una ponderación para signar aquellos que tengan importancia fundamental, como garantía de vida social posible, y plasmarlos en la ley.

La Corte Suprema de Justicia signa que la antijuridicidad exige, además del desvalor de la conducta, que concurra el desvalor del resultado, es decir, que de manera efectiva ponga en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, luego, para que una conducta típica sea antijurídica debe reunir el aspecto formal, es decir que sea contraria a derecho y material que lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal descrita.

Así mismo, a este principio rector se la asigna un carácter supralegal en lo atinente a la antijuridicidad material al afirmarse que la responsabilidad penal requiere un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente a una intención que se juzgue lesiva. En lo atinente a la antijuridicidad material como resultado del positivismo sociológico es entendida con el daño real al bien jurídico protegido, en tanto la formal como resultado del positivismo jurídico, es el resultado de la contrariedad de la conducta con la norma positiva.

Artículo 18. Culpabilidad.

Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Concepto de culpabilidad en un proceso penal.**

"Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva" **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Suárez Rosero vs. Ecuador Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Culpabilidad en el aspecto Estatal.**

"Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente

a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando este no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala Sentencia del 8 de marzo de 1998 (Fondo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Concepto de culpabilidad en derecho penal para la CIDH.**

"La imputabilidad, desde la perspectiva penal -vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si este carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigirá, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que

no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal". **Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Carga de la prueba invertida.**

"El artículo 149 del Código Penal distribuye "muy mal" la carga de la prueba, ya que, según este, corresponde al acusado demostrar la verdad de las afirmaciones. Establece la exceptio veritatis de forma errónea porque aplica la figura como una causa de exculpación que opera luego de demostrada la antijuridicidad y culpabilidad del querellado, cuando teóricamente es una figura que implica una causa de justificación por medio de la cual, una vez demostrada la verdad de las afirmaciones, no habría acción típica, antijurídica y culpable, y se eliminaría tanto la responsabilidad penal como la civil. Es un absurdo que si se ha probado la verdad la acción sea típica y antijurídica. El artículo 149 del Código Penal de Costa Rica revierte la carga de la prueba, atenta contra principios procesales importantes como el principio de la presunción de inocencia y restringe seriamente la crítica contra los funcionarios públicos". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Punibilidad de la acción en Justicia Penal Militar.**

"Por lo tanto, la observación de los hechos desde la óptica de los derechos humanos no puede ser indiferente a la proporcionalidad que exista entre la violación de los derechos y el despliegue de las garantías –en la vertiente de la justicia penal– a las que se ha comprometido el Estado. Esta observación, como dijo, no se traduce en el relevo de las funciones del Juez Natural por el juez internacional y en la determinación, por parte de este, de la tipicidad, la culpabilidad y la punición de una conducta delictuosa, con la que se violan derechos humanos". **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Vargas Areco vs. Paraguay Sentencia de 26 de septiembre de 2006.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Presunción de inocencia y culpabilidad.**

"El artículo 8.2 de la Convención dispone que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Por ello, la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales". **Corte IDH. Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C N.º 354, Párrafo 387.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **EL principio de presunción de inocencia en la CIDH.**

"El artículo 8.2 por su parte, contiene el principio de presunción de inocencia, según el cual una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De esta garantía se desprende que los elementos que acreditan la existencia de los fines legítimos tampoco se presumen, sino que el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado, quien además debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado. Asimismo, la Corte ha sostenido que la gravedad del delito que se le imputa no es, por sí misma, justificación suficiente de la prisión preventiva". **Corte IDH. Caso Romero Feris vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C N.º 391., Párrafo 101.**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **LA CIDH no tiene estructura de Corte Penal.**

"Al respecto, resulta oportuno recordar lo señalado reiteradamente por esta Corte, en cuanto a que no reviste la naturaleza de un tribunal penal en el que pueda determinarse la responsabilidad penal de los individuos. Así, bajo el artículo 1.1 de la Convención, para establecer que se ha producido una violación de los derechos reconocidos en la misma no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, ni es preciso que se pruebe más allá de toda duda razonable o identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Para esta Corte lo necesario es adquirir la convicción de que se han verificado acciones u omisiones, atribuibles al Estado, y que exista una obligación internacional del Estado incumplida por este". **Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C N.º 392, Párrafo 69**

JURISPRUDENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Decisión judicial con base en culpabilidad.**

"Uno de los principios que limitan la prisión preventiva es el de presunción de inocencia, contenido en el artículo 8.2, según el cual una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De esta garantía se desprende que los elementos que acreditan la existencia de los fines legítimos de la privación preventiva de la libertad tampoco se presumen, sino que el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado, quien, además, debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado [127]. Así, la Corte ha sostenido que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva". **Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador.**

Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C N.º 398, Párrafo 136.

JURISPRUDENCIA- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Concepto en la Convención.**

“El artículo 8.2 de la Convención establece que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” **Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C N.º 398, Párrafo 135.**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **Definición de culpabilidad. El error de prohibición como excluyente de la culpabilidad.**

“Sobre la alegada configuración de un error de prohibición directo invencible en el proceder de L... C..., recuerda la Corte que la categoría dogmática de la culpabilidad (teoría normativa) corresponde a un juicio de exigibilidad personal que recae sobre el autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, porque estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley, sin contar con una justificación. En tanto el dolo, la culpa y la preterintención corresponden a formas de conducta (artículo 21 del Código Penal), la culpabilidad precisa de tres elementos: Imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

Se excluye la culpabilidad cuando se acredita la configuración de un error de prohibición directo que afecta la conciencia sobre la ilicitud de la conducta, reglado en el artículo 32-11 de la Ley 599 de 2000, al disponer que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: “11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Tal yerro tiene lugar cuando el agente: (a) Desconoce la existencia de la norma que sanciona el comportamiento, (b) Conoce la disposición, pero yerra sobre su vigencia o (c) Sabe de la norma, pero al interpretarla erróneamente la considera no aplicable al caso. Las consecuencias dependerán del carácter invencible o vencible del error, pues en el primero no habrá culpabilidad y tampoco responsabilidad penal, mientras que en el segundo se mantiene la imputación dolosa, pero se atenúa la pena por mandato del legislador, dado que hasta ese momento el agente ha realizado una conducta típica y antijurídica.

Resta señalar que el error de prohibición, conforme a la legislación vigente (teoría estricta de la culpabilidad), no requiere conocimiento actual o conciencia de lo antijurídico de la conducta, pues como se precisa en el inciso 2º del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, “para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de

actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”, en cuanto exigir al autor al momento de realizar el comportamiento la representación de estar actuando contra derecho, supone una acreditación probatoria difícil o imposible por tratarse de un estado subjetivo en el proceso de formación de la voluntad del individuo y por ello, no se exige demostrar el conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta, sino que tuvo la oportunidad de actualizar de manera razonable, esto es, conforme a la situación fáctica concreta y a sus condiciones personales, lo injusto de su actuar. **(CSJ, Cas. Penal, Sent., diciembre 4 /2019, Rad. 50.525. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **La culpabilidad como claridad plena de autodeterminación.**

“la culpabilidad también emerge con la claridad necesaria, porque sin duda consciente de la antijuridicidad del comportamiento, el procesado de forma libre y con plena capacidad de autodeterminación, dadas sus condiciones síquicas y físicas, se dispuso a su ejecución, hallándose en circunstancias de haber actuado de manera diferente, esto es, dentro del marco estricto de la ley”. **(CSJ, Cas. Penal, Sent., noviembre 27 /2013, Rad. 42.049. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).**

JURISPRUDENCIA- CORTE CONSTITUCIONAL – Culpabilidad – **valoración – concepto.**

“La jurisprudencia de esta Corporación estableció que la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer”.

“(…) La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto...”.

“... En resumen, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer”. (C. Const C-181-2016 abril 13/2016 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

JURISPRUDENCIA- CORTE CONSTITUCIONAL –
Culpabilidad – **Presunción de inocencia**

“Para que, en el caso concreto de una persona, puedan ser aplicadas las sanciones previstas en la ley, es indispensable, de conformidad con las garantías constitucionales aludidas, que se configure y establezca con certeza, por la competente autoridad judicial, que el procesado es responsable por el hecho punible que ha dado lugar al juicio”.

“(…) **Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.** (C. Const Sent. C-205/2013 marzo 11/2003 M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

JURISPRUDENCIA-CORTE CONSTITUCIONAL –
Culpabilidad – **Supuesto de responsabilidad**

“(…) La culpabilidad es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquéllos sobre quienes recaiga. En esos términos, resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad. También se opone a la Constitución, y de manera flagrante, la norma legal que presuma la culpabilidad del imputado” (C. Const Sent. C-626 de 1996, nov 21/1996. M. P. José Gregorio Hernández).

JURISPRUDENCIA- CORTE CONSTITUCIONAL-
Culpabilidad- Supuesto de Responsabilidad.

“... El presupuesto de la responsabilidad delictual y de la consiguiente imposición de una pena, es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo” (C. Const Sent C- 425/1997, nov 4/1997 M. P. Fabio Morón Díaz).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL- **Diferencia del juicio de
tipicidad con el juicio de culpabilidad.**

“Resulta imprescindible recordar que el dolo que se examina en el juicio de tipicidad, conlleva

una diferencia notable en el aspecto cognitivo al analizado en el juicio de culpabilidad, en el primero, el conocimiento es meramente potencial, denominado dolo avalorado, mientras que en el segundo, esto es en el juicio de culpabilidad, comporta un conocimiento efectivo, actual y actualizable de la antijuricidad de su conducta, que es lo que los doctrinantes y la jurisprudencia, ha denominado el dolo valorado.

Ahora bien, conforme a lo preceptuado en el artículo 24 de la ley 1407 de 2010, la acción dolosa comporta el conocimiento del aspecto objetivo de la conducta punible y que a su vez, el sujeto actúe con voluntad de realizar el hecho, por ello el legislador emplea las expresiones conocer y querer, en suma, el comportamiento doloso está compuesto por un aspecto cognoscitivo referido al conocimiento de la infracción penal y uno volitivo o voluntario, referido a la intención o deseo de realizar esa conducta.

(...) En suma, no basta con la sola demostración de la realización material de la conducta, pues ello corresponde al supuesto fáctico que constituye el factor objetivo del tipo, para su acreditación, se debe realizar un juicio de valor sobre el comportamiento en el que se determinen las circunstancias que rodearon la ocurrencia del hecho, la forma como se realizó, de tal suerte que se pueda inferir la intencionalidad del sujeto de realizar la conducta de la cual tiene conocimiento que se halla descrita como punible en la ley penal.

(...) Realizado el juicio de valoración del injusto, esto es, determinada la tipicidad (aspectos objetivo y subjetivo del tipo) y la antijuridicidad de la conducta, el Juez debe realizar el juicio de valoración de la culpabilidad, entendido como el juicio de reproche y/o juicio de exigibilidad a partir del examen de si el sujeto era imputable, para establecer si le era exigible la conciencia del injusto y dentro de un acto concreto, se le hubiere podido exigir actuar de manera diferente.

(...) El reproche en sede de culpabilidad depende de la capacidad del sujeto derivada de aseveraciones normativas (poder actuar de manera distinta), derivados de los valores del Estado Social de Derecho en especial del reconocimiento de la persona como sujeto capaz de ejercer sus derechos y responder por sus infracciones, en esa medida, el juez debe valorar las condiciones particulares del sujeto para determinar si a este le era posible saber o no, que su comportamiento estaba prohibido por la ley y en esa medida, deberá concluir si carecía o no de razones para haberse adecuado al mandato punitivo (CSJ – CP Radicado 32022 sentencia del 20 de octubre de 2010), por ello, el ingrediente cognitivo del dolo puede deducirse de los mismos actos de naturaleza objetiva que constituyen la acción objeto de estudio y de las circunstancias ocurridas antes o después de ésta (CSJ – CP Radicado 32022 sentencia del 20 de octubre de 2010),

En cambio, la llamada conciencia de la ilicitud conlleva al examen de la acción típica y antijurídica desde la perspectiva del sujeto activo, en cuanto a la posibilidad que el sujeto tiene de conocer si su comportamiento estaba permitido o prohibido por la ley, examen que de manera general no se realiza en los fallos de instancia a menos que sea propuesto por los sujetos procesales (durante la actuación procesal o en la

audiencia de juicio), en tanto que, solo es objeto de debate probatorio si se ha planteado un error de prohibición y bajo esa hipótesis, además de valorar los aspectos objetivos que sustentaron el dolo o la realización del tipo objetivo, resulta de cardinal importancia analizar las circunstancias

relativas a la persona del enjuiciado, como su condición individual, social, económica o cultural, modo de vivir y antecedentes de todo orden (CSJ – CP Radicado 32022 sentencia del 20 de octubre de 2010)”. (Rad. 158441, .P. MY (r) José Libardo Morales Chinome, octubre 28 de 2016).

COMENTARIO

La Corte Suprema de Justicia ha establecido tres (3) elementos para establecer el juicio de culpabilidad: 1) Imputabilidad (capacidad de comprender la ilicitud del acto y capacidad de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión); 2) conciencia de la antijuridicidad y 3) exigibilidad de otra conducta, y su conjunto constituye el juicio de reproche, generando con ello la responsabilidad penal, y en caso de ausencia de alguno de éstos, no se podría emitir juicio de responsabilidad alguno.

Es relevante entender que no se exige el conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta, sino que el agente tuvo la oportunidad de actualizar de manera razonable su conocimiento. La Corporación indica que el error de prohibición directo perturba la conciencia sobre la ilicitud de la conducta, yerro que puede recaer en: (a) desconocimiento de la norma sancionatoria, (b) yerra en la vigencia de la norma que conoce, (c) yerra en la interpretación de la norma que conoce, al considerarla inaplicable al caso. Si el carácter del error es invencible, no habrá culpabilidad y, por ende, tampoco responsabilidad penal, pero si es de carácter vencible, permanece la imputación dolosa, pero la pena se atenúa por mandato del legislador, toda vez que la conducta resulta típica y antijurídica.

Así mismo, la culpabilidad es exigencia que igualmente limita el poder punitivo del Estado toda vez que la misma Constitución Política en su artículo 29 consagra como parte integral del Derecho al Debido Proceso, la presunción de inocencia hasta que la persona haya sido declarada culpable. Garantía constitucional reconocida internacionalmente en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, normas que hacen parte del ordenamiento interno en virtud del Bloque de Constitucionalidad.

Artículo 19. Normas rectoras y fuerza normativa.

Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalece sobre los demás e informan su interpretación.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **Las normas rectoras como pilares del derecho penal.**

“En el ámbito interno, el artículo 1º de la Constitución Política declara que Colombia es un Estado social de derecho, fórmula que se erige como fuente de interpretación de los derechos fundamentales y al mismo tiempo, como principio rector que debe ser concretado en cada ámbito específico del ordenamiento, como sucede con el deber de ceñir toda la actividad estatal a las normas jurídicas y, entre ellas, a aquella que representa una de las más grandes conquistas del mundo occidental: la norma fundamental⁵, que en términos del Tribunal Constitucional Federal Alemán⁶, tiene un efecto irradiador sobre el sistema legal del cual forma parte el derecho penal, y traza los límites respecto de quién puede castigar, a quién se puede castigar y cómo se puede castigar.

De manera, que el modelo teórico y normativo del proceso penal se deriva de la Constitución, la cual lo condiciona al marcar los derroteros que determinan el debido proceso o, de acuerdo con la terminología utilizada por los sistemas internacionales de derechos humanos⁷, del juicio

justo, que se refiere, en lo que al presente asunto atañe, a las condiciones formales y materiales que deben cumplirse para considerar la sanción impuesta al penalmente responsable, como una consecuencia punitiva axiológicamente acorde a la al texto superior y, por ende, merecedora de ser refrendada por el Estado.

Para lograr tal cometido, la norma fundamental incorpora una serie de principios que posteriormente deben ser desarrollados por el legislador y aplicados por los jueces, lo que nos lleva a afirmar que el proceso penal es una de las formas de realización de la Constitución y, al mismo tiempo, como lo ha señalado Roxin⁸, su sismógrafo, y a sostener que el derecho procesal es un derecho constitucional reglamentado⁹. (CSJ, Cas. Penal, Sent., febrero 24 /2016, Rad. 41.712. M. P. José Leonidas Bustos Martínez).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Normas rectoras penales-naturaleza y alcance.**

“Estas normas están dirigidas a servir de guía y orientación, irradiando las demás disposiciones

5 Cfr. Haberle Peter, El Estado constitucional (Héctor Fix-Fierro Traduc.), Universidad Autónoma de México, México, 2001, pág. 2.

6 Cfr. Alexi, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 507, en donde se hace referencia a las sentencias BVerfGE 7, 198 (207) y BVerfGE 34, 269 (280).

7 Cfr. V. gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos,

caso Loaiza Tamayo contra Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (fondo), párrafo 62.

8 Cfr. Roxin Claus, Derecho procesal penal, (Gabriela E. Córdoba y Daniel E. Pastor Traduc.), Editores del puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 10.

9 Cfr. Pastor, Daniel. “El encarcelamiento preventivo”, en: Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?, pág. 149, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2004.

de los códigos a las que pertenecen, al propio tiempo que señalan su sentido y alcance. Cobrando plena relevancia práctica cuando se les interpreta de manera sistemática con las disposiciones especiales que están llamadas a incidir e influenciar. De ahí que su lectura aislada pueda suscitar comprensiones erróneas. Por el contrario, si se integran a las codificaciones de las cuales hacen parte, brindan total coherencia y sentido". (C. Const., Sent. C 775 de 2003, sep. 09/03 M. P. Jaime Araújo Rentería).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL-
Principios jurídicos y reglas jurídicas.

"En la teoría del derecho se reconocen a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento". (...) "La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante las cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen. Así las cosas, mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica." (...) "El concepto de solidaridad opera como un principio cuya fuerza normativa se pone en evidencia en aquellos casos en los cuales entran en conflicto obligaciones definidas de manera específica en

la ley, de cuya eficacia depende la protección de derechos fundamentales. Los principios sirven para sustentar soluciones a los problemas de sopesamiento de intereses y valores, de tal manera que la decisión final no habría sido la misma de no existir dicho principio" (C. Const., Sent. C 818 de 2005, Ago. 09/05 M. P. Rodrigo Escobar Gil).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL- **Normas rectoras son
obligatorias.**

"Por su parte, los artículos 19 y 218 de la Ley 522 de 1999 prescriben que las normas rectoras son obligatorias, prevalecen sobre cualquier otra disposición, postulado que es redimensionado en la Ley 1407 de 2010 "Nuevo Código Penal Militar" en sus cánones 19 y 198 al señalar que las normas rectoras constituyen la esencia y orientación del sistema penal y serán utilizadas como fundamento de interpretación. Fundamentos de tal magnitud son los que ofrecen el punto de solución a la temática discutida y no así la lectura sesgada, exegética y asistemática de los artejos 255 y 256 de la Ley 522 de 1999. Mal se hace al confundir institutos que tienen como punto de solución los mecanismos del impedimento o recusación, como lo es el principio de jerarquía, con precisos contenidos de la jurisdicción y competencia. Conducta Rad. 156198 M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, septiembre 22 de 2010).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional C-111 de 2000 M. P. Álvaro Tafur Galvis, C-444 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz, C-111 de 2000, SU 1884 de 2001. M. P. Eduardo Montealegre L. Tribunal Superior Militar y Policial. Rad. 153388 M. P. CN Carlos Dulce Pereira, de julio 28 de 2009, Rad. 150488, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, de julio 27 de 2009, El Proceso Penal Militar y la Sentencia Anticipada. TC Camilo Suárez y otros. Citando Teleki Ayala. Editorial Ibáñez. Pág. 62.

COMENTARIO

La Corte Suprema de Justicia comparte la posición de la Corte Constitucional y eleva las normas rectoras al rango de principios de contenido filosófico, cuyo propósito es nutrir, orientar e irradiar el sistema penal, señalando además su sentido y alcance. Son guías para la interpretación y aplicación normativa, por eso toma mayor relevancia su interpretación sistemática y no aislada y se integran con el resto del cuerpo normativo construyendo un sistema lógico, coherente y armónico.

TÍTULO II
CAPÍTULO ÚNICO
DE LA CONDUCTA PUNIBLE

Artículo 20. Delitos.

Los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública son los descritos en este Código, los previstos en el Código Penal común y en las normas que los adicionen o complementen.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **La Justicia Penal Militar no está instituida exclusivamente para juzgar delitos típicamente militares.**

"De acuerdo con la ley vigente, entonces, no es un criterio a tener en cuenta en la fijación de la competencia que la conducta imputada al integrante de la Fuerza Pública esté descrita

en uno u otro Código, en consideración a que la Justicia Penal Militar no se encuentra instituida exclusivamente para la investigación y juzgamiento de delitos típicamente militares sino igual de delitos comunes cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, a condición –claro está– de que los realicen en ejercicio activo de sus funciones y estén las conductas relacionadas con ellas. Así las cosas, que se le haya imputado al procesado una conducta punible prevista en el Código Penal común no es una razón en la cual se pueda fundamentar un planteamiento de incompetencia de la Justicia Castrense para adelantar el presente proceso”. (CSJ, Sent. Casación N.º 20754, agos. 23/2006. M. P. Yesid Ramírez Bastidas).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Competencia de la Justicia Penal Militar aquellos delitos comunes que mantienen relación directa con la función constitucional.**

“Por consiguiente, son de competencia de la jurisdicción penal militar no sólo aquellos delitos que por su naturaleza únicamente pueden ser cometidos por los miembros activos de la Fuerza Pública, tales como el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la insubordinación, la cobardía, el delito de centinela, etc., sino aquellos comunes que se relacionen directa y sustancialmente con las funciones que constitucionalmente está llamada a cumplir la Fuerza Pública”. (CSJ, Sent. Casación N.º 30575, Feb. 23/2011. M. P. José Leonidas Bustos Martínez).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Marco referencial. Delitos comunes y típicamente militares.**

“Los delitos de carácter común son los que usualmente, por su naturaleza, dan lugar a perplejidades en cuanto a deducir el fuero de carácter militar. Es corriente, en un principio, considerar los mismos como ajenos a la función castrense. Pero este general y apriorístico criterio, no resulta de fatal aplicación. Cuando esta clase de infracción aparezca como realizada dentro del ejercicio de un servicio de carácter militar, a no dudarlo, debe discernirse el fuero. Pero la función castrense debe aparecer nítida, esto es, que no se dude que se estaba en su desempeño legítimo y que, como consecuencia de su aplicación, que inicialmente no envolvía la comisión de hecho delictuoso alguno, ocurrió eventualmente el hecho criminoso. (...) No es posible, entonces, que delitos comunes, cometidos por militares en servicio activo, pero ajenos a su actividad oficial, y que se puedan mostrar conexos con delitos propios del fuero castrense, se unifiquen, para su conocimiento por parte de los tribunales militares. Debe procederse a separar unos de otros: aquellos irán a la justicia ordinaria y éstos pasarán a la justicia penal militar”. La Constitución se ha ocupado de trazar las coordenadas básicas de la justicia penal militar. Cometido específico del Código Penal Militar será el de especificar, por vía general, los comportamientos que dentro de dicho marco quedan sometidos a la justicia penal militar. Los tipos penales típicamente

militares no pueden acuñarse sin tomar en consideración las características propias del servicio militar y policial. En algunos casos, los tipos penales comunes se incorporan en el Código Penal Militar, con el objeto de introducir elementos y circunstancias inherentes al servicio que presta la Fuerza Pública y que resulta conveniente tomar en consideración. Finalmente, el Código Penal Militar - entre otras opciones reservadas al campo de libertad configurativa del legislador -, puede efectuar un reenvío a la legislación penal ordinaria, en lo concerniente a los tipos penales no considerados expresamente, pero que pueden eventualmente ser violados por parte de los miembros de la Fuerza Pública al dar cumplimiento a las misiones relacionadas con actos y operaciones vinculados con el servicio. En este último caso, el legislador puede limitarse a trasladar literalmente al Código Penal Militar los tipos penales ordinarios, siempre que se determine como elemento del tipo la relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial. De lo contrario, sin justificación alguna se expandiría la justicia penal militar y, además, ella adoptaría un sesgo puramente personalista, ajeno por entero a la finalidad que la anima y que apunta a preservar la legitimidad que ha de rodear todo acto de disposición y uso de la Fuerza Pública. En el plano normativo el legislador no puede, pues, construir los tipos penales militares, modificar los tipos penales ordinarios o incorporarlos en el Código Penal Militar, sin tomar en consideración lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios del servicio militar y policial.

La justicia penal militar está montada sobre dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal - miembro de la Fuerza Pública en servicio activo - y, otro, de índole funcional - relación del delito con un acto del servicio. Por consiguiente, el legislador no puede sin más alterar este equilibrio”. Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la Fuerza Pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar. Tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes cuyos elementos, de una o de otra manera, han sido modificados con el objeto de adaptarlos al contexto de la función militar o policiva, el concepto de servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, que toma de estas características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas.

En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acusada los elementos personal y funcional que integran la justicia penal militar. En el tercer caso - recepción pasiva de tipos penales comunes -, el riesgo de reforzar el elemento personal de la justicia penal militar en detrimento del elemento funcional es definitivamente mayor, lo que debe llevar a la Corte a un examen más estricto y riguroso sobre esta parte de la normativa, máxime si se repara en que por dicho sendero el fuero puede fácilmente trocarse en privilegio y, paralelamente, el derecho especial extender su dominio a costa del derecho

penal común y de la jurisdicción ordinaria. Antes de decidir acerca de la aplicación del derecho penal militar en un caso concreto es indispensable que el juez, al analizar el contexto fáctico en el que se cometió el acto delictivo, distinga y confronte la conducta efectivamente realizada y la operación o acción propios del servicio. Tratándose del delito típicamente militar y del delito común adaptado a la función militar - o "militarizado" como lo señalan algunos autores -, tanto el elemento personal como el funcional, constitutivos de la justicia penal militar, son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente. En el caso de los delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del Código Penal Militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal, que supedita la competencia de la justicia penal militar a su vinculación directa con un acto u operación propios del servicio, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho penal aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el Juez Natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del Juez Natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario". (CSJ, Auto, agos. 23/1989 M. P. Gustavo Gómez Velásquez).

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Especialidad de los delitos militares.**

"El legislador dentro de su órbita de libertad de configuración y atendiendo razones de política criminal y, sin introducir distinciones arbitrarias e irrazonables, puede estimar que existen unos bienes jurídicos de mayor relevancia que otros así la punibilidad sea menor, atendiendo la naturaleza misma de la institución que se está regulando y la especialidad de los delitos militares." (...) "El derecho penal militar es un derecho especial en que la mayoría de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, supone la infracción grave de los deberes especiales que se encuentran relacionados con la disciplina a la cual se encuentran obligados los militares y con los deberes especiales en relación con el servicio, precisamente por ello, el legislador les ha otorgado un plus de antijuridicidad excluyéndolos de los beneficios o subrogados penales." (C. Const., Sent. C 709 de 2002, sept. 03/12 M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

..... Sentencias Concordantes:

C. Const., Sent. C-774/01 y C-549/97, C. Const., Sent. C-368/2000, C. Const., Sent. C-361 de 2001.
.....

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **La Legislación Penal Militar, tipifica conductas reprochables de la Función Militar y Policial.**

"El Código Penal Militar regula aquellos comportamientos en los cuales un miembro de la Fuerza Pública, a pesar de encontrarse ejecutando una misión o tarea propia de sus funciones, voluntaria o culposamente, la altera radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante, tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial." (...) "La jurisprudencia ha puntualizado que existe una libertad de configuración del legislador, no sólo al establecer tipos penales ordinarios, sino que conserva la misma potestad tratándose de punir conductas en el Código Penal Militar, los procedimientos establecidos para investigar y juzgar las mismas, e incluso remitir para aplicación en esa jurisdicción especial normas de la legislación penal ordinaria, siempre que sea respetada la relación que deben guardar con los actos propios del servicio." (...) "no pueden juzgarse violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones que la ley asigna a las Fuerzas Militares, los que deben someterse a los tribunales ordinarios" (...) "no es la ubicación del delito en uno u otro código lo que determina la competencia de la justicia penal militar y el sometimiento a las reglas procesales fijadas para el procesamiento ante los tribunales militares o cortes marciales" (...) "los delitos que se investigan y sancionan a través de la jurisdicción penal militar no pueden ser ajenos a la órbita funcional de la Fuerza Pública, resultando como justiciables por ésta únicamente los que cometan, (i) los miembros de la Fuerza Pública, (ii) en servicio activo, (iii) cuando cometan delitos que tengan 'relación con el mismo servicio', es decir, los que se derivan directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley o los reglamentos les han asignado." (C. Const., Sent. C 1184 de 2008, dic. 03/08 M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

C. Const., Sent. C-200 de 2002, C. Const., Sent. C-592 de 2005, C. Const., Sent. C-591 de 2005, C. Const., Sent. C-358 de 1997, C. Const., Sent. C-737 de 2006, C. Const., Sent. C-878 de julio 12 de 2000, C. Const., Sent. C-141 de marzo 29 de 1995, C. Const., Sent. C-399 de septiembre 7 de 1995.

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Derecho Penal de acto y no de autor.**

"(...) La jurisprudencia de esta Corporación estableció que la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad

de la pena a imponer". (C. Const., Sent. C 181/16 abril 13/16 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

C. Const., Sent. C-261 de 1996, C. Const., Sent. C-430 de 1996, C. Const., Sent. C-144 de 1997, C. Const., Sent. T-718 de 2015, C. Const., Sent. C-060 de 1994, C. Const., Sent. C. Const., Sent. C-077 de 2006.

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL-
Conductas punibles de miembros de la Fuerza Pública.

"conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario" (...) "las jurisdicciones penales militares conllevan una afectación del principio de igualdad ante los tribunales y el Juez Natural que sólo son admitidas en razón de su especial ámbito de competencia material y personal, razón por la cual conoce únicamente de los delitos estrictamente militares, es decir aquellos que afectan específicamente bienes jurídicos militares, imputados a personal militar. Sostienen que la doctrina penal contemporánea ha desarrollado un criterio substantivo o material para caracterizar y definir el delito militar, basado en la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal y, consecuentemente, la condición de militar o policía del sujeto activo." (C. Const., Sent. C 084 de 2016, feb. 24/16 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva)

C. Const., Sent. C-178 de 2007, C. Const., Sent. C-216 de 2007, C. Const., Sent. C-427 de 2008, C. Const., Sent. C-599 de 2010, C. Const., Sent. C-579 de 2013, C. Const., Sent. C-577 de 2014.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Delitos comunes cometidos por miembros de la Fuerza Pública.**

"Si bien es cierto, el delito de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales no corresponde a un tipo penal propiamente castrense, ello no es lo que determina la aplicación del fuero penal militar, como lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional. La investigación y juzgamiento de los delitos comunes es competencia de la jurisdicción especializada, conforme el artículo 171 del Código Penal Militar de 2010, cuando las conductas punibles sean cometidas por un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y estas tenga relación con el mismo servicio" (Rad. 158340, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, abril 29 de 2016)

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Delitos típicamente militares y los delitos militarizados.**

"(...) Siendo este el estado del arte, resulta necesario precisar que el legislador al expedir el código penal militar ha consagrado los denominados por la doctrina y la jurisprudencia, delitos típicamente militares y los delitos

militarizados, los cuales en el plano normativo, el propio legislador al incorporarlos en el tráfico jurídico de antemano ha examinado la relación con el servicio, imprimiéndoles las características y exigencias propias como ingredientes normativos (C. Const. Sentencia C-533 de 2008). Negrilla fuera de texto original.

Los denominados delitos típicamente militares son aquellos en cuya estructuración contiene elementos y características propias del servicio militar y policial, los cuales protegen bienes jurídicos que guardan una relación íntima, intrínseca, exclusiva, esencial y fundamental con el funcionamiento y la estructura de estas Instituciones, necesaria para el cumplimiento de la misión asignada a ellas, como la disciplina, el servicio, los intereses de la Fuerza Pública, el Honor, la Seguridad de la Fuerza Pública, etc.

Por su parte, los denominados delitos militarizados, comprende aquellos tipos penales comunes, a los cuales el legislador le ha incorporado elementos y circunstancias propias del servicio militar y policial, incorporados en la parte especial, Título VII de la ley 1407 de 2010 y que protege el bien jurídico de la administración pública, como el peculado sobre bienes de dotación; peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos; tráfico de influencias para obtener ascensos, distinciones o traslados; abuso de autoridad especial y omisión de apoyo especial.

Además de los anteriores tipos penales, el legislador incorporó al Código Penal Militar por vía de remisión legislativa, el catálogo de delitos comunes previsto en el código penal y demás leyes complementarias, previsión legislativa introducida en la ley 522 de 1999 (anterior código penal militar), artículo 195, norma que fue declarada exequible en sentencia C-878 de 2000 proferida por la Corte Constitucional, disposición que fue reproducida de manera idéntica en el actual estatuto punitivo (Ley 1407 de 2010), artículo 171". (Rad. 158535, homicidio Culposo, M. P. MY (r) José Liborio Morales Chinome, julio 31 de 2017)

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Corte Constitucional: C 358/97, C 533/08, C 878/00, C 469/09.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Delitos comunes cometidos por miembros de la Fuerza Pública.**

"Sea lo primero señalar que, aunque el delito de homicidio agravado corresponde a un delito común no incluido en el estatuto penal castrense, su investigación y juzgamiento puede ser competencia de la justicia militar y policial siempre y cuando se acredite que el uniformado al momento de los hechos se encontraba en servicio activo y que su actuar se vincula directa y próximamente con el servicio". (Rad. 159412, M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, febrero 25 de 2021)

COMENTARIO

El Tribunal Superior Militar ha sido enfático en explicar que los miembros de la Fuerza Pública pueden ser investigados y sancionados tanto por los delitos que se encuentran descritos en la Ley 1407 de 2010, como también los que se encuentran tipificados en la Ley 599 de 2000 y las normas que las modifican, adicionan y complementan; esto quiere decir que no existe una protección para el integrante de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional, que actúa contrario a la normatividad penal ordinaria, pues, también puede ser sujeto activo de las conductas punibles descritas en ella.

Artículo 21. Formas.

Los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública pueden ser realizados por acción o por omisión.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Posición de garante respecto de los miembros de la Fuerza Pública.**

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que la Fuerza Pública es garante cuando se presenta la creación de riesgos para bienes jurídicos o el surgimiento de deberes por la vinculación a un órgano estatal.

(i) Los riesgos para los bienes jurídicos se presentan no solo por la tenencia de objetos, sino también de “personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación”, de modo, que el superior en mando tiene la obligación de tomar medidas necesarias para impedir que individuos que estén bajo su efectivo control desplieguen conductas que violen los derechos fundamentales.

(ii) En relación con las autoridades, ha sostenido esta Corte que adquieren dicha posición cuando “se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho”; pero como el Estado no puede responder en el ámbito penal, “el juicio recae en el titular de la función correspondiente”. Por ello, para que el miembro de la Fuerza Pública sea garante se necesita que “en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos”.

(iii) Respecto de la Fuerza Pública, la Constitución le ha asignado una posición de garante, en razón a que les corresponde el deber constitucional de proteger a la ciudadanía, teniendo como fin la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio, el orden constitucional y asegurar la convivencia pacífica.

La jurisprudencia ha establecido que la posición de garante “significa que el título de imputación se hace (...), sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia)”. Asimismo, la Corte ha indicado que “las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”.

Por ello, “(i) el autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado

les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa; ii) en la tentativa por omisión – el garante retarda dolosamente la acción de salvamento o ésta no hubiera evitado la producción del resultado- el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente -por el grado de desarrollo de la infracción de la norma- porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo y, iii) el conocimiento del riesgo (que sirve para deslindar el dolo de la imprudencia) no modifica la naturaleza de la conducta realizada (la grave violación a los derechos humanos). Es decir, en todos los casos mencionados hay unidad del título de imputación”.

Lo expuesto no implica que una vez comprobada la posición de garante se constituya la responsabilidad, ya que se hace necesario que cumpla con los elementos del delito, donde puede suceder que el garante no sea penalmente responsable, debido a: (i) ausencia de dolo, (ii) ausencia de culpa o (iii) estado de necesidad justificante por conflicto de deberes”. (Sentencia T-1003/12, noviembre 26/2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **la acción no se equipara con un movimiento muscular como alterador del mundo físico, sino desde un punto de vista normativo (Omisión propia e impropia) verificando el nexo de evitación. Aplicación de fórmula de las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.**

“El comportamiento delictivo puede consistir en una acción positiva que determina una variación en el mundo exterior, pero también puede derivarse de una acción negativa, es decir, de índole omisiva, así definida por el legislador al incluir taxativamente el deber, cuyo incumplimiento sanciona independientemente del resultado (omisión propia), como ocurre con los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros.

No obstante, hay ocasiones en que el resultado producido con una conducta activa por antonomasia, es conseguido a través de una omisión, esto es, de un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley (omisión

impropia o comisión por omisión), para lo cual se utiliza por regla general la fórmula de las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Hoy, la acción no se identifica con un movimiento muscular como transformador del mundo físico, sino desde un punto de vista normativo, así también se entiende el comportamiento omisivo del cual se entra a verificar el nexo de evitación, esto es, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado". (CSJ, Cas. Penal, Sent. nov. 14 /2007, Rad. 28017. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - Comisión por omisión en delitos dolosos. Posición de garante, concepto y evolución.

“Tratándose de acciones negativas o de índole omisivas, suelen distinguirse las de omisión propia, cuando se sanciona el incumplimiento del deber definido por el legislador independientemente del resultado, como en los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233 CP), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros, y las de omisión impropia o comisión por omisión, que tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión. Para este comportamiento omisivo se entra a verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado, y a fin de equiparar la causación de este y la relación del omitente con el bien protegido, se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, precisar así quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia. La posición de garante (Garantenstellung), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que este se produzca cuando es evitable. La Corte (CSJ SP 14 Nov. 2007, rad 28017), se ocupó de reseñar cómo la jurisprudencia a la luz del Código Penal de 1980 y de la Constitución Política de 1991, estableció los criterios normativos para configurar los deberes de aseguramiento o las obligaciones de actuar y que de cumplirlas el sujeto evitaría la producción del resultado (garante de la evitación del resultado). Allí se destacó que en el Decreto-Ley 100 de 1980 al consagrar como modalidad del hecho punible tanto la acción como la omisión (art. 19), también se previó en el artículo 21 el principio de causalidad, según el cual, «Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de este no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo». De tales preceptos emerge la «cláusula de equivalencia» entre acción y omisión, equiparando la acción con el no hacer y no impedir conscientemente el resultado. Se subrayó que si bien en el anterior estatuto

sustantivo no se precisaron los deberes jurídicos o las fuentes de la posición de garante y con la Constitución Nacional de 1886 se dificultaba la punición de conductas omisivas impropias, en cuanto mediaba una amplia discrecionalidad judicial para integrar la comisión por omisión, con la Constitución Política de 1991 y el replanteamiento del modelo sociopolítico del Estado, el fundamento de las relaciones entre gobernantes y gobernados, el ámbito de las garantías ciudadanas, el establecimiento y preeminencia de valores superiores que se dio con la expedición de la nueva norma superior, se establecieron deberes jurídicos no sólo para los servidores públicos, sino para los particulares, que les fija, en uno y otro evento, el deber de evitar ciertos resultados típicos. Principalmente, desde el artículo 1º de la Constitución Política al contemplar que Colombia es un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, así como por la consagración en el artículo 95 de los deberes y obligaciones ciudadanos, específicamente el de «obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas», se dijo que se predicaban deberes de competencia institucional y también por organización, es decir, obligaciones normativamente específicas para los servidores públicos que como agentes estatales deben siempre atender los fines esenciales del Estado, o deberes generales de los ciudadanos de velar por la conservación de determinados bienes jurídicos. En la posición de garante que surge de la competencia institucional, como obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del propio artículo 2º del texto superior, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Así mismo, del artículo 6º del mismo texto al contemplar que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se dibujan unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos. Y ya tratándose de miembros de la Fuerza Pública, se ha dicho que proviene de las finalidades de las Fuerzas Militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (artículo 218 ejusdem). A su turno, en aplicación del bloque de constitucionalidad se ha acudido a Instrumentos Internacionales, como las normas del Derecho Internacional Humanitario que protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, específicamente, los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y 8 de junio de 1977, que en sus artículos 4º y 13 preceptúan: Artículo 4. Garantías fundamentales. 1º. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o

no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. Artículo 13: Protección de la población civil. 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. 2° No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. 3° Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. De esa forma, como el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto. Desde el punto de vista del Estado democrático, edificado sobre las ideas de libertad de las personas y de su igualdad, y de un concepto de su dignidad que pasa en esencia por la atribución de ambas cualidades, se revela como necesaria la protección de quienes carecen de capacidades de autoprotección.

Más allá de la idea del Estado democrático y derivada ya de la propia idea del Estado viene a colación la función de defensa de la colectividad frente a los ataques externos, la función de protección de los ciudadanos frente a los ataques de otros conciudadanos, y la protección de los ciudadanos y de la sociedad frente a los daños graves que proceden de la naturaleza. "Estos deberes del Estado democrático deben constituirse como deberes de garantía al menos en dos grupos de supuestos. En primer lugar, en el caso de los deberes de protección de quien no tiene capacidad de protegerse, porque no se trata de proteger de cualquier modo su autonomía, o los presupuestos de su autonomía, sino de protegerla de un modo equivalente a la autoprotección de quien sí puede desempeñar tal función. En segundo lugar, en los casos en los que el Estado limite la autonomía del individuo para su autodefensa, limitando por ejemplo la posesión y el uso de armas y las posibilidades de autodefensa agresiva, pues debe compensar esa limitación con la asunción plena y equivalente de las funciones de defensa impedidas" No se desconoce que con la Ley 599 de 2000 se precisaron normativamente las posiciones de garante en las cuales la persona tiene la obligación de controlar o proteger determinado bien jurídico o de vigilar a otras personas ante una fuente de riesgo, pues en el artículo 10 y como principio rector se plasmó la necesidad que, en sede de tipicidad, en los tipos de omisión el deber esté consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley, en tanto que el artículo 25 prevé, La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia

de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales. La norma establece cuatro situaciones de las que se reputa la posición de garante, de ahí que la fuente de la misma debe entenderse estrictamente normativa. El numeral primero alude a la asunción del agente sobre una fuente de riesgo o la protección sobre una persona; el segundo y el tercero se refieren a deberes positivos emanados de las relaciones institucionales que a su vez se fundamentan en expectativas de acción en donde el garante debe prestar ayuda. Esos deberes positivos emergen de instituciones como el matrimonio, las relaciones paternofiliales, las de confianza y los deberes del Estado frente a los ciudadanos. El numeral cuarto apunta a deberes negativos que se dan cuando el agente crea un comportamiento antecedente de índole antijurídico promotor de un peligro o de una situación riesgosa, surgiéndole el deber de asegurar esa fuente de riesgo o de adoptar las medidas de salvamento que correspondan. Para hechos acaecidos con anterioridad al Código Penal de 2000, por ejemplo, en casos similares de «masacres» cometidas por los grupos armados al margen de la ley con la participación omisiva de miembros de la Fuerza Pública, se ha aplicado tal categoría jurídica, pues desde el propio bloque de constitucionalidad el Estado se constituye en garante, posición que se materializa a través de sus agentes o servidores públicos. Ello impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible, siempre que concurren estos elementos. 1. Situación de peligro para el bien jurídico. 2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado. 3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado. 4. Producción del resultado. Como corolario de lo expuesto, incurre en delito por vía de la omisión impropia aquél en quien concurren los requerimientos para que ostente la posición de garante, correspondiéndole la misma sanción del delito que se ejecuta por una conducta activa". (CSJ, Sent. Casación N.º 35113, jun. 5/2013. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

SENT. CONC. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.,
Rad. 25536 del 27 de julio de 2006, Rad. 26409
del 04 de febrero de 2009. Rad. 46604 del 12
de octubre de 2016.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL- **Acción u omisión son
elementos objetivos del tipo penal.**

“En consecuencia, al realizar el juicio de valoración del injusto se han de analizar tanto los elementos subjetivos (dolo, culpa y preterintención) y objetivos del tipo penal (sujetos, acción u omisión, objeto material y nexo funcional), como también los elementos especiales entre los que se destaca el ingrediente normativo concebido particularmente para el delito de desobediencia como corresponde a “orden del servicio”. (Rad. 158762. M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, julio 29 de 2019).

COMENTARIO

Si bien es cierto, este artículo se circunscribe al idéntico contenido temático descrito en el primer inciso del artículo 25 del Código Penal, en nuestro ordenamiento no se especifica literalmente “la cláusula de equiparación o equivalencia” para la acción u omisión, solo se infiere por abstracción.

Ahora bien, pese a que tampoco se señalan las situaciones que generan posición de garante para los miembros de la Fuerza Pública, la Corte ha sido clara en su evolución jurisprudencial respecto al tema que se circunscribe a los planteamientos filosóficos y dogmáticos de la Corte Constitucional, que para la Fuerzas Armadas tiene fundamento en el artículo 95 de la Constitución, en donde se extrae la exigencia social de solidaridad que enruta la posición de garante general y desde una óptica de competencia institucional impone deberes irrenunciables al Estado social y democrático de derecho, como es el cumplimiento pleno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, atribuyendo a los Militares y Policiales un deber de garantía, un deber de actuación, de control de riesgos, sean los que emanen de una fuente o los que se ciernan sobre un objeto.

Artículo 22. Tiempo de la conducta punible.

La conducta punible se considera realizada en el tiempo de su ejecución, o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Núcleo conceptual de los delitos de mera conducta y delitos de resultado.**

“En los tipos penales denominados también de mera actividad, basta realizar el comportamiento definido en la norma, sin que se requiera la producción de un evento modificador específico como efecto de la acción, de manera que la conducta se consuma con la realización de la descripción típica, independientemente de que se dé o no un suceso distinto de la conducta misma; a diferencia de los tipos penales de resultado, en los cuales la ejecución de la acción que está representada en el verbo rector, debe acompañarse de la consecuencia que táctica o expresamente se describe en la norma para que se entienda consumada (como causar la muerte, privar de la libertad de locomoción, apoderarse de cosa mueble ajena, obtener provecho ilícito, fabricar o circular moneda falsa, confeccionar o adulterar documento).” (CSJ, Sent. Casación N.º 48192, mar. 21/2018. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Evolución jurisprudencial. Unidad de acción delitos de ejecución instantánea.**

“De tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el concepto de unidad de conducta o unidad de acción, principalmente para los delitos de ejecución sucesiva, cuando los mismos se realizan con un «dolo unitario, no renovado, con

un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención...» (CSJ AP, 20 feb. 2008, rad. 28880). Sin embargo, en la decisión CSJ SP, 9 mar. 2016, rad. 39464, se dijo que en los delitos de ejecución instantánea se puede acudir al concepto de unidad de conducta, cuando los mismos se realizan «mediante actos diversos prolongados en el tiempo», a efectos de determinar «cuándo opera su consumación y de ahí el momento a partir del cual empieza a correr el término de prescripción de la acción penal (...), pues es claro que, frente a tal supuesto, tendría la connotación de un verdadero delito continuado». Así, en el proceso CSJ AP, 25 nov. 2015 rad. 46934, por ejemplo, la Corte estudió un caso de prevaricato por acción en el que se dio aplicación al concepto de unidad de conducta o de acción. Allí se dijo que, al margen de que en estricto sentido la jurisprudencia aceptaba su aplicación cuando se trataba de delitos cometidos en contra del patrimonio económico y en los delitos continuados, la existencia de una unidad de delito «no opera [de manera] apenas teleológica, esto es, porque se tenga una idea criminal general y ella abarque todas las conductas (...), sino en virtud de que pese a poder diferenciarse como efectivamente delictuosa cada conducta individualizada, todas ellas se atan por ocasión del querer criminal común o inicial».

De ahí que a partir de dicho criterio jurisprudencial, en un asunto en el que la defensa alegaba la existencia de una unidad de conducta en relación con la sentencia de tutela y los autos

proferidos en el curso del incidente de desacato señalados como manifiestamente contrarios a la ley, la Sala advirtió que, en los casos en que existen varias decisiones que se tildan de prevaricadoras, en cuanto a su comprensión como una unidad, será necesario el análisis de cada una para determinar en ellas los componentes de tipicidad objetiva y subjetiva, pues dicho delito se considera dogmáticamente como de ejecución instantánea (CSJ SP, 13 jun. 2018, rad. 52321). Pero el estudio de unidad de conducta para punibles de ejecución instantánea como el prevaricato por acción no ha sido solo recientemente. En providencia CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021, sustentada en la tesis de la unidad de acción desarrollada desde esa época, esta Corporación analizó un concurso de prevaricatos por acción atribuidos a un juez laboral por el conocido desfalco a Folconpuertos dentro de tres procesos laborales independientes.

En esa oportunidad se advirtió que, pese a que en cada proceso laboral el funcionario emitió varios autos ilegales infringiendo diversas disposiciones del procedimiento laboral, no hay lugar para deducir un delito de prevaricato por cada norma trasgredida, «por cuanto se advierte que hacen parte de un contexto de acción más amplio, encaminado a crear ilícitamente un título ejecutivo a cargo de un ente oficial». Por tanto, se concluyó que cada irregularidad, cada ilicitud recorrida en la dinámica establecida con el propósito de elaborar un proceso que le diera sustento formal a la determinación perseguida, está integrada en una sola acción prevaricadora. Ahora, en relación con el concepto y requisitos del delito continuado, pertinente la ya invocada decisión CSJ AP, 20 feb. 2008, rad. 28880, en la que la Sala precisó: El legislador considera la existencia de un solo delito cuando un mismo sujeto dentro de un propósito único comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe homogeneidad. De tal manera, el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracterizan por la homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador.(...) Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que este es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado sino que se está en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso. Y aunque el delito de prevaricato por acción se consume cuando el servidor público profiere la

decisión contraria a derecho, esta Corporación ha precisado que de ninguna manera los institutos o fenómenos del delito de ejecución instantánea y el delito continuado son antinómicos o se repelen, vale decir, el que la ilicitud se repete de inmediata consumación, no obsta para que pueda asumirse materializado, en un caso concreto, un delito continuado respecto de esa misma conducta típica. Esto, por cuanto el llamado delito continuado, instituido en su forma de punición por el parágrafo del artículo 31 del CP, corresponde a una ficción jurídica que busca delimitar en un solo objeto de persecución penal lo que ontológicamente corresponde a varias y separables ejecuciones punibles que se ligan, en calidad de factor común aglutinante, por el propósito que desde el inicio animó al autor (CSJ AP, 28 may. 2014, rad. 43803).” (CSJ, Sent. Casación N.º 55368, feb. 19/2020. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL – EJECUCIÓN DELITO.

“ (...) El legislador al momento de tipificar una nueva modalidad de receptación violó el principio de legalidad en la medida en que con su actividad no se terminó protegiendo un determinado bien jurídico constitucionalmente válido, ya que el ilícito comienza su ejecución al comerciar con autopartes usadas de vehículos automotores sin conservar la factura de los mismos, lo que puede constituir una actividad económica legítima. Se estableció asimismo un tipo penal basado no en el acto sino en el autor violándose de esta manera también el artículo 29 constitucional. (C. Const. Sent C-205/2003, marzo 11/03, M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL – ACTO PREPARATORIO-

“ (...) Si bien los actos preparatorios son irrelevantes penalmente cuando se trata de conductas individuales, en cuanto hacen parte de lo que los clásicos han llamado *iter criminis*, ello no necesariamente ocurre cuando se trata de coparticipación criminal en los casos de complicidad o determinación a otro para cometer el delito, pues en tal hipótesis la actividad individual se enlaza con la de otros sujetos para la producción final de la conducta descrita por la ley como hecho punible. Es claro para la Corte que puede el legislador como una manifestación concreta de la política criminal del Estado determinar dentro del sistema legal la aplicación de normas tendientes a luchar contra el crimen a fin de obtener resultados que consulten la protección de los derechos de la población, y ello comprende entre otras cosas la prevención de los delitos, sin que esto autorice la desprotección de los derechos fundamentales de los asociados. (...) (C. Const. Sent C- 431 /2003, mayo 27/03 M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL – COMISIÓN DELITO COMPETENCIA JEP

“(…) Conforme a la referida disposición constitucional, la JEP es competente para

conocer de los delitos de ejecución permanente cuya comisión hubiere comenzado antes del 1 de diciembre de 2016, aún en los casos en que las acciones persistan después de dicha fecha, pues, como bien se ha dicho, “a diferencia del delito instantáneo en el cual la consumación tiene lugar en un momento específico, esto es, cuando de conformidad con la teoría de la acción, adoptada en el artículo 26 por el legislador del 2000, se ejecuta la conducta o debió realizarse el comportamiento omitido, en el delito permanente la consumación se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa el atentado al bien jurídico objeto de tutela, sin que corresponda a una realización del comportamiento por tramos. Para la comisión de este punible es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo, y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, quien persiste en ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el inicio del punible. Así, por ejemplo, el delito de secuestro inicia cuando la víctima es arrebatada, sustraída o retenida por otra persona, y culmina por razones materiales, cuando las autoridades consiguen su liberación, el plagiario desiste de continuar en su acción, escapa del control del secuestrador o fallece, o por razones jurídicas, cuando se clausura la fase instructiva, caso en el cual, el atentado a la libertad personal tiene lugar de manera constante y sin interrupción alguna durante todo el tiempo”.

Así, en tal virtud, la competencia preferente y exclusiva de la JEP sobre las conductas cometidas con anterioridad al 1o de diciembre de 2016, por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, se extiende más allá de esa fecha, por tratarse de delitos calificados como de ejecución permanente. De suerte que si se trata de acciones posteriores al 1 de diciembre de 2016, que no se hallen conectadas con un delito de ejecución permanente iniciado antes del 1 de diciembre de 2016 o con el proceso de dejación de armas, configurarían un nuevo delito y su conocimiento será de competencia, como ya se dijo, de la jurisdicción ordinaria. Si adicionalmente el acto de ejecución constituyere incumplimiento del régimen de condicionalidades, la JEP podrá inaplicar las sanciones propias y alternativas sobre los delitos respecto de los cuales conserva competencia (inciso cuarto del art. transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017)

La jurisdicción ordinaria, en consecuencia, es competente para conocer de los actos de ejecución de los mencionados delitos, cometidos por personas sujetas a la Jurisdicción Especial para la Paz- con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2017, cuando se compruebe que se trata de nuevos delitos. (...)”.
(C Const. Sent C-080 de 2018, agosto 15/18, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- TIEMPO DE LA CONDUCTA PUNIBLE.- **Momento consumativo del delito de deserción.-**

“Ha establecido el Legislador Penal Militar de 1999 en la Ley 522, así como la Ley 1407 de 2010,

que para la verificación del delito de Deserción se requiere que el Soldado se ausente, sin permiso, del lugar donde presta servicio militar obligatorio por más de cinco días consecutivos. Ha precisado el Tribunal que dicho injusto es de mera conducta y para la confrontación del ingrediente objetivo del tipo “más de cinco días”, se debe agotar formal y materialmente el término dispuesto, esto es, haber iniciado el día sexto, máxime si se tiene en cuenta que el Legislador se refiere al agotamiento de “días” y no de horas como erradamente lo concibe la representante del Ministerio Público impugnante, vale decir, sólo hasta cuando se agoten las veinticuatro horas del día de ausencia y el vencimiento de las veinticuatro horas del quinto día, esto es, estar en el sexto aún dentro del primer minuto o segundo, permite colegir que se ha realizado el injusto contra el servicio. Al respecto ha señalado esta Sala de Decisión: (...) EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO DE DESERCIÓN. Verificación del ingrediente normativo “más de cinco días”. (...) Significa lo anterior que el lapso que fijó el Legislador “más de cinco días” se convierte en ingrediente normativo del tipo, norma penal en blanco, que demanda para su entendimiento el reenvío a los artículos 67 y 68 del Código Civil Colombiano y artículos 59 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, estos últimos de idéntico contenido al primero de los enunciados, que al tenor literal reza: “Todos los plazos de días, meses o años, de que se hagan mención legal, se entenderán que terminan a la media noche del último día de plazo. Por año y por mes se entiende los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal. Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo (...)”. (Subraya la Sala)

Lo anterior comporta analizar dos momentos: El primero, que P (...) tenía el lapso correspondiente al día seis de junio para presentarse, tiempo que sólo termina a la media noche del referido día, ya que se cuenta no a partir de la hora de presentación sino del vencimiento del día (24:00); consecuentemente, para efectos de la adecuación del comportamiento en el tipo penal dispuesto en el artículo 128 del CPM, su real y efectiva ausencia comienza a contarse a partir del día siete (7) de junio. Como segundo aspecto que la ausencia dispuesta en la norma penal en cita debe producirse no por cinco días, sino por más de cinco días, lo que nos permite afirmar que frente a tal hipótesis sólo estaría incurso en Deserción el día doce de junio, situación que no aconteció (...)”. **(Rad. 156545, 02 de noviembre de 2010, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, Sala Cuarta de Decisión).**

SENTENCIA CONCORDANTE:

Rad. 154849, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana del 06 de febrero de 2009.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Delito de mera conducta.**

(...) la adecuación en el tipo penal del art. 404 CP, por ser un tipo de mera conducta se perfecciona

con el simple cumplimiento de la acción descrita, sin que se exija, la obtención del producto abusivamente exigido u otro resultado, lo que el legislador desea, según palabras del profesor Pabón Parra, es proteger a la administración pública en su especificación de probidad y rectitud en el ejercicio de la actividad administrativa por parte de los agentes del Estado. En otro términos, al legislador en este tipo penal, no le interesa su resultado, beneficioso o demás aspectos que rodean el hecho delictivo, sino el de evitar que los servidores públicos pongan en entredicho la confianza, equilibrio, honradez y probidad de la administración pública". (Rad. 154691, M. P. T.C Pedro Gabriel Palacios Osma 28 de enero de 2010).

Cfr. Pabón, Pedro. Manual de Derecho Penal. 7 ed. Bogotá: Ediciones Doctrinas y Ley Ltda, 2005. 1261 p.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Delitos de mera conducta y de resultado.**

"Debe tenerse en cuenta que la fabricación, posesión y tráfico son lícitos cuando hay permiso de autoridad competente; lo que se sanciona es realizar tales conductas sin aprobación, por lo que dada la especial condición del bien jurídico tutelado se protege con un delito de mera conducta. No ocurre así con el hurto, que es un injusto de resultado, donde una vez verificado el apoderamiento, en la forma y términos que se ha señalado, el reato se reputa perfecto; siendo efectivamente a partir de ese momento, esto es, cuando se ha agotado el delito de hurto, admisible el concurso de punibles, no antes, menos aún como resultado de un evento in factum, propio de expresiones de conexidad consecuencial.

En este orden de ideas, que el soldado se haya apoderado del fusil y que para alcanzar el propósito hubiese tenido que poseerlo, transportarlo y decidir como parte del provecho esconderlo, de manera alguna está estructurando otro delito, pues corresponde a los elementos consustanciales del hurto de armas y bienes de defensa. De otra parte, lo actuado no demostró que una vez reputado perfecto el punible de hurto el Soldado 'S' hubiese querido, intentado o ejecutado conducta alguna para traficar con el armamento, lo que nos lleva a ratificar, por prevalencia del principio de especialidad, es que el único reato por el que debió ser acusado el procesado y consecuentemente juzgado y condenado, es el dispuesto en el artículo 168 del Digesto Punitivo Castrense...". (Rad. 157460, M. P. CR Camilo Andrés Suárez Aldana, 18 de septiembre de 2012).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Conducta permanente. Excepción de constitucionalidad.**

"En punto de su contenido encontramos los denominados tipos de conducta permanente, definidos por algunos tratadistas como aquellos en los que el comportamiento del agente se vive renovando persistentemente en el tiempo, como sucede con el secuestro, desplazamiento forzado. El tema viene siendo abordado por

esta Sala respecto de los llamados delitos de ausencia, puntualmente con lo atinente al reato de abandono del servicio y de manera indirecta con la deserción, concluyendo que se trata de conductas de ejecución permanente (...). Respecto del delito de deserción, concretamente, en lo que atañe a la hipótesis conductual omisiva y dada su innegable naturaleza de injusto de ejecución permanente, el último acto o el momento en que cesa el deber de actuar para efectos del inicio del cómputo del término de prescripción de la acción penal concurre con alguno de los siguientes eventos, el que tenga primero ocurrencia: i) por regla general, cuando se realicen actos positivos demostrando la cesación de la ilicitud; ii) con la captura o el desacuartelamiento del contumaz, cuando se produzca antes del cierre de investigación, y iii) con la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación, cuando no se haya dado ninguno de los anteriores presupuestos. Así entonces los dos primeros eventos para el delito de deserción en casos como el que nos ocupa se traducen en la presentación del uniformado a sus superiores o en su detención física en tanto ha cesado su desertor comportamiento, bien motu proprio o porque el Estado ha asumido el control de las actividades del procesado al privarlo de la libertad. Por otro lado, en el momento de extinguirse la obligación jurídica de presencia y permanencia se ejecuta por última vez la conducta omisiva, puesto que cesa el deber de continuar en el servicio por parte de ciudadano que previa y legalmente ha sido incorporado a él, razón por la que proferido el acto administrativo de desacuartelamiento finiquita la conducta punible. El último evento surge en aquellas situaciones donde no ha sido posible que el desertor se presente, su captura se produce después del cierre de investigación o, simplemente, no se ha podido llevar a cabo su aprehensión. (...). (Rad. 158236, M. P. Marco Aurelio Bolívar Suárez, agosto 28 de 2015).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Delito de ejecución permanente.**

"(...) Así las cosas, resulta procedente, en consecuencia, reputar como delitos de conducta permanente aquellos en que la acción típica puede tener o no agotamiento naturalísimo en un solo momento, pero independientemente de ello, los efectos del injusto y del proceso consumativo se proyectan en el tiempo, de manera tal que aquel sigue cometiéndose y lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico protegido por la norma, hasta tanto su autor no decida hacerlo cesar o hasta tanto no tenga lugar un evento externo que ponga final a tales efectos. Esto, de cara a los reatos militares de ausencia como el del Abandono del Servicio en los que el fin de protección de la norma es la plena disponibilidad del militar o policial al servicio, o, lo que es lo mismo, el deber de presencia de estos de manera tal que no exista interrupción injustificada alguna en el cumplimiento de los deberes que le atañen como servidores públicos y como miembros de la institución castrense, conduce a reputar como de conducta permanente el tipo penal en el que se hallan insertas las diferentes hipótesis comportamentales que lo pueden llegar a constituir, como igual acontece con los otros injustos típicamente militares subsumibles en aquella categoría, v. gr. el de la deserción y el

de Abandono del Servicio de soldados voluntarios o profesionales por no citar más, (...)

Una consideración diferente, esto es, que el tipo en mención es de conducta instantánea y de contera la acción típica se consume, diferente a “se consuma”, en un solo evento naturalísimo que coincide con el advenimiento de un día adicional a los cinco de ausencia, conduciría a la imperiosa conclusión de que, habida cuenta que en los días que van más allá de esa sexta data también

hay una afectación del bien jurídico protegido, al término de cada sexto día habrá un delito de ausencia consumado y de que asimismo habrá un concurso real de punibles a razón de tantos de ellos arroje el guarismo resultante de dividir el tiempo final de ausencia por seis, lo que en últimas resultaría no solo más gravoso para el ausente, sino además contrario al espíritu del legislador”. **(Rad. 158224, M. P. CN Julián Ordúz Peralta, junio 24 de 2015).**

Artículo 23. Modalidades de la conducta punible.

La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley.

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **Elementos estructurales de la conducta punible**

“(…) La determinación de los tipos penales implica el señalamiento de los elementos que estructuran la conducta que da lugar a una sanción penal. A su vez, el hecho típico tiene un ingrediente objetivo que corresponde al aspecto externo de la conducta y, uno subjetivo, que se trata de un móvil que representa la libertad del agente que en algunos casos tiene elementos calificados como el ánimo o una intención particular.” (...) **(C. Const., Sent. C 297 de 2016, jun. 08/16 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).**

C. Const., Sent. C-181 de 2016, Const., Sent. C-653 de 2001, Const., Sent. C-127 de 1993, Const., Sent. C-742 de 2012, Const., Sent. C-501 de 2014, Const., Sent. C-605 de 2006, Const., Sent. C-442 de 2011, Const., Sent. C-776 de 2010.

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- **ingrediente sustantivo de la modalidad de la conducta punible diferencia un tipo penal de otro.**

(..) “En tercer lugar, el tipo penal de trata de personas se diferencia de la explotación de menores al contener un ingrediente subjetivo o un carácter intencional distinto del dolo que se emplea para describir la conducta, en este caso, el delito de trata prevé como elemento adicional una finalidad de explotación, inexistente en el delito de explotación de menores” (...) “la descripción típica presume el actuar doloso de quien ejerce la mendicidad con menores, como una mera conducta, cuando ello no siempre es así. Al estar proscrita la responsabilidad objetiva, el tipo penal desborda sin una razón válida los límites al poder punitivo impuestos desde la Constitución Política de Colombia” (...). **(C. Const., Sent. C 464 de 2014, julio. 09/14 M. P. Alberto Rojas Ríos).**

C. Const., Sent. C-040 de 2006, C. Const., Sent. C-121 de 2012, C. Const., Sent. C -1068 de 2002, C. Const., Sent. C-133/99.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- MODALIDADES DE LA CONDUCTA PUNIBLE. **Dolo, culpa y preterintención.**

“En el pronunciamiento en comento el alto tribunal consideró que en el sistema colombiano se es

responsable por conductas punibles dolosas, culposas o preterintencionales, pero en los dos últimos eventos sólo en los casos taxativamente señalados por el legislador.

De igual forma expuso en la providencia en cita, que la conducta es dolosa en cuanto el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, lo que implica en términos elementales, disposición de ánimo hacia la realización de una conducta definida en la ley como delictiva (tipicidad objetiva) y causante del daño o puesta en peligro, sin justificación alguna (tipicidad o antijuricidad material).

De acuerdo con lo anterior, el dolo requiere de lo cognoscitivo como de lo volitivo, dado que la conducta punible sólo es dolosa cuando se sabe, cuando se conoce y se comprende aquello que se quiere hacer, y voluntariamente se hace. **(Rad. 156270, M. P. CN (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, febrero 26 de 2013).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- MODALIDADES DE LA CONDUCTA. **Comisión por omisión.**

En tal entendido lo que observa el Tribunal, por lo menos por ahora, es que las conductas endilgadas en comisión por omisión, encuentran sustento en el artículo 23 del Estatuto Penal Militar, lo que permite considerar a Escalante como autor culposo, ya que no existe elemento de juicio que permita afirmar que el resultado producido sea fruto de conocimiento y voluntad de provocar tal consecuencia lesiva, nada indica que el Suboficial hubiese querido la muerte y lesiones generadas, sino que ello obedece a un factor de violación del deber de cuidado expresado en la negligencia que se hace palmaria en la conducta objeto de examen. Es oportuno señalar que la postura de la Sala no deviene en asistemática, toda vez que en la expansión del Derecho Penal es concebible que en el proceso ejecutivo del delito, la génesis sea un punible doloso y en el decurso se realicen injustos a título de culpa, unidos por vínculos de conexidad consecuencial u ocasional, los que no pueden quedar exentos de valoración jurídica. **(Rad. 155479, Homicidio y Lesiones Personales Culposas en Comisión por Omisión, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, marzo 24 de 2010).**

Artículo 24. Dolo.

Modificado por el artículo 93 de la Ley 1765 de 2015. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Concepto de dolo.**

“El artículo 19 del Código Penal refiere la concurrencia del conocimiento y voluntad del agente en la realización del comportamiento. La conducta es dolosa cuando aquél “conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”, definición que se ocupa del dolo directo y del indirecto –también llamado de segundo grado o de consecuencias necesarias–. Pero a su vez dispone otra especie de dolo cuando “la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”, caso en el cual el conocimiento adquiere una mayor relevancia que la voluntad, pues el resultado si bien no se quiere, tampoco se desprecia, dado que la infracción penal es prevista como probable pero se deja, como dice la fórmula, librado el resultado al azar, de manera que el actor no quiere la realización de la consecuencia lesiva, pero se la representa, vale decir, la concibe como posible, pero su actitud es de indiferencia hacia el bien jurídicamente protegido.” (CSJ, Sent. Casación N.º 49884, nov. 14/2018. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **El dolo, sus modalidades, la proximidad conceptual entre el dolo eventual y la culpa con representación (consciente), teorías que se han expuesto para establecer sus diferencias.**

“El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización. De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos. Estos componentes, no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación. Ello, ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual. El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable. En todos los eventos es necesario que concurren los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las

fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo. En estas específicas fronteras es que surge el problema jurídico que hoy ocupa la atención de la Sala: definir si el tribunal acertó al ubicar la conducta del procesado dentro del marco del dolo eventual como modalidad del tipo subjetivo, o si esta decisión es equivocada, y la categoría llamada a regular el caso es la culpa consciente o con representación. Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal. Muchos han sido los esfuerzos que la doctrina ha realizado con el fin de distinguir el dolo eventual de la culpa consciente o con representación, y variadas las teorías que se han expuesto con ese propósito, pero las más conocidas, o más sobresalientes, o las que sirven generalmente de faro o referente para la definición de este dilema, son dos: la teoría de la voluntad o del consentimiento y la teoría de la probabilidad o de la representación. La teoría de la voluntad o del consentimiento hace énfasis en el contenido de la voluntad. Para esta teoría la conducta es dolosa cuando el sujeto consiente en la posibilidad del resultado típico, en el sentido de que lo aprueba. Y es culposa con representación cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá. La teoría de la probabilidad o de la representación enfatiza en el componente cognitivo del dolo. Para esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción. Y es culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota. Lo decisivo para esta teoría, en palabras de MIR PUIG, es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Aunque las opiniones se dividen a la hora de determinar exactamente el grado de probabilidad que separa el dolo de la culpa, existe acuerdo en este sector en afirmar la presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, y de culpa consciente cuando la posibilidad de este, reconocida por el autor, era muy lejana. No importa la actitud interna del autor –de aprobación, desaprobación o indiferencia– frente al hipotético resultado, sino el haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción. Si para la teoría del consentimiento –afirma Ramon Ragués I Vallès– el centro de gravedad lo ocupa la relación emocional del sujeto con el resultado, en los planteamientos de la teoría de la probabilidad pasa a ocuparlo la conducta peligrosa, que el sujeto debe conocer como tal, sin que sea necesaria actitud emocional de ninguna clase.

Como puede verse -continúa diciendo el autor- la teoría de la probabilidad pone el acento en una cuestión motivacional, pero se diferencia de la teoría del consentimiento, en que esta última entra a valorar los deseos o intenciones del sujeto, mientras que los defensores de la teoría de la probabilidad se limitan a constatar un déficit de motivación del sujeto sin que importen sus causas (en palabras de Lagman, la representación de la probabilidad del resultado no aporta un motivo contrario a la ejecución de la acción). Hasta el año 2001 la legislación colombiana se mantuvo fiel a los postulados de la teoría del consentimiento, como estructura dogmática que busca explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación. Pero en la Ley 599 de 2000, tomó partido por la teoría de la representación, al definir el dolo eventual en los siguientes términos: "también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. Sobre esta variación, dijo la Corte, "[...] en lo atinente a la teoría del dolo eventual, el código de 1980 había acogido la llamada teoría estricta del consentimiento, -emplea la expresión "la acepta, previéndola como posible- en el que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado. El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual... el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo. Desde ahora, es importante precisar que la representación en esta teoría (aspecto cognitivo) está referida a la probabilidad de producción de un resultado antijurídico, y no al resultado propiamente dicho, o como lo sostiene un sector de la doctrina, la representación debe recaer, no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo, pues lo que se sanciona es que el sujeto prevea como probable la realización del tipo objetivo, y no obstante ello decida actuar, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro. La norma penal vigente exige para la configuración de dolo eventual la confluencia de dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar. En la doctrina existe consenso en cuanto a que la representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo debe darse en el plano de lo concreto, es decir, frente a la situación de riesgo específica, y no en lo abstracto. Y que la probabilidad de realización del peligro, o de producción del riesgo, debe ser igualmente seria e inmediata, por contraposición a lo infundado y remoto. Dejar la no producción del resultado al azar implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta indiferencia por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera. Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar

indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina. La voluntad de evitación y la confianza en la evitación son conceptos que tienen la virtualidad de excluir o reafirmar una u otra modalidad de imputación subjetiva, según concurran o no en el caso específico. El primero implica un actuar. El segundo, la convicción racional de que el resultado probable no se producirá. Si existe voluntad de evitación, se excluye el dolo eventual, pero no la culpa con representación. Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual. Las dificultades que suscita la comprobación directa de los componentes internos del dolo eventual (cognitivo y volitivo), han obligado a que su determinación deba hacerse a través de razonamientos inferenciales, con fundamento en hechos externos debidamente demostrados, y en constantes derivadas de la aplicación de reglas de la experiencia, como el mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de la conducta, o mayor o menor contenido de peligro de la situación de riesgo, o la calidad objetiva del riesgo creado o advertido. Estos criterios de distinción, que la doctrina y la jurisprudencia abrazan cada vez con mayor asiduidad, no han sido ajenos a esta Corporación. En decisión de 2007, la Corte llamó la atención sobre la necesidad de examinar frente al dolo eventual los delitos de tránsito en los que la creación del riesgo desbordaba las barreras de la objetividad racional y el sujeto actuaba con total desprecio por los bienes jurídicos que ponía en peligro, "[...] cuando la lesión de los bienes jurídicos vida o integridad personal deviene por acontecimientos que ex ante resultan previsibles para el autor y este es indiferente ante la posible ocurrencia de los mismos, conviene que la judicatura examine con detalle la posible ocurrencia de una acción dolosa a título de dolo eventual, toda vez que la creación del peligro muchas veces desborda los estrechos límites del delito culposo o imprudente. Con frecuencia pueden ser observados conductores de vehículos pesados o personas que gobiernan automotores bajo los efectos de diferentes sustancias, actuando con grosero desprecio por los bienes jurídicos ajenos sin que se constate que en su proceder ejecuten acciones encaminadas a evitar resultados nefastos; al contrario, burlan incesantemente las normas que reglamentan la participación de todos en el tráfico automotor sin que se les observe la realización de acciones dirigidas a evitar la lesión de bienes jurídicos, pudiéndose afirmar que muchas veces ese es su cometido. En tales supuestos no se estará en presencia de un delito culposo sino doloso en la modalidad denominada eventual." (CSJ, Sent. Casación N.º 32964, agos. 25/2010. M. P. José Leonidas Bustos Martínez).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Dolo eventual y diferencias con la preterintención.**

Sin necesidad de entrar en disquisiciones sobre los criterios que se han acuñado para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, dígame que la fórmula que acoge el Código Penal para

caracterizar la primera de dichas categorías hace prevalecer el elemento cognitivo sobre el volitivo, pues este último concurre de forma menguada. Se dice, entonces, que en esta concepción del dolo eventual la voluntad es casi irrelevante y, en contraste, el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo (CSJ SP, 15 de septiembre de 2004, rad. 20860, reiterada en rad 32964); es así que aquello que se sanciona es que el sujeto prevea como probable la realización del tipo objetivo y, no obstante tal previsión, decida avanzar en su actuación, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro. La configuración del dolo eventual exige, entonces, dos condiciones: i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, representación que debe darse frente a situaciones de riesgo específicas, no abstractas, al tiempo que la probabilidad de concreción del peligro o producción del riesgo debe ser seria e inmediata, y no infundada y remota; (ii) que la no producción del resultado dañoso se deje al azar, lo que implica que el agente emprende o mantiene su conducta, con absoluta indiferencia por el resultado o la situación de riesgo que genera, no obstante haberse representado que en ella existe un peligro inminente y concreto para el bien jurídico. “Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina” (ibíd., rad 32964). En lo que tiene que ver con la prueba de la concurrencia de los elementos cognitivo y volitivo del dolo, dichos presupuestos deben determinarse a través de razonamientos inferenciales, sustentados en hechos externos demostrados y en la aplicación de reglas de la experiencia, como el mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de la conducta o del riesgo creado, o bien el mayor o menor contenido de peligro de la situación de riesgo que se configura por la acción del agente. En contraste, la conducta punible se tiene como preterintencional cuando, a las voces del artículo 24 del Código Penal, el resultado siendo previsible, excede la intención del agente, esto es, que el agente, habiendo dirigido su voluntad conscientemente a la concreción de un resultado típico y antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza, pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería. Por contraste de lo que sucede en la conducta dolosa, en la preterintencional no hay coincidencia entre el propósito inicial del agente y el resultado, ya que lo ocasionado es un efecto dañoso superior o más grave, esto es, excesivo en relación con la intención del agente, un resultado ultra intencional. Cuando el artículo 24 de la Ley 599 de 2000 señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, rebasa la intención o referente psíquico del agente, está descartando toda forma de resultado típico que pueda atribuirse al caso fortuito, pues este siempre es imprevisible o inevitable, e igualmente aquél que pueda ser atribuido a dolo eventual, ya que en esa especie de dolo el resultado no excede el propósito del sujeto activo, por cuanto

este lo acepta o deja su no ocurrencia librada al azar, una vez que, no obstante que advierte la probabilidad de su acacimiento, de todas maneras actúa a sabiendas del riesgo que asume hacia un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser, en el entendido de que para efectos de la atribución de responsabilidad penal a título de dolo, tanto da querer directamente el evento, como saber que se puede producir si no se hace nada para evitarlo. Así, la configuración de la conducta punible preterintencional requiere los siguientes requisitos: a) una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico; b) verificación de un resultado típico más grave, al que no apuntaba la intención del agente, pero que era previsible por él; c) nexo de causalidad entre el uno y otro evento y d) homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, identidad del bien jurídico tutelado. La diferencia entre las dos figuras es clara: en el dolo eventual el resultado no excede el propósito del agente, porque este actúa a sabiendas del riesgo que asume hacia el resultado lesivo que se va a producir si no hace nada para poder evitarlo. En la preterintención, en cambio, el sujeto activo de la conducta riesgosa omite la posibilidad de prever el resultado mayor por la falta de deber de cuidado que le era exigible, siendo fácilmente constatable que esa consecuencia no coincide con el propósito inicial del sujeto (CSJ SP, 28 de marzo de 2012, Rad. 30485). **(CSJ, Sent. Casación N.º 36312, feb. 12/2014. M. P. José Luis Barceló Camacho).**

CONC. SENTENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rad. 51283 del 19 de febrero de 2020, Rad. 46263 de 09 de mayo de 2018, Rad 51038 del 28 de febrero de 2018, Rad 37462 del 16 de julio de 2014, Rad. 17019 del 27 de octubre de 2004.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Las presunciones de dolo o de culpa son afectaciones directas de la presunción de inocencia.(...)**

apesardenoserdelaentidaddelaresponsabilidad objetiva, sí exigen que la medida adoptada por el legislador resulte razonable y proporcionada, para ser constitucional. Se trata de formas de responsabilidad subjetiva, es decir, en las que el establecimiento del componente subjetivo del hecho causante de la responsabilidad, dolo o culpa, es dogmáticamente imprescindible para declarar la responsabilidad, pero la carga de la prueba se encuentra legalmente invertida.

(...) es posible precisar las condiciones que debe reunir una presunción de dolo o de culpa para ser constitucionalmente admisible: (i) no puede tratarse de una presunción de responsabilidad. La responsabilidad es el resultado de la conjunción de varios elementos, uno de los cuales puede ser la culpabilidad; las presunciones de dolo y culpa sólo se predicán del elemento culpabilidad. Por lo tanto, para que opere la presunción, es necesario que el hecho base se encuentre debidamente probado. (ii) Deben ser verdaderas presunciones, no ficciones. Por consiguiente, las presunciones de dolo y culpa deben ser construidas a partir de la experiencia y de un razonamiento lógico. (iii) Debe tratarse de medidas razonables y proporcionadas, al proteger intereses superiores, cuya tutela,

mediante la presunción de dolo o culpa, no resulte desequilibrada frente a la afectación que engendra de la presunción de inocencia. El carácter *ius tantum* de las presunciones juega en favor de su proporcionalidad. **(Sentencia C-225/17 Abril 20/2017. M. P. Alejandro Linares Cantillo).**

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **El dolo en el estatuto de Roma.**

"(...) El artículo 30 del Estatuto de Roma regula el elemento de intencionalidad que, por regla general, debe estar presente en el actor tratándose de los crímenes establecidos en el Estatuto. Dado que se trata de crímenes de extrema gravedad sancionables igualmente con penas privativas de la libertad e incluso con la reclusión de por vida, el Estatuto fija los estándares más altos de culpabilidad: los elementos materiales del crimen deben ser cometidos, salvo disposición en contrario, con "intención y conocimiento." Establece el Estatuto al respecto:

"Artículo 30

Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
 - a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
 - b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido."

El Estatuto de Roma establece como regla general el dolo como elemento de la imputación subjetiva para la determinación de la responsabilidad penal. Según el Estatuto, actúa dolosamente quien "actúa con intención y conocimiento". La norma exige la presencia de dos elementos: uno volitivo (la intención) y otro intelectual (el conocimiento). La intención se refiere o bien a la conducta o comportamiento incriminado o bien a la consecuencia provocada. Para que haya intención respecto de la conducta la persona debe proponerse incurrir en el comportamiento prohibido; por su parte, la intención referida a la consecuencia se da cuando la persona se propone causar el resultado o es consciente de que este se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Por conocimiento se entiende "la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos."

(...) Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden."

No obstante, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la obediencia debida, tal diferencia se diluye, ya que precisamente la Corte ha interpretado la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso 2º del artículo 91 de la Constitución cuando la actuación se realiza en cumplimiento de órdenes superiores, en el sentido de excluir la obediencia como causal de exoneración penal cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta puesto que causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible.¹⁰ En efecto, sobre el particular sostuvo la Corte:

"El inciso segundo del artículo 91 de la CP, exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización". **(Sentencia C-578/02, julio 30/2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Concepto y clases de dolo.**

"Para encontrar la solución al conflicto pretendido, es trascendental recordar que el dolo se ha definido por antonomasia como "el saber y querer la realización del tipo", algo así como una especie de simbiosis entre el conocer (aspecto cognoscitivo) y el querer (aspecto volitivo), razón por la cual en materia penal se afirma que obra dolosamente quien conoce que su acción es objetivamente típica y además de ello quiere su realización.

(...) Es en tanto el dolo, la representación del resultado que se constituye en el motivo por el cual se realiza el hecho, es decir, la manifestación de voluntad, lo que hace presumir el conocimiento

10 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de las circunstancias que rodean el hecho en concreto, que corresponde a una definición legal.

De manera entonces que la modalidad dolosa de las conductas, en su parte subjetiva, conlleva el saber y la voluntad, esto es, el conocimiento que tiene el agente de realizar una conducta descrita en la ley como punible y el querer su realización. Para ese primer aspecto –conocimiento de los elementos de la figura típica- resulta necesario que, al igual que lo hiciera un hombre promedio en su situación, el agente entienda que con su accionar abarca aquellos elementos y sea consciente de ello, pero además, que considere que es realmente posible la producción de las circunstancias del hecho en el caso concreto y quiera hacerlo, es decir, que desee realizar la conducta prohibida y, bajo un entendido tal, ponga en marcha su accionar, bien sea que este alcance tan sólo el fin propuesto o, amén de ello, produzca otro resultado previsible y ligado, inevitablemente o eventualmente a aquel propósito inicial.

No obstante ser amplia y clara la teorización del concepto doloso directo en la acción penal, para lo que concierne al asunto que se viene estudiando es importante tener presente que de acuerdo con el consenso de la doctrina nacional los dos componentes del dolo no siempre se presentan con los mismos grados de intensidad, nitidez o determinación, es por lo que ha sido necesario distinguir tres clases de dolo: i) El directo de primer grado, que se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico, ii) el directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, porque el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura y, iii) el eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

(...) Recuérdese que la norma penal vigente exige para la configuración del dolo eventual la confluencia de dos condiciones, a saber: (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico y, (ii) que deje su no producción librada al azar. **(Rad. 159013, M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, mayo 13 de 2019).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL.- **Dolo eventual.**

“En tal virtud nos encontramos en presencia del Dolo Eventual, entendido este cuando el sujeto activo de la perpetración se representa la posibilidad de un resultado “que no desea”, pero que durante la comisión del delito se decide como una acción necesaria en el logro de sus fines criminales; por lo tanto, téngase en cuenta que en el Dolo Eventual, el agente se dirige hacia un fin penalmente indiferente pero se representa como probable la producción de un resultado antijurídico, sin que ello lo desvíe de su línea de conducta inicial, sino que al contrario, sigue adelante y asume el riesgo de tal evento; o su voluntad consciente apunta a un evento antijurídico deseado pero se representa la probabilidad de que en vez de ese o además de ese pueda verificarse otro igualmente antijurídico y decide continuar adelante sin hacer nada para evitar que dichos eventuales resultados se

produzcan. **(Rad. 158174, M. P. Brigadier General, julio 31 de 2015).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL.- **El dolo en el delito de deserción.**

Ahora bien, de forma reiterada y pacífica esta Corporación ha dicho que en tratándose del delito de deserción es necesario demostrar -dentro de la tipicidad subjetiva- que la conducta fue realizada con dolo. Esta modalidad conductual está conformada por dos componentes, el cognitivo-intelectivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal y, el volitivo, que implica querer realizarlo; por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización (CSJ AP1862-2016). Así entonces, debe diferenciarse entre el móvil de la criminalidad y el dolo como elemento dogmático del delito que, de acuerdo con el contenido del artículo 24 del Código Penal Militar de 2010 –modificado por el artículo 98 de la Ley 1765 de 2015- , se acredita al demostrarse que el sujeto agente tuvo conocimiento abstracto de la ilicitud de su proceder y se orienta libremente a ejecutarla, al margen de que obre en el plenario prueba del motivo que lo determinó a actuar, porque el tipo penal de que se trata no exige finalidad especial, razón por la cual se ha dicho que a partir de los factores demostrados, generalmente objetivos, debe deducirse la intención, dada la dificultad que existe para obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo referido a la esfera intangible del ser humano, bastando en consecuencia tan sólo acreditar, se itera, que el sujeto agente haya tenido conocimiento que ejecutaba una conducta objetivamente ilícita y que se orientó con libertad a su ejecución. En esas condiciones, se ha enfatizado, que para la determinación procesal del dolo se ha de partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar un bien jurídico (dolo) o la representación de un resultado ajeno al querido por el agente y su asunción al no hacer nada para evitarlo (culpa), al ser aspectos del fuero interno de la persona, se han de deducir de los elementos objetivos que arrojan las demás probanzas **(CSJ SP3334-2016)”. (Rad. 159010 del 29 de abril de 2019, M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez).**

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL.- **El dolo eventual en la tentativa-**

“Como se aprecia de la reseña que se acaba de hacer, el criterio de imputación utilizado por el A quo en su decisión contra el acusado fue el de autor en grado de tentativa del punible de homicidio y bajo la modalidad de dolo eventual, aspecto este que se asoma de bulto, como el origen de la discrepancia, y que se yergue sin ambages en la complejidad conceptual que ofrece la categoría dogmática empleada. Iniciemos por recordar que no ha sido pacífica la doctrina[159] en reconocer la compatibilidad de la tentativa con el dolo eventual, que fue, como se destacó, el criterio de imputación subjetivo empleado por el juez primario en el fallo atacado.

El desacuerdo surge porque quienes propugnan por la compatibilidad del dolo eventual con la tentativa sostienen que no es necesaria para la imputación la acreditación del elemento intencional, sino que es suficiente la demostración del conocimiento, y quienes aseguran que no existe tal compatibilidad, lo hacen bajo la premisa que ésta solo opera frente al dolo directo, en cuyo caso prepondera el elemento intencional.

(...)De la lectura de la norma ciertamente se comprende como requisito para la estructuración de la figura que los actos ejecutivos no sólo sean idóneos, sino además inequívocamente dirigidos a la consumación del injusto penal, lo que supone conciencia y voluntad; sin embargo, no olvidemos que el dolo eventual es una modalidad del dolo y, por tanto, conforme a la jurisprudencia, compatible con la tentativa”.

“Como se puede apreciar de la disposición comentada, la estructuración de la forma eventual del dolo no presupone en sí misma una voluntad directa, dirigida a la concreción de un daño antijurídico como ocurre con el dolo directo,

sino que existe una especial preponderancia de su faceta cognitiva como quiera que el sujeto debe representarse, por su conocimiento, el resultado dañoso como probable y a pesar de ello decidir dejarlo librado al azar. Se sigue entonces, de lo dicho, que la representación, que es el elemento cognitivo de la conducta, está estrechamente ligado a la probabilidad de producción del resultado típico[161], de allí que aquélla recaiga sobre la conducta capaz de producir el daño y no sobre el resultado, como así lo ha entendido la jurisprudencia del máximo Órgano de cierre en lo penal, a partir de la expedición de la Ley 599 de 2000: (...)

(...) Es entonces, por lo remoto de la probabilidad de concreción del daño o de puesta en efectivo peligro del bien objeto de tutela, con relación a la fuente creadora del riesgo jurídicamente desaprobado, que la Sala encuentra que no puede acomodarse la conducta del justificado en la categoría de dolo eventual, frente al punible de homicidio en el grado de tentativa”. (Rad. 158978 del 22 de noviembre de 2019, M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez).

COMENTARIO

Probar la tipicidad subjetiva se convierte es fundamental al momento de endilgar responsabilidad. No puede existir en el juzgador una presunción de dolo, este debe estar cimentado legalmente en los medios de prueba.

En la teoría final de acción, el dolo ya no es forma de culpabilidad, sino un elemento de la tipicidad subjetiva que no debe confundirse con el tradicional “dolus malus”.

Actualmente, es considerado como un dolo natural o avalorado, compuesto por dos elementos i) El conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y, ii) la voluntad o el deseo de realización. El conocimiento de la ilicitud, que anteriormente con el esquema causal del delito hacía parte del dolo, ahora se encuentra en la categoría dogmática de la culpabilidad.

Artículo 25. Culpa.

La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **Los elementos objetivos y subjetivos de los delitos imprudentes.**

“Por su parte, el artículo 23 de la ley 599 de 2.000 define la culpa como una modalidad de conducta punible que se configura cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado, y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

Regulación con la cual la legislación se puso a tono con la jurisprudencia de esta Sala que venía afirmando que la infracción al deber objetivo de cuidado era el criterio fundamental de imputación en los delitos imprudentes.

4. Regulación con la cual la legislación se puso a tono con la jurisprudencia de esta Sala que venía afirmando que la infracción al deber objetivo de cuidado era el criterio fundamental de imputación en los delitos imprudentes.

4.1. Así entonces, el tipo objetivo del delito culposo estará compuesto por los elementos que integran el supuesto de hecho bien sean descriptivos o normativos.

4.1.1. El sujeto puede ser indeterminado o calificado como sucede con el peculado culposo que exige la condición de servidor público.

4.1.2. La acción, se traduce en la ejecución de una conducta orientada a obtener un resultado diferente al previsto en el tipo correspondiente.

4.1.3. Requiere la presencia de un resultado físico no conocido y querido por el autor, que sirve de punto de partida para identificar elucido objetivo. Ello significa que será excepcional la presencia de un tipo de esta clase sin resultado material.

4.1.4. La violación al deber objetivo de cuidado. El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado.

Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido (en ámbitos como el tráfico, la medicina y el trabajo).

En razón a que no existe una lista de deberes de cuidado, el funcionario judicial tiene que acudir a las distintas fuentes que indican la configuración de la infracción al deber de cuidado, en cada caso. Entre ellas:

“4.1.4.1. las normas de orden legal atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo, fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.

4.1.4.2. El principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo en donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido por los demás.

“4.1.4.3. El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos.

4.1.4. (sic) Relación de causalidad o nexo de determinación. La transgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico deben estar vinculados por una relación de determinación, es decir la vulneración debe producir el resultado.

“4.2. Aspecto subjetivo. Es clara la presencia de contenidos subjetivos en el delito imprudente, ellos son:

4.2.1. Aspecto volitivo. El resultado típico no debe estar comprendido por la voluntad, o abarcándolo debe hacerlo con una causalidad distinta de al que el agente programó.

4.2.2. Aspecto cognoscitivo. Exige la posibilidad de conocer el peligro que la conducta representa para los bienes jurídicos y de prever el resultado con arreglo a esa cognición.” (CSJ, Sent. Casación N.º 19.746, enero. 19/2006. M. P. **Édgar Lombana Trujillo**).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN. **Juez deberá analizar si el sujeto activo creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante y ex post.**

“En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no

abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.

Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post” . (CSJ, Cas. Penal, Sent. nov. 8 /2007, Rad. **27.388. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca**).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **Cuando no se crea un riesgo jurídicamente desaprobado – valoración ex ante y ex post de la conducta y las disposiciones que la gobernaban: a) Conducta no peligrosa, socialmente normal y no prohibida; b) Principio de confianza, y c) acción a propio riesgo.**

“De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, en no pocas ocasiones aplicada por la Corte, para que un resultado pueda ser atribuido a un agente, ha debido crear o incrementar un riesgo jurídicamente desaprobado que finalmente se concretó en la producción de la consecuencia típica (relación de determinación entre infracción al deber de cuidado y resultado), de modo que la autoría no se funda únicamente en criterios causales (relación de causalidad entre acción y resultado)”¹¹.

La Sala ha señalado¹² que si la infracción al deber de cuidado se concreta en el desconocimiento de la norma de cuidado inherente a actividades en cuyo ámbito se generan riesgos o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, es preciso establecer el marco en el cual se realizó la conducta e identificar las disposiciones que la gobernaban, con el propósito de develar si mediante la valoración ex ante y ex post, el resultado que se produjo puede ser imputado al comportamiento del procesado, finalidad en la cual corresponde al juez, en primer lugar, constatar si se creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante. En segundo término, si ese peligro se concretó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post.

En la misma decisión¹³ se precisó que no se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando:

(i) Se trata de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico,

11 Cfr. CSJ SP, 29 jun. 2016. Rad. 41245 y CSJ SP, 27 oct. 2009. Rad. 32582, entre otras.

12 Cfr. CSJ SP, 22 may. 2008. Rad. 27357.

13 También en CSJ SP, 4 abr. 2006. Rad. 12743, CSJ SP, 20 may. 2003, CSJ SP, 20 abr. 2006. Rad. 22941, CSJ SP 27 nov. 2013, Rad. 36842.

a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

(ii) El sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual, quien actúa reglamentariamente, espera de los demás un comportamiento reglamentario¹⁴.

(iii) Cuando alguien solo ha participado respecto de la conducta de otro en una acción a propio riesgo, o una autopuesta en peligro.

Desde luego, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado, cuando hay infracción de normas jurídicas dispuestas para evitar el resultado dañoso o cuando se eleva el riesgo permitido jurídica y socialmente¹⁵.

Ahora, en cuanto interesa a esta decisión, la Corte¹⁶ ha señalado que para la configuración de las acciones a propio riesgo es necesario que la persona: “Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado. Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo. Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella”. (CSJ, Sent. Casación N.º 49.680, abril. 25/2018. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Concordantes: CSJ SP 12 ago. 2009, rad 32053; CSJ SP 16 oct 2013, rad. 39023; CSJ SP 22 jun. 2016 42930; CSJ SP 30 mayo. 2007, rad. 23.157; CSJ SP 22 mayo. 2008, rad 27357.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL - CULPA - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA (...)

“La potestad sancionatoria penal propende por la garantía del orden social en abstracto -bienes sociales más amplios-; la consecución de fines retributivos, preventivos y resocializadores; y presenta un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos quedaría lugar a la privación de la libertad. No ocurre lo mismo con la potestad sancionatoria administrativa al buscar primordialmente garantizar la organización y el funcionamiento de la Administración, y cumplir los cometidos estatales; cuestionar el incumplimiento de los deberes, prohibiciones y los mandatos consignados; que descartan la imposición de sanciones privativas de la libertad... (...) En el derecho sancionador de la Administración, la presunción de inocencia y el elemento de la culpabilidad resultan aplicables como criterio general. No obstante, como se verá a continuación, pueden ser objeto de ciertos matices -ámbito de la responsabilidad subjetiva- y excepcionalmente establecerse

la responsabilidad sin culpa -objetiva-. (...) Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva)”: (C. Const. Sent. C-595/10, julio 25/2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL - PRESUNCIÓN DE DOLO Y CULPA IMPOSIBILIDAD EN DERECHO PENAL.

(...) “Aunque esta Corte ha excluido la posibilidad de establecer presunciones de dolo y culpa en materia penal, sí las ha encontrado ajustadas a la Constitución en el contexto de otras formas de responsabilidad, tanto de derecho público, como de derecho privado, entre particulares o frente a autoridades públicas: en procedimientos administrativos, como los tributarios, de sanciones administrativas en materia ambiental y de responsabilidad fiscal y en procesos judiciales, como el de la acción de repetición. Incluso, por fuera del contexto de responsabilidades de tipo sancionatorio o personal, ha aceptado que dichas presunciones sean de Derecho, cuando el interés superior lo justifica de manera proporcionada” (...). (C. Const Sent C 225/ 2017 Abril 20/17 M. P. Alejandro Linares Cantillo).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL - DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

“(…) De acuerdo con jurisprudencia de esta Corporación, las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado y/o juez pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

En esa medida, la experiencia y la lógica enseñan que, en circunstancias como estas, donde se cierra una vía para restringir la circulación de vehículos y permitir que la comunidad lleve a cabo una celebración decembrina, las personas que acuden a la fiesta no faltan al deber de cuidado frente al tránsito vehicular. La violación al deber de cuidado objetivo debe evaluarse siempre dentro de un ámbito circunstancial (...)

(...) En conclusión, las autoridades judiciales incurrieron en defecto fáctico por indebida valoración probatoria, pues no tuvieron en cuenta que la vía pública donde ocurrió el accidente se encontraba cerrada y peatonalizada. La valoración lógica de los hechos muestra que el actuar de la víctima no contribuyó de manera cierta y eficaz en la producción del hecho dañino.

En el asunto objeto de estudio, existen razones de peso para inferir que la víctima no desatendió la norma de tránsito que la obligaba a circular

14 Cfr. CSJ SP, 20 may. 2003. Rad. 16636.

15 Cfr. CSJ SP, 7 dic. 2005. Rad. 24696.

16 CSJ SP, 20 may. 2003. Rad. 16636. Reiterada en CSJ AP, 27 feb. 2012. Rad. 36854, CSJ SP, 27 nov. 2013. Rad. 36842 y CSJ AP, 25 may. 2015. Rad. 45329, entre otras.

por los andenes. Como se dijo anteriormente, la experiencia demuestra que en las condiciones narradas, el comportamiento de la víctima consistente en caminar por la zona vehicular era el esperado, pues en su fuero interno existía la plena confianza de poder hacerlo, situación que fue creada por el Estado, al permitir el cierre de la vía para el tránsito de los peatones. En esa medida, la señora Buitrago Vargas se encontraba en uso lícito de la vía, no podía tener el control de lo ocurrido a sus espaldas, y además el vehículo oficial realizó la maniobra de retroceso de forma rápida y no tenía encendidas las luces de emergencia ni la sirena (...) (C. Const Sent T 041/18, Feb 16/2018 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL
– RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO
DELITO IMPRUDENTE

“ (...) Dentro del desarrollo legislativo sobre la forma de tipificar y punir los delitos culposos, se dio un paso entre la culpa prevista en el Código Penal anterior (Decreto Ley 100 de 1980) y la contemplada en la Ley 599 de 2000, considerándose en la primera que el agente incurría en culpa cuando realizaba el “hecho punible por falta de previsión del resultado previsible” o cuando “habiéndolo previsto” confiaba en poder evitarlo (art. 37), mientras que en el texto que ahora rige se acogió, además de la previsibilidad que se le exige al agente, la “infracción al deber objetivo de cuidado” (art. 23).

Esta nueva visión doctrinaria en materia punitiva adoptada por el legislador y decantada por la jurisprudencia, “se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto” (sentencia de casación de noviembre 8 de 2007, rad. 27.388, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca)

Según esa misma decisión, corresponde al operador judicial, al momento de analizar el resultado objeto de análisis, determinar si el comportamiento fue el adecuado para producir el resultado, para el caso, la vulneración del derecho a la vida o a la integridad personal del presunto ofendido. Al respecto agregó:

“Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post”.

Para especificar en cuáles eventos se concreta la creación de un riesgo no permitido, sintetizó:

“En cambio, ‘por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido’.

4.3.5. Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta ‘cuando una persona con su comportamiento supera el arriesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño’.

En este orden de ideas, como bien lo sintetiza Roxin, ‘para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva.’”

A su vez, se descartan como generadores de riesgo no permitido susceptibles de reproche penal, los resultados que se presentan cuando: i) se desarrolla una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”; ii) en aplicación del “principio de confianza”, se observan los deberes exigibles al ejecutar una actividad especializada o profesional, siempre que sea otra persona la que “no respete las normas o las reglas del arte (lex artis)” pertinente; o, iii) cuando el resultado se presenta como consecuencia del desarrollo de una “autopuesta en peligro dolosa” de quien resulte afectado”. (...) (C.Const. Sent C- 115/08, feb. 13/2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **La culpa y nexo causal.**

(...) En consecuencia, comparte la Sala la imputación realizada por el Instructor tanto por el actuar omisivo, ya que justamente de acuerdo a la normativa (Art. 25, CP) en este incurre quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo estando en posibilidad de hacerlo, (por lo que se insiste, deberá sí, establecerse si con una atención médica previa, era posible salvar la vida del particular o si el resultado muerte de todas maneras se hubiera producido), como la modalidad culposa de la conducta, pues es claro que en ningún momento la intención del policial al no disponer el traslado al centro médico era ocasionarle la muerte, por lo que ésta le sería imputable por no haber previsto lo previsible, aspecto último del cual disiente tanto la defensa al afirmar que el ciudadano no tenía signos que evidenciaran tal posibilidad como el Ministerio Público al afirmar que tal previsión no le era exigible dada su función, misión y conocimientos al no ser médico y no poder determinar a simple vista que el señor estuviere enfermo. (...)

(...) Desde los años 70, se ha desarrollado el criterio de la imputación objetiva en reemplazo de la causalidad, según la cual aun cuando el nexos causal natural sigue siendo necesario para la atribución de un resultado a un sujeto, es necesario que esa conducta haya creado un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico no abarcado dentro del riesgo permitido socialmente, que ese riesgo se haya concretado en el resultado y que ese resultado justamente

sea el que pretende evitar la norma, esto es que esté contemplado dentro del ámbito de su protección". (Rad. 155282, M. P. CR (r) Rosa Elena Tovar García, marzo 30 de 2009).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Diferencia del dolo con la culpa.**

- "Confrontado el episodio fáctico con la prueba obrante oportuno es afirmar, que resulta totalmente equivocado y contrario a la estructura del delito concebir que un comportamiento que se realiza con conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de acción final se conciba como culposo. Debe precisar la Sala a la Funcionaria Instructora, a la Fiscal Militar y al Juzgador que la culpa se identifica por la producción de un resultado típico, no querido pero que era previsible y evitable si el sujeto agente hubiese obrado observando el deber de cuidado, vale decir, se actúa con voluntad pero no intencionalidad. Con todo, atendiendo el aspecto volitivo, la realización del injusto debe corresponder a proceso causal distinto del concebido por el autor, por ello cuando el sujeto agente procede con determinado conocimiento y voluntad y el proceso causal alcanza el resultado querido se ha de estar en la hipótesis del dolo y no de la culpa". (Rad. 156167, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, octubre 27 de 2009).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL- **Posición de garante y Fuerza Pública.**

"17. Un miembro de la Fuerza Pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

a) Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada) armas (una pistola, una dinamita) animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita –pudiendo hacerlo– que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional. (...) b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente. Por

ende, para que el miembro de la Fuerza Pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. (...)

En este orden de ideas, las Fuerzas Militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las Fuerzas Militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (CP art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable– de proteger". (Rad. 155479, Homicidio y Lesiones Personales Culposas en Comisión por Omisión, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, marzo 24 de 2010).

Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pág. 830.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La nueva concepción del delito culposo o imprudente en los precisos términos de la nueva teoría del delito dentro del ámbito del derecho penal castrense colombiano.**

"(...) "La normatividad penal militar sustantiva introdujo una nueva concepción del delito culposo o imprudente en los precisos términos de la nueva teoría del delito dentro del ámbito del derecho penal castrense colombiano, que la cataloga, no como una forma de culpabilidad, sino como una modalidad de la conducta punible. La culpa se constituye, entonces, en parte estructural del tipo penal respectivo, lo que significa, que será atribuible en la modalidad culposa un resultado dañino concreto, que a pesar de no ser querido por el miembro de la Fuerza Pública, en contraposición al dolo, sea producto o consecuencia de la inobservancia al deber objetivo de cuidado, es decir, cuando con su comportamiento el uniformado ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y ese peligro se concreta en la producción del resultado (teoría de la imputación objetiva).

La teoría del delito que orienta el actual Código Penal Militar, no se circunscribe a la simple inexistencia de voluntad dirigida a un fin típico o de una acción dirigida a la realización de un resultado "extratípico", y a la presencia de un nexo causal entre la acción y el resultado dañoso no producido en forma dolosa para explicar el delito imprudente, superando aquellas tendencias ontológicas que enlazaban acción y resultado con exclusivo apoyo en las teorías de la causalidad. Por el contrario, privilegia el análisis frente al desvalor de la acción de la conducta desarrollada por el sujeto activo en inobservancia del deber de cuidado, siempre y cuando, el resultado típico se encuentre ligado por un nexo de causalidad o de determinación con la acción,

es decir, el desvalor del resultado, que estuvo en condiciones de conocer y prever el sujeto activo.

(...) Los componentes objetivos o normativos del tipo culposo dentro del esquema dogmático que orienta el Código Penal Militar, son: un sujeto activo, que en este caso corresponde al miembro de la Fuerza Pública en servicio activo; la acción extra típica, constituida por la infracción al deber objetivo de cuidado; la realización de un resultado lesivo y relevante, descrito en la norma penal imputada y la relación de causalidad o nexo de determinación, que corresponde al vínculo que debe existir entre la transgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico. **(Rad. 158348, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, febrero 29 de 2016).**

SENTENCIAS CONCORDANTES:

CSJ. Sala Penal Rad. 16636, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón de mayo 20 de 2003, Sentencia de casación de 22 de mayo de 2008 Rad. N.º 27357.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Modalidad de culpa y la coautoría impropia.**

“En lo que al delito culposo respecta, la coautoría impropia o funcional no sería predicable, en principio, como forma de participación cuando concurren varias acciones imprudentes y productoras de un idéntico resultado típico, en la medida en que dicha figura presupondría la existencia de un plan criminal que, como tal, es propio de los delitos dolosos.

En la doctrina, un sector minoritario siempre ha defendido la existencia de una coautoría funcional culposa, postura que desde la última década del siglo pasado ha venido adquiriendo cada vez más fuerza. Por ejemplo, en la séptima edición de Autoría y dominio del hecho de 1999, Roxin, citando a Weisser, señala como punto de partida

para establecer una coautoría imprudente “que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se le dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo”.

La opinión dominante, sin embargo, considera irrelevante hacer esa clase de distinciones cuando el resultado típico es producido por la concurrencia de varias conductas imprudentes, en la medida en que toda persona responde en el delito imprudente a título de autor: “En caso de (como máximo) imprudencia por parte de todos, no está claro para ninguno de los intervinientes cómo va a acabar el suceso. La ley renuncia, por ello, a graduar las formas de intervención y otorga el mismo tratamiento a todas las causaciones imprudentes o (en la omisión) a todos los comportamientos consistentes en no haber impedido el resultado. No se diferencian las clases de causación (uno mismo, mediante otros, con otros, en participación), sino que se uniformizan todos los partícipes”.

La opinión dominante, sin embargo, considera irrelevante hacer esa clase de distinciones cuando el resultado típico es producido por la concurrencia de varias conductas imprudentes, en la medida en que toda persona responde en el delito imprudente a título de autor...” (Rad. 159022, M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, junio 30 de 2020).

(Cf. Roxin, Autoría..., pág. 740-741. 77 Ibidem, pág. 742. 78 Véase, por ejemplo, Carrara, op. cit., § 436; Pérez, Luis Carlos, Derecho penal colombiano. Parte general. Volumen IV, Temis, Bogotá, 1959, pág. 365-366; Welzel, Hans, Op. cit., pág. 143. Jakobs, Günther, op. cit., pág. 788-789, Jakobs Günther, La imputación objetiva en derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 107. 81 Zaffaroni, Op. cit., § 53, IV, 1. 82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 27388, M. P. Doctor Julio Enrique Socha Salamanca, 8 de noviembre de 2007).

COMENTARIO

La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado a profundidad el concepto de la culpa como una de las modalidades de la conducta punible, efectuando además sendas comparaciones con las demás figuras del dolo y la preterintención. Una de las características que identifican y diferencian el tipo penal culposo del tipo penal doloso es la exigencia del resultado en los delitos imprudentes.

Se debe resaltar que la Corporación en sus últimos pronunciamientos, ha referido que la culpa se define a partir de la acción y no del resultado y por ende no se aplica el amplificador del tipo “tentativa”. Inicialmente la valoración de la acción culposa se dejaba para el momento de la culpabilidad, hoy en día se efectúa su valoración en el tipo penal, en su parte subjetiva.

El desvalor en los delitos culposos se encuentra en el incumplimiento por parte del sujeto activo de la exhortación que tiene de actuar de manera cuidadosa. Ese cuidado se ha calificado como objetivo, general y normativo. En sus múltiples providencias, la Corte Suprema de Justicia señala como elementos del delito culposo los siguientes: tipo objetivo- elementos descriptivos o normativos: a) sujeto indeterminado o calificado; b) la acción; c) resultado; d) la violación al deber objetivo de cuidado (algunas fuentes son: las normas de orden legal que regulan el tráfico terrestre, marítimo, aéreo, fluvial, y los reglamentos del trabajo; el principio de confianza- división de funciones; el criterio del hombre medio); y relación de causalidad o nexo de determinación. Tipo subjetivo: Aspecto volitivo; Aspecto cognoscitivo. La Corporación hace ahínco en la valoración de la acción culposa, donde el juez deberá analizar si el sujeto activo creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante y ex post.

Artículo 26. Preterintención.

La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- Cuatro características del delito preterintencional

(...) “La demanda de casación presentada plantea el tema de los delitos preterintencionales y los delitos calificados por el resultado, cuya clara delimitación ha sido empeño no siempre logrado en el campo doctrinal. Destácase que entre estas dos clases de infracciones existe la común característica de que se pretende la comisión de un hecho cuya realización trae consigo un resultado agregado a la básica descripción típica, las dos formas delictivas deben estar expresamente previstas en la ley, pero con la diferencia de que en el delito de carácter preterintencional el segundo resultado constituye el comportamiento que representa la conducta punible, mientras que en los delitos agravados por el resultado, este no adquiere tal carácter sino que es, apenas una consecuencia del hecho inicial, que merece un mayor reproche por la mayor intensidad del daño, por la generación de un peligro o la materialización de un provecho.

Como ejemplos de delitos calificados por el resultado podrían citarse los siguientes: La hostilidad militar, que se agrava cuando como consecuencia de la conducta se pone en peligro la seguridad de la Nación o sufren perjuicios sus bienes o las Fuerzas Armadas (art. 112); (...) las lesiones personales, cuya pena se incrementa cuando dan lugar a parto prematuro o aborto (art. 338); y, el abuso de circunstancias de inferioridad, que se sanciona con pena más severa cuando se ocasiona un perjuicio.

Los hechos anteriormente relacionados a más de estar expresamente contemplados en la ley, tienen en común la descripción de una conducta reprimida penalmente que se agrava cuando se presenta un segundo resultado, sin que, por sobrevenir éste, la adecuación típica de la conducta sufra modificación alguna, pues sigue siendo la misma aun cuando mayormente sancionada. (...)

El delito preterintencional tiene ocurrencia cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente. De esta definición legal (art. 38) parecería que ninguna diferencia existe entre los delitos calificados por el resultado y los delitos preterintencionales; no obstante, la doctrina ha señalado que estas son características del delito preterintencional: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado delictivo mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.” (...) “la diferencia específica entre los delitos calificados por el resultado y los delitos ultraintencionales, estriba en el hecho de que en los primeros el segundo resultado, aun cuando descrito en la norma, no es el que tipifica el ilícito, mientras que en los otros ese segundo

resultado pasa a ser la conducta punible en la norma penal.” (C. Const., Sent. C 551 de 2001, mayo 30/01 M. P. Álvaro Tafur Galvis).

C. Const., Sent. T-575 de 1993, C. Const., Sent. C-189 de 1998 C. Const., Sent. T-652 de 1996, C. Const., Sent. C-239 de 1997, C. Const., Sent. C-264 de 1995, C. Const., Sent. C-519 de 1998, C. Const., Sent. C-293 de 1997.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **Concepto de conducta preterintencional- requisitos para su configuración.**

“33. Finalmente, la modalidad preterintencional de la conducta punible consiste en que el resultado siendo previsible, excede la intención del agente (artículo 24 de la Ley 599 de 2000). En esta forma de culpabilidad, habiendo dirigido el sujeto su voluntad conscientemente a la concreción de un resultado típico y antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería.

De acuerdo con un sector de la doctrina nacional, el fenómeno de la preterintencional se caracteriza, desde el punto de vista objetivo, por la verificación de dos resultados típicos el primero, hacia el cual se orientó voluntaria y conscientemente la conducta del actor, y el segundo, más grave pero colocado en la misma dirección de aquel, que no fue querido y finalmente se produjo por falta del deber de cuidado que le era exigible al agente en el desarrollo de la conducta antijurídica.

Por contraste de lo que sucede en la conducta dolosa, en la preterintencional no hay coincidencia entre el propósito inicial del agente y el resultado, ya que lo ocasionado es un efecto dañoso superior o más grave, esto es, excesivo en relación con la intención del agente, un resultado ultra intencional.

Cuando el artículo 24 de la Ley 599 de 2000 -de idéntica redacción al artículo 38 del Decreto Ley 100 de 1980- señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, rebasa la intención o referente psíquico del agente, está descartando toda forma de resultado típico que pueda atribuirse al caso fortuito, pues este siempre es imprevisible o inevitable, e igualmente aquél que pueda ser atribuido a dolo eventual, ya que en esa especie de dolo el resultado no excede el propósito del agente, por cuanto este lo acepta o asume una vez que, al advertir la probabilidad de su acaecimiento, de todas maneras actúa a sabiendas del riesgo que asume hacia un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser -para efectos de la atribución de responsabilidad penal a título de dolo, tanto da querer directamente el evento, como saber que se puede producir si no se hace nada para evitarlo.

En síntesis, para la configuración de la conducta punible preterintencional, es preciso que se reúnan los siguientes requisitos: a) una acción dolosamente orientada a la producción de un

resultado típico; b) verificación de un resultado típico más grave, al que no apuntaba la intención del agente, pero que era previsible por él; c) nexo de causalidad entre el primero y el segundo evento, y d) homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, identidad del bien jurídico tutelado". (CSJ, Cas. Penal, Sent. Junio. 18/2008, Rad. 29.000- Aprobado Acta N.º 162 M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).

Concordante: (CSJ SP 13 abril. 1984, rad 27856).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – Diferencia entre delitos preterintencionales y delitos calificados por el resultado.

"Entre estas dos clases de infracciones existe la común característica de que se pretende la comisión de hecho cuya realización trae consigo un resultado agregado a la básica descripción típica, las dos formas delictivas deben estar expresamente previstas en la ley, pero con la diferencia de que en el delito de carácter preterintencional el segundo resultado constituye el comportamiento que representa la conducta punible, mientras que en los delitos agravados por el resultado, este no adquiere tal carácter sino que es, apenas, una consecuencia del hecho inicial, que merece un mayor reproche por la mayor intensidad del daño, por la generación de un peligro o la materialización de un provecho". (CSJ, Cas. Penal, Sent., abr. 13/84, Rad. 27856. M. P. Dante L. Fiorillo Porras).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – Diferencias entre el actuar imprudente y el preterintencional.

"Quien actúa bajo el influjo de la culpa, produce, mediatizado por un comportamiento voluntario penalmente irrelevante, un segundo resultado –esta vez delictivo, pero indeseado– que habría podido evitar, si hubiera actuado con prudencia, pericia y cuidado.

(...).

Saltan a la vista, entonces, las diferencias, no advertidas por la impugnante, entre un actuar presidido por la culpa y otro por la preterintención. En ambos se da, en una primera fase, una acción voluntaria. Pero mientras en la acción culposa ese inicial comportamiento no tiene significación jurídica, en el acto preterintencional sí ostenta esa relevancia. En su segunda etapa, aunque en ambos eventos el efecto sobreviniente es indeseado, la diferencia radica en que mientras en el proceder culposo este se produce por negligencia, impericia o descuido, en el actuar preterintencional su causa lo constituye el hecho de haber omitido la posibilidad que el agente tenía, en sus circunstancias, de prever el resultado mayor o más grave". (CSJ, Cas. Penal, Sent. jul. 10 /2003, Rad. 17493. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – Definición

del elemento previsibilidad en la conducta preterintencional- Elementos de configuración para el homicidio preterintencional.

"...dígase que existe responsabilidad preterintencional cuando el resultado más grave es previsible para el agente, debiéndosele reprochar por no haber reparado en esa situación pudiendo haberlo hecho.

Luego, para la estructuración del homicidio preterintencional, se requiere de los siguientes elementos: a) Una acción dolosa tendiente a causar daño en el cuerpo o en la salud. b) Producción de la muerte de la víctima. c) Nexos de causalidad entre las lesiones y la muerte. d) Previsibilidad del resultado muerte. e) Identidad y homogeneidad del bien jurídico tutelado, en el entendido de que en nuestra legislación la muerte que se origina en unas lesiones personales dolosas se reprime como un tipo especial de homicidio.

Significa ello que respecto del elemento previsibilidad, lo que la ley exige en relación con el delito preterintencional es que el agente haya tenido la posibilidad de prever el resultado mayor, no que efectivamente lo haya previsto, valga decir, que a pesar de haber tenido la capacidad de prever ese resultado más grave al inicialmente propuesto, omite hacerlo". (CSJ, Cas. Penal, Sent., marz. 14 /2002, Rad. 15663. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Concepto y elementos de la preterintención

"(...) En lo que corresponde a la modalidad preterintencional de la conducta punible expone que esta consiste en que el resultado siendo previsible, excede la intención del agente. (...) para la configuración de la conducta punible preterintencional es preciso que se reúnan los siguientes requisitos: a) una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico; b) verificación de un resultado típico más grave, al que le apuntaba la intención del agente, pero que era previsible por él; c) nexos de causalidad entre el primero y el segundo evento, y d) homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, identidad del bien jurídico tutelado". (Rad. 156270, M. P. CN (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, febrero 26 de 2013)

DOCTRINA.- Estructura del tipo untraintencional comisivo y omisivo.

Esta figura se presenta cuando el agente dirige su voluntad de causación hacia determinado resultado, y se produce uno más grave del que él estaba –por lo menos– en capacidad de prever; o, un resultado que siendo previsible excede su voluntad, que traspasa la intención que se tuvo al emprender el acto.

(... los elementos que integran el tipo untraintencional comisivo –que de no existir esta figura en la ley se deberían solucionar como un concurso ideal– resultan de aunar las circunstancias correspondientes al tipo base dolo

(acción, nexo de causalidad, resultado, sujeto, objeto de la acción idéntico, bien jurídico, dolo inicial e, incluso elementos subjetivos del tipo) con los correspondientes elementos de la figura imprudente (violación del deber objetivo de cuidado al producir el resultado excedido, relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y el resultado, posibilidad de conocer la amenaza que a la conducta representa para los bienes jurídicos y la previsión del resultado excedido) que se torna en las predominantes.

(...) De igual forma, en tratándose de la estructura preterintencional omisiva, que sería una sexta modalidad, se deben aunar los elementos correspondientes al tipo omisivo doloso y al culposo. Una desarmonía entre los aspectos objetivo y subjetivo del tipo genera un error de tipo invencible (artículo 32, numeral 10, inciso 1)...".
(Manual de Derecho Penal, Parte General, Dr. Fernando Velásquez V. Pág. 448 a 450).

COMENTARIOS

Mientras la modalidad dolosa es la regla general, la culpa y la preterintención están taxativamente establecidas en la ley. La preterintención consiste en una conducta cuyo resultado siendo previsible "excede la voluntad del agente". Doctrinariamente se han establecido los elementos que constituyen un tipo preterintencional así:

- Una conducta inicial realizada con dolo.
- La producción de un resultado típico que excede la intención inicial del sujeto activo, resultado que, en el ordenamiento jurídico colombiano, debe ser al menos previsible para el agente.
- Nexo de causalidad entre la conducta realizada y el resultado producido.
- Identidad en el objeto material sobre el cual se realiza la acción delictiva y el que padece el resultado mayor finalmente producido.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha establecido como requisitos del fenómeno de la preterintención los siguientes: a) una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico; b) verificación de un resultado típico más grave, distinto a la intención del agente, pero que era previsible por él; c) nexo de causalidad entre el primero y el segundo evento, y d) homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, identidad del bien jurídico tutelado.

Artículo 27. Acción u omisión.

Modificado por el artículo 99 de la Ley 1765 de 2015. La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión. El miembro de la Fuerza Pública que en razón de su competencia funcional y teniendo el Control efectivo, tenga el deber jurídico de evitar un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo hiciere, disponiendo de los recursos y medios, siempre que las circunstancias fácticas se lo permitan, quedará sujeto a la pena prevista en la respectiva norma penal.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Posición de garante y Fuerza Pública.**

(...) La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación: i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con las expectativas que surgen de una determinada función, iii) las acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo.

Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuándo se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado.(...)

(...)Un miembro de la Fuerza Pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

a) Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada) armas (una pistola, una dinamita) animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita -pudiendo hacerlo- que un soldado que

se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.

(...) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente. Por ende, para que el miembro de la Fuerza Pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la Fuerza Pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar al sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes.

c) La Constitución le ha asignado, tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, una posición de garante. El artículo 217 de la Carta, dispone que

“Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.”

De ello se desprende que tienen el deber constitucional de garantizar que la soberanía y el orden constitucional no se vean alterados o menoscabados. Elementos centrales del orden constitucional lo constituye el cumplimiento pleno “...de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...” (art. 2° de la Carta) y la preservación del monopolio del uso de la fuerza y las armas en manos del Estado. En relación con los fines previstos en el artículo 2, la función de garante de las Fuerzas Militares no se equipara a las funciones asignadas en el artículo 218 de la Carta a la Policía Nacional. Sin embargo, de ello no se desprende que no tengan por función básica garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades por parte de los asociados. Antes bien, supone garantizar condiciones de seguridad colectivos y de carácter estructural –definidos en los conceptos de soberanía, independencia, integridad territorial e integridad del orden constitucional– que permitan una convivencia armónica. Las condiciones de seguridad dentro de dicho marco de seguridad estructural son responsabilidad de las fuerzas armadas.

(...) En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio

de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. Un miembro de la Fuerza Pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal. Las Fuerzas Militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio. En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho. (...) (Sentencia SU-1184/01, noviembre 13/2001. M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

JURISPRUDENCIA. - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Posición de garante respecto de los miembros de la Fuerza Pública.**

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la Fuerza Pública es garante cuando se presenta la creación de riesgos para bienes jurídicos o el surgimiento de deberes por la vinculación a un órgano estatal.

i) Los riesgos para los bienes jurídicos se presentan no solo por la tenencia de objetos, sino también de “personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación”, de modo, que el superior en mando tiene la obligación de tomar medidas necesarias para impedir que individuos que estén bajo su efectivo control desplieguen conductas que violen los derechos fundamentales.

(ii) En relación con las autoridades, ha sostenido esta Corte que adquieren dicha posición cuando “se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho”; pero como el Estado no puede responder en el ámbito penal, “el juicio recae en el titular de la función correspondiente”. Por ello, para que el miembro de la Fuerza Pública sea garante se necesita

que “en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos”.

(iii) Respecto de la Fuerza Pública, la Constitución le ha asignado una posición de garante[63], en razón a que les corresponde el deber constitucional de proteger a la ciudadanía, teniendo como fin la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio, el orden constitucional y asegurar la convivencia pacífica.

La jurisprudencia ha establecido que la posición de garante “significa que el título de imputación se hace (...), sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia)”. Asimismo, la Corte ha indicado que “[l]as estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”[65].

Por ello, “(i) el autor y el participe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa[66]; ii) en la tentativa por omisión – el garante retarda dolosamente la acción de salvamento o ésta no hubiera evitado la producción del resultado- el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente -por el grado de desarrollo de la infracción de la norma- porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo[67] y, iii) el conocimiento del riesgo (que sirve para deslindar el dolo de la imprudencia) no modifica la naturaleza de la conducta realizada (la grave violación a los derechos humanos). Es decir, en todos los casos mencionados hay unidad del título de imputación”.

Lo expuesto no implica que una vez comprobada la posición de garante se constituya la responsabilidad, ya que se hace necesario que cumpla con los elementos del delito, donde puede suceder que el garante no sea penalmente responsable, debido a: (i) ausencia de dolo, (ii) ausencia de culpa o (iii) estado de necesidad justificante por conflicto de deberes. **(Sentencia T-1003/12, noviembre 26/2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).**

JURISPRUDENCIA. - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - **Omisión de socorro.**

Dentro del mismo título del Código Penal sobre “delitos contra la vida y la integridad personal” pero en el capítulo VII, el Legislador tipificó el delito de omisión de socorro, provisión normativa que encuentra claro fundamento superior en

el mandato contenido en el artículo 95-2 que establece dentro de los deberes de la persona y el ciudadano el de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. No sobra precisar que dicho tipo penal se distingue claramente del delito de abandono por cuanto a diferencia de este no presupone la existencia de un deber establecido en la ley de velar por determinada persona, sino que alude a cualquier persona, no siendo pues un sujeto calificado por la ley el que pudiese incurrir en la conducta descrita en la norma sino cualquier persona que se encuentre ante la situación de otra cuya vida o salud esté en grave peligro y omite auxiliarla. **(Sentencia C-034/05, enero 25/2005 de dos mil cinco (2005) M. P. Álvaro Tafur Galvis).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **La posición de garante y el deber jurídico de obrar: criterio restringido del legislador al señalar taxativamente los casos de su aplicación respecto de la omisión impropia o impura.**

“Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

La legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el principio de solidaridad, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia o impura”.

(...)

Como se percibe con facilidad, el artículo consta de dos partes:

La primera –incisos 1º y 2º-, obediente al primer paso en la evolución del tema, a la inicial y más tradicional posición de garante, se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta, cuando

tiene el deber jurídico de impedir un resultado jurídico y no lo evita pudiendo hacerlo, es decir, apunta, como se dijo, a los delitos de comisión por omisión.

Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico.

Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante.

La segunda –inciso 3º con sus cuatro numerales, y párrafo– alude al ulterior desenvolvimiento del estudio del tema, si se quiere, cuando el análisis de la posición de garante comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y a ser penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la “cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los “vínculos de solidaridad o de fidelidad”, la “creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o “teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los “deberes de aseguramiento en el tráfico”, etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 3º del artículo 25 del Código Penal.

Y, desde luego, tal como lo dice el párrafo del artículo, esos cuatro criterios operan exclusivamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales.

Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., jul. 27/2006, Rad. 25536. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **La posición de garante se deriva por competencia de organización, institución o injerencia.**

“Tiene posición de garante quien, por competencia derivada de organización, de institución o injerencia, tiene el deber jurídico de proteger un bien tutelado por la ley, de modo que debe conjurar los resultados lesivos dentro de su órbita de responsabilidad. En virtud de la competencia por organización, las personas están facultadas para poner en riesgo bienes jurídicos, por ejemplo, con la construcción de viviendas, la aviación, el tráfico automotor, etc.,

pero a cambio deben asumir unos deberes de seguridad en orden a evitar que la creación o aumento de riesgos más allá de lo jurídicamente permitido derive en daño a bienes jurídicos, que, de ocurrir, les serán imputados.

La segunda encuentra sustento en normas jurídicas que establecen obligaciones especiales de orden institucional, por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución Política dispone que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Los deberes institucionales se estructuran, aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad.

La competencia por injerencia supone que quien ha causado un peligro anterior a bienes jurídicos (generalmente antijurídico) está llamado a conjurar las consecuencias que de tal situación se produzcan, mediante deberes de salvamento”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., abr. 25/2018, Rad. 49680. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **Las fuentes que devienen la posición de garante. El garante como autor a título de dolo y de culpa.**

“De ahí que la posición de garantía, es decir, la situación en la que se hace exigible a un individuo obrar activamente para evitar la producción de un determinado resultado antijurídico, puede provenir de i) la realización de una actividad riesgosa lícita; ii) un mandato constitucional o legal, o; iii) haberse creado, a cargo del agente, una situación de riesgo para el bien jurídico. En relación con este último supuesto, debe precisarse que el riesgo ser generado por el comportamiento precedente debe próximo o cercano, es decir, causar un peligro inminente para el bien tutelado, como sucede cuando, por ejemplo, un peatón cuyas acciones conduce un vehículo arrolla a lesiones amenazan su vida.

Según lo tiene decantado esta Corporación, la posición de garantía derivada de un mandato legal o constitucional - es decir, por competencia institucional - puede derivar en la responsabilidad criminal del garante respecto de afectaciones producidas consecuencia de cómo sus omisiones a cualquier bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal, mientras que en las dos hipótesis de hipótesis –la competencia por organización o injerencia– la atribución de responsabilidad sólo se deriva de daños causados a los intereses expresamente señalados en el párrafo del artículo 25 transcrito:

... la letra de la ley, la estructuración de la normatividad pertinente, la historia reciente del articulado, y el derecho comparado, permiten afirmar lo dicho al comienzo de este sector de esta sentencia: el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la posición de garante al deber por la Constitución y la ley 0, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico;

y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales¹⁷.

Desde luego, la posición de garantía aisladamente considerada resultante insuficiente para responsabilizar a quien la detenta por los resultados antijurídicos que, como consecuencia de su conducta omisiva, se produzcan, pues se requiere adicionalmente la constatación de que la persona tenga la capacidad material de evitar su producción, o lo que es igual, la facultad individual concreta y real de interrumpir el curso causal que culmina en la lesión del interés protegido:

... la posición de garante no opera desde un plano general o abstracto, pues, previamente o asuma el rol, es lo cierto que la atribución de responsabilidad penal demanda no solo de conocimiento respecto de la existencia del riesgo específico, sino de posibilidad material de evitación, en tanto, el nexo causal se construye precisamente a partir de la demostración de estos dos elementos y la verificación de su incidencia capital en el resultado¹⁸.

Ahora bien, el comportamiento omisivo del garante puede ser consciente y voluntario - doloso - o simplemente culposo.

En el primer evento, el garante tiene conocimiento del deber jurídico de evitación que le asiste, sus alcances y contornos, está enterado de que existe una situación de riesgo inminente para un bien jurídico que le compete proteger derivada de una conducta típica cuyos elementos estructurales conoce y, aun así, resuelve autónomamente no obrar para prevenir su afectación porque quiere su realización. En esas condiciones, el agente comete el delito por omisión y este le es atribuible como autor a título dolo.

También es posible que el comportamiento omisivo del garante sea producto de la culpa, como sucede, verbigracia, cuando un proceder negligente desestima la existencia de la posición de garante que ostenta, o el alcance concreto de la misma, o la ocurrencia de la conducta punible que suscita la afectación del bien jurídico que debe proteger. En ese caso, se le responsabiliza como autor en la susodicha condición, siempre que se trate de un delito que el legislador haya consagrado expresamente en la modalidad culposa, pero no se le atribuirá responsabilidad alguna en caso contrario.

Como se ve, en la posición de garante, dadas las condiciones exigidas en la Ley, se tiene por autor de un determinado delito persona distinta de quien a una materialmente lo ejecutó, incluso en ausencia de un acuerdo penal previo entre uno y otro.

De acuerdo con lo expuesto, la atribución de responsabilidad por vía del artículo 25 de la Ley 599 de con 2000 exige que: i) El agente tenga posición de garantía, derivada de alguno de los

supuestos constitutivos de la misma previstos por el legislador. ii) Se produce una lesión de un bien jurídico cuya protección se encuentra a cargo del agente por razón de posición de garantía, y el cual, por consecuencia, tenía el deber de evitar. iii) El agente, además de ostentar posición de garantía, tuviese la capacidad real y material de tomar las medidas necesarias para prevenir dicha lesión. iv) El agente omita la realización de actos positivos orientados a prevenir la afectación del bien jurídico lesionado. v) El agente conociera los elementos constitutivos de la infracción, incluida la existencia de la posición de garantía y la propia capacidad de acción, y que, habiendo obrado de modo negligente, el delito cometido esté previsto como culposo por el legislador". (CSJ, Cas. Penal, Sent. dic. 5 /2018, Rad. 50236. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **La protección del bien jurídico en la posición de garante exigida a un miembro de la Fuerza Pública debe ser concreta; el mandato de carácter genérico no implica control efectivo y mando.**

“Por lo demás, es pertinente recordar que la protección abstracta de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades que a las autoridades de la República les asigna el artículo 2º de la Carta Política, no puede ser confundida con la exigida en el 25 de la Ley 599 de 2000, para atribuirle al servidor público la comisión de un delito por omisión.

Igualmente, en su artículo 6º la misma Carta hace responsables a los servidores públicos no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación de sus funciones. Si bien, ambos preceptos, se ha dicho, son fundantes de la posición de garante, es evidente que la protección del bien jurídico debe ser concreta y no abstracta.

Luego si la prueba no permite inferir y concluir que aquél tenía el deber jurídico de evitar el resultado típico, no puede equivocadamente atribuirse con fundamento en la citada disposición penal responsabilidad al acusado.

(...).

Las funciones atribuidas al suboficial de servicio, según las cuales quedaba “a cargo del personal de la compañía”, no son suficientes para establecer que en el ámbito de su competencia institucional tenía la protección concreta de la vida de CHonorable Representante, y por esa vía, el resultado era evitable y cognoscible.

Ese mandato de carácter genérico no implicaba el control efectivo y mando sobre los integrantes de la compañía ASPC sino la asunción de labores para el mantenimiento logístico, la disciplina interna y la seguridad de la unidad militar, de modo que a su cargo escapaba la protección concreta del bien jurídico vulnerado, conforme con razón lo definieron las instancias con fundamento en la prueba que el libelista echa de menos”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., ago. 5/2020, Rad. 53872. M. P. Gerson Chaverra Castro).

17 CSJ AP, 15sep. 2010, rad. 34628.

18 CSJ SP, 120Ct. 2016, rad. 46604.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **Eventos donde se excluye el postulado del principio de confianza.**

“De acuerdo con este principio, no se imputan objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantienen dentro de los límites del peligro permitido[1].

Se enuncia diciendo que toda persona, en el diario discurrir, puede creer que las demás actúan dentro de las normas y de acuerdo con los requerimientos socioculturales dominantes, a menos que “existan datos que hagan pensar lo contrario”[2].

Este postulado, ab initio admisible, no es absoluto, pues para eventos como el ahora examinado, varios motivos excluyen su aplicación. Por ejemplo, los siguientes:

Uno. Porque la ley puede exigir a quien confía en otro que lo haga bajo su responsabilidad, cumpliendo con un cuidado especial, evento en el cual no se puede escudar en el axioma mencionado.

Dos. En la división vertical del trabajo, porque “siempre hay una o más personas que se encargan de vigilar que los “subordinados” hayan comprendido a cabalidad las instrucciones dadas; en ese sentido, el ámbito de competencia de estas personas que se encargan de vigilar las labores de terceras personas son garantes a efectos de que estas se desempeñen correctamente[3].”

Tres. Si uno de los requisitos para esquivar la responsabilidad con fundamento en el principio de confianza es el de que quien lo aduzca se haya comportado correctamente[4], cuando se infringe el derecho por incumplimiento de los deberes que este impone, no es posible acudir a ese postulado.

(...).

Cuatro. Por último, recuérdese que tampoco puede ser exonerado de imputación con fundamento en el principio de confianza, quien divide el trabajo con personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas, pues en este supuesto se requiere de su parte aún más vigilancia, custodia y supervisión estricta[6].” (CSJ, Cas. Penal, Sent., jul.27/2006, Rad. 25536. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

NOTA: Verificar sentencia posterior CSJ, Cas. Penal, Sent., feb.12/2014, Rad. 42000. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero donde signa que el principio de confianza es predicable aun de quien actúa imprudentemente, a diferencia de la atrás referida.

[1] Enrique Bacigalupo. Principios de derecho penal. Parte General. Madrid, Akal, 5ª edición, 1998, pág. 191.

[2] Margarita Martínez Escamilla. La imputación objetiva del resultado. Madrid, Edersa, 1992, pág. 334.

[3] David Fernando Panta Cueva. Algunas observaciones al principio de confianza en la teoría de la imputación objetiva: problema de autonomía y repercusiones normativas. En, Universidad de Guayaquil, Ara Editores, XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Lima, Universidad de Guayaquil, 2005, pág. 391.

[4] Margarita Martínez Escamilla, obra citada, pág. 335.

[6] Cfr. Yesid Reyes Alvarado. Imputación objetiva. Bogotá, Temis, 3ª edición, 2005, págs. 162/3.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **las excepciones al principio de confianza no operan automáticamente, de lo contrario sería equivalente a una atribución objetiva de responsabilidad.**

“A este respecto el tribunal en su análisis destacó cómo los actos de disposición materializados por los acusados, fueron el resultado de la facultad, también legal, de delegar en subalternos la labor de constatar el respaldo y fundamento de las pretensiones laborales, además que tal atribución (la de delegar) que no fue ejercida de manera temeraria o irreflexiva, vale decir, sin observar el deber de cuidado, sino previa selección de un equipo interdisciplinario de expertos y convocando la presencia, en las respectivas labores, de agentes de órganos de control Estatal para que, en el ejercicio de sus funciones, alertaran sobre eventuales irregularidades, proceder que les permitió confiar en que mediante ese esquema aseguraban la indemnidad del patrimonio público, y que por lo mismo evidenció ausencia de una finalidad consciente y voluntaria de lesionar el bien jurídico confiado.

La Corte, a pesar de que ha indicado que los efectos del principio de confianza pueden verse restringidos (no excluidos o prohibidos) en situaciones tales como: “(i) Cuando la ley establece expresamente a quien encomienda la labor, que lo haga bajo su responsabilidad; (ii) en los eventos en que existe división de trabajo y el que dirige la tarea dentro del ámbito de sus competencias, es garante de que las personas a su cargo lo desempeñen correctamente; (iii) siempre que se incumple un deber y por ello, se transgrede el derecho”[1], no ha señalado como regla objetiva y axiomática que siempre que se presente uno de esos supuestos aquél postulado sea inoperante, pues una afirmación de ese talante sería equivalente a una atribución objetiva de responsabilidad”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. nov. 18/2020, Rad. 55345. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

[1] Cfr. CSJ. SP 5 de diciembre de 2011, Rad. 35899.

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La imputación objetiva y la acción y omisión.**

“En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como

de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante(...) El moderno derecho penal de orientación normativista, se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX -predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX- edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia”. **TSM. RAD. 022-155479-6860-XIV-221-EJC M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, Marzo veinticuatro (24) de dos mil diez (2010).**

(Cfr. Günther Jakobs. *Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen)*. *Medizinrecht-Psychopathologie-Rechtsmedizin. Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin. Festschrift für Günter Schewe*. Springer-Verlag. Berlin 1991. Págs. 72 y ss. Günther Jakobs. *La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte*. Publicado en: *Estudios de Derecho Penal*. UAM ediciones-Civitas, Madrid 1997. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Enrique Peñaranda Ramos y Carlos Suárez González. *Claus Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2 Auflage. Verlag C.H Beck. München 1994. Págs. 332 y ss. Yesid Reyes Alvarado. *Imputación objetiva*. Temis. Bogotá. 1994. Págs 49 y s)

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Evolución de la teoría de la acción y su devenir en la imputación objetiva.**

“En relación con el nexo causal, esto es la atribución de la conducta al sujeto, tenemos que tal concepto ha evolucionado, tratándose en un comienzo de un criterio naturalístico según el cual el resultado debía ser consecuencia de la acción del autor, hasta llegar en nuestros días a la teoría de la imputación objetiva, que tiene su génesis en falencias encontradas en las distintas teorías que sobre causalidad se dieron por algunos autores para resolver inquietudes a la hora de determinar la responsabilidad en los delitos de resultado...(...) La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 22 de Mayo de 2008, con ponencia del Dr. Socha Salamanca Julio Enrique, acoge la doctrina mayoritaria de la imputación objetiva, señalando que el juez debe valorar el riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, retrotrayéndose al momento de la acción, además debe valorar si ese peligro se realizó en el resultado teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post...(...) Solo puede imputarse objetivamente un punible al actor cuando la conducta u omisión es causa de ese resultado en concreto”. **.TSM. RAD. 033-2009-**

155282 -1667 - XVII- 52 –PONAL, M. P. Coronel (r) Rosa Elena Tovar García, marzo treinta (30) de dos mil nueve (2009).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La conditio sine qua non en la omisión.**

“Esto significa entre otras cosas que debe mediar un hecho entre el no actuar y el resultado, de tal forma que no se trate únicamente de la infracción al deber, sino que se haya producido un daño al bien jurídico que hubiera podido ser evitado con el actuar oportuno y debido del agente. (...) esta circunstancia forzó a buena parte de la doctrina a proponer una modificación de la conocida fórmula de la “conditio sine qua non”, para adaptarla a las particularidades de la omisión; se dijo entonces que para probar la existencia de la relación causal en las omisiones se debía incluir imaginariamente en el curso causal la acción debida, pero no realizada; si incluía esa conducta no desplegada, el resultado desaparecía, entonces la omisión del autor podría considerarse causa del resultado; si, por el contrario, incluido el comportamiento esperado el resultado se mantenía, entonces la omisión del autor no podría ser considerada causa del resultado. El problema de esta forma de determinación de la causalidad de las omisiones, es que resulta absolutamente imposible afirmar, con certeza, que si el actor hubiese desplegado la conducta que le es esperada, el resultado nocivo habría desaparecido. Para superar este inconveniente, la doctrina optó por precisar que en la aplicación de la fórmula de la conditio sine qua non a los delitos de omisión, no se exige la certeza de que la conducta omitida por el autor hubiere hecho desaparecer el resultado, bastando tan solo que ello hubiera podido ocurrir “con una probabilidad rayana en la certeza”. *Revista Internacional “Derecho Penal Contemporáneo”* N.º 14, Enero a Marzo, 2006, Editorial Legis, págs. 14 a 15 **TSM. Rad. 155053-10333- Ejercol M. P. CNCJPM Jorge Iván Oviedo Pérez, veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009).**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La acción y omisión como conceptos punitivos.**

Sobre el tema, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho: “...se tiene establecido que la antijuridicidad, como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no solo desde su perspectiva formal, es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal...(...) Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado...(...) Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó: “Como ha enseñado la Sala, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien

jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal)". "De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala: se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiéndose por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal. Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal"... (...) Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, "es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela"... (...) En fin, lo que se quiere significar es que independientemente de que el hecho sea calificado de irrelevante, tampoco está demostrado el dolo que exige el tipo subjetivo. El incumplimiento de las normas internas policiales, como aquella de que era obligación emitir un polígrama después de la ocurrencia de hechos significativos, dentro del término de la distancia, por sí solas, no puede admitirse como un hecho constitutivo de prevaricato, pues la omisión o el retardo punibles no son la simple inactividad oficial, sino la inexecución o mora del acto funcional, con conciencia del deber omitido o indebidamente diferido, sin razones atendibles para ello"... (...) Sentencia del 23 de febrero del 2005, radicado N.º 19.762, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez. **TSM. RAD. Proceso N.º 155917-PONAL 004 M. P. TC Ismael Enrique López Criollo, veintisiete (27) de enero de dos mil diez (2010).**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Omisión como concepto penal.**

Es decir, la plena conciencia que con su acción viola la ley penal, por haber correspondencia absoluta entre el propósito o intención criminal -elemento subjetivo del delito- y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de la norma penal, constituye el delito en su acepción general... (...) Pues aquí el procesado mediante un acto de acción emanado con humana libertad de su propio psiquismo, realizó un hecho penalmente antijurídico con conocimiento de su

típica ilicitud, con conciencia de su antijuridicidad y con voluntad de ejecutarlo, procediendo para ello con conocimiento y con voluntad, por lo que es procedente atribuirle una conducta omisiva de carácter doloso (omisión propia) que en este caso se predica del enjuiciado por no haber realizado un acto propio de sus funciones... (...) "La omisión es dejar de realizar el acto funcional dentro del término señalado en la ley o dentro del cual es fértil para producir efectos jurídicos normales. Por su parte, el retardo es la realización del acto por fuera del plazo legalmente determinado, es decir, dentro del cual resultaba útil. En tanto que el rehusamiento reside en la negativa a realizar el acto ante una solicitud válidamente presentada"... (...) En consecuencia, se trata de una actuación dolosa que demanda el conocimiento del carácter del acto omitido como propio de las funciones constitucionales, legales o reglamentarias discernidas en el agente. Se trata de una omisión ilegal acompañada de la voluntad libre de realizar cualquiera de las hipótesis alternativas que conjuga el artículo 414 de la ley 599 de 2000." **TSM. RAD. 153787-4348-XIV-180-PONAL. M. P. María Paulina Leguizamón Zárate, veintidós (22) agosto de dos mil once (2011).**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Posición de garante y la omisión.**

Refiere, que los deberes deben ser precisos y no aparecer en abstracto y de allí se puede establecer la posición de garante respecto de la omisión, de lo contrario el juicio sería inconstitucional porque se violarían las garantías fundamentales... (...) Considera esta Sala de Decisión, que en el estadio procesal actual no existe prueba que permita en grado de probabilidad señalar que las conductas desplegadas por los procesados se enmarcan en un delito de omisión impropia, y el análisis presentado por el Ad quo parece abordar lineamientos de un delito culposo, en la praxis judicial suele confundirse el delito de omisión impropia con el delito culposo, confusión que se evitaría si se logra delimitar el contenido de deber de garante con el contenido del deber de cuidado, al respecto la Doctrina ha indicado: "En los delitos omisivos, en los casos en que se admita la modalidad culposa (homicidio, lesiones) el deber de cuidado hace referencia a las medidas de precaución necesarias para no olvidar ni dejar de realizar una actividad de salvación o de apoyo y fomento de bienes jurídicos... (...) Es importante aclarar que el delito de omisión impropia o de comisión por omisión, a diferencia del delito de omisión propia, se puede perpetrar tanto de forma dolosa como culposa... (...) Dentro del ámbito de la imprudencia, se suele hacer referencia a la "omisión del deber objetivo de cuidado" esto es lo que Corcoy denomina momento omisivo de la imprudencia. Al concebir el delito culposo como una "omisión" del deber objetivo de cuidado, se puede llegar a la conclusión evidente entre el delito culposo y el omisivo. Lo importante es aclarar que la culpa no es la omisión del deber de cuidado sino la infracción del deber de cuidado, infracción que se puede llevar a cabo por acción o por omisión... (...) La médula de este asunto, radica en discernir dos clases de deberes claramente delimitados y delimitables, el deber de garante (que emana de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión) y del deber de cuidado". **TSM. RAD.**

156872-6860-XIII-474-010-PONAL M. P. Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas, cuatro (4) de marzo de dos mil once (2011).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Acción y su evolución en la dogmática penal.**

“Olvida la instructora que los causalistas soportaron la noción de acción en discernimientos eminentemente naturalísticos, tanto, que el sólo nexa causal era el presupuesto mínimo de imputación, y per se explicaba el punible, generándose la sentida dificultad para encontrar solución a los delitos de comisión por omisión, que dicho sea no remedió, ya que sólo era dable la imputación de tipos penales de omisión propia en los que se hacía palmario el incumplimiento del deber. En tanto, que el finalismo propuesto por Hans Welzel y su evolución destacada por Armin Kaufmann, concibió en su arquitectura un concepto ontológico de acción, lo que sugiere que la acción humana es la idea central de la teoría del delito...(...) El esquema propuesto se postuló de un tipo complejo a mixto, donde el tipo objetivo lo conforma la parte externa de la acción y el tipo subjetivo la interna, destacándose los elementos del mismo como la culpa, el dolo y la preterintención; por ello, si la esencia de la acción es la voluntad, en las acciones típicas la voluntad final, que es el dolo, debe estar en el tipo...(...) Por ello, si la esencia de la acción es la voluntad, en las acciones típicas la voluntad final, que es el dolo, debe estar en el tipo. Ahora bien, cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado el juicio de imputación se hará a título de culpa, debiéndose verificar el vínculo normativo que determine cuál es la regla que se infringe y cuál la que se dejó de observar; por ello para el finalismo el sólo nexa causal, visto desde la perspectiva naturalística, no explica el delito sino que se requiere acreditar el vínculo normativo...(...) En cuanto hace a los punibles de comisión por omisión, la corriente de pensamiento penal que se viene sucintamente comentando permite que se pueda imputar el resultado y no la simple desatención del deber, siempre y cuando el sujeto agente tuviere el deber jurídico de impedir un resultado y no lo llevar a cabo estando en posibilidad de hacerlo”. **TSM. RAD: 041-157036-7082-XIV-444-PNC. M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, veintiuno (21) de septiembre de dos mil once (2011).**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Dominio del hecho en el coautor.**

“Igualmente es viable hacer la diferenciación respecto del dominio del hecho, partiendo de que el coautor tiene el dominio del hecho, en tanto que el cómplice, por no realizar la acción descrita en el tipo, participa sin tener el dominio propio del hecho”. **TSM. Rad. 155609-XI-550 (16) Policía CR. Ismael Enrique López Criollo. Veintidós de mayo de 2013.**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Omisión propia e impropia en el derecho penal militar.**

“De manera general la mayoría de los tratadistas en esta materia, convergen en la existencia de

comportamientos puramente activos, puramente omisivos y aquellos comportamientos con una faz positiva (acción) y una negativa (omisión), éstos últimos con una característica muy particular que no permite a priori, clasificar la conducta dentro del grupo de la acción o de la omisión, además de ello, suelen tratarse de comportamientos imprudentes, de donde nace entonces la responsabilidad de comisión por omisión u omisión por garantía traída a nuestra legislación penal, considerada como un delito de omisión impropia...(...) En la legislación penal doméstica, la distinción básica entre un delito de omisión propia y uno de omisión impropia radica, básicamente en que el primero de los citados el propio tipo penal lo consagra expresamente, como la omisión de socorro (artículo 131 CP), omisión del agente retenedor o recaudador (artículo 402), el prevaricato por omisión (artículo 414), entre otros; mientras que la omisión impropia no está consagrada explícitamente en un tipo penal y se hace necesario inferirla de un tipo penal de resultado previsto en la parte especial, al cual la doctrina ha denominado de comisión por omisión...(...) El sujeto activo de un delito de omisión impropia o comisión por omisión, es especial o cualificado, en la medida que solo puede serlo quien ostenta la condición de garante, entendido como tal, aquel sujeto que tiene el deber jurídico, no moral, de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes jurídicos, con límites temporales y espaciales, para lo cual, además de abstenerse de iniciar procesos que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en curso también los produzca, y, por ello debe anular o desviar esos cursos causales, de lo contrario se le imputará el resultado como si el mismo lo hubiere causado. En palabras diferentes, la omisión impropia o comisión por omisión se presenta cuando, el resultado que por antonomasia es producido mediante una conducta activa, se materializa como consecuencia de una omisión, esto es, mediante una conducta pasiva, inactiva o en otras palabras, un no hacer que produce el resultado típico descrito en la ley, eventos para los cuales, para efectos de la imputación de la conducta punible en concreto, se requiere utilizar como regla general, las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión...(...) el Código Penal al recoger la teoría material de las funciones exige posición de garante material y no formal, que si bien no llega al extremo de exigir igualdad o identidad entre acción y omisión, establece patrones para determinar cuándo las personas tienen funciones de vigilancia o control y correlativamente debe evitar resultados lesivos, y, en caso de no hacerlo pudiendo impedir la producción de ese resultado, quedarán sujetos a la pena consagrada para ese delito, como si lo hubiesen realizado...(...) la posición de garante (“Garantenstellung”), debe ser entendida como la ubicación del sujeto frente al deber jurídico de evitar un resultado típico, condición que le impone la obligación de actuar para impedir que este se produzca cuando es evitable...(...). Sin mayor esfuerzo, del contenido del artículo 25 del código penal arriba transcrito, se infiere que esta norma consta de dos disposiciones, en la primera regula tanto la forma de realización de las conductas relevantes para derecho penal (acción y omisión), e igualmente, los delitos por comisión por omisión, y la segunda parte, determina las fuentes en las que se estructura la posición de garante...(...) Finalmente, se debe recordar que de manera general, para

realizar la imputación de comportamientos o de resultados, en los tipos penales imprudentes que exigen relación causal, como el caso bajo estudio, se requieren tres presupuestos normativos: a) la determinación de la posición de garante; b) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y, c) la concreción del riesgo en el resultado o relación con el resultado; debiéndose precisar que los anteriores criterios, se surten entre otros del principio de confianza, de las acciones a propio riesgo, de la prohibición de regreso y el instituto del riesgo permitido... (...) suele suceder en el ámbito de los delitos imprudentes que hay eventos en los cuales no es tan sencillo determinar si estamos frente a una conducta omisiva o activa, confusión que normalmente se presenta entre estos delitos y los omisivos, por ello no sobra recordar que la omisión puede ser dolosa o culposa, presentándose dentro de la doctrina diversas clasificaciones de las conductas omisivas delictivas, desde los que consideran que existe una sola clase de omisión, hasta los que refieren muy diversas, existiendo una dura polémica, no solo sobre los criterios de distinción, sino sobre los mismos términos acuñados, “acciones omisivas”, “omisiones impuras”, “comisión por omisión”, entre otras, para distinguirlos de los delitos de omisión propia. De manera general la mayoría de los tratadistas en esta materia, convergen en la existencia de comportamientos puramente activos, puramente omisivos y aquellos comportamientos con una faz positiva (acción) y una negativa (omisión), éstos últimos con una característica muy particular que no permite a priori, clasificar la conducta dentro del grupo de la acción o de la omisión, además de ello, suelen tratarse de comportamientos imprudentes, de donde nace entonces la responsabilidad de comisión por omisión u omisión por garantía traída a nuestra legislación penal, considerada como un delito de omisión impropia. El sujeto activo de un delito de omisión impropia o comisión por omisión, es especial o cualificado, en la medida que solo puede serlo quien ostenta la condición de garante, entendido como tal, aquel sujeto que tiene el deber jurídico, no moral, de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes jurídicos, con límites temporales y espaciales, para lo cual, además de abstenerse de iniciar procesos que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en curso también los produzca, y, por ello debe anular o desviar esos cursos causales, de lo contrario se le imputará el resultado como si el mismo lo hubiere causado... (...) Ahora bien, no existiría jamás identidad estructural entre la acción y la omisión, en la medida en que la identidad es mismidad, por lo cual, la discusión de si solo basta ser garante para responder a título omisivo o si además de ello, se hace necesaria una identidad o, a lo sumo una equivalencia estructural, debe trasladarse a otro escenario, pues, no se es garante en abstracto, sino en una situación concreta, por ello, el Código Penal al recoger la teoría material de las funciones exige posición de garante material y no formal, que si bien no llega al extremo de exigir igualdad o identidad entre acción y omisión, establece patrones para determinar cuándo las personas tienen funciones de vigilancia o control y correlativamente debe evitar resultados lesivos, y, en caso de no hacerlo pudiendo impedir la producción de ese resultado, quedaran sujetos a la pena consagrada para ese delito, como si lo hubiesen realizado... (...) Una mirada a la legislación punitiva castrense, nos muestra que

esta figura jurídica, que en principio ha sido consagrada de manera incipiente en el decreto 2550 de 1988 (antiguo código penal militar), artículo 18, prescribía que nadie podía ser condenado por un hecho punible si el resultado no era consecuencia de su acción u omisión, amén de ello que, “Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo pudiendo hacerlo, equivale a producirlo” figura que desarrolla la ley 522 de 1999 (anterior Código Penal Militar), en el artículo 23, en términos muy similares, disposición vigente para la data en que se presentaron los hechos (15 de junio de 2008)... (...) acorde a la moderna teoría del delito, así, determina de manera precisa que el miembro de la Fuerza Pública que tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, cuente con los recursos y medios disponibles, pero no actuare estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, pero para ello, se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos, solamente en relación con las conductas punibles que atenten contra la vida e integridad personal y la libertad individual... (...) En términos generales podemos afirmar que la legislación penal colombiana, tanto la especial, como la ordinaria, acogió el criterio restringido, en tanto que, bajo el amparo de lo dispuesto en los artículos 1 y 95.2 de la Constitución Política, atendiendo el principio de solidaridad, en forma expresa y de manera taxativa, se determina en qué casos es predicable la posición de garante y con fundamento en ello, cuando puede presentarse la comisión de un delito por omisión impropia o impura (comisión por omisión)... (...) En suma debemos señalar que, se presenta posición de garante en todos aquellas situaciones en las que, frente a cualquiera de los bienes jurídicos determinados en la ley, el sujeto le asiste la obligación constitucional o legal de actuar y omite hacerlo, estando en condiciones y debiendo hacerlo, supuesto que corresponde a la primera hipótesis; en la segunda hipótesis, en aquellos eventos en los que, frente a determinados bienes jurídicos como la vida, la libertad personal y la libertad sexuales, cuando el sujeto asume voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente... (...) Como se dijo, la asunción de la posición de garante para los miembros de la Fuerza Pública, deviene de los deberes del Estado frente a los ciudadanos, esto es, como integrantes de una institución del Estado, ello obliga a que, para la imputación del resultado, además de acreditar que el sujeto asumió la protección real y efectiva del bien jurídico o la vigilancia de la fuente de riesgo, se debe establecer previamente la competencia del sujeto, esto es, los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, con el fin establecer si el resultado era previsible, cognoscible y evitable”. **TSM. RAD. 158339-309-XV-179 M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome Veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).**

COMENTARIO

Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General, cit., p. 312, opta por distinguir entre omisión pura y comisión por omisión señalando que “de la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de omisión pura, en tanto que los segundos, equivalente a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión”. A continuación, este autor explica por qué elige la terminología “omisión pura” y “comisión por omisión” en lugar de la tradicional “propia” e “impropia”. “Esta terminología es preferible a la de delitos de omisión propia e impropia, pues, aunque un importante sector doctrinal la considera equivalente, otra dirección reserva el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previstos en la ley, incluyendo en la omisión propia las figuras legales, sean de pura omisión, sean de comisión por omisión”. En este sentido también se expresa Silva Sánchez, Jesús María, “Omisión”, cit., p. 963, advirtiendo que “según otra clasificación menos frecuente en nuestro país, a los delitos de omisión pura se les denomina también delitos de omisión propia y a los de comisión por omisión, delitos de omisión impropia. Sin embargo, ambas clasificaciones no son siempre superponibles, en la medida en que esta última se usa también frecuentemente en el sentido de que son omisiones propias las tipificadas expresamente por la ley, mientras que son omisiones impropias las que carecen de previsión legal expresa”.

Silva Sánchez, Jesús María, en el delito de omisión, Concepto y sistema, cit., pp. 343 ss., 347 s., distingue dos grupos de omisiones puras: las omisiones puras generales, esto es, realizables por todos (quibus ex populo) los que pudiendo llevar a cabo la acción indicada no la llevan a término; y las omisiones puras de garante. La existencia de omisiones puras generales se debe a consideraciones de solidaridad general en aras de la protección de bienes jurídicos individuales. De ahí que su realización, en la que pueden incurrir, además, todos los ciudadanos que, estando en situación, no cumplen la acción indicada, sea, en idénticas circunstancias, menos grave que la de una omisión pura de garante, por ejemplo. (...) Todas las omisiones puras generales han de hallarse, además, expresamente tipificadas como tales en preceptos legales de descripción negativa. Frente a lo anterior, las omisiones puras de garante tienen su fundamento en la existencia de una base funcional específica. Ello determina que sólo puedan ser realizadas por un determinado círculo de sujetos caracterizados por la ostentación de una posición de responsabilidad especial. Por esa misma razón, se trata de omisiones de mayor gravedad, en idénticas circunstancias, que las generales. Pese a lo cual, como ya hemos indicado, consideraciones valorativas y estructurales determinan que no se equiparen a la creación activa de un riesgo de producción del resultado que no ha sido evitado. Se trata, pues, de omisiones de “gravedad intermedia”; “(...) en el seno de estas últimas, por su parte, cabe distinguir entre aquellas que aparecen expresamente tipificadas como tales omisiones de gravedad intermedia y aquellas otras en que no se da dicha tipificación”.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha considerado que el comportamiento delictivo puede gravitar en una acción positiva, que modifica el mundo exterior; o una acción negativa, omisión, que puede ser a) taxativa por el legislador, donde se sanciona el incumplimiento del agente independientemente del resultado (omisión propia); o, b) el resultado típico es producto de una omisión (omisión impropia o comisión por omisión). En el ámbito de la omisión, es indispensable verificar el nexo de evitación, donde la conducta esperada del sujeto, era haber interrumpido o evitado el resultado. Las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión son las fórmulas llamadas a aplicarse en este caso. La figura de la posición de garante, entendida como el deber jurídico de obrar para impedir que se produzca el resultado típico evitable, pudiendo hacerlo; se determina por competencia derivada de organización, de institución o injerencia. En este sentido, esta misma corporación establece que las fuentes de riesgos pueden provenir de: “i) la realización de una actividad riesgosa lícita; ii) un mandato constitucional o legal, o; iii) de haberse creado, a cargo del agente, una situación de riesgo para el bien jurídico. Respecto de la omisión impropia, impura o comisión por omisión, la posición de garante opera de manera restrictiva y taxativa por el legislador, solamente para aquellos obligados por la Constitución (artículos 1º y 95.2) y la Ley, frente a cualquier bien jurídico”.

El código penal militar, Ley 1407 de 2010 señala a los miembros de la Fuerza Pública como garantes en razón de su competencia funcional, el control efectivo, el deber jurídico de evitar el resultado típico, y disposición de los recursos y medios para la evitación del mismo; debiendo tener a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico tutelado o la vigilancia de determinada fuente de riesgo. La Corte Suprema de Justicia afirma que el mandato de carácter genérico no implica control efectivo y mando. También existe posición de garante frente a los bienes jurídicos de la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, en los casos donde se presente: el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, en atención a lo signado por el artículo 25 del Código Penal.

Este alto tribunal de justicia señala igualmente que el comportamiento omisivo del garante puede ser consciente y voluntario (doloso) o simplemente culposo; y trae a colación los siguientes elementos constitutivos de la responsabilidad de la posición de garante: “a) el agente debe tener una posición de garantía derivada del mandato constitucional o legal; b) la lesión a un bien jurídico cuya protección estaba a cargo del garante que incumplió el deber de evitar; c) el agente con posición de garante, tuviese la capacidad real y material de tomar las medidas necesarias para prevenir dicha lesión; d) El agente omita la realización de actos positivos orientados a prevenir la afectación del bien jurídico lesionado. e) El agente conociera los elementos constitutivos de la infracción, incluida la existencia de la posición de garantía y la propia capacidad de acción, y que, habiendo obrado de modo negligente, el delito cometido esté previsto como culposo por el legislador”.

Así mismo, ha establecido también que el principio de confianza puede verse restringido en algunas situaciones, no siendo una regla axiomática, de cara al garante así: “a) cuando taxativamente la ley le encomienda la labor al agente, bajo su responsabilidad; b) cuando existe división de trabajo y el que dirige la tarea dentro del ámbito de sus competencias, es garante de las demás respecto de su desempeño correcto; d) siempre que se incumple un deber y por ello, se transgrede el derecho”.

Artículo 28. Tentativa.

El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL. TENTATIVA

(..) En la comparación de esos textos legales, sea lo primero anotar que en ambos regímenes se descarta la tentativa inidónea, pues los hechos que configuran esa clase de tentativa no son punibles en Colombia; en todos los casos, la punibilidad de la tentativa parte de la idoneidad de los medios, el objeto y el sujeto, pues el Derecho Penal nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Carta Política, se toma en cuenta el hecho y no la peligrosidad del agente.

En cuanto hace a la tentativa simple, cuando la ejecución de la acción típica se interrumpe apenas iniciada, pues interviene un factor extraño al querer del agente que le impide a este consumarla, es claro que el régimen punitivo es igual en la legislación penal militar y en la ordinaria, de acuerdo con los artículos 24 del Código Penal Militar, 22 del Decreto-ley 100 de 1980, e inciso primero del artículo 27 del nuevo Código Penal, antes transcritos. Por tanto, no hay posibilidad alguna de que el legislador haya incurrido en violación del principio de igualdad en este aspecto.

Sobre la tentativa acabada, también llamada delito frustrado, que se presenta cuando el agente, a pesar de ejecutar los hechos objetivamente necesarios para la consumación no logra producir el resultado debido a circunstancias ajenas a su voluntad, hay que anotar que ni la legislación ordinaria ni la penal militar la consagran como una modalidad independiente; en el marco del Decreto-ley 100 de 1980, que no alude a ella, el asunto queda reducido a que la pena debe ser tasada incluyendo el posible desistimiento entre los factores a tener en cuenta, porque tampoco esta última figura fue regulada en la parte general del Código Penal vigente.

En cambio, tanto la Ley 522 de 1999 -en los dos artículos considerados en este aparte-, como el nuevo Código Penal en el inciso segundo del artículo 27, contemplan el desistimiento en la parte general; la comparación de los correspondientes textos, lleva a confrontar las siguientes hipótesis:

- En el nuevo Código Penal:

- a) Si la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas al autor, pero este ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo, la pena aplicable será menor (no menos de 1/3 ni más de 2/3), que la que le correspondería si no hubiera desistido del delito tentado;
- b) Si la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas al partícipe, pero este

ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo, la pena aplicable será menor (no menor de 1/3 ni mayor de 2/3), de la que le correspondería si no hubiera desistido del delito tentado.

- En la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar:

- 1) Si el autor abandona la ejecución del delito quedará exento de pena por el delito tentado;
- 2) Si el autor impide la consumación del delito quedará exento de pena por el delito tentado;
- 3) Si la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas al autor, pero este ha realizado todos los esfuerzos posibles para impedirlo, quedará exento de pena;
- 4) Si el partícipe impide la consumación del delito, quedará exento de pena;
- 5) Si la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas al partícipe, pero este ha realizado todos los esfuerzos posibles para impedirlo, quedará exento de pena;
- 6) Si el delito se consuma independientemente de la colaboración inicial del partícipe que desiste, y este ha realizado todos los esfuerzos posibles para impedirlo, quedará exento de pena.

De la comparación de esas hipótesis legislativas, salta a la vista que el antecedente normativo contemplado en el literal a) es igual al del numeral 3), pero la consecuencia es distinta; al particular se le impondrá una pena no menor de 1/3 ni mayor de 2/3 de la que le correspondería si no hubiera desistido del delito tentado, mientras que el miembro de la Fuerza Pública quedaría exento de pena. Igual disparidad de consecuencias normativas, frente a la identidad de los antecedentes, se encuentra al confrontar el literal b) con el numeral 5) que aluden a los partícipes. Además, en el numeral 6) se incluye como parte del antecedente normativo la consumación de la conducta punible, y se consagra como consecuencia normativa del desistimiento del partícipe, la exención de pena, contrastando esa regulación de la jurisdicción penal militar con la que prevé el Decreto 100 de 1980, pues en caso de consumarse el delito, el partícipe no resultaría exento de pena por haber desistido después de haber prestado su colaboración en la ejecución del ilícito.

Así, es claro que en los incisos segundos de los artículos 25 y 29 de la Ley 522 de 1999, el legislador exoneró de pena al autor y los partícipes de una conducta punible desistida, cuando en la legislación penal ordinaria, tanto el autor como los partícipes que se encuentran en idéntica

situación son sancionados con una pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada; tal clase de diferencia viola el derecho a la igualdad ante la ley (...) (C. Const. Sent C – 368/00, marzo 29/2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **La tentativa inidónea, figura inadmisibles en un derecho penal de acto- atipicidad de la conducta.**

Ahora bien, el delito imposible o la tentativa inidónea se presentan por falta de idoneidad respecto del objeto, los medios o del sujeto y el criterio para su punición se encuentra en la concepción subjetiva del derecho penal en la que resulta suficiente la lesión de los valores ético-sociales, bien por la creación de un peligro abstracto con ella o por la peligrosidad del agente.

En el sistema penal colombiano el Código Penal de 1936 preveía en el artículo 18 que cuando el delito fuere imposible, podía disminuirse discrecionalmente la pena señalada para la conducta consumada o prescindirse de la misma, teniendo en cuenta los criterios de dosificación punitiva consagrados en el artículo 36 del mismo estatuto punitivo, figura que se explicaba en el peligrosísimo que irradiaba al citado estatuto.

(...) Ejemplos clásicos como los de la utilización de sustancias inofensivas para envenenar a una persona, o el disparo mediante arma de fuego contra un cadáver creyendo viva a la persona o sobre el lecho donde erróneamente se cree que duerme en ese momento, son supuestos de la tentativa inidónea.

En estos casos se ponía al autor en atención a la peligrosidad que revestía su conducta para la sociedad independientemente de que se hubiera causado daño o no, lo cual se acompañaba con el peligrosísimo que como se sabe fundaba la responsabilidad penal únicamente en la peligrosidad del actor.

Las propuestas de reforma al código sustentadas en el concepto de culpabilidad conforme a las nuevas tendencias dogmáticas, según las cuales la responsabilidad penal del autor se basa en lo que hace y no en lo que es, llevó a los comisionados de 1974 a proponer profundas modificaciones al sistema penal vigente –entre ellas- a la tentativa, unificando en una sola norma la acabada e inacabada –estricta y frustración- y suprimiendo la tentativa desistida –artículo 15- y la tentativa imposible –artículo 18-.

En consecuencia, frente a un derecho penal de acto y no de autor era inadmisibles la figura del delito imposible conocida en la doctrina como tentativa inidónea, de ahí que la propuesta para su eliminación se haya justificado –entre otras razones- porque si su punición se sustenta en la peligrosidad del autor, no cabe en un derecho penal en donde la responsabilidad penal se funda en la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable.

El doctor Reyes Echandía encargado de elaborar la ponencia sobre la tentativa propuso su supresión "a) Porque la tentativa imposible supone sancionar penalmente una conducta atípica por ausencia o falta de cualificación del objeto material o por inidoneidad de la conducta, lo que contraría el apotegma universal de que no hay delito ni sanción penal sin tipicidad, principio consagrado ya por la comisión. b) Porque el fundamento de la pena para la tentativa imposible no puede ser otro que el de la peligrosidad del actor y ya se indicó que sobre tal base no debe asentarse la responsabilidad penal, que exige comportamiento típico, antijurídico y culpable. c) Porque si bien el Estado no debe permanecer impasible ante la conducta de quien actúa dentro del marco de esta figura, en cuanto ella evidencia mecanismos psicológicos de desadaptación, las medidas que ha de tomar no han de ser de naturaleza punitiva porque no se ha delinquido, sino de índole médico-sicopedagógicas y ellas no son propias de un Código Penal..."

(...)

Así la fórmula finalmente aprobada en la que se refunden la tentativa acabada e inacabada corresponde a la prevista en el artículo 22 del Decreto 100 de 1980 y es sustancialmente idéntica a la del artículo 27 de la ley 599 de 2000, con la única modificación del vocablo "hecho punible" por el de "conducta punible". No obstante, cabe advertir, que en el vigente artículo 27 en su inciso segundo se consagra la tentativa desistida con una fórmula más afortunada que la prevista por el Código Penal del 36, fenómeno que no guarda relación alguna con el delito imposible o la tentativa inidónea.

A pesar de la insistencia del Comisionado Velásquez porque se hiciera un esfuerzo para hallar una base distinta a la peligrosidad que permitiera la punición del delito imposible, la propuesta fue negada por amplia mayoría.

La mayoría de autores colombianos coinciden en señalar que en la forma en que se redactó la disposición que contempla la tentativa no cabe el delito imposible, porque la no consumación del hecho se debe "a inidoneidad de la conducta para alcanzar el fin propuesto o a inexistencia de su objeto material o jurídico, supuestos que no encuadran en la descripción típica de una determinada conducta y que por tanto son causales de atipicidad.

Para la Sala no cabe duda que el delito imposible no es punible en el derecho penal colombiano no solo por los antecedentes de la norma que pune la tentativa, sino porque al seguir las tendencias modernas de un derecho penal de acto y de un derecho penal de la culpabilidad, se eliminó cualquier posibilidad de atribución de responsabilidad penal a partir de lo que ha sido o es el actor y no de lo que realmente ha hecho.

Ahora bien, como el delito imposible puede darse por inidoneidad de los medios –acción- que resultan ineficaces para causar el resultado o porque falta algún elemento del tipo objetivo –esencialmente el objeto material-, conforme a la descripción legal de la tentativa ninguna situación problemática se presenta en ambos casos, dado que la idoneidad de los actos y la existencia de todos los elementos requeridos por

el tipo penal son los presupuestos esenciales para su estructuración, si se mira que el dispositivo amplificador se vincula con una determinada conducta típica.

(...)

En efecto, no puede hablarse de tentativa sino se le refiere a un delito en concreto. Hay tentativa de homicidio cuando el amplificador se relaciona con el artículo 104, que sanciona el hecho de matar a una persona. De manera que si se atenta contra un cadáver, no puede hablarse de homicidio tentado porque el elemento objetivo del tipo penal no existe, el cual no es otro que la persona viva.

Igual ocurre con el hurto –artículo 239– cuyo objeto material lo constituye la “cosa mueble ajena”, luego si esta no existe no puede hablarse de tentativa de hurto. Es lo que sucede en este caso, en el que los juzgadores no obstante admitir que el acusado no se apoderó de cosa mueble ajena con contenido económico, declararon que era responsable de un delito de hurto, lo que no se compece con la sistemática penal colombiana.

En efecto, si se dio por probado que la víctima no fue despojada de dinero ni de bien con contenido pecuniario la conducta es atípica en cuanto no puede encuadrarse en el tipo de hurto en su modalidad imperfecta, pues se insiste el conato se correlaciona con un tipo penal en concreto sin que exista tentativa de tentativa o por sí sola, sin referirla a una figura típica determinada.

Es pertinente aclarar que serán punibles los actos que por sí mismos alcancen a constituir un delito distinto. Así por ejemplo, en el caso de disparo contra un cadáver, el eventual porte ilegal de armas; en el delito imposible de hurto por ausencia de objeto material, las lesiones si se ejerció violencia y se causó daño a la integridad física de la persona, también el porte ilegal de armas si se intentó mediante ellas, o aún el constreñimiento ilegal –artículo 182– evento este que de darse se hallaría actualmente prescrito. (CSJ, Cas. Penal, Sent., feb. 5/2007, Rad. 22164. M. P. Alfredo Gómez Quintero).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **Los delitos de mera conducta, por su naturaleza, no admiten aplicar el mecanismo amplificador del tipo Tentativa. El delito de lesiones personales no admite la tentativa, a excepción del parágrafo 2 del artículo 116º Ley 599 de 2020 “lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares” por disposición del legislador.**

“En este sentido, la Sala no deja de registrar que, en efecto, lo planteado por la novísima normatividad, con la introducción del parágrafo segundo del artículo 116A, marca una diferencia ostensible con la manera en que se configura por el legislador el delito de lesiones personales, dado que en su estructura limita la posibilidad de acudir al dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, pues, el tipo básico, artículo 111 del CP, siempre remite, para la correspondiente punibilidad, al daño efectivo y concreto que se

registre en la víctima, a su vez, desarrollado en las normas subsecuentes.

Esto, para significar que dentro de su naturaleza típica como delito, las lesiones personales causadas con agente líquido álcalis o sustancia corrosivas descritas en el inciso 1º del artículo 116 A, no impide acudir al dispositivo amplificador de la tentativa, en tanto, ontológicamente siempre será posible separar los actos ejecutivos idóneos dirigidos a causar el daño, de la intervención de una causa ajena a la voluntad del ejecutor, en términos del artículo 27 del CP, que impide consumir la pretensión.

Vale decir, el que se trate de una conducta penada por el resultado –como sucede, cabe destacar, con el homicidio, que admite la modalidad tentada–, lejos de controvertir la tesis de realización en grado de tentativa, la prohija, precisamente porque como no se consume el delito, por razones ajenas al agente, se faculta acudir al fenómeno del conato.

Por el contrario, para ejemplificar, los delitos llamados de mera conducta, dígase, entre otros, la injuria, por su naturaleza de ninguna manera permitirían aplicar el mecanismo amplificador.

De este manera se entiende perfectamente factible establecer la modalidad tentada en el delito de lesiones personales aludido en el inciso 1º del artículo 116 A del Código Penal; conforme lo consagró el legislador al incluir en el parágrafo segundo de esa norma la tentativa en este punible”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., jul 29/2020, Rad. 55653. M. P. Jaime Humberto Moreno Acero).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN **definición de la tentativa simple o inacabada; la tentativa acabada o frustrada; y la tentativa desistida.**

“En la aplicación del dispositivo amplificador de la tentativa, doctrinal y jurisprudencialmente se asiente en varias clasificaciones¹¹; así, se denomina simple o inacabada la hipótesis en la que la ejecución de la conducta delictiva que se ha propuesto se interrumpe cuando apenas principia su ejecución por la interposición de un factor ajeno a la voluntad del agente, que le impide su consumación; acabada o frustrada cuando el agente ha cumplido con todos los actos que estaban a su alcance pero el resultado no se produce por circunstancias extrañas a su querer; y desistida aquella en la cual el agente después de haber iniciado la ejecución de la conducta delictiva o de haberla completado, de manera voluntaria resuelve poner fin a su empresa y evita que el resultado se produzca”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., nov. 7/2012, Rad. 36331. M. P. José Luis Barceló Camacho).

(1) Cfr. Sentencia de segunda instancia de 23 de septiembre de 2009, radicación 30877.

Concordante: (CSJ SP 17 julio 2003, rad 18768; CSJ SP 20 sept 2017, rad 46751).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **La Corte acoge la teoría mixta para diferenciar entre actos preparatorios y ejecutivos respecto de la tentativa.**

“1. Diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución, en general. (...) La tentativa, entonces, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del iter criminis correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación y, desde luego, tanto menos su agotamiento.

(...)

Es así como se han propuesto, básicamente, tres clases de teorías. Son ellas, las subjetivas, las objetivas y las mixtas. Las primeras, las teorías subjetivas, propugnan porque se indague únicamente por el plan del autor, esto es, por la intención de quien realiza la conducta, de manera que serán ejecutivos aquellos actos que según dicha planeación sean necesarios y suficientes para consumar el delito, con independencia del peligro o lesión del bien jurídico tutelado. Serán actos preparatorios los que de acuerdo con el plan del autor no se encuentren dirigidos al resultado final que pretende, aunque presten alguna utilidad. El anterior planteamiento ha sido objeto de críticas, en la medida en que se desentiende del derecho penal de acto establecido en el artículo 29 de la Carta. Política, además, porque no tiene en cuenta los principios de lesividad y antijuridicidad material. Entre las teorías objetivas se encuentra la teoría formal objetiva, la cual plantea que la ejecución de la conducta comienza cuando se da inicio a la acción contenida en el verbo rector del tipo penal, es decir, cuando se comienza a matar, a hurtar, etc., mientras que los actos preparatorios carecen de tal condición. Tal postura no ha tenido acogida, pues en la práctica resulta de dificultosa comprobación establecer cuándo se comienza a realizar la conducta rectora del precepto normativo, con lo cual, la pretendida distinción se torna difusa y ambigua. También está la teoría material objetiva, según la cual, son actos ejecutivos aquellos que invaden la órbita del bien jurídico protegido y lo ponen en peligro, a la par que son actos preparatorios los que no alcanzan dicha situación riesgosa. Este planteamiento ha sido objeto de reparos, en atención a que no define con claridad desde qué momento en la realidad puede considerarse que el bien jurídico objeto de tutela se encuentra efectivamente amenazado.

Finalmente, se han propuesto las teorías mixtas de carácter tanto objetivo como subjetivo, en virtud de las cuales se considera que para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, es preciso acudir mediante un juicio ex ante, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal. Concluye la Sala, que

es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., ago. 8/2007, Rad. 25974. M. P. María del Rosario González de Lemos).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **La culpa se define a partir de la acción y no del resultado, no es dable la tentativa en los delitos culposos.**

“Ahora, en cuanto la postura del casacionista de estar frente a un homicidio culposo en el grado de tentativa, bajo nuestra normatividad no es dable ubicar ese dispositivo amplificador del tipo en los delitos culposos, porque el artículo 27 del Código Penal apunta al conocimiento y voluntad en la realización de un delito doloso al sancionar de manera atenuada a quien inicia la ejecución de una conducta punible a través de actos idóneos e inequívocos dirigidos a su consumación.

Es cierto que la culpa se define a partir de la acción, no del resultado. Lo fundamental es el desarrollo de la conducta de ahí que se deslinde el hecho principal imprudente, negligente, imperito o violatorio de reglamentos, del resultado dañoso producido, pues aquellos comportamientos son los que generan la infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado típico vendrá a ser el producto de esa infracción que el agente debió prever por ser previsible o que habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

Pero en la tentativa, como manifestación de la voluntad o resolución a cometer un delito, la acción está dirigida a la producción de un resultado, esto es, la exteriorización de la conducta a través de actos que de manera inequívoca tienden a su consumación, por eso el artículo 61 del Código Penal, entre los fundamentos para la individualización de la pena, establece que en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del hecho.

Y si bien de manera general se puede dar el inicio de una acción imprudente pero no llegarse a un resultado dañoso, no podría ubicarse esa fracción comportamental como la realización parcial de un delito culposo, precisamente por no mediar un resultado”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. febr. 21/2018, Rad. 46675. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Tentativa como elemento amplificador y sus requisitos.**

“Por tratarse de un delito de resultado en relación con su contenido admite la tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, lo que significa que a pesar de que el sujeto activo realice actos socialmente adecuados, eficientes

e idóneos para lograr apropiarse en provecho suyo o de un tercero de los bienes, el resultado dañoso no logre concretarse por circunstancias ajenas a su voluntad... Tal procedimiento fue el adecuado, más no el solicitado por el sindicato y su defensa técnica en el sentido de imponer la pena acorde con el dispositivo amplificador de la tentativa, por cuanto esta se da cuando: i) se inicia la ejecución de la conducta delictiva pero se interrumpe por la interposición de un factor ajeno a la voluntad del agente que le impide su consumación, jurisprudencial y doctrinalmente llamada tentativa simple o inacabada; ii) cuando el agente ha cumplido con todos los actos que estaban a su alcance pero el resultado no se produjo por circunstancias extrañas a su querer, denominada tentativa acabada o frustrada; o, iii) cuando el agente después de haber iniciado la ejecución de la conducta delictiva o de haberla completado de manera voluntaria resuelve ponerle fin y evita que el resultado se produzca, conocida como tentativa desistida” **TSM. RAD. 158205-XV-239 PONAL M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, veintinueve (29) de octubre de dos mil quince (2015).**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La tentativa y su momento de presentación en el derecho penal.**

“En iguales términos la regula el artículo 27 de la Ley 599 de 2000, normas de las que claramente se abstrae que la tentativa supone un comportamiento doloso que ha superado las fases de ideación y preparación del delito y ha comenzado a ejecutarse sin conseguir la última etapa que es la consumación, por supuesto tanto menos su agotamiento, en otras palabras, este dispositivo busca sancionar los actos que han llegado a la penúltima fase del iter criminis –ejecución- siendo necesario para ello entender que el actual derecho penal es de acto no de autor y que se debe tener en cuenta el principio de antijuridicidad material, en cuanto requisito de la responsabilidad penal... (...) Precisamente para ello, actualmente para distinguir los actos preparatorios –los cuales no son sancionados salvo expresa disposición de la ley- de los ejecutivos, se debe realizar un juicio ex ante al plan del autor, y además, verificar que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, esto es, analizar si el acto es socialmente adecuado para ello, con lo cual se constataría si en verdad la conducta investigada debe ser valorada a la luz de la figura de la tentativa... (...) Bajo este panorama, no está de más agregar, que uno de los requisitos para hablar de tentativa como amplificador del tipo es la intención de cometer el delito, por lo tanto requiere la presencia del dolo el cual se debe analizar a nivel de tipicidad y no en la culpabilidad siguiendo el esquema causal de la teoría del delito como usualmente ocurre en la práctica judicial... (...) La única forma de dirimir esta disyuntiva es apelando a la intención que tuvo el autor para saber si el fin era lesionar o producir la muerte, lo que confirma plenamente que el dolo deba estudiarse a nivel de tipicidad para la existencia de la figura de la tentativa... (...) Zaffaroni afirmó que el dolo de la tentativa es el mismo dolo del delito consumado, y que dicha

tesis dentro de la estructura causalista es un problema sin solución, porque a sus partidarios no les queda otra alternativa que admitir que el dolo está en la tipicidad como se refirió. De ahí que desde el punto de vista subjetivo no exista diferencia entre tentativa y consumación, pues ambas figuras exigen el “dolo de consumación”; basta con estar frente al dolo eventual para configurar la tentativa, siempre y cuando esta modalidad de dolo sea suficiente en el tipo de lo injusto del delito doloso consumado... (...) En síntesis, la parte subjetiva del tipo de la tentativa exige como requisito fundamental la presencia del dolo, es decir, el propósito encaminado a cometer un delito determinado... (...) De cara al elemento objetivo del tipo de la tentativa, tendrán que darse los requisitos exigidos por el tipo legal, es decir, el sujeto activo, pasivo, objeto material, la conducta, el bien jurídico y los ingredientes normativos si los hubiere” **TSM. RAD. 158277-XV-249 Ejército CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis (2016).**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Tentativa acabada**

“Así mismo, siguiendo las reglas del inciso 4 del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, en la tentativa se debe indicar el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo... (...) y que dada la intencionalidad del agente se estableció que se trata de una tentativa acabada porque el procesado realizó todos los actos indispensables para llevar a cabo la ejecución de la conducta típica de homicidio conforme al fin propuesto, pero por factores externos a su voluntad no lo logró”... (...) **TSM. RAD. 157204-7890-XIII-169-194-PONAL. M. P. CN(RA). Carlos Alberto Dulce Pereira. Catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016).**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La tentativa y el dolo eventual.**

“Iniciemos por recordar que no ha sido pacífica la doctrina en reconocer la compatibilidad de la tentativa con el dolo eventual, que fue, como se destacó, el criterio de imputación subjetiva empleado por el juez primario en el fallo atacado... (...) El desacuerdo surge porque quienes propugnan por la compatibilidad del dolo eventual con la tentativa sostienen que no es necesaria para la imputación la acreditación del elemento intencional, sino que es suficiente la demostración del conocimiento, y quienes aseguran que no existe tal compatibilidad, lo hacen bajo la premisa que ésta solo opera frente al dolo directo, en cuyo caso prepondera el elemento intencional... (...) De la lectura de la norma ciertamente se comprende como requisito para la estructuración de la figura que los actos ejecutivos no sólo sean idóneos, sino además inequívocamente dirigidos a la consumación del injusto penal, lo que supone conciencia y voluntad; sin embargo, no olvidemos que el dolo eventual es una modalidad del dolo y, por tanto, conforme a la jurisprudencia, compatible con la tentativa”. **TSM. RAD 158978-XV-393 EJC.M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, veintidós (22) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).**

COMENTARIO

La tentativa como dispositivo amplificador del tipo, discute la diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, juicio ex ante frente a si la conducta a más de crear un riesgo jurídicamente desaprobado, este se concreta o no en la producción del resultado por la puesta en riesgo efectivo o concreto del bien jurídico con evidente quebranto de la norma penal, siendo así evidente que el artema 27 contiene el desarrollo de unas posturas mixtas o eclécticas frente a la punibilidad del delito tentado.

La Corte Suprema de Justicia aduce en su múltiple jurisprudencia que el dispositivo amplificador de la tentativa se clasifica en a) simple o inacabada, es decir, la conducta se interrumpe cuando apenas inicia su ejecución por factores foráneos a la voluntad del agente, impidiéndole su consumación; b) acabada o frustrada, cuando el agente finalizó todos los actos que estaban a su alcance pero no se produce el resultado por circunstancias ajenas a su voluntad; y c) desistida, el agente después de iniciar la ejecución de la conducta delictiva o de haberla completado, de manera voluntaria decide evitar su resultado.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia acoge la teoría mixta para diferenciar entre actos preparatorios y ejecutivos respecto de la tentativa, signando que en cada caso se debe analizar, mediante un juicio ex ante, el plan del autor, ponderándose con los actos socialmente ajustados para poner en peligro el bien jurídico tutelado, para así constatar si se presenta o no la figura de la tentativa. Signa además que el llamado delito imposible o la tentativa inidónea, donde el objeto, medios, o sujeto no son idóneos para cometer la conducta punible, es una figura no admisible en un derecho de acto, por resultar atípica la conducta, y basarse únicamente en la peligrosidad del autor.

Por último, la Corporación hace claridad en sus decisiones que no es dable aplicar el mecanismo amplificador del tipo tentativa en los delitos culposos, ni en los delitos de mera conducta, por su naturaleza. Aclara además que, el delito de lesiones personales no admite la tentativa, a excepción del parágrafo 2 del artículo 116 ley 599 de 2020, "lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares" por disposición del legislador.

Artículo 29. Concurso de personas en la conducta punible.

Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL.

"(...) Si al final de nuestro camino volvemos la vista atrás y tratamos de resumir los resultados que hemos obtenido para la doctrina de la autoría, resulta el siguiente esquema: 1. El autor es la figura central del suceso concreto de la acción. || 2. La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano. || 3. El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor, presenta las manifestaciones del dominio de la acción, dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho. || 4. El dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano. || 5. El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas. || 6. El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva. || 7. El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes. || 8. La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado. || 9. La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto. || 10. Los delitos de propia mano se encuentran en el derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico. || 11. La participación es un concepto

secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano. || 12. La participación es un hecho principal cometido sin finalidad típica por principio está excluida en los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo". Roxin Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 1998, págs. 567 y 568. Citado en (C Cons Sent. C-15 /2018, marzo 14/2018, M. P. Cristina Pardo Schlesinger).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **El concurso y sus elementos jurisprudenciales.**

La jurisprudencia se ha referido en el tema de la coautoría, donde la participación en el hecho punible puede exteriorizarse con o sin contribución a los actos materiales, descritos en el tipo, concurriendo con su voluntad, con la actividad de planificar la idea criminal y con otras actividades que trascienden el plano interno y conforman, con las demás, el complejo comportamental de la figura típica... (...)En relación con los elementos estructurantes de esta forma de intervención en la conducta punible, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado: "por ello es inherente a esta figura la concurrencia de por lo menos dos elementos: uno subjetivo que generalmente es previo o concurrente con la comisión del hecho, consistente en la existencia de un acuerdo expreso o tácito para su acometimiento y uno objetivo, que se manifiesta en la realización de actos orientados a su ejecución como cometido

común, siéndoles por ello imputables a todos los partícipes el delito o delitos cometidos que típicamente se configuren” TSM. RAD. 155189 M.

P. MY ABG. Marycel Plaza Arturo, septiembre treinta (30) de dos mil ocho (2008).

COMENTARIO

Para la Corte Suprema de Justicia la cuestión de la autoría parece radicar en la sumatoria de los elementos volitivo y conductual, lo que se traduce en calificar como Autor a aquel (o aquellos) que tienen el dominio del hecho, y llamar a los demás partícipes.

Artículo 30. Autores.

Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- Autor del delito.

“El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarlos. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales. (...) Es el autor del delito el que determina, voluntaria o involuntariamente, pero siempre por razón de su conducta, la magnitud del daño indemnizable y el monto de la reparación correspondiente, ateniéndose a la consecuencia de poder o no indemnizarlo. No podría decirse, como se ha dicho respecto de las otras dos situaciones analizadas, que sea la ley la que introduce el criterio diferenciador, ya que la posibilidad o imposibilidad material de indemnizar el daño material no dependen de ella sino del productor mismo del daño.” (C. Const., Sent. C 899 de 2003 oct. 07/03 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Sentencias concordantes

C. Const., Sent. C-228 de 2002, C. Const., Sent. C-1063/00, C. Const., Sent. C-293 de 1995.

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- Autor – cómplice - determinador, interviniente - coautoría.

“A diferencia de lo que ocurre en los delitos comunes, en los especiales no cualquier persona puede ser autor, porque, se repite, en el respectivo tipo penal se ha incluido una especial calificación del sujeto activo,” (...) “La doctrina ha distinguido entre delitos especiales propios e impropios. Así, son delitos especiales propios aquellos respecto de los cuales no existe ningún delito común paralelo. En estos delitos, la calidad especial del sujeto activo es determinante para la existencia del delito, de manera que, en ausencia de la misma, la conducta sería atípica. Los delitos especiales impropios, por su parte, son aquellos respecto de los cuales existen delitos comunes paralelos, pero que por virtud de la especial cualificación normativa del sujeto activo constituyen tipos penales autónomos. De este modo, en los delitos especiales impropios, la conducta descrita en el tipo es susceptible de llevarse a cabo

por cualquier persona, pero cuando en ella concurren las especiales calidades previstas en la norma, se modifica el título de imputación, puesto que ya no se tratará de un delito común sino de uno especial impropio. Tales delitos tienen, de ordinario, el alcance de establecer una pena mayor que la prevista para el delito común subyacente.” (...) “la jurisprudencia penal se refirió en varias oportunidades a la coparticipación criminal en delitos especiales o de sujeto activo cualificado y, aunque no de manera siempre unánime, arribó a la conclusión de que, a) Sólo puede ser autor quien ostente la calidad prevista en el tipo penal, en cuanto es el único que puede realizar materialmente la conducta típica, y b) Las personas que no tengan la calidad exigida en la ley para el autor pueden responder de un delito especial sólo en calidad de cómplices o determinadores, en consideración a que en ninguno de esos roles realizan materialmente la conducta” (...) “El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice).” (...) “En efecto, definiendo el artículo 29 de la Ley 599 de 2.000 como autor a “quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”, también a “quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado” y como coautores, a

“los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.” (C. Const., Sent. C 1122 de 2008 nov. 12 de 2008 M. P. Rodrigo Escobar Gil).

Sentencias Concordantes:

C. Const., Sent. C-100 de 2004, C. Const., Sent. C227 de 2004, C. Const., Sent. C 404 de 2001, C. Const., Sent. C-505 de 2001, C. Const., Sent. C 048 de 2001, C. Const., Sent. C 579 de 2001, C. Const., Sent. C 540 de 2001 C. Const., Sent. C 199 de 2001, C. Const., Sent. C 673 de 2001.

JURISPRUDENCIA - CORTE CONSTITUCIONAL- Teoría del dominio del hecho

“La doctrina diferenciadora, adoptada en la mayoría de los sistemas penales de corte europeo-continental (Alemania, España, Suiza, Argentina, Perú, Colombia) distingue entre “autores” y “partícipes”. Para realizar esta distinción, la doctrina dominante se sirve de la teoría del dominio del hecho. Luego, “autor” será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho; “partícipe”, aquel que colabore con este en la ejecución de la conducta pero sin poseer el dominio del hecho, entendido como la capacidad del sujeto para determinar la realización (o no) del hecho punible.” (...) “El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes. (...) 9.- La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto. (...) 11.- La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano.” (...) “Autor.- Según la Corte Suprema de justicia “Se trata de aquella persona que se constituye en el protagonista central del comportamiento delictivo, quien de manera directa y de propia mano lo ejecuta en forma consciente y voluntaria.” Para la Corte Suprema de Justicia, la cuestión de la autoría parece radicar en la sumatoria de los elementos volitivo y conductual, lo que se traduce en calificar como Autor a aquel (o aquellos) que tienen el dominio del hecho, y llamar a los demás Partícipes.” (...) “la llamada “teoría del dominio del hecho”, de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad (...) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo. Por lo tanto, cuando son varios los sujetos que pre acordados concurren a la realización de la conducta antijurídica, para que el aporte configure coautoría se requiere que sea esencial, y que se materialice durante la ejecución típica. De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho.” (...) “La autoría a su vez puede tener distintas connotaciones derivadas, por ejemplo, del número de personas que concurren en la realización del delito y tengan el

dominio del hecho (autoría y coautoría), de si la actuación se da de forma directa o a través de otro que se utiliza de forma instrumental (autoría mediata), de si la responsabilidad se deriva del incumplimiento de un deber especial de cuidado (delitos culposos o de conductas imprudentes), o, en el caso de los delitos especiales, aquellos de sujeto activo calificado y de propia mano, depende de si se cumple o no con las calidades exigidas en el tipo penal (diferencia entre autor e Interviniente).” (C. Const., Sent. C 015 de 2018, marzo. 14/18 M. P. Cristina Pardo Schlesinger).

Sentencias Concordantes:

C. Const., Sent. C 229 de 2015, C. Const., Sent. C 227 de 2004, C. Const., Sent. C 013 de 1997.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **Definición y requisitos de la coautoría, como forma de autoría.**

“De la historia reciente del fenómeno, se desprenden las siguientes conclusiones:

- La coautoría es una forma de autoría.
- Para que exista coautoría se requieren tres elementos: acuerdo común, división de funciones y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito.
- Para la determinación de la coautoría es menester analizar tanto lo objetivo como lo subjetivo de la injerencia de la persona en el hecho.
- Como según la importancia del aporte se distingue entre coautor y cómplice, el funcionario judicial debe hacer el estudio correspondiente frente al caso concreto y razonadamente sustentar su decisión.

c) De la lectura del artículo 29.2, como quedó finalmente, se desprenden, es obvio, los mismos requisitos: para afirmar coautoría se necesitan acuerdo común, división del trabajo y observación del peso del aporte.

Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación.

División quiere decir separación, repartición.

Aportar, derivado de “puerto”, equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común.

d) Las anteriores exigencias coinciden con las generalmente adosadas, antes y ahora, a la coautoría, vale decir, acuerdo y decisión plural; sentimiento de actuar en una obra propia inserta en una labor global, común; comportamiento signado por esa directriz, o codominio del hecho; y aporte de algo importante durante la ejecución del delito, todo ello, desde luego, mirado objetiva y subjetivamente.

Observado el fenómeno de otra forma, para hablar de coautoría son indispensables dos exigencias, una subjetiva y una objetiva.

El aspecto subjetivo de la coautoría significa que:

Uno. Los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración.

Dos. Cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor, global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional.

La fase objetiva comprende:

Uno. El codominio funcional del hecho, entendiendo por tal que los varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos.

Por conducta esencial se debe entender, primero, que sin ella es imposible cometer el hecho; o, segundo, que si una de las personas se opone o entra en divergencia con las otras, pueda hacer fracasar el plan, molestarlo o variarlo en su desarrollo; o, tercero, que la intrusión de las personas no debe ser meramente casual, accidental o secundaria.

Dos. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva.

Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral –"espiritual"–, por ejemplo cuando, en esta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por esta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, vgr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrantamiento que sufre la persona objeto de la acción, etc.

Y el aporte durante la ejecución del hecho quiere decir que la prestación que hace la persona debe ocurrir, total o parcialmente, entre el momento en que se inicia la realización del verbo rector que guía la conducta criminal y el logro de la consumación. De esta manera, el comportamiento frente a la pura ideación delictiva o a los actos preparatorios, no constituye coautoría, como tampoco aquel subsiguiente a la consumación o al último acto en materia de tentativa de delito". (CSJ, Cas. Penal, Sent., ago. 21/2003, Rad. 19213. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **Diferencia entre coautor y cómplice -sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; quien presta una ayuda o apoyo sin tener el dominio propio del hecho es cómplice-**.

"De acuerdo con esta última conclusión, que hoy reitera la Sala, bastará conjugar elementos

objetivos y subjetivos en la consumación de la conducta, para diferenciar la coautoría y la complicidad, en la medida en que para que una persona pueda ser considerada coautora de un delito, no sólo se exige su voluntad incondicional de realizarlo, sino también su contribución objetiva, es decir, la importancia de su aporte en la fase ejecutiva, pues ello es lo que en últimas determina el llamado "codominio del hecho", entendiendo como "hecho" el proceso causal que con la conducta se pone en marcha.

Precisamente, como lo recuerda el Procurador Delegado en su concepto, de acuerdo con la llamada "teoría del dominio del hecho", de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad "(...) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo"¹⁹. Por lo tanto, cuando son varios los sujetos que preacordados concurren a la realización de la conducta antijurídica, para que el aporte configure coautoría se requiere que sea esencial, y que se materialice durante la ejecución típica.

De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho". (CSJ, Cas. Penal, Sent., mar. 9 /2006, Rad. 22327. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **Diferencias entre coautoría (propia-impropia) y el delito de concierto para delinquir.**

"No necesariamente el simple y llano concurso de personas en la comisión de uno o varios delitos, o el concurso material de dos o más punibles estructuran un concierto para delinquir, pues tales circunstancias pueden ser también predicables del instituto de la coautoría, motivo por el cual se impone precisar el ámbito de ambas figuras a fin de evitar que se viole el principio non bis in ídem al asumir indebidamente a los coautores de cualquier delito como sujetos activos del concierto para delinquir, temática central de la demanda de casación promovida por la defensa en este asunto.

En efecto, tanto en la coautoría material como en el concierto para delinquir media un acuerdo de voluntades entre varias personas, pero mientras la primera se circunscribe a la comisión de uno o varios delitos determinados (Coautoría propia: Todos realizan íntegramente las exigencias del tipo. O Coautoría impropia: Hay división de trabajo entre quienes intervienen, con un control compartido o condominio de las acciones), en el segundo se orienta a la realización de punibles indeterminados, aunque puedan ser determinables.

A diferencia del instituto de la coautoría material, en el que la intervención plural de individuos es

19 Klaus Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 42.

ocasional y se circunscribe a acordar la comisión de delitos determinados y específicos, en el concierto para delinquir, a pesar de también requerirse de varias personas, es necesario que la organización tenga vocación de permanencia en el objetivo de cometer delitos indeterminados, aunque se conozca su especie. V.g. homicidios, exportación de estupefacientes, etc.

No es necesaria la materialización de los delitos indeterminados acordados para que autónomamente se entienda cometido el punible de concierto para delinquir, mientras que en la coautoría material no basta que medie dicho acuerdo, pues si el mismo no se concreta, por lo menos, a través del comienzo de los actos ejecutivos de la conducta acordada (tentativa), o bien, en la realización de actos preparatorios de aquellos que por sí mismos comportan la comisión de delitos (como ocurre por ejemplo con el porte ilegal de armas), la conducta delictiva acordada no se entiende cometida (principio de materialidad y proscripción del derecho penal de intención), es decir, el concierto para delinquir subsiste con independencia de que los delitos convenidos se cometan o no, mientras que la coautoría material depende de por lo menos el comienzo de ejecución de uno de los punibles convenidos.

Adicionalmente, en tanto la coautoría no precisa que el acuerdo tenga vocación de permanencia en el tiempo, pues una vez cometida la conducta o conductas acordadas culmina la cohesión entre los coautores, sin perjuicio de que acuerden la comisión de otra delincuencia, caso en el cual hay una nueva coautoría, en el concierto para delinquir la durabilidad de los efectos del designio delictivo común y del propósito contrario a derecho, se erige en elemento ontológico dentro de su configuración, al punto que no basta con el simple acuerdo de voluntades, sino que es imprescindible su persistencia y continuidad.

En la coautoría material el acuerdo debe ser previo o concomitante con la realización del delito, pero nunca puede ser posterior²⁰. En el concierto para delinquir el acuerdo o adhesión a la empresa criminal puede ser previo a la realización de los delitos convenidos, concomitante o incluso posterior a la comisión de algunos de ellos; en este último caso, desde luego, sólo se responderá por el concierto en cuanto vocación de permanencia en el propósito futuro de cometer otros punibles, sin que haya lugar a concurso material con las conductas realizadas en el pasado.

Por antonomasia el concierto para delinquir es ejemplo de delito de carácter permanente, pues comienza desde que se consolida el acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados y se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa tal propósito ilegal.

A diferencia del anterior, por regla general la coautoría material al ser de índole dependiente de la realización del delito pactado, comienza y se agota con la comisión de dicho punible.

En suma, el delito de concierto para delinquir requiere: Primero: Un acuerdo de voluntades entre varias personas; segundo: Una organización que tenga como propósito la

comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie; tercero: La vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada; y cuarto: Que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública²¹. (CSJ, Cas. Penal, Sent. jul. 11 /2018, Rad. 51773. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN – **La aplicación de la tesis de la atribución de resultados antijurídicos para el autor mediato en aparatos organizados de poder de dominio que imparte la orden táctica o expresa a sus subordinados de cometer la conducta punible.**

“En este punto recuérdese que la Sala se ha pronunciado en relación con la autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad para atribuir la autoría de conductas punibles a personas diferentes de quienes los ejecutan materialmente, en casos que son cometidas por miembros de una estructura organizada con el fin de atribuir responsabilidad no solamente a los autores materiales sino también a quienes tienen control jerárquico de la organización aun cuando no hayan tenido «injerencia directa sobre aquellos que materializan o ejecutan las acciones ilícitas en el grupo»(1).

En ese contexto se ha explicado: “La Corte, en efecto, planteó la tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, a través de la cual, al margen del compromiso penal de los autores y partícipes conocidos, lo que busca es desvelar e imputar el resultado del injusto a todos aquellos protagonistas que sin haber tenido vinculación directa en el acto criminal ni con el proceder de los ejecutores que se prestaron a sus fines, detentaron las riendas de los acontecimientos, impartiendo o transmitiendo órdenes en forma descendente desde la cúpula o posiciones intermedias -por cadena de mando a modo del autor detrás del autor-, sin consideración o ignorando la identidad del grupo armado operativo (gatilleros), con quienes por virtud de su posición subordinada, queda reducida o anulada toda posibilidad de contacto, lo que de ordinario favorece la impunidad de aquéllos que maniobraron los hilos del poder desde sitios estratégicos e inaccesibles, escudados en el anonimato, vale decir, desde el escritorio”. (2) De esta forma la Sala ha desarrollado la tesis de la atribución de resultados antijurídicos «...a quienes ostentan una posición de mando dentro de una organización jerárquica respecto de hechos cometidos por sus subordinados, cuando quiera que aquéllos materializan un mandato delictivo transferido a lo largo del escalafón de la estructura hasta sus ejecutores materiales» (3), precisando que la imputación de uno o más delitos a los líderes de la agrupación delincuencial requiere que «...hayan tomado parte o contribuido, de alguna manera, a su realización» (4).

20 Cfr. CSJ SP, 15 feb. 2012. Rad. 36299.

21 Cfr. CSJ AP, 25 jun. 2002. Rad. 17089, CSJ SP, 23 sep. 2003. Rad. 19712 y CSJ SP, 15 jul. 2008. Rad. 28362, entre otras. CC C-241/97.

Esto puede presentarse, se indicó en la providencia citada, porque han dado la orden, expresa o tácita, de cometer determinadas conductas punibles comunicando ese designio, por conducto de los mandos medios o inferiores, a quienes lo han de ejecutar materialmente; o porque los delitos ordenados se corresponden con el ideario de la agrupación o su plan criminal. Por consiguiente, «...no son atribuibles a los superiores aquellos delitos que, no obstante haber sido cometidos por miembros de la organización delictiva, no fueron ordenados por ellos y se apartan del modo operativo de la misma, su ideario o plan de acción...» (5). (CSJ, Cas. Penal, Sent. jul. 29/2020, Rad. 55617. M. P. Hugo Quintero Bernate).

(1) CSJ AP, 3 ago. 2016, rad. 33663.

(2) CSJ AP, 8 jun. 2016, rad. 33848.

(3) CSJ SP5333-2018, 5 dic. 2018, rad. 50236.

(4) Ídem.

(5) Ídem

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN- **El dominio de la organización como una forma de autoría mediata - factores para atribuir el dominio del hecho al hombre de atrás.**

“Con fundamento en estas circunstancias, en la ejecución de hechos delictivos intervinieron personas que no estuvieron en el nivel de los ejecutores materiales, por lo que dogmáticamente su actuación no se acomoda dentro de los linderos de la coautoría impropia o dominio funcional del hecho delictivo, porque su relación con aquellos es de naturaleza vertical y jerarquizada, por lo que adoptan la posición del hombre de atrás, es decir, quien domina la voluntad del autor material, pero no de la forma tradicionalmente conocida, esto es, por un déficit de conocimiento o libertad de este, que lo convierte en simple instrumento.

En tratándose de aparatos organizados de poder, la instrumentalización de quien tiene el dominio funcional del hecho, se obtiene sin que su capacidad de conocimiento o autonomía sufra disminución, porque en tal caso el hombre de atrás emite las órdenes a ciencia y paciencia de que serán cumplidas por sus subordinados dentro de la cadena de mando, sin que importe el poder de estos dentro de la misma, como tampoco su conocimiento acerca de la ilicitud de la conducta, lo que elimina la responsabilidad de aquel.

Así, el hombre de atrás, también conocido como de escritorio, a través del aparato organizado de poder influye para asegurar la producción del resultado, sin ejecutar el hecho de propia mano, al paso que, se insiste, quien materializa la conducta tiene el dominio de la acción²², en cuanto tiene la posibilidad de elegir la forma como finalmente la ejecuta.

22 Claus Roxin, Revista de Estudios de Justicia, N.º 7- Año 2006, tomado de <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/EL%20DOMINIO%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20COMO%20FORMA%20INDEPENDIENTE%20DE%20AUTORIA%20MEDIATA.pdf>

Reconocido el dominio de la organización como una forma de autoría mediata, acorde con el razonamiento de Roxin, además del requisito general de la existencia de un aparato organizado de poder, deben concurrir los siguientes factores para atribuir el dominio del hecho al hombre de atrás, a saber:

1. **Poder de mando.** Solamente puede ser autor mediato quien dentro de una organización rigidamente dirigida emite órdenes y las ejerce para causar realizaciones del tipo.
2. **La desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder.** El aparato de poder tiene que haberse desligado del derecho en el marco de los tipos penales realizados por él. Así, concertarse para cometer delitos dentro de la dinámica del accionar de la organización ilegal es suficiente para apartarse del ordenamiento jurídico, circunstancia que constituye una condición necesaria para el dominio del hecho por el hombre de atrás.
3. **La fungibilidad del ejecutor inmediato.** La ejecución de órdenes del hombre de atrás se asegura porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, por lo que la negativa o inactividad de un individuo no impide la realización del tipo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el instrumento es la organización, por lo que en su funcionamiento, la presencia de otros ejecutores es una realidad que asegura el resultado.
4. **La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.** En el aparato organizado de poder el sujeto que realiza el último acto, es decir, quien ejecuta la conducta descrita en el tipo, tiene posición distinta a la de un autor individual que se desenvuelve por sí mismo, en cuanto se halla sometido a la influencia de la organización, que no excusa su conducta, pero lo hace “más preparado para cometer el hecho” que otros potenciales delincuentes, y que vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás²³.

Al respecto, la Sala tiene precisado: “Cuando se está ante el fenómeno delictivo derivado de estructuras o aparatos de poder organizados²⁴, los delitos ejecutados son imputables tanto

23 Claus Roxin, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología” de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Traducción del Original “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft” por la Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada). Tomado de Revista de Estudios de la Justicia – No. 7, Año 2006, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, link <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/EL%20DOMINIO%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20COMO%20FORMA%20INDEPENDIENTE%20DE%20AUTORIA%20MEDIATA.pdf>

En el mismo sentido, Dino Carlos Caro Coria, Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización estatal, en Autoría mediata, Editores, Kai Ambos e Iván Meini, Ara Editores, Ediciones Axel, Colombia 2011, págs. 149-179.

24 También referenciada como “dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder”, “autoría a través del poder de mando” y “autoría por dominio de la organización”, entre otros.

a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores mediatos; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, en calidad de autores materiales, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían salir favorecidos algunos de ellos con una posición conceptual que comporte la impunidad²⁵.

"En estos supuestos la criminalidad, sostuvo la Sala²⁶, puede incubarse dentro de aparatos estatales -caso EICHMANN- funcionario administrativo nazi encargado de ubicar, perseguir, seleccionar y capturar a los judíos que posteriormente eran llevados a los campos de exterminio-, Juntas Militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana -disparos en el muro de Berlín- o en estructuras propiamente delincuenciales -caso de la cúpula de Sendero Luminoso en la masacre de Lucanamarca -un grupo de hombres de dicha banda asesinó a 69 campesinos en Santiago de Lucanamarca, región de Ayacucho-²⁷." (CSJ, Cas. Penal, Sent., may. 22/2013, Rad. 40830. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La Coautoría mediata como evolución jurídica de cara a la variación y multiplicidad de expresiones del crimen.**

"La doctrina sostiene que no existe impedimento para fusionar la coautoría y la autoría mediata, ya que si un sujeto utiliza como instrumento a varios que actúan para cometer el hecho, conjuntamente o varios sujetos acordados (y tan sólo mediante la actuación de todos ellos sobre el instrumento o instrumentos; a este caso es al que más propiamente se le podría denominar coautoría mediata) realizan el hecho a través de una o varias personas que actúan como instrumento.⁽¹⁾

De este modo, lo importante es auscultar la presencia de un "instrumento" utilizado, sin perjuicio del número de personas que se encuentren "atrás".

La doctrina le ha otorgado un tratamiento restrictivo a la coautoría, no obstante, se ha evolucionado hacia una conceptualización más amplia y comprensiva, extendiendo su fórmula convencional a otra de las formas de autoría: la mediata, consiguiendo así una combinación especial que aborda nuevos retos, de cara a la variación y multiplicidad de expresiones del crimen.

25 En el mismo sentido sentencia de 23 de febrero de 2010. Rad. 32805.

26 Cfr. Sentencia de 23 de febrero de 2010. Rad. 32805.

27 Claus Roxin, impulsor de esta modalidad de autoría mediata, precisa que ella se puede presentar tanto en delitos cometidos por órganos del Estado como por la criminalidad organizada no estatal, más excluye los casos de criminalidad empresarial (La autoría mediata por dominio en la organización, en Problemas actuales de dogmática penal, Lima, Ara Editores, 2004, p. 238.

Sobre el particular, si bien la fusión entre la coautoría y la autoría mediata ha adquirido auge a nivel del sistema penal internacional -casos Katanga y Ngudjolo de la CPI.-, nada obsta para extender tal figura a casos en los que participa un número plural de personas que instrumentalizan a otro(s) bajo un plan criminal previo, de modo que podría sostenerse que "constituye una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, consistente en aplicarse conjuntamente la figura de la coautoría (codominio del hecho) y de la autoría mediata" (2)".(CSJ, Cas. Penal, Sent. jul. 1/2020, Rad. 51444. M. P. Eyder Patiño Cabrera).

(1) Miguel Díaz y García Conlledo. Autoría y Participación. Revista de estudios de la justicia. Universidad de Chile. 2008. Pág. 33.

(2) Martínez Alcañiz, Abraham. La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, N.º 8, 2012, p. 189.

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La coautoría y su estructura básica...** (...)

"La jurisprudencia se ha referido en el tema de la coautoría, donde la participación en el hecho punible puede exteriorizarse con o sin contribución a los actos materiales, descritos en el tipo, concurriendo con su voluntad, con la actividad de planificar la idea criminosa y con otras actividades que trascienden el plano interno y conforman, con las demás, el complejo comportamental de la figura típica". (TSM. RAD. 155189 M. P. MY ABG. Marycel Plaza Arturo, septiembre treinta (30) de dos mil ocho (2008).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Coautoría aditiva.**

"Acogiendo la denominada coautoría aditiva, la que aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero sólo una o alguna de las acciones de dichas personas produce el resultado típico... (...) Márquez Cárdenas, en la coautoría en la dogmática penal, frente a otras formas de autoría y participación, citado en forma acertada por el Fiscal Segundo ante el Tribunal Superior Militar, afirma que esta coautoría se produce cuando ocurre una agresión en grupo en la cual varios sujetos con la decisión compartida realizan al mismo tiempo la acción, pero se desconoce cuál de las aportaciones producirá el resultado. Coautoría perfectamente aplicable para el caso del accionar de las Fuerzas Militares, toda vez que el mismo comprende diversidad de dispositivos no sólo para defenderse, sino también para atacar, proveerse, desplazarse, ocultarse, recibir refuerzos, etc., y en su realización se presentan innumerables acciones, separación y calificación del trabajo, y diversas especialidades que cumplen quienes desempeñan su misión dentro de la patrulla militar, donde todos componen una unidad que como tal les pertenece el éxito o el fracaso en el desarrollo de la misión... (...) Ya sobre el tema, esta misma Sala de Decisión se refirió

afirmando que esta clase de autoría se presenta a diferencia de otras formas de coparticipación criminal sin que medie acuerdo, como acontece cuando imperando fenómenos de organización que identifican la Fuerza Pública, varios de sus integrantes con actitud compartida sin previo acuerdo realizan al mismo tiempo la acción, desconociéndose cuál de las aportaciones de cada uno de estos produjo el resultado típico... (...) “Conforme a nuestros ordenamiento penal, en los caos planteados de la llamada “coautoría aditiva”, todos los que disparan son coautores del delito de homicidio, coautoría que se deduce no a partir del dominio funcional del hecho, sino de la misma teoría de la determinación objetiva y positiva de hecho... (...). (TSM. RAD. 156384-9959-XV-79-FAC.M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo, veintitrés (23) de abril de dos mil trece (2013).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. La coautoría impropia y sus elementos estructurales.

“Lo característico de esta forma plural está dado en que los intervinientes despliegan su comportamiento unidos por una comunidad de ánimo, esto es, por un plan común, además, se dividen las tareas y su contribución debe ser relevante durante la fase ejecutiva pues no cabe la posibilidad de ser coautor después de la consumación de la conducta punible. En lo que corresponde a la distribución de funciones, se tiene que: ...en la coautoría... el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales, cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de una acción determinante es necesario que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos... (...) en la coautoría, el acuerdo con división del trabajo o suma de esfuerzos explica la posibilidad estructural de realizar una acción entre varios (...) En este evento, el dominio de la conducta punible no lo ejerce una persona sino todos los que concurren a ese fin o fines delictuosos de que se trate. En esa medida, sus realizaciones son mancomunadas y recíprocas. Los coautores por virtud del acuerdo ejercen control en parte y en todo, y lo hacen de manera funcional, es decir, instrumental y el aporte de ellos deberá ser una contribución importante, pues si la ayuda resulta secundaria o accesorio, no podrá hablarse de aquella forma de intervención sino de complicidad. (...) Para que se materialice la forma de intervención del artículo 29 inciso 2° de la Ley 599 de 2000, y atendiendo a la descripción que se ha consagrado como reserva legal, no son suficientes el conocimiento dado en el propósito común y el reparto del trabajo, pues como la propia norma lo establece, el apoyo objetivo deberá ser significativo. La manera más efectiva de realizar el juicio valorativo acerca de si el aporte es de importancia o no en los términos establecidos en el artículo 29 inciso 2° de la Ley 599 de 2000, consiste en hacer abstracción de él y se lo suprime mentalmente. La Corte en el fallo del 21 de agosto de 2003, identificado con

la Radicación 19.213 sobre el cual se ha trazado la línea jurisprudencial acerca de la coautoría impropia, dijo: ... (...).

Observado el fenómeno de otra forma, para hablar de coautoría son indispensables dos exigencias, una subjetiva y una objetiva. El aspecto subjetivo de la coautoría significa que: Uno. Los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración. Dos. Cada uno de los comprometidos sienta que, formando parte de una colectividad con un propósito definido, el hecho es suyo, pero incluido dentro de una obra mayor, global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional. La fase objetiva comprende: Uno. El codominio funcional del hecho, entendiendo por tal que los varios individuos sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno u otros de ellos a otro u otros de ellos se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos. Por conducta esencial se debe entender, primero que sin ella es imposible cometer el hecho, o segundo, que, si una de las personas se opone o entra en divergencia con las otras, pueda hacer fracasar el plan, molestarlo o variarlo en su desarrollo, o tercero, que la intrusión de las personas no debe ser meramente casual, accidental o secundaria. Dos. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva... (...). Por ello los coautores ejercen un codominio funcional... (...) En igual sentido, por su obviedad no puede hablarse de autoría compartida más allá de la consumación o del último acto constitutivo de tentativa de la conducta punible”. (TSM. RAD. 157202-7889-XIII-167/172-PONAL M. P. CN(r) Carlos Alberto Dulce Pereira, veintiocho (28) de agosto del año dos mil trece (2013).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Coautoría propia e impropia y su aplicación en el hecho punible.

“Esta forma de coautoría es inexistente porque no hubo un plan previo expreso, ni división de las tareas para la ejecución de la conducta, es que precisamente esta categoría de coautoría propia se caracteriza en cuanto los autores o coautores llevan a efecto la ejecución de la conducta punible simultáneamente (similares circunstancias), con un acuerdo que puede ser también simultáneo y tácito... (...) No se puede “dejar de recordar que los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia, que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente a la comisión del hecho, sin que para la atribución

de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso, una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende, excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (Art. 29 de la Ley 599 de 2000), los cuales a pesar de no haber sido normativamente previstos en la anterior codificación, no pueden dar lugar a entender que no fueron objeto de consideración o que el sistema construyó un concepto de autor distinto del dogmáticamente establecido". Similarmente el profesor Fernando Velásquez Velásquez al tratar el tema, específicamente el elemento subjetivo en mención expresó lo siguiente: "En primer lugar, se requiere una decisión, resolución delictiva o un acuerdo común en virtud del que cada coautor se comprometa a asumir una tarea parcial – indispensable para la realización del plan– de tal manera que todos aparezcan como cotitulares de la responsabilidad y sepan que actúan frente a otros y otros, y que con él o ellos, realizan una tarea concreta; no se requiere, desde luego que el acuerdo sea expreso ni previo, sino que puede ser tácito simultáneo, pues basta con que haya unas especie de "dolo común"... (...) En similar forma como también lo han acuñado los precedentes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, "No es atinado sostener que en los delitos cometidos por un número plural de personas, que han actuado bajo un designio Común, la acción se divida para responsabilizar a aquel interviniente sólo por la fracción del hecho que haya ejecutado materialmente, de ahí que para estos efectos el acto colectivo debe apreciarse en su conjunto" pues "En estos casos, la producción del resultado típico es producto de la voluntad común en forma tal que si bien en principio podría afirmarse que cada conducta aisladamente valorada no posibilita su directa adecuación, el común designio que ata a la totalidad de cuantos intervienen con actos orientados a su ejecución rechaza un análisis sectorizado de cada fracción e impone por la realización mancomunada que desarrolla el plan unido que sólo pueda explicarse bajo la tesis de coautoría, generalmente cuestionada de "impropia", pues compromete a todos los partícipes como si cada uno hubiere realizado la totalidad del hecho típico y no, desde luego por la porción que le fue asignada". (TSM. RAD. 158040-10688-XIII-369 PONAL M. P. CN (RA) Jorge Iván Oviedo P, treinta (30) de septiembre de 2014).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Diferencia entre los tipos de coautoría.**

"Ello significa que se trata específicamente de un evento de coautoría propia, entendiéndose que existió un dominio conjunto y total del hecho por parte de los procesados; no parcial que permitiese la consideración de que cada uno respondiera por el resultado provocado... (...) "No es atinado sostener que en los delitos cometidos por un número plural de personas, que han

actuado bajo un designio común, la acción se divida para responsabilizar a aquel interviniente sólo por la fracción del hecho que haya ejecutado materialmente, de ahí que para estos efectos el acto colectivo debe apreciarse en su conjunto", pues "En estos casos, la producción del resultado típico es producto de la voluntad común en forma tal que si bien en principio podría afirmarse que cada conducta aisladamente valorada no posibilita su directa adecuación, el común designio que ata a la totalidad de cuantos intervienen con actos orientados a su ejecución rechaza un análisis sectorizado de cada fracción e impone por la realización mancomunada que desarrolla el plan unido que sólo pueda explicarse bajo la tesis de coautoría, generalmente cuestionada de "impropia", pues compromete a todos los partícipes como si cada uno hubiere realizado la totalidad del hecho típico y no, desde luego por la porción que le fue asignada"... (...) En uno de los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se expuso sobre la categoría de la coautoría lo siguiente: "Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo. En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal"... (...) La doctrina igualmente ha distinguido las categorías de coautoría propia e impropia. En cuanto a aquella, se ha sostenido: "...se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, como cuando cada uno de los autores hiere letalmente y con el propósito se causa la muerte...", o "...cuando varios intervinientes realizan la totalidad de la conducta hipótesis que puede resultar pacífica siempre y cuando existan actos de igual índole o naturaleza desarrollados por cada uno, ejemplo típico cuando todos los atacantes disparan sus armas de fuego contra la víctima,... En estos casos, la producción del resultado típico es producto de la voluntad común..." Entre tanto, respecto a la coautoría impropia se ha predicado que "...estructurada fundamentalmente a partir de la división de trabajo, supone que cada uno de los coautores desempeñe un rol específico, aunque en ocasiones la labor o aporte de uno o varios de ellos resulte objetivamente intrascendente al derecho penal cuando es apreciada en forma aislada y sin articularla con el todo, esto es, descontextualizada". (TSM. RAD. 156680-10528-XIII-187 PONAL. MP-CN (RA) Jorge Iván Oviedo P., veintisiete (27) de febrero de 2015).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **El aporte en la coautoría.**

“Sobre la coautoría tanto el Juez como los sujetos procesales aceptan de manera general que esta forma de intervención delictiva se presenta cuando varios sujetos por acuerdo llevan a cabo un hecho con división de trabajo y el aporte de cada uno de ellos es importante en la realización del ilícito. El primer elemento para no compartir los argumentos de la defensa es recordar que, dentro de las figuras de la coautoría y la complicidad, las dos requieren un acuerdo (...) También es viable predicar que pueden ser coautores si la intervención se produce cuando el delito se está consumando, es decir, si se incorpora a esa actividad delictiva después de haber iniciado la ejecución, lo que la doctrina ha denominado coautoría sucesiva. Frente a la intervención de los sujetos activos en el punible de peculado, en los eventos de coautoría, se cumple incluso en aportes durante la fase de ejecución de manera parcial (CSJ.SP. Rad.19213, Agos. 2003) sin que sea indispensable una totalidad, ello en virtud al presupuesto de la división de trabajo que gobierna la coautoría... En la coautoría se habla que los intervinientes concurren a la realización de la conducta con una división funcional del trabajo, ello implica que cada uno de los coautores no desarrolla totalmente la conducta, sino que su realización es parcial... Ha de recordarse que la importancia del aporte no se fundamenta exclusivamente en que con su no intervención no se puede desarrollar el delito, sino que también alberga la hipótesis que en el evento de un desacuerdo o una objeción, el interviniente pueda lograr hacer fracasar o modificar los resultados de la conducta delictiva. Es decir, el factor objetivo de la coautoría (CSJ. SP. Rad.26753 Dic.2007). Adicional a lo anterior, desde el factor objetivo de la coautoría, también se ha de caracterizar que la contribución o la importancia del aporte no sólo es material, sino también moral o espiritual” (CSJ. SP. Rad.26753 Dic. 2007)”. **(TSM RAD. 149355-6141-XII-343-PONAL M. P. CORONEL (RA) Fabio Enrique Araque Vargas, dieciséis (16) de agosto de dos mil diecisiete (2017).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Coautoría impropia en delito imprudente.**

(...) “desacuerdo fundamental de la sentencia de primer grado recae sobre el desconocimiento, que frente al delito imprudente existe una estructura dogmática diversa de la que se despliega en el ámbito de la coautoría impropia, razón por la cual, no podía la juez pretender estudiar la participación de los procesados en el homicidio culposo (delito imprudente), en el que al parecer dos agentes concurren con la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, desde la perspectiva de una coautoría impropia en un delito de homicidio, en la que la producción del resultado típico se produce por la voluntad común de varios intervinientes (delito doloso), pues se estaría omitiendo que mientras en la teoría de la coautoría en delito imprudente se hace especial énfasis en la realización mancomunada de la conducta infractora del deber objetivo de cuidado (culpa), en la coautoría impropia el plan común recae sobre la voluntad de producir un

resultado lesivo (dolo) con división de trabajo, circunstancia esta última, que obviamente no ocurrió en el sub examine de acuerdo a los medios probatorios allegados... (...) y, en segundo lugar, («) en lo que respecta al elemento subjetivo de la coautoría (el acuerdo común entre los intervinientes en el delito culposo) no puede exigirse que el mismo se refiera al resultado lesivo que se consiga con la realización conjunta, como sí debe requerirse en la coautoría dolosa, sino a la existencia de un acuerdo entre los intervinientes o de un proyecto de actuación diseñado por un tercero que tenga por objeto la realización conjunta de la acción u omisión peligrosa que produce el resultado, es decir, el acuerdo es sobre la realización mancomunada de la conducta infractora del deber objetivo de cuidado y no sobre la producción del resultado lesivo. Recuérdese que el tema de la coautoría imprudente no resulta del todo un imposible hermenéutico, pues en nuestro ordenamiento jurídico penal se han emitido pronunciamientos sustanciales que han tratado el tópico con fundamento en los desarrollos recientes a nivel de la doctrina y la jurisprudencia nacional. En ese orden de ideas, era exigible que el A quo tuviera en cuenta que la figura de la coautoría en conductas imprudentes ha tenido tratamiento jurisprudencial y por tanto no podía inobservar lo que de manera diáfana ha dicho la Corte Suprema de Justicia... (...) La opinión dominante, sin embargo, considera irrelevante hacer esa clase de distinciones cuando el resultado típico es producido por la concurrencia de varias conductas imprudentes, en la medida en que toda persona responde en el delito imprudente a título de autor: ... (...) Obsérvese además que, tal como lo reconoce Zaffaroni, la concurrencia de conductas imprudentes encajaría dentro de los parámetros de la llamada coautoría propia o pluriautoría, sin perjuicio de la denominación de autor, en la medida en que se considere que cada una de las acciones individualmente realizadas fue suficiente para la producción del resultado típico y no exista acuerdo... (...) Era del caso citar in extenso el pronunciamiento del órgano de cierre foral, como quiera que nos permite ilustrar el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que ha tenido la tesis según la cual en los delitos imprudentes varios sujetos pueden intervenir a título de autores y en ese orden es posible imputarles autoría como infractores de su deber. Axiomático resulta también reconocer, que la doctrina colombiana ha venido acogiendo el criterio de la participación en los delitos culposos o imprudente”... (...). **(TSM. RAD. 159022-XV-415 PONAL M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La coautoría en el homicidio en combate.**

“El acto colectivo debe apreciarse en su conjunto y por lustros ha sostenido la Corte que “en los casos en que varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división del trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o,

por lo menos, aceptado como probable” (febrero 28 de 1985, M. P. Luis Enrique Aldana Rozo)... (...) la jurisprudencia también ha precisado lo siguiente: “Una cosa es que de un grupo de personas no se tenga certeza respecto a quienes participaron en el hecho, y otra muy diferente, que exista seguridad de que un hecho fue producido por la acción conjunta de un grupo de individuos, pues en este último evento la imprecisión de los detalles no altera la responsabilidad que como autores les es imputable a todos.” (Julio 6/93, M. P. Ricardo Calvete Rangel, Rad. 7.446)... (...) “El fenómeno de la coparticipación criminal, entendido como realización conjunta del hecho punible, comprende la intervención de autores, coautores y cómplices (...) Son coautores aquellos autores materiales o intelectuales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros ora con inmediata sucesividad idéntica conducta típica (Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y lo matan), ora porque realizan una misma y compleja operación delictiva con división de trabajo, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común”. “... serán coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común – comprensiva de uno o varios hechos– que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya” (M. P. Alfonso Reyes Echandía)... (...) Esta clase de coautoría a diferencia de otras formas de coparticipación criminal sin que medie acuerdo, como acontece cuando imperando fenómenos de organización que identifican la Fuerza Pública, es la que se ha denominado coautoría aditiva, cuando varios sujetos con actitud compartida sin previo acuerdo realizan al mismo tiempo la acción, desconociéndose cuál de las aportaciones de cada uno de estos produjo el resultado típico, lo cual ha reseñado la doctrina así: “La coautoría aditiva aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero sólo alguna o alguna de las acciones de dichas personas producirán el resultado típico. Se produce cuando ocurre una agresión en grupo en la cual varios sujetos con la actitud compartida realizan al mismo tiempo la acción, pero se desconoce cuál de las aportaciones producirá el resultado. Un ejemplo sería la acción de un pelotón de fusilamiento o históricamente el asesinato de Julio César, en la cual los conjurados le propinaron veintitrés puñaladas de las cuales sólo dos fueron mortales. En este último ejemplo todos los autores, incluyendo los que no produjeron la herida mortal serían coautores de homicidio. En los supuestos citados anteriormente cada autor pretendió por sí mismo realizar por completo el tipo, y el hecho de que actúen conjuntamente varias personas no tiene por objeto llevar a cabo una distribución de funciones entre ellas, sino obtener el aseguramiento del resultado. Estos supuestos deberán resolverse de la misma forma que los casos de coautoría alternativa, es decir admitiendo que se trata de un caso de autoría, pues ante las diferentes contribuciones, cada una de ellas sería esencial y necesaria para la consecución del resultado, conforme lo expuesto por Roxin. López Barja de Quiroga concuerda con la posición planteada por Roxin por cuanto los casos de coautoría aditiva pueden fundamentarse en el dominio funcional

del hecho. Por esta razón puede afirmarse que los casos de coautoría aditiva son casos de coautoría que no requieren ser clasificados como un supuesto especial y concreto”. “Conforme a nuestro ordenamiento penal, en los casos planteados de la llamada “coautoría aditiva”, todos los que disparan son coautores del delito de homicidio, coautoría que se deduce no a partir del dominio funcional del hecho, sino de la misma teoría de la determinación objetiva y positiva de hecho, porque si bien es cierto que no todos los francotiradores e integrantes del pelotón de fusilamiento alcanzan a la víctima, también lo es que todos actúa en el desarrollo de una acuerdo común; las aportaciones ex ante son importantes y es post son constitutivas de acción típica, pues son ejecutivas en el sentido de la tentativa, las cuales se imputan recíprocamente entre todos, salvo que se demostrara que alguno o algunos de los sujetos no dispararon o no lo hicieron contra la víctima (lo cual sería un problema probatorio); es decir, cada uno de los que dispararon contra la víctima determinada objetivamente el hecho, porque decide el sí y el cómo de la realización total de la acción típica, sino como la ejecución que caracteriza a la tentativa”. (TSM. RAD 154454 - 7779 - XIII - 35 - XX - EJEC.- M. P. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira, veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Coautoría funcional imprudente.**

“Este análisis argumentativo nos ubica en el tema jurídico que trató el a quo en su sentencia, el cual no es otro que el de la coautoría, pero observado por esta instancia bajo otra óptica y otro tratamiento diferente al que le dio el Juzgado de Primera Instancia, pues de forma por demás errónea y equivocada le dio el alcance de coautoría impropia y en la doctrina coautoría funcional, dominio del hecho funcional que consagra el inciso 2º del artículo 29 del Código Penal y el artículo 30 de la Ley 1407 de 2010 inciso 2º, la cual se presenta cuando concurre una división plural de trabajo, con una decisión común al hecho (acuerdo común) y con un aporte significativo durante la ejecución del mismo. Fácticamente esto no ocurrió como se explicó anteriormente, por consiguiente, pensar que esta figura sería la predicable, es un error por cuanto esta presupone la existencia de un plan criminal, propio de los delitos dolosos y precisamente en este evento no ocurrió toda vez que no existió asomo alguno de plan criminal o conductas dirigidas a ese fin. Diferente es el tratamiento para los delitos culposos, pues es oportuno aclarar en este momento procesal que si bien en una etapa primigenia se habló de coautoría aditiva por quien funge hoy como ponente, es pertinente aclarar que como bien lo señaló la Honorable Corte Suprema de Justicia en una sentencia hito en nuestro concepto, dentro de un proceso contra dos médicos condenados por el delito de homicidio culposo, que una es la coautoría propia, también llamada concomitante, paralela, pluriautoría que también refieren tratadistas como Eugenio Zaffaroni, comprendida como aquella en que convergen varios sujetos en la realización de la conducta, pero se considera que cada una de las contribuciones fueron suficientes para producir el resultado típico... (...) “Este tema ha sido tratado tangencialmente por la Honorable Corte Suprema de Justicia

recientemente, afirmando que en la doctrina, un sector minoritario siempre ha defendido la existencia de una coautoría funcional culposa, postura que desde la última década del siglo pasado ha venido adquiriendo cada vez más fuerza, desde Roxin cuando citando a Weisser, señala como punto de partida para establecer una coautoría imprudente “que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se le dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo”. Empero, la misma Corte en la decisión en comentario expresa que la opinión dominante considera irrelevante hacer esa clase de distinciones cuando el resultado típico es producido por la concurrencia de varias conductas imprudentes, en la medida en que toda persona responde en el delito imprudente... (...) Esta situación efectivamente fue lo que ocurrió en el presente proceso, donde las conductas estuvieron acompañadas de la omisión del deber de cuidado con las consecuencias ya conocidas. La justicia alemana ha venido razonando con base en la teoría del riesgo como pilar de la imputación objetiva, en estas hipótesis, que así no se pruebe la relación de causalidad, la sola violación del deber de cuidado por parte de los agentes, es suficiente para imputar a los mismos el resultado correspondiente, porque con su actuar conjunto han creado o elevado el riesgo corrido por el bien jurídico... (...) Como lo afirma la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya referida, esta figura jurídica que hoy se está invocando en el presente proceso, no es un imposible dogmático a la luz de la nueva legislación penal ordinaria y penal militar desde la teoría de la imputación objetiva”. (TSM. RAD. 154799-7877-XIII-145/178-ARC Bogotá, D. C. M. P. CN(r) Carlos Alberto Dulce Pereira, seis (6) de agosto del año dos mil doce (2012).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. La doctrina de la coautoría en los delitos imprudentes.

“Es necesario recordar que la jurisprudencia ha referido que en tratándose de la coautoría impropia, vale decir, aquella en la que se presenta un acuerdo común, división de trabajo y relevancia del aporte, no es posible predicarse de los delitos imprudentes ya que precisamente la estructura de esta clase de conductas impide así hacerlo, pues su concreción lo está en la franja de elevación de riesgo por encima de la franja del riesgo permitido, y allí materialmente no es posible hablar de acuerdo o división de trabajo, y por supuesto de dominio del hecho como en los eventos de una coautoría en los delitos dolosos. En uno de los precedentes que se citaron en la sentencia de primer grado precisamente la Corte Suprema de Justicia consideró que como se trata de la categoría imprudente en la que se desconoce por los intervinientes cómo terminaría el suceso, y cómo en la creación de los riesgos pueden intervenir varias personas, por ello es que se les trata como autores, que no es otra cosa que coautores. En caso de (como máximo) imprudencia por parte de todos, no está claro para ninguno de los intervinientes cómo va a acabar el suceso. La ley renuncia, por ello, a graduar las formas de intervención y otorga el mismo tratamiento a todas las

causaciones imprudentes o (en la omisión) a todos los comportamientos consistentes en no haber impedido el resultado. No se diferencian las clases de causación (uno mismo, mediante otros, con otros, en participación), sino que se uniformizan todos los partícipes” En términos de la teoría de la imputación objetiva, lo anterior implica, entre otras cosas, que para la realización de un mismo resultado pueden concurrir en la creación del riesgo de manera individual o conjunta el comportamiento de varias personas, sin importar que siempre se las trate como autoras. En palabras de Jakobs: “Los riesgos [...] no necesariamente han de ser atribuidos en todo caso a una sola persona, sino que puede darse el caso de que deban ser administrados por varias personas. En este sentido, puede que sea bastante claro que un riesgo compete conjuntamente a dos autores diferentes; por ejemplo, si el propietario de un vehículo lo carga en demasía y el conductor lo conduce, siendo perceptible que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos responden conjuntamente del riesgo del trayecto”. Pero no solamente puede afirmarse que doctrinaria, jurisprudencial y materialmente puede presentarse coautoría en los delitos imprudentes, sino que también aparece inicialmente imposible que puedan presentarse grados de participación porque precisamente no se ha producido división de trabajo y no hay un ánimo de producir un resultado, ya que el riesgo no permitido es consecuencia, en la coautoría imprudente, en la tarea de los intervinientes”. (TSM. RAD. 154855-10313-XII-521 ARC., M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo P., veinticinco (25) de abril de 2013).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Determinación de la coautoría imprudente.

“En los delitos imprudentes o culposos, el autor es la persona que genera el resultado por violación del deber de cuidado exigible, por ello la doctrina sólo habla de causantes y no de partícipes, en tanto que el autor del hecho es el que genera el resultado típico, no obstante, en la producción del resultado típico puede confluir en la creación del riesgo de manera concomitante o individual conductas imprudentes de varias personas, siendo imputables a cada una el resultado como autor de su propio delito culposo y no de coautor, pues esta última forma de participación es propia de los delitos dolosos. Al respecto el Dr. Fernando Velásquez en su libro “Manual de Derecho Penal General”, ha expresado: “Sea lo que fuere, acorde con el punto de partida aquí asumido, si en un mismo suceso concurre la imprudencia de varias personas y a cada una de ellas se le imputa objetivamente, total o parcialmente, el resultado producido, ellas serán autoras de su propio delito imprudente; “A una conclusión llega Claus Roxin en su libro “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”, al estudiar la figura de la coautoría imprudente planteada por algunos tratadistas alemanes, respecto de la cual estima que podría intentarse una construcción a partir de la responsabilidad que generan los acuerdos de órganos colegiados, no obstante, la construcción teórica de la coautoría plantea ciertos problemas a partir de los votos singulares no determinantes de la resolución, por lo cual estima que, si son tratados como autores imprudentes”, “... se imputa a cada uno la aportación de los demás

y resulta verificable sin problemas la causalidad del actuar conjunto. Lo mismo es aplicable al supuesto en que un grupo, mediante obrar conjunto descuidado, causa un resultado sin que pueda verificarse quien del grupo ha realizado, con su propia conducta, la aportación causal". Las anteriores aportaciones doctrinarias, son necesarias para entender lo expresado en esta materia por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 8 de noviembre de 2007, proferida dentro del radicado 27388, en la que el Fiscal funda la apelación, en cuanto el Máximo Tribunal apadrina la sentencia demandada en casación, en la que se condenaba a los dos procesados como autores imprudentes, dado que el riesgo jurídicamente desaprobado fue gobernado por más de una persona y el resultado se concretó por la concurrencia de las dos conductas imprudentes, ello, en cuanto dentro del proceso no pudo verificarse cuál había sido la aportación causal determinante y como lo refiere la propia Corte, "... cada una de las acciones emprendidas por los doctores xxx y xxx no fue suficiente para la producción del resultado típico sino que el mismo se concretó debido a la concurrencia de ambas". De lo expresado en párrafos precedentes se colige que, cuando se presenta un resultado lesivo producto de la concurrencia de conductas imprudentes, sin que pueda verificarse quién del grupo con su propia conducta, realizó la aportación causal determinante, se entiende que la causalidad es producto del actuar conjunto y por el contrario, cuando resulta verificable, la imputación objetiva deberá ser parcial o total, de acuerdo a la aportación causal, a título de autor de su propia conducta". (TSM. RAD. 156321-064-XIV-533 M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome. Febrero veintiocho (28) de dos mil trece (2013).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **"Moderna admisión de la coautoría culposa..(...)**

"pues desconoce el fallador de instancia, que la coautoría propia o coparticipación de los procesados es a título de autores penalmente responsables de delitos culposos –si bien es cierto no había sido admitido este criterio anteriormente–, hoy por hoy, la jurisprudencia colombiana señala que para dicho efecto se requiere la concurrencia de conductas imprudentes siempre y cuando cada una de las acciones aisladamente realizadas fuese suficiente para la producción del resultado típico aunado a que no debe existir acuerdo de voluntades para su realización... (...) Por ejemplo, en la séptima edición de Autoría y dominio del hecho de 1999, Roxin, citando a Weisser, señala como punto de partida para establecer una coautoría imprudente "que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se le dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo"... (...). Al respecto, el doctrinante nacional Alberto Suárez Sánchez, al explicar la coautoría en el delito culposo señala que el acuerdo común en el elemento subjetivo de la conducta punible no se representa en el concierto de voluntades para la obtención de un resultado lesivo, sino en esa voluntad conjunta de llevar a cabo esa infracción al deber objetivo de

cuidado, es decir, a la conducta infractora de la norma de cuidado... (...) Ha de admitirse la autoría culposa, por las siguientes razones: En primer lugar, porque al disponer el artículo 29 CP. que son coautores "los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte", no excluye la actuación conjunta imprudente (con división del trabajo) del hecho delictivo; y, en segundo lugar, porque en lo que respecta al elemento subjetivo de la coautoría (el acuerdo común entre los intervinientes en el delito culposo) no puede exigirse que el mismo se refiera al resultado lesivo que se consiga con la realización conjunta, como sí debe requerirse en la coautoría dolosa, sino a la existencia de un acuerdo entre los intervinientes o de un proyecto de actuación diseñado por un tercero que tenga por objeto la realización conjunta de la acción u omisión peligrosa que produce el resultado, es decir, el acuerdo es sobre la realización mancomunada de la conducta infractora del deber objetivo de cuidado y no sobre la producción del resultado lesivo. Sin embargo, en el delito imprudente la ley no diferencia las clases de intervención ni las formas de causación del resultado típico, sino que cada uno de los procesados debe recibir un tratamiento igual a título de autor". (TSM. RAD. 157786-9514-XV-021 M. P. Coronel Pedro Gabriel Palacios Osma, siete (7) de febrero de dos mil catorce (2014).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Concepto de autor en los delitos imprudentes.**

"Todas las personas que participan en la infracción del deber deben responder a título de autores... (...) Tiene en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta que al tenor del concepto general de autor. "Lo anterior nos lleva a señalar que dentro de la dogmática penal es viable que en los delitos imprudentes existan varios sujetos en la intervención delictiva a título de autores y en ese orden de ideas, habrá de señalarse que se le puede imputar la autoría de un delito imprudente a aquellas personas que intervienen con comportamientos calificados como infractores de su deber. Para tal efecto, se habrá de traer a colación las enseñanzas del Profesor Claus Roxin cuando afirma: "La coautoría obtiene así en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta que al tenor del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común". Lo anterior para indicar que en los delitos imprudentes el concepto de autor es distinto y este se fundamenta en el quebrantamiento del deber especial dejando de lado los criterios que sobre autor ha creado la teoría del dominio del hecho. En resumen, dogmáticamente en el delito imprudente todas las personas que concurren con la infracción de deber, responden a título de autor...". (...) Específicamente desde la teoría de la imputación objetiva la figura de la coautoría en los delitos de infracción de deber, tienen una estructura distinta al concepto general de autor y es así que allí se reputa como autor quien infringe el deber y partícipe quien infringe, pero no está vinculado con ese deber, es decir, que la estructura de la autoría y coautoría bajo la teoría del dominio

del hecho es distinta a la teoría normativa que explica la intervención delictiva. Recuérdese que bajo la moderna dogmática penal es la teoría de la imputación objetiva la que responde a la pregunta de, ¿cuál conducta fue la que produjo el resultado?, que, para el caso de los delitos imprudentes, son aquellas conductas infractoras del deber y cuando convergen varias de ellas, todos pueden ser llamados a responder como autores". (TSM. RAD 158268-6998-XIV-47-EJC. M. P. Coronel (RA) Fabio Enrique Araque Vargas trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Imputación objetiva y autoría.**

"La Sala ha resaltado que, de acuerdo con dicha figura, en la realización del resultado intervienen varios cursos lesivos, los cuales pueden ser producto de la acción de un tercero o por la propia víctima, esto último en especial cuando infringe sus deberes de auto protección. Frente a esa constelación de casos "existen supuestos en los que concurre, sin duda alguna, una conexión

suficiente entre el riesgo inicial creado por el autor y el resultado final, y en los que esa conexión no se ve desvirtuada por una conducta de la víctima o una conducta de otro sujeto. En los supuestos en los que se trata de una conducta concurrente de otro sujeto, cuando son dos los riesgos que explican el resultado –cadena de imprudencias–, la solución es sencilla: "Se tratará de un supuesto de autoría accesoria, ambos sujetos responderán". Si de conformidad con los lineamientos básicos de la teoría de la imputación objetiva –como viene de verse– o de otros esquemas dogmáticos bajo la óptica del instituto de la concausalidad, en caso de confluir varios cursos lesivos del bien jurídico de un tercero la solución está orientada hacia la responsabilidad conjunta de los autores, no parece apropiada, en principio, la salida adoptada en el presente caso por el Tribunal consistente en eximir de toda responsabilidad a J.L.C.R., salvo demostrarse que su conducta no tuvo conexión suficiente con el resultado producido". (TSM. RAD. 158298-9573-XV-084-PONAL M. P. Coronel (RA) Pedro Gabriel Palacios Osma, dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016)).

COMENTARIO

Se entiende por autor aquel que voluntariamente o involuntariamente determina una conducta, doctrinariamente se ha conocido la "teoría del dominio del hecho", entendiéndose por esta, aquel sujeto que ejecute una conducta descrita en la ley como punible, siempre y cuando domine el hecho, cumpliéndose con los elementos volitivo y conductual.

La figura jurídica del "delito" puede ser producto de la concurrencia de una o varias personas, siendo relevante el aporte que realiza cada agente activo de cara a la Teoría del dominio del hecho. En la realización de la conducta punible concurren los autores y los partícipes. La clasificación doctrinal y jurisprudencial actual de la autoría es la siguiente: a) Autoría inmediata individual (quien realiza la conducta por sí mismo); b) autor mediato (quien utiliza a otro como instrumento para ejecutar la conducta); c) coautoría, (donde dos o más personas son autores desde que se cumplan con (3) tres elementos: Acuerdo común, división de funciones y trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito); se subdivide en coautoría propia y en coautoría impropia; d) coautoría mediata; y e) autor mediato en aparatos organizados de poder de dominio.

La Corte Suprema de Justicia ha decantado cada uno de los estadios de la autoría, efectuando incluso comparativos entre la misma y el concepto de partícipe; siendo enfática en señalar que en cada caso sub iudice se debe hacer el estudio correspondiente, analizando la importancia del aporte, y el dominio del hecho respectivo. Esta corporación diferenció entre las figuras de coautoría y complicidad, señalando que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que aquel que presta una ayuda o apoyo, que no es de significativa importancia, sin tener el dominio propio del hecho, es cómplice.

Así mismo, efectuó un sendo análisis de distinción entre las figuras de la coautoría y la conducta punible del concierto para delinquir, donde media un acuerdo de voluntades entre varias personas para ambos casos, pero la primera refiere a la comisión de uno o varios delitos determinados y específicos, sin que el acuerdo tenga vocación de permanencia en el tiempo, pero sí previo o concomitante con la realización del delito, con cabida del amplificador de la tentativa; mientras que en el segundo, se dirige a la ejecución de punibles indeterminados, aunque puedan ser determinables, sin que sea necesaria su materialización para la consumación del delito, y cuyo acuerdo de voluntades tiene persistencia y continuidad en el tiempo, pudiendo ser previo a la realización de los delitos acordados, concomitante o incluso posterior a la comisión de los mismos.

Frente al concepto de autor mediato en aparatos organizados de poder de dominio, también conocido como "el hombre de atrás", la Corte Suprema de Justicia introdujo la teoría de Roxin en su jurisprudencia, como solución a la problemática de la responsabilidad penal de los dirigentes de las organizaciones criminales por los crímenes cometidos por sus subordinados, (organización criminal guerrillera, paramilitar, terrorista, estatal, etc.); desarrollado la tesis de la atribución de resultados antijurídicos para estos dirigentes. Mentada teoría fue aplicada inicialmente en el caso de Eichmann y en el caso Staschynski; y en los países de Argentina y Chile para juzgar los crímenes cometidos durante las dictaduras militares. La Jurisprudencia de la Corporación avizora los siguientes factores para atribuir el dominio del hecho al hombre de atrás: "a) Poder de mando; b) la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder; c) la fungibilidad del ejecutor inmediato; d) la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor".

Artículo 31. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica 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. Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Autores y partícipes.

(...) La doctrina diferenciadora adoptada por el sistema penal colombiano, distingue entre “autores” y “partícipes”. Para realizar esta distinción, la doctrina dominante se sirve de la teoría del dominio del hecho. (...). Partícipes (determinador o cómplice) sostiene el artículo 30 de la Ley 599 de 2000: “Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice”. Sobre el primero de ellos indica “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción” la Corte Suprema, la diferencia fundamental entre el autor y los partícipes es que estos últimos no tienen el dominio del hecho, ni infringen, para el caso de los delitos especiales, un deber especial. En ese sentido, el determinador es aquel que aquel que conscientemente, sin desplegar una actividad esencial en la ejecución del plan, a través de diversos medios logra influir en el autor de forma determinante y definitiva para que cometa, como suyo, el delito. La Corte Suprema ha señalado que el determinador, por carecer del dominio del hecho: “No es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo o de la coacción” responsabilidad del determinador o instigador se debe inducir a la comisión de la conducta y además, “que entre la conducta singularmente inducida y la realmente producida, exista un nexo de correspondencia, porque de no ser así, no es posible atribuir responsabilidad penal alguna a título de determinador. Según explica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mientras la colaboración del coautor surge por razón de su compromiso e interés con los resultados, cuando se trata de “mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible”. (iii). El Interviniente. Figura descrita en el artículo 30 inciso 4° de la Ley 599 de 2000 como aquel que “no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización (...)”. Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, una persona sólo puede actuar como Interviniente en los delitos con sujeto activo calificado, o –según la doctrina–, en los delitos de propia mano, es decir, en aquellos en los que el tipo penal exige unas calidades especiales al autor. Así lo explica la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 12 de mayo de 2010. En la comisión de conductas punibles con sujeto activo calificado como los que se han tipificado contra la administración pública, entre otros, en los que el protagonista es el servidor público, se tiene que pueden interactuar personas que carezcan de esa calidad, en cuyo evento se los denomina en vía de lo general de acuerdo al artículo 30 de la Ley 599 de 2000 como “partícipes”, y de manera singular tan sólo pueden ser cómplices o

intervinientes, sin que sea dable la concurrencia de esos institutos sustanciales, pues los mismos poseen características que los identifican y diferencian. (Sentencia C-015/18, marzo 14/2018. M. P. Cristina Pardo Schlesinge).

JURISPRUDENCIA – INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 30 DEL CÓDIGO PENAL.

(...) El interviniente: no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador frente a tres distinciones básicas y guardan correlación con ellas. Por una parte, se preserva el postulado de la unidad de imputación, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes. Por otro lado, permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias. Y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los determinadores, por una parte, y para los cómplices por la otra, dado que en este último evento la participación además de accesoría es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave”. (...) El término “intervinientes” contenido en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 no puede tomarse como un símil de partícipes, ni como un concepto que engloba a todo aquel que de una u otra forma concurre a la realización de la conducta punible, sino que debe entenderse en un sentido restrictivo de “coautor de delito especial sin cualificación” y que, por consiguiente la graduación punitiva contenida en ese inciso del aludido artículo 30 se aplica únicamente al extraño que actúa como coautor, no así a quien lo hace como determinador o como cómplice, cuya graduación punitiva se rige exclusivamente por lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del mismo artículo, quedando, por consiguiente, el determinador y el cómplice excluidos del concepto, toda vez que al primero corresponde la pena prevista para la infracción, y, al segundo, la señalada en el tipo penal disminuida de una sexta parte a la mitad.(...) El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado,

el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (Art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice). **(Corte Const. Sent C-1122/08, noviembre 12/2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Diferencias entre el determinador y el autor mediato – ninguno de los dos tiene el dominio material del hecho criminal, pero el determinador se liga con el autor material en relaciones de acuerdo común, actuando este último con conciencia de la conducta y de la determinación; mientras que el autor mediato utiliza a otro, que no tiene conciencia de la antijuridicidad, como instrumento, ajeno de responsabilidad.**

“(i).- El determinador (artículo 30 Ley 599 de 2000) como forma especial de la participación, es aquella persona que por cualquier medio, incide en otro y hace surgir en el autor determinado la decisión de realizar la conducta punible. Quiere decir lo anterior que su conducta y su rol se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir, y como conducta contrae elementos a identificar. En efecto: Los aspectos esenciales que identifican ese comportamiento están dados en que aquel se constituye en el sujeto que de manera dolosa (en tanto, no puede haber determinación culposa) provoca, genera, suscita, crea o infunde en su referente, tanto la idea como la voluntad criminal, resultados que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pueden darse de diversa manera o en especial por la vía del mandato, convenio, la orden, el consejo o la coacción superable. Desde la teoría del delito, bajo la cual se entiende que los itinerarios puramente ideativos de los comportamientos ilícitos no son punibles, porque ello traduciría penalizar las expresiones del pensamiento, se comprende que los actos del determinador no se pueden quedar en la simple cooperación o solidaridad moral ni en sólo hacer surgir en el otro la idea o en reforzar la ya existente al respecto, sino que además, deberá ser incidente en la génesis de la voluntad criminal del inducido, la cual debe tener una materialización consumada o al menos tentada, pues sin ese principio de ejecutividad no puede haber autoría y menos participación en esa modalidad.(...) A su vez, entre la conducta singularmente inducida y la realmente producida, debe existir un nexo de correspondencia, porque si la resultante difiere de los objetos de incidencias subjetivas realizadas por el inductor, no se le podrá atribuir responsabilidad penal alguna.

La Corte, entre otros pronunciamientos ha dicho que el determinador: “No es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo de la coacción. (...) en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que

entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de una conducta punible y esta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación²⁸.

En otra oportunidad dijo: Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema, es de decirse que el determinador, instigador o inductor, es aquel que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tales como ofrecimiento o promesa remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés. Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se tornan como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *ovni modo facturus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues este pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquel despliega una actividad esencial en la ejecución del plan, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico²⁹.

(...) Si bien es cierto, el autor mediato entendido como el hombre que desde atrás domina el injusto total a través de la dominación o doblegación de la voluntad de otro, es aquella persona que ha ideado o diseñado el comportamiento ilícito, también lo es, que de acuerdo con precisiones dogmáticas no puede confundirse ni equipararse con el autor intelectual, pues los contenidos materiales de estas modalidades son diferentes. En efecto, mientras aquel se sirve de un tercero al que utiliza como instrumento, quien a su vez no tiene conciencia de la injusticia o antijuridicidad o despliega su comportamiento de manera inculpaible bajo los alcances de una coacción irresistible. En su diferencia, el autor intelectual se liga en relaciones acuerdo común, división material del trabajo e importancia de aportes

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de junio de 1983. Rad. 1983.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de octubre de 2000. Rad. 15610.

con los denominados por autores materiales, resultando todos en proyecciones de coautoría. De la precisión dada se deriva la consecuencia en sentido que el denominado instrumento culmina su labor, ajeno de responsabilidad penal y en ningún caso se lo puede tener como coautor". (CSJ, Cas. Penal, Sent. abril. 13/2009, Rad. 30125 M. P. Yesid Ramírez Bastidas).

(Sentencia Concordante. CSJ, Cas. Penal, Sent. jun. 27 /2006, Rad. 25068, CSJ, Cas. Penal, Sent. jun. 3 /1983, Rad. 27264).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La Instigación o determinación puede ser directa, o, en cadena desde que exista conexión concreta entre la conducta del instigador inicial y el autor material.**

"Para empezar, véase que desde el plano dogmático la determinación supone los siguientes elementos:(i) Un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor, (ii) la actuación determinante del inductor, (iii) un comienzo de ejecución del comportamiento, (iv) la carencia del dominio del hecho y (v) un actuar doloso. La instigación a su vez puede ser directa y en cadena, como ocurre o puede suceder cuando entre el autor y el instigador media la intermediación de otro instigado⁽¹⁾. En relación con esta última posibilidad, el artículo 30 del Código Penal se refiere a la determinación directa, lo cual no excluye la posibilidad de la instigación en "cadena", siempre y cuando se reúnan los mismos requisitos indicados anteriormente, situación que en este caso no está en duda. En efecto, lo central es que exista una conexión concreta⁽²⁾ entre la conducta del instigador inicial y el autor material, relación que como primer elemento de la determinación en este caso surge del conocimiento del riesgo y de los efectos colaterales que envuelve la acción inicial, y no necesariamente de un contacto personal entre el autor y el primer determinador que es distinto. La relación personal entre el primer inductor y el autor material no es esencial ni necesaria para configurar la inducción en cadena, porque si este tipo de vínculos fuesen indispensables, otras instituciones más "despersonalizadas", como la que se presenta en la autoría mediata en aparatos organizados de poder sería igualmente insostenible desde dicha perspectiva, pues en estas hipótesis el hombre de atrás ni siquiera sabe o conoce quién ejecutará la conducta. Para la Sala, excluir la posibilidad de la denominada determinación en cadena cuando se presenta una relación "mediata" entre el autor material y el determinador inicial, puede conducir a injustificadas lagunas de punibilidad. Lo que ocurre es que, en estos casos, debe existir un curso causal continuo que permita sostener que el resultado corresponde a las directrices ciertas y a las previstas como posibles por el primer instigador del comportamiento. Pensar, como sugieren algunos, que el inductor que podríamos llamar "intermedio" no inicia la ejecución del hecho antijurídico y que por lo tanto faltaría uno de los presupuestos de la inducción, es una tesis que sólo se puede sostener a partir de una elaboración que fragmenta la conducta en perjuicio de su unidad, al aislar al inductor inicial del resultado final que ejecuta el autor.

En ese orden, si las reglas de la determinación exigen que el autor debe dar inicio a la ejecución del hecho, es claro que, conforme al principio de accesoriadad de la participación, esa exigencia no se debe analizar a partir de la relación entre el inductor inicial y el intermedio, sino entre estos y el autor material. De manera que no existe ningún obstáculo para imputar el resultado a título de dolo eventual al determinador inicial por el conocimiento del riesgo concreto que implicaba la ejecución del comportamiento y por todas las especificidades que rodean el plan de autor. En particular por el conocimiento del riesgo y de sus implicaciones concretas que se dejan en este caso libradas al azar y que no van más allá del plan de autor, de modo que no exceden el concreto riesgo previsto en la ejecución de la acción". (CSJ, Cas. Penal, Sent. Mayo 9/2018, Rad. 46263, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Requisitos para aplicar la figura de la complicidad por omisión.**

"Para afirmar la tipicidad de un comportamiento a título de complicidad por omisión, son necesarias dos exigencias. En primer lugar, concretamente frente a la omisión impropia, impura, o comisión por omisión, –aunque también se podría admitir en materia de delitos activos–, el autor y/o el cómplice deben tener la obligación legal de impedir el resultado, es decir, tienen que ostentar una posición de garante o de garantía. Es lo que se desprende del inciso segundo del artículo 21 del Código Penal de 1980 –norma aplicable por la fecha de ocurrencia del hecho, y que no distingue entre autor y partícipe–, de acuerdo con el cual, "Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo". Y es lo que emana del inciso segundo del artículo 25 del Código Penal del 2000, en virtud del cual, quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, queda sujeto a la pena prevista en la norma correspondiente. Para esto, además, se requiere que la persona tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico, o que se le haya encomendado como garante la custodia o vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme con la Constitución o la ley. En segundo lugar, de la conducta omisiva de ayuda, además, se predicen las características generales de la complicidad, es decir, las siguientes:

- a) Que exista un autor –o varios–.
- b) Que los concurrentes –autor y cómplice– se identifiquen en cuanto al delito o delitos que quieren cometer. Uno o unos de ellos, como autor o autores; y otro u otros, como ayudantes, como colaboradores, con prestación de apoyo que debe tener trascendencia en el resultado final.
- c) Que los dos intervinientes –autor y cómplice– se pongan de acuerdo en aquello que cada uno de ellos va a realizar, convenio que puede ser anterior a la comisión del hecho o concomitante a la iniciación y continuación del mismo, y tácito o expreso.
- d) Que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice. Como consecuencia de lo anterior, es claro que, si no

se cumple uno de los dos requisitos anteriores, o ninguno de ellos, la conducta imputada es atípica". (CSJ, Cas. Penal, Sent. Abr. 4 /2003, Rad. 12742. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Definición de la figura de interviniente, entendida como aquel, careciendo de las calidades especiales exigidas en el tipo penal, realiza actos de coautor (propio o impropio) en delito con sujeto activo calificado.**

"La figura del interviniente y su actualización jurisprudencial (...) Sobre el alcance de dicho instituto, inicialmente la Corte³⁰ consideró que era aplicable respecto de cualquier modalidad de autor (material, mediata, coautor, etc.) o de partícipe (determinador o cómplice), por corresponder a delitos con sujeto activo calificado, en los cuales la presencia de deberes especiales se concreta en el ámbito de protección del respectivo bien jurídico tutelado. Concluyó la Sala que la pena del autor-interviniente se rebajaría en una cuarta parte por carecer de las calidades exigidas en el tipo especial para cometer el delito; igual se procedería respecto del determinador-interviniente. Y tratándose del cómplice-interviniente la pena tendría dos rebajas, una de la sexta parte a la mitad dispuesta para quien ayuda en la comisión de un delito (inciso 2° del artículo 29 del Código Penal), y otra, de la cuarta parte por tratarse de un interviniente (inciso final, artículo 29 del mismo ordenamiento). Catorce meses después, la misma Corporación varió su jurisprudencia³¹, para lo cual adujo que si los partícipes, esto es, el determinador y el cómplice, no requieren las especiales calidades exigidas en la legislación pues no ejecutan de manera directa la conducta punible, no procedía rebajarles la pena cuando precisamente no cuentan con esas condiciones, es decir, si el determinador no es servidor público se le rebajaría indebidamente la pena en una cuarta parte por carecer de una condición no exigida en su rol, y a su vez, al cómplice, que tampoco requiere de cualificación alguna, se le favorecería impropriamente con una rebaja de la cuarta parte de la pena, sumada a la prevista de una sexta parte a la mitad (inciso 2° del artículo 29 del Código Penal). Entonces, planteó la Corte que el interviniente corresponde a "un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación". Ahora, como para ser autor o coautor se necesita esencialmente y como condición ontológica tener las calidades exigidas en el tipo en procura de honrar el principio de legalidad, puede en esta ocasión perfilarse un poco más el alcance del interviniente, precisando, como ya se sugirió en alguna decisión³², que es quien careciendo de las calidades especiales dispuestas por el legislador en el tipo, realiza actos de coautor en delito con sujeto activo calificado. Desde luego, esos actos de coautor pueden desarrollarse en el marco de la coautoría material propia o impropia. Aquí es preciso destacar que,

si bien de manera recurrente el interviniente se vincula a delitos cometidos por servidores públicos, lo cierto es que la norma citada no restringe su reconocimiento a tales situaciones, en cuanto "las calidades especiales exigidas en el tipo penal" pueden estar determinadas por una condición jurídica, profesional o natural. Ejemplo de la primera, el carácter de servidor público en delitos como el prevaricato, la concusión, el peculado, el enriquecimiento ilícito, la falsedad ideológica en documento público, etc. y la de deudor de alimentos por ministerio de la ley en la inasistencia alimentaria. De la segunda, la calidad de profesional o practicante de medicina, odontología, enfermería o farmacia en el punible de suministro o formulación ilegal, la de apoderado o mandatario en el delito de infidelidad a los deberes profesionales, la de empleado o director de una institución financiera o de cooperativas en la omisión de control de transacciones en efectivo para prevenir el lavado de activos. De la tercera, la condición natural, la madre que da a luz hijo fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas en el infanticidio. El ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana respecto de la persona con la cual se realice acceso carnal u otro acto sexual en el incesto. Son **coautores materiales** quienes, teniendo la calidad dispuesta en el respectivo tipo penal, pues son autores, tienen dominio funcional de la conducta y prestan un aporte importante y fundamental para la ejecución. Se trata de la participación plural de personas o concurso de autores; puede tratarse de: (i) **Coautoría material propia**, cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta y todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, por ejemplo, si conforme a lo acordado cada uno hiere letalmente y con el propósito de causar la muerte a la víctima y esta fallece.

(ii) **Coautoría material impropia**, precisa de los siguientes elementos: (a) Acuerdo previo o concomitante entre las personas sobre la comisión del delito: Ese convenio es generalmente expreso con precisa identificación de roles, pero bien puede ocurrir que sea tácito o supuesto, por ejemplo, cuando una banda de ladrones ingresa a un establecimiento comercial para hurtar y todos portan armas de fuego, se harán responsables de los resultados derivados de utilizar dichos artefactos si uno de ellos dispara y causa la muerte al administrador del local que ofreció resistencia al delito.

El acuerdo no tiene que ocuparse de una norma específica, sino del contenido esencial del comportamiento, por ejemplo, no se descarta el acuerdo si un grupo define la comisión del delito de hurto calificado, pero finalmente realizan un hurto agravado. (b) Media división de trabajo, en cuanto todos realizan un fragmento de la conducta acordada, incluso algunos efectúan comportamientos diversos del verbo rector del tipo, no por ello impunes, como cuando el celador se limita conforme a lo acordado a dejar sin seguridad la puerta de ingreso a una fábrica, para que los otros miembros de la asociación ilegal puedan entrar a apoderarse

30 Cfr. CSJ. SP, 25 abr. 2002. Rad. 12191.

31 Cfr. CSJ SP, 8 jul. 2003. Rad. 20704.

32 Cfr. CSJ. SP, 12 Sep. 2012. Rad. 37235.

de bienes muebles allí ubicados; es en virtud de la imputación recíproca que todos responden por el todo, con independencia de su aporte, el cual, como ya se dijo, debe revestir importancia en la comisión del delito. (c) Cada coautor tiene el dominio funcional del comportamiento, de modo que su contribución debe ser importante para la comisión del delito; si se trata de una sencilla colaboración podría corresponder a la figura de la complicidad. (d) Todos se sujetan a lo acordado, pues de las desviaciones o excesos sólo responde quien las haya cometido, por ejemplo, si un grupo decide asaltar un banco con armas de juguete para intimidar y no matar a alguna persona, pero uno lleva por fuera del acuerdo un revólver de verdad, con el cual dispara y causa la muerte al vigilante que reaccionó, únicamente él responde de ese homicidio.

Así las cosas, al determinador de un delito con sujeto activo calificado, tenga o no las condiciones exigidas, le corresponde la pena prevista para la infracción. Al cómplice de un punible con sujeto activo calificado, concurren o no en él tales calidades, se le sanciona con la pena prevista en la norma, disminuida de una sexta parte a la mitad. Resta señalar que no opera la comunicabilidad de circunstancias, pues la condición de sujeto activo calificado hace parte de la estructura óptica del delito, sin que corresponda a una circunstancia específica de agravación o atenuación, por ejemplo, cuando el homicidio recae en el padre del victimario. Es decir, tener el carácter de servidor público, deudor alimentario, apoderado o mandatario, empleado o director de una institución financiera o de cooperativas, en los ejemplos propuestos, no corresponde a una circunstancia que pueda comunicarse. En suma, la Corte, dentro de su función propedéutica y de unificación de la jurisprudencia precisa: Es interviniente quien, careciendo de las calidades especiales (jurídicas, profesionales o naturales) dispuestas por el legislador en el tipo para el sujeto activo, realiza actos de coautor material (propio o impropio), caso en el cual será sancionado con la pena dispuesta en la respectiva norma punitiva, disminuida en la cuarta parte". (CSJ, Cas. Penal, Sent., nov 6/2019, Rad. 54125. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **El interviniente "extraneus" responde como coautor desde que se configuren los elementos de: Acuerdo, división de funciones y trascendencia del aporte, aunque no tenga la calidad exigida en el tipo, con aplicación a la rebaja de pena.**

"Se ha entendido jurisprudencialmente que el sujeto activo que no tiene la calidad especial exigida en el tipo –extraneus–, pero concurre a su realización, es coautor del delito junto con el sujeto que reúne la condición establecida –intraneus– pues "la atribución de un delito a título de interviniente supone la existencia de un autor quien reúne las calidades especiales que exige el tipo penal, verbi gratia, el servidor público, que en forma mancomunada se asocia con otros autores o personas que no reúnen esas condiciones –interviniente o extraneus– para

cometer el delito especial"³³. De esta forma, el interviniente en los delitos especiales o de sujeto activo calificado responde como coautor, siempre que se demuestren los elementos propios de esa figura jurídica, esto es, acuerdo, división de funciones y trascendencia del aporte"³⁴. (CSJ, Cas. Penal, Sent., feb 3/2021, Rad. 54125. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Los partícipes y sus requisitos.**

"En relación con los elementos estructurales de esta forma de intervención en la conducta punible, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado: "Por ello es inherente a esta figura la concurrencia de por lo menos dos elementos: Uno subjetivo que generalmente es previo o concurrente con la comisión del hecho, consistente en la existencia de un acuerdo expreso o tácito para su acometimiento y uno objetivo, que se manifiesta en la realización de actos orientados a su ejecución como cometido común, siéndoles por ello imputables a todos los partícipes el delito o delitos cometidos que típicamente se configuren". (TSM. RAD. 155189 MY. ABG. Marycel Plaza Arturo, 30 de septiembre de 2008).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **El determinador en la Justicia Penal Militar.**

"Concibe el estatuto penal militar igualmente la categoría del determinador, esto es, quien crea en otro la idea de cometer un delito y mueve su voluntad para que lo materialice. No deja de lado la Sala de referir la autoría mediata, esto es, cuando se utiliza a otro como instrumento para materializar la conducta delictiva. Nuestra Corte Judicial Suprema de Justicia desarrolló la tesis de la "Autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, basándose para ello en la tesis expuesta por el Profesor Claux Roxin: "hombre de atrás", el que "mueve los hilos" da la orden de ejecutar el delito, con la seguridad de que algún miembro de esa estructura la cumple, es decir, este último actúa como autor inmediato "fungible", es decir, reemplazable, sustituable y quien responde como autor material del hecho punible. En cuanto hace a la complicidad, esta sugiere concierto previo expresado en promesa anterior, para contribuir en la realización de conducta punible, o prestar ayuda posterior". (TSM. Rad. 155318, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, Sala Cuarta de Decisión, 29 de octubre de 2008).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Determinador y dominio del hecho.**

"Conforme a los presupuestos anteriores, en que el PT. CFEJ actuó en condición de error de prohibición, se dirá entonces, que de acuerdo a los postulados de la figura de la autoría mediata

33 SP-15015-2017, 20 Sep. 2017, rad. 46751.

34 CSJ SP-3874-2019, 12 Sep. 2019, rad. 52816. En el mismo sentido, SP-15015-2017, 20 Sep. 2017, rad. 46751.

entendida cuando en la realización de un tipo penal concurren como mínimo dos personas, habrá de determinarse a partir de la teoría del dominio del hecho quién tenía el dominio, y si uno de ellos actuó con error, este se constituye en mero instrumento del hombre de atrás, es decir, bajo la teoría del dominio del hecho, la SS. RRNM e incluso el IT. LRJA tenían el dominio de la voluntad del PT. CFEJ lo que los ubica en el campo de la autoría mediata y no el de la participación en calidad de determinador. Como se dijo en el numeral precedente, el PT. CFEJ, quien firmó el documento como ejecutor material no se le puede atribuir responsabilidad penal dado que su actuar no tiene culpabilidad, y en ese orden de ideas, el sujeto de atrás, que tenía el dominio del hecho, se convierte en autor mediato al utilizar al ejecutor material como instrumento. Dentro de las varias formas de autoría mediata, se encuentra el ejercicio de la coacción sobre el sujeto instrumento, como también cuando el ejecutor material obra con error, circunstancias que se han probado como se señaló en precedencia". (TSM. Rad. 153735, M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión, 31 de julio de 2012).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Origen de la división del concurso de personas en el hecho punible.**

"Rememórese que la teoría del dominio del hecho fue formulada por Hans Welzel como expresión lógica de la escuela finalista para diferenciar los conceptos de autor y partícipe, y si bien parte del presupuesto de que es autor quien tiene el poder del acto, por lo cual "el autor es la figura central del acontecer en forma de acción", no se puede perder de vista que esta teoría se formuló para los delitos dolosos, en el entendido que nadie que no tenga dolo puede tener dominio de la acción, ni basta únicamente este -dolo- para ser considerado autor, pues además se requiere tener el dominio del tipo objetivo". (TSM. Rad. 159022-XV-415 PONAL M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

COMENTARIOS

La Corte Suprema de Justicia ha analizado en múltiples sentencias la figura del partícipe, entendido como el determinador y el cómplice. Adicional a ello, reposa el concepto del interviniente, entendido como aquel, el que, careciendo de las calidades especiales exigidas en el tipo penal, realiza actos de coautor (propio o impropio) en delito con sujeto activo calificado. En primer lugar, el máximo tribunal de justicia señala que la determinación sólo opera en el tipo subjetivo del dolo mas no la culpa, y puede ser directa o en cadena desde que exista conexión concreta entre la conducta del instigador inicial y el autor material. El determinador no es autor, él es partícipe y se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable; siendo relevante la comunicación entre determinador y determinado, vinculándolos. El acto del determinador debe ser incidente en el origen de la voluntad criminal del inducido, la cual debe ser consumada o, al menos, en modalidad de tentativa, y con existencia de un nexo de correspondencia entre lo incitado y el resultado. Según la jurisprudencia estudiada, el determinador y el autor mediato, donde ninguno tiene el dominio material del hecho criminal, difieren entre sí porque el determinador se liga con el autor material en relaciones de acuerdo común, actuando este último con conciencia de la conducta y de la determinación; mientras que el autor mediato utiliza a otro, que no tiene conciencia de la antijuridicidad, como instrumento, ajeno de responsabilidad. En segundo lugar, la complicidad puede ser por acción o por omisión (cómplice tiene posición de garante sobre él) y que reúna los elementos para su configuración así:

- Que exista un autor –o varios–;
- Autor y cómplice se identifiquen en cuanto al delito o delitos que quieren cometer. Uno de ellos, como autor o autores; y otro u otros, como ayudantes, como colaboradores, con prestación de apoyo que debe tener trascendencia en el resultado final;
- Que autor y cómplice se pongan de acuerdo en aquello que cada uno de ellos va a realizar, convenio que puede ser anterior a la comisión del hecho o concomitante a la iniciación y continuación del mismo, y tácito o expreso;
- Que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice.
- La Corte ha señalado que el interviniente "extraneus" responde como coautor (propio o impropio) desde que se configure los elementos de: acuerdo, división de funciones y trascendencia del aporte, aunque no tenga la calidad exigida en el tipo, con aplicación a la rebaja de pena.

Artículo 32. Concurso de conductas punibles.

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemple sanciones distintas a las establecidas en esta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL
– CONCURSO DE DELITOS – **TEORÍA DEL
CONCURSO.**

(...) "Así, el concurso efectivo de tipos se presenta cuando uno o varios comportamientos de la misma persona coetáneamente encuadran

en varios tipos penales que, sin excluirse el uno del otro, deben aplicarse simultáneamente. Por ello, la teoría del concurso tiene como finalidad determinar conforme a la ley vigente, la teoría de unidad y pluralidad de conductas y tipicidades y los criterios de política criminal como proporcionalidad, razonabilidad, necesidad, autonomía del bien jurídico, non bis in ídem e igualdad material, una sanción punitiva adecuada que refleje el verdadero grado del injusto penal y la culpabilidad existente, según las distintas estructuras de pluralidad normativa de tipos penales (...).

“El concurso material o real se presenta cuando una persona realiza una pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o en varios tipos penales. El Código Penal lo señala expresamente al contemplar el supuesto relativo a que “con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición”. En el caso que las acciones independientes se circunscriban a un mismo tipo penal, surge el concurso material homogéneo, por el contrario, cuando un mismo agente incurre en diversos tipos penales, acontece el concurso material heterogéneo

(...). “Este concurso implica una pluralidad de acciones independientes o separadas, sin vínculo alguno entre sí y con momentos diferenciables. Esta forma de proceder genera una multiplicidad de delitos que lesionan por más de una vez uno o varios bienes jurídicos.

El concurso ideal o formal, por su parte, se diferencia del anterior por la unidad de acción, en tanto el agente realiza una única acción que configura varios delitos, los cuales resultan aplicables de manera conjunta, “hay concurso ideal o formal cuando una acción se adecúa a varias figuras típicas que no se excluyen entre sí”. Por tanto, el concurso ideal o formal es el único caso de concurso de tipos penales en una acción y conlleva una pluralidad de tipos penales. (...). A su turno, el concurso aparente se configura cuando ilusoriamente existe una concurrencia de tipos penales sobre una conducta. Por ejemplo, prima facie, se encuadra el caso en un concurso ideal, pero tras un estudio detenido de la tipicidad se llega a la conclusión de que no es así, por ello, se suele denominar este concurso como concurrencia de leyes, pues es lo que sucede: Dos o más normas penales son aplicables aparentemente al caso concreto por una única acción”. (Corte Const. Sent. C 464-14, nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014), M. P. Alberto Rojas Ríos). Sentencias concordantes: C-133/99, C-121/12 y C-1086/08.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL
- CONCURSO DE DELITOS - **CRITERIOS - INTERPRETACIÓN.**

(...) “La creación de este tipo penal puede dar lugar al fenómeno del concurso de delitos (ideal o material), respecto de los cuales el legislador ha establecido mecanismo de racionalización de la respuesta punitiva (Art. 31 Cód. P). De cualquier modo, frente a concurso aparente de normas o tipos penales, el operador jurídico, en el ámbito de su autonomía, cuenta con herramientas interpretativas como los principios

de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, cuyo cometido es enfrentar, en el plano judicial, eventuales riesgos de vulneración del non bis in ídem”. (...) (Corte Const. Sent C 121/12, veintidós (22) de febrero de dos mil doce (2012), M. P. Julián Arturo Polo Echeverri).

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN PENAL.

Concurso de conductas punibles. Concepto. Clases. Delito continuado y delito masa. Concepto. Concurso aparente. “3. El concurso de delitos.

Uno de los temas que ha generado polémica a lo largo de la historia de la dogmática penal es el del concurso de conductas punibles o concurso de delitos, el cual se estudia en los manuales y tratados de derecho penal bajo la denominación unidad y pluralidad de conductas típicas. Paradójicamente, las diferentes legislaciones que han reglamentado la materia pocas transformaciones han sufrido con el paso del tiempo, lo cual no quiere decir que existan soluciones definitivas. La figura del concurso de delitos sirve para regular el procedimiento de acumulación jurídica de las penas que se deben imponer al sujeto que con su acción o acciones ha adecuado su conducta a varias descripciones típicas de la misma o diferente naturaleza. (...) De tal disposición se desprende que el legislador de 2000 institucionaliza las siguientes figuras: a) Concurso material o real. Considerado como la modalidad natural de los concursos, pues varias acciones dan lugar a varios delitos. Es el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes. b) Concurso ideal o formal. Se presenta cuando con una sola acción se produce la comisión de dos o más delitos. Se da cuando una misma persona con una sola acción u omisión comete varios delitos y para efectos de la valoración jurídica del hecho el funcionario judicial encuentra que existen dos o más disposiciones que no se excluyen entre sí, que toman en consideración algunos aspectos distintos de él, los que sólo en su conjunto agotan el contenido antijurídico. c) El delito continuado. Fue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y que no forma parte del concurso de delitos. El legislador considera la existencia de un sólo delito cuando un mismo sujeto dentro de un propósito único comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe homogeneidad. De tal manera, el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracterizan por la homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las

modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que esta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador. La creación ideológica del delito continuado nace en el ámbito de los delitos patrimoniales con el propósito de evitar la pena de muerte al *ter furatus*, siendo posteriormente cuando, gracias a la jurisprudencia y a la doctrina, especialmente la italiana y la alemana, adquiere carta de naturaleza propia con características específicas y particulares distintas a la *pietatis causa*, alcanzando la consideración de realidad jurídica fundada en el llamado «dolo conjunto». Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que este es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado, sino que se está en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso. Y, d) Delito masa. Es una especie de delito continuado pero limitado a las acciones dirigidas a la afectación del patrimonio económico de un colectivo humano. Se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal, todo lo cual se ejecuta de acuerdo con un plan con el que se pretende afectar el patrimonio económico de un número indeterminado de personas. Existen otras modalidades concursales a las que no hace expresa referencia el Código pero que la doctrina viene estudiando a la par con las figuras citadas, como ocurre con el denominado concurso medial. Esta modalidad concursal se presenta cuando un delito es medio necesario para la comisión de otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin. Es una modalidad de concurso real, con la particularidad que entre los delitos existe una estrecha relación, como es el caso de una falsedad que se ejecuta con el propósito de estafar. Adicionalmente, la doctrina también distingue entre concurso homogéneo y concurso heterogéneo, siendo el primero aquel que se presenta cuando el bien jurídico afectado es uno sólo, y el segundo, cuando la acción o las acciones lesionan varios bienes jurídicos. Igualmente, se señala que dependiendo de la distancia temporal que separe los hechos delictivos que concurren, el concurso puede ser simultáneo o sucesivo. 4. El denominado concurso aparente. El concurso aparente de delitos ocurre –que bien se ha clarificado es sólo un aparente concurso–, cuando una misma situación de hecho desplegada por el autor pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto, atendiendo razones de especialidad, subsidiaridad o consunción que las demás resultan impertinentes por defectos en su descripción legal o porque las hipótesis que contienen van más allá del comportamiento del justiciable. Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, sólo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados

generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan, con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal. La jurisprudencia ha señalado que el concurso aparente de tipos penales tiene como presupuestos básicos: (i) La unidad de acción, esto es, que se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas, (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (iii) que lesione o ponga en peligro un sólo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente. La Corte Suprema de Justicia ha destacado, coincidiendo con la doctrina, que la solución racional del concurso aparente de tipos –para obviar el quebranto del principio *non bis in idem*– en el sentido de seleccionar la norma que resulte adecuada, impone la aplicación de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción, respecto de los cuales indica: Una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: *lex specialis derogat legi generali*. Un tipo penal es subsidiario cuando sólo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. Se caracteriza por ser de carácter residual, y porque el legislador, en la misma consagración del precepto, advierte generalmente sobre su carácter accesorio señalando que sólo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito, como acontece, por ejemplo, con el abuso de autoridad (Art. 152, modificado por el 32 de la Ley 190 de 1995), o el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (artículo 198 *eiusdem*), entre otros. De acuerdo con lo expresado, dos hipótesis pueden llegar a presentarse en el proceso de adecuación típica frente a disposiciones subsidiarias: 1) Que la conducta investigada corresponda a la del tipo penal subsidiario exclusivamente; y, 2) que simultáneamente aparezca definida en otro tipo penal de mayor jerarquía (básico o especial) que protege el mismo bien jurídico. En el primer supuesto ningún inconveniente se presenta, pues siendo una la norma que tipifica la conducta, se impone su aplicación. En el segundo, surge un concurso aparente de tipos que debe ser resuelto con exclusión de la norma accesorio, en virtud del principio de subsidiaridad: *lex priMaríaderogat legis subsidiariae*. Finalmente se tiene el tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de

otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con este una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: *lex consumens derogat legis consumptae*. En virtud del principio de consunción –que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada– si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un sólo comportamiento. Es aplicable la

consunción cuando entre los dos punibles existe una relación de menos o más, o de imperfección a perfección, como ocurre en los llamados delitos progresivos, no cuando existe una simple conexidad. Algunos sectores doctrinales señalan el principio de alternatividad como un cuarto criterio a tener en cuenta a la hora de resolver problemas concursales. De acuerdo con el mismo, el hecho, en todas sus dimensiones antijurídicas puede ser indistintamente subsumido en una u otra norma, sin que exista dato alguno de especificidad que aconseje inclinarse por una de ellas. En tal supuesto debe adoptarse por la norma que tenga mayor pena. (CSJ, Sent. Casación N.º 27383, jul. 25/2007, M. P. Yesid Ramírez Bastidas).

COMENTARIO

Por voluntad legislativa se agrupa o unifica en una sola disposición los fenómenos concursales referidos, con tratamiento punitivo unitario.

Se introduce el término de conducta punible reflejando la evolución dogmática e implementación del derecho penal de acto, recordando que este es considerado también como uno de los dispositivos amplificadores del tipo penal. Respecto de la complejidad del mismo, asiste razón a Ricardo Posada cuando indica: “Se trata de una norma jurídico-penal incompleta que procura armonizar ampliamente, por medio de una fórmula sustantiva unitaria, tanto el concurso real o material de delitos, como el concurso ideal o formal de tipicidades, asignando a dichas instituciones jurídicas una penalidad genérica unitaria”³⁵.

Como lo menciona Reyes Echandía, esta figura jurídica se presenta cuando varias acciones u omisiones realizadas por el mismo individuo y con finalidades diversas, producen una pluralidad de violaciones jurídicas y por lo mismo, encuadran en varios tipos penales o a veces, en el mismo tipo penal, entre sus finalidades está en señalar una sanción punitiva proporcionada que refleje el verdadero grado del injusto penal y la culpabilidad existente, según las estructuras de pluralidad normativa de tipos penales.

En cuanto al concurso aparente de conductas punibles suele acudir al principio *lex consumens derogat legis consumptae* para aplicar la norma penal que más riqueza descriptiva contenga debiendo diferenciarse así entre el concurso de hechos punibles de concurso aparente de normas penales.

Artículo 33. Ausencia de responsabilidad.

No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. Esta causal no se aplica a los delitos consagrados en el artículo 3º de este código.
5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.
Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.
7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.
8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.
9. Se obre impulsado por miedo insuperable.
10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.
Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

35 Posada Maya, Ricardo. El concurso de conductas punibles en el ordenamiento penal colombiano. En: Temas de derecho penal. Bogotá, D. C.: Ediciones Uniandes. 2008. P.75-112. p. 77.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.
Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.
12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.
El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

1. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL – CASO FORTUITO – **FUERZA MAYOR:**

“(…) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño. (...)”. El artículo 64 del Código Civil Colombiano establece que “se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. La anterior definición ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia civil, y es entendida bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, en la cual se acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor. En la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido monista sino dual, esto es, bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas hasta el punto de considerar que de estas sólo la fuerza mayor es causal eximente de la responsabilidad del Estado.

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 29 de enero de 1993, Exp. 7365, CP. Juan de Dios Montes Hernández, señaló:

“Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: En cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: La de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida”.

Por su parte, en la Sentencia proferida el 16 de marzo de 2000, Exp. 11.670, CP. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, se dijo:

“Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de

la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquel, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”. En lo que respecta a la comprobación de la fuerza mayor, la Sala en Sentencia de 15 de junio de 2000, Exp. 12423, CP. María Elena Giraldo Gómez, evocando a lo establecido en la doctrina; dijo: “la fuerza mayor sólo se demuestra: ‘...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña) (...) lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias () En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior al agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito; no provenir de su culpa () cuya causa no le es imputable al demandado, y en cuyo daño no ha existido culpa adicional por parte de este” (páginas 334, 335 y 337)”. A su vez, en la Sentencia del 26 de febrero de 2004, Exp. 13833, CP. Germán Rodríguez Villamizar, la Sección tercera del Consejo de Estado precisó frente a los sucesos constitutivos de fuerza mayor:

“Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina se entiende que la fuerza mayor debe ser:

- 1) Exterior: Esto es que “está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor”.
- 2) Irresistible: Esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”.
- 3) Imprevisible: Cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo.

A su vez, el caso fortuito debe ser interior, no porque nazca del fuero interno de la persona, sino porque proviene de la propia estructura de la actividad riesgosa, puede ser desconocido y permanecer oculto, En tales condiciones, según la doctrina se confunde con el riesgo profesional y por tanto no constituye una causa de exención de responsabilidad”. En hilo de lo dicho, puede concluirse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es una causa extraña y externa al hecho demandado, es un

hecho irresistible e imprevisible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño (...). **(Corte Constitucional Sentencia SU 449/16, veintidós (22) de agosto de 2016, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).**

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL – VALORACIÓN IN CASU:

“(…) Adicionalmente, la fuerza mayor y el caso fortuito requieren que el hecho sobreviniente sea externo. Por tal razón, el afectado no puede intervenir en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, sino que debe estar fuera de la acción de quien no pudo preverlo y resistirlo. Este requisito exige por tanto que el hecho no provenga de la persona que lo presenta para eximir su responsabilidad, de forma que no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma. No obstante, la jurisprudencia ha precisado que la exterioridad es una circunstancia jurídica, pues “ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la [persona] accionada”. Finalmente, es necesario precisar que se debe valorar cada caso concreto de forma independiente para verificar si de ellas se desprende la existencia de una situación imprevisible, irresistible y externa, pues como ha señalado la Corte Suprema de Justicia: “Conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no. (...)”. **(Corte Constitucional Sentencia T- 271/16, veinticuatro (24) mayo de 2016 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).**

Sentencias concordantes: T-229 de 2016, SU-632/17, T-520 /2003, T-1165/ 2003, T-943 de 2005.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN CIVIL. **Definición de fuerza mayor o caso fortuito. La imprevisibilidad e irresistibilidad como requisitos para su configuración deben ser analizados en cada situación específica, ponderando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el acontecimiento. La imposibilidad relativa no permite calificar un hecho de irresistible.**

“1. Uno de los temas más sistemáticamente tratados por la jurisprudencia de la Corte, es el de la fuerza mayor o caso fortuito, en torno al

cual ha delineado lo que –de antaño– constituye doctrina probable, edificada a partir de una definición legislativa que concibe ese fenómeno como “el imprevisto a que no es posible resistir” (Art. 1º, Ley 95 de 1890). Según esa doctrina de la Sala, para que un hecho pueda ser considerado como evento de fuerza mayor o caso fortuito –fenómenos simétricos en sus efectos–, es necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto, queda sometido irremediablemente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su fuerza arrolladora. Imprevisibilidad e irresistibilidad son, pues, los dos elementos que, in casu, permiten calificar la vis maior o casus fortuitus, ninguno de los cuales puede faltar a la hora de establecer si la situación invocada por la parte que aspira a beneficiarse de esa causal eximente de responsabilidad, inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considerada como tal. En torno a tales requisitos, la Corte ha puntualizado que, si “el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...” (G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63)”, siendo necesario, claro está, “examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual”, desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: “1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo” (Sentencia de 23 de junio de 2000; Exp.: 5475). Y en relación con la irresistibilidad, ha predicado la Sala que un hecho “es irresistible, “en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente –sojuzgado por el suceso así sobrevenido en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan sólo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito” (Se subraya. Sentencia de 26 de noviembre de 1999; Exp.: 5220). 2. Conviene ahora, por su importancia y pertinencia en el asunto sometido al escrutinio de la Sala, destacar que un hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales –o personales– del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que este pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas. Ello sirve de fundamento para pregonar que la imposibilidad requerida para la liberación del deudor, en casos como el que ocupa la atención de la Corte, es únicamente la absoluta, cerrándosele entonces el camino a cualquier otra. La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernan sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese

a ser generalizadas y gravosas, no frustran –in radice– la posibilidad de cumplimiento, y que, *ad cautelam*, correlativamente reclaman la asunción de ciertas cargas o medidas racionales por parte del deudor, constituyen hechos por definición superables, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad. Por eso, entonces, aquellos eventos cuyos resultados, por cualificados que sean, pueden ser superados con un mayor o menor esfuerzo por parte del deudor y, en general, del sujeto que los soporta, no pueden ser considerados, en forma invariable, como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, en sentido estricto.

Sobre este particular, ha precisado diáfananamente la Sala que la fuerza mayor “Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos” (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pág. 126), lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*). Por tanto, si irresistible es algo “inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias” (Se subraya; Sent. del 26 de enero de 1982, G.J. CLXV, pág. 21), debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente. 3. En el caso de las acciones perpetradas por movimientos subversivos o, en general, al margen de la ley, o de los actos calificados como terroristas –*lato sensu*–, debe señalarse que, in abstracto, no pueden ser catalogados inexorable e indefectiblemente como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pues al igual que sucede con cualquier hecho que pretenda ser considerado como tal, es indispensable que el juzgador, in concreto, ausculte la presencia individual de los elementos antes referidos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares que rodearon su génesis y ulterior o inmediato desenvolvimiento”. (CSJ, Cas. Civil, Sent. Julio 26/2005, Exp. 6569-02. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. **El caso fortuito desde el punto de vista dogmático implica una ausencia de acción, inexistencia de relación entre el sujeto activo y el resultado típico.**

“7.3.2. Cuando se hace alusión a un caso fortuito, lo que se quiere expresar en términos de la teoría de la imputación objetiva es que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no se puede determinar en el ámbito de competencia de persona alguna, entendida esta como la portadora de un rol socialmente comprensible, o bien la imposibilidad de establecer una relación entre el sujeto activo y el resultado típico para que se le pueda atribuir al primero como ‘obra suya’ lo segundo. Es decir, el caso fortuito se refiere directamente a circunstancias en las que desde el punto de vista dogmático se presenta una ausencia de acción”. (CSJ, Sent. Casación

N.º 26513, Dic. 5/2007. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Definiciones y diferencias caso fortuito y fuerza mayor.

“Frente a los planteamientos anteriores esta Sala iniciará por precisar el argumento del caso fortuito o fuerza mayor el cual en nuestra codificación castrense está contemplado como una causal de inculpabilidad, y con respecto a su conceptualización la doctrina ha buscado establecer diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor, pero siempre se ha resaltado que “estas definiciones destacan el carácter imprevisto o inevitable del acontecimiento que configuran el caso fortuito o la fuerza mayor, característica que valga reliviarlo desde ahora, constituyen la esencia del fenómeno desde el punto de vista jurídico” [1]. (...) En igual sentido el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 señala que se llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto a que no es posible resistir, señalando que la fuerza mayor y el caso fortuito hoy día se equiparan jurídicamente porque producen las mismas consecuencias [2]. (...) Para contextualizar tenemos que en el plano jurídico por las consecuencias se consideran iguales el caso fortuito y la fuerza mayor, a partir de esta concepción la doctrina ha establecido los elementos constitutivos de estas causales y dentro de ellos señala la imprevisibilidad y la inevitabilidad o irresistibilidad. En cuanto a la imprevisibilidad “no debe entenderse en abstracto, sino concretamente y en un sentido relativo a las características y condiciones personales del autor del hecho; no es, pues, la abstracta previsibilidad del resultado de la acción lo que ha de tenerse en cuenta para efectos de la culpa, sino la concreta probabilidad de prever (representación mental estricto sensu) dicho evento habida consideración de la situación creada”. [3] (...) (TSM. RAD. 152358-6434-XIII-36-336-001-EJC, M. P. TC Fabio Enrique Araque Vargas, Bogotá, D. C, veinte (20) de enero de dos mil diez (2010).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Equivalencia de caso fortuito y fuerza mayor.**

“En el Caso Fortuito, que penalmente equivale a la Fuerza Mayor por la similitud de su estructura y la identidad de sus efectos, se incluye todo suceso inevitable, todo torbellino invencible de circunstancias, todo lo imprevisto; en suma todo lo que escapa a la ordinaria capacidad humana de control de lo externo, de previsibilidad y de dominio de los procesos caudales, habida cuenta del estadio civilizatorio de cada sociedad en cada momento y del grado de información generalmente disponible en el medio social y profesional del autor. Soler dice con razón del caso Fortuito que “no marca propiamente el límite de la culpabilidad, sino el límite de la acción humana” [4], pero es de todas maneras un límite absoluto de la responsabilidad subjetiva porque con él comienza lo más característico de la objetiva. Ciertamente impide la culpabilidad, pero no directamente, sino como consecuencia de suprimir un elemento anterior y fundante de ella:

La acción típica, o, de un modo más específico su exigibilidad absoluta, general y objetiva (erga omnes)”[5]. (...) En el Derecho Penal el Caso Fortuito o la Fuerza Mayor, están considerados como un acontecimiento que no se puede prever ni resistir; se presenta de manera inesperada e imprevisible, cuando el agente que lo sufre está efectuando un obrar legítimo con todas las precauciones y diligencias debidas, produciendo un resultado por mero accidente; pero, puede darse el extremo que el acontecimiento extraño al obrar del agente, se prevea pero lo inesperado y sorpresivo no se pueda superar o vencer. (...) De lo analizado en precedencia se colige que son requisitos del Caso Fortuito o Fuerza Mayor, los siguientes: “a. Que sea irresistible. Esta característica se traduce en una imposibilidad absoluta de superarse, es imposible de eludir, inevitable no susceptible de ser superado o contrarrestado, por lo tanto, es necesario distinguir entre la simple dificultad y la imposibilidad absoluta. b. Imprevisible. El caso fortuito o la fuerza mayor deben ser imprevisibles esto es que no puede ser verificable ni comprobable y que por lo tanto no tenga ni siquiera el grado mínimo de previsión. c. Exterior. El acontecimiento debe ser exterior; es decir, debe producirse fuera de la esfera de responsabilidad del agente”[6]. (TSM. RAD. 155815-4446-XIV-324-PONAL. M. P. CR María Paulina Leguizamón Zárate. Veintiséis (26) de abril de dos mil once (2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Elementos estructurales del caso fortuito y la fuerza mayor.**

“En el Derecho Penal el Caso Fortuito o la Fuerza Mayor, están considerados como un acontecimiento que no se puede prever ni resistir; se presenta de manera inesperada e imprevisible, cuando el agente que lo sufre está efectuando un obrar legítimo con todas las precauciones y diligencias debidas, produciendo un resultado por mero accidente. Pero, puede darse el extremo que el acontecimiento extraño al obrar del agente, se prevea pero lo inesperado y sorpresivo no se pueda superar o vencer... (...) Como bien lo ha decantado el precedente del Honorable Tribunal Superior Militar, de esta misma Segunda Sala de Decisión: “1.- La fuerza mayor o caso fortuito: En los precisos términos del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, norma que aún se halla vigente, “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público.”, concepto del que primariamente se infiere que el caso fortuito o fuerza mayor está integrado por dos elementos fundamentales concurrentes (la imprevisibilidad y la irresistibilidad), lo cual se traduce en, que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible, pero se puede resistir, no se estructura tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistible pudo preverse, de suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la contingencia y en consecuencia no podría alegarse la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, como causal

de ausencia de responsabilidad... (...) Luego, si sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho... (...) En este orden de ideas, debe evidenciarse la ausencia de acción en el imputado que pretenda beneficiarse de la exoneración por haberse materializado, en rigor, una fuerza mayor o caso fortuito, como quiera que la referida fenomenología es expresión específica de una causa extraña, de insoslayable vocación liberatoria, dada la definición legal que la considera como un suceso, contingencia o fenómeno imprevisto al que no es posible resistir, citando a manera de ejemplo un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc., hechos que en el plano jurídico producen naturalísticamente un resquebrajamiento de la relación –o vínculo– causal entre la acción y el resultado... (...) Al amparo de la estipulación legislativa arriba referida, se hace prudente reiterar ahora –por la inescindible relación que existe con el asunto que ocupa la atención de esta sala– que en el Derecho Colombiano los dos presupuestos –ex lege– que estereotipan, como unidad conceptual y como sinonimia legal, el caso fortuito o fuerza mayor, son la imprevisibilidad y la irresistibilidad del acontecimiento, es por ello, que es imprescindible examinar teóricamente cada uno de ellos, tanto en el contexto semántico, como en el campo penal: 1.1. La imprevisibilidad, rectamente entendida, no puede ser desentrañada –en lo que atañe a su concepto–, –perfiles y alcance– con arreglo a su significado meramente semántico, según el cual, imprevisible es aquello “Que no se puede prever”, y prever, a su turno, es “Ver con anticipación” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), por manera que aplicando este criterio sería menester afirmar que es imprevisible, ciertamente, el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, o sea previamente a su gestación material (contemplación ex ante)... (...) Si se aplicase literalmente la dicción en referencia, se podría llegar a extremos jurídicos que imposibilitarían materialmente su aplicación práctica, habida cuenta que una interpretación tan restrictiva haría nugatoria la posibilidad real que un imputado, según el caso, se liberara de responsabilidad en virtud del surgimiento de una causa a él extraña, particularmente de un caso fortuito o fuerza mayor, como quiera que de alguna manera, en el plano ontológico, todo o prácticamente todo se torna previsible, de suerte que asimilar lo imprevisto sólo a aquello que no es posible imaginar o contemplar con antelación, es extenderle, figuradamente, la partida de defunción a la prenombrada tipología liberatoria, en franca contravía de la ratio

que, de antiguo, inspira al “casus fortuitum” o a la “vis maior”, ejemplarizada como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, etc., por el legislador patrio con el propósito de recrear la noción y alcances del caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que, en abstracto, son imaginables y, por ende, pasibles de representación mental –o de observación previa–, para emplear la terminología lingüística ya anunciada, por tanto, una simple posibilidad vaga de realización del hecho podría bastar para excluir la imprevisibilidad. (...) Por consiguiente, es necesario darle al presupuesto en estudio –de raigambre legal en Colombia, como se acotó–, un significado prevalentemente jurídico, antes que gramatical, en guarda de preservar incólume la teleología que, en el campo de la responsabilidad penal, otorga la causa extraña –caso fortuito o fuerza mayor–, hecho del tercero”. (TSM. RAD. 156312-4429-XIV-307-PONAL, M. P. CR María Paulina Leguizamón Zárate, Catorce (14) de febrero de dos mil once (2011)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Límites del caso fortuito y la fuerza mayor.**

“Para la Sala la conducta realizada por el procesado se encuentra cobijada por el caso fortuito, causal de inculpabilidad, no pudiendo aplicarse causales de justificación, que requieren de la previsión del agente, según la Honorable Corte Suprema de Justicia: “La característica fundamental de las situaciones fortuitas es su imprevisibilidad dentro del marco de lo razonable, y de las leyes que regulan los actos cotidianos; al contrario de lo que sucede con las causales de justificación, en las cuales la actuación del agente es perfectamente consciente y el resultado es fruto de la previsión, precisamente porque la persona actúa convencida de que lo hace legítimamente por estar amparada por la ley que regula el ejercicio de un derecho”. Considera la Sala pertinente traer a colación lo expresado por el profesor Jesús Orlando Gómez López, en cuanto al límite entre el caso fortuito y el tipo culposo: “En la culpa hay siempre un resultado típico que es atribuible a la acción del sujeto, quien debiendo obrar en la realización de cierta actividad-conducir, operar a un enfermo, cazar, manejar armas, etc., –con especial cuidado y prudencia, las omite y da lugar a que se produzca el resultado no querido; en la culpa el resultado viene determinado precisamente por la violación del deber de cuidado que le era exigible al autor. Por el contrario, en el caso fortuito el resultado se produce por lo imprevisible o irresistible del suceso, no existe una relación de determinación entre la actividad del individuo y el resultado, y el hecho ocurre a pesar de la prudencia, cuidado y pericia del individuo”[8]. TSM. RAD. 157138-9443-XIV-547, M. P. TC. Pedro Gabriel Palacios Osma, abril veinticuatro (24) de dos mil doce (2012).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La previsión del caso fortuito o la fuerza mayor.**

“El caso fortuito o la fuerza mayor, están considerados como un acontecimiento que no se puede prever ni resistir; se presenta de

manera inesperada e imprevisible, cuando el agente que lo sufre está efectuando un obrar legítimo con todas las precauciones y diligencias debidas, produciendo un resultado por mero accidente; pero, puede darse el extremo que el acontecimiento extraño al obrar del agente, se prevea pero lo inesperado y sorpresivo no se pueda superar o vencer”. (TSM. RAD. 157010-4548-XIV-444-PONAL, M. P. CR. María Paulina Leguizamón Zárate, once (11) de julio de dos mil trece (2013)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor.**

“Ahora bien, en lo que corresponde a la causal de ausencia de responsabilidad que argumenta la defensa, es preciso señalar, como lo ha hecho la Sala en anteriores oportunidades, que en cuanto al caso fortuito y la fuerza mayor si bien la legislación no hace una diferencia entre las figuras, la doctrina si se ha encargado de efectuarlas para efecto de reconocer para cada caso en particular la eximente de responsabilidad penal. Siendo claro que en ambas figuras jurídicas se requiere la imprevisibilidad y la irresistibilidad, empero en la fuerza mayor interviene la fuerza de la naturaleza como por ejemplo en el caso de un terremoto, aunque también se ha aceptado que en algunos eventos puede ser originada por un tercero. En el caso fortuito es el ser humano el que genera el acontecimiento, la causal invocada implica que el individuo no tenga control de la voluntad y, por ende, el dominio del acontecer, por lo que carece de la posibilidad de dirigirlo”. (TSM. RAD. 157353-7907-XIII-201-EJC M. P. CN(r) Carlos Alberto Dulce Pereira, veintinueve (29) de julio del año dos mil trece (2013)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Requisitos de la estructura.**

“De acuerdo con lo anterior se concluye, en relación con la fuerza mayor o caso fortuito, que: i) Se debe analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean la conducta investigada, en aras a determinar si para su realización confluía una fuerza mayor o un caso fortuito; ii) los hechos deben ser imprevisibles e irresistibles y por tanto sobrevinientes, es decir, su previsión debe escapar, en condiciones normales, a cualquier sujeto, pero además, debe ser imposible evitarlo; iii) no constituyen fuerza mayor o caso fortuito los hechos que acontecen frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, más no la imposibilita, y, finalmente, iv) los hechos no deben ser atribuibles a la intención o culpa de la persona que los invoca.” (...) Ahora bien, en aras de determinar lo que constituye fuerza mayor o caso fortuito, la Sala considera pertinente recordar la definición legal de estas figuras: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público.” (...) En punto de esta causal de eximente de responsabilidad, la doctrina se ha

pronunciado bajo los siguientes lineamientos: "El caso fortuito y la fuerza mayor es la ocurrencia de un hecho imprevisible o inevitable al hombre y que determina la realización de un acto típico y antijurídico; nos referimos en este capítulo a las hipótesis en que la fuerza o el caso permiten al individuo actuar, esto es optar por un comportamiento pero limitando al extremo la libre auto-determinación, pues los eventos en que el caso o la fuerza irresistible excluyen el acto pertenecen al estudio de la atipicidad por falta de conducta. Se trata de una circunstancia reductora de autodeterminación que por lo imprevisible o inevitable escapa al control de la voluntad, de tal suerte que el hombre no ha tenido el dominio de la situación y en tal virtud no es posible atribuirlo como propio de la persona (...) El caso fortuito como hecho imprevisible o inevitable puede ocasionar tanto exclusión del acto (en este caso será causal de atipicidad), como exclusión de culpabilidad y en este último caso, cuando pese al fenómeno imprevisible el individuo pudo realizar acción injusta. El motivo de exculpación se presenta cuando el caso fortuito se suma o incide en el proceso de acción del individuo que lo lleva a producir el resultado típico en condiciones de reducción drástica de una motivación conforme a las propias decisiones; si la fuerza permite la opción de elegir entre una u otra vía hay acto pero no culpable, pero si el hecho es parte del curso causal en que interviene el hombre, pero de tal suerte que la fuerza imprevista sobredetermina fatalmente el resultado hay ausencia de voluntad y por lo mismo atipicidad. (...) El caso fortuito o fuerza mayor que interesa en la culpabilidad es aquel que determina un comportamiento o actitud en la persona, que se adecua a un tipo penal y que está por fuera de su posibilidad controlar u orientar. Con razón ha dicho Carrara, que "la expresión caso fortuito puede tener un significado absoluto o subjetivo, así como un significado relativo u objetivo. Se tiene el primero cuando el caso fortuito se contempla en sí mismo, independiente de cualquier concurso del hombre; se tiene el segundo cuando el caso fortuito se mira en sus relaciones con un acto libre del hombre, y este ha coadyuvado en las manifestaciones de aquél, de modo que para producir el efecto especial que se examina, el hombre ha participado en tal forma, que sin esa participación el sólo caso no habría podido producir dicho efecto". (...) Cuando el caso fortuito es un verdadero evento o imprevisto que obra incidiendo sobre la conducta sin que nada pueda el sujeto, se trata de una ausencia de subjetividad, y por lo mismo el hecho no es imputable. Cuando la fuerza da lugar a opción, pero reduciendo el ámbito de las posibles conductas, no se está ante una motivación anormal y reducida pero no ante una situación justificada; un acto realizado bajo el imperio de la fuerza determinante, es un acto no libre pero injusto, pues ante la necesidad, la fuerza, la amenaza, la norma prohibitiva no deja de regir y por lo mismo subsiste la injusticia, pero no la exigibilidad. La no-punición de actos realizados bajo fuerza mayor no obedece a que el hecho tenga un valor positivo frente a las normas de convivencias, o a que exista un derecho, sino simplemente a que en tales condiciones es inexigible la acción ajustada a Derecho, por lo cual se excusa la pena. (...) Desde luego que lo fortuito como lo imprevisible y la fuerza mayor como lo incontrolable, son posibles por nuestras limitaciones humanas; imprevisibles respecto de las condiciones mentales tanto generales

como particulares del hombre, e inevitable lo que supera nuestras fuerzas o posibilidades humanas. Lo cierto es que en ambas situaciones ello tiene importancia para la culpabilidad si el hombre ha actuado o se le ha impedido obrar – en el caso de la omisión–. Es unánime la teoría jurídica en afirmar que lo que hace inculpable el caso fortuito – en caso de que el hombre obre– es el carácter imprevisto o inevitable de las consecuencias, o lo imprevisible del vínculo de causalidad. (...) Podemos afirmar por el contrario, que no hay caso fortuito cuando el resultado es provocado por dolo o culpa "del autor, pues el caso fortuito es por exclusión un resultado que no es imputable ni a título de dolo o culpa, elementos subjetivos sin los cuales no es posible atribuírsele el cargo. Y en este aspecto cabe reconocer que aunque el dolo y la culpa en sí mismos no son formas de culpabilidad, sin embargo lo subjetivo de la acción es el objeto mismo del juicio de exigibilidad. (...) El caso fortuito se caracteriza por la imprevisibilidad de un suceso cuya dinámica, fuerza o significado lleva al hombre a obrar en determinado sentido, y en cierta medida hay una ignorancia sobre la ocurrencia de un hecho; en el error se trata de un desconocimiento de la característica antijurídica de un hecho; no es que este sea imprevisible (en el caso de error), sino que el autor no estaba en condiciones de conocer la ilicitud de su hecho. El caso fortuito puede llevar en ciertos casos a una ruptura de la previsión del nexo causal; en el error se trata de una ignorancia sobre una cualidad de la acción"[10]. (TSM. RAD. 158216-XV-242 PONAL. M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar, dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La fuerza mayor como causal de ausencia de responsabilidad.**

"En el caso bajo estudio, solamente nos interesa la fuerza irresistible que corresponde a la fuerza mayor prevista como causal de ausencia de responsabilidad, generada por un suceso extraño a la voluntad del individuo, bien por efectos de la naturaleza, como un terremoto, un vendaval, un naufragio sólo por citar los ejemplos que trae la definición legal (Ley 95 de 1890, artículo 1º, norma que aún se halla vigente)[11], o por actos de otra persona, como los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc., conforme a la misma preceptiva, sucesos que en cuanto irresistibles, en el plano puramente naturalístico tienen la virtualidad de anular el control de la voluntad de una persona, por lo cual se constituye en ausencia de acción[12], circunstancia que necesariamente rompe la relación - o vínculo - causal entre la acción y el resultado". (TSM. RAD. 158430-301-XV-171, M. P. José Liborio Morales Chinome, abril veintiocho (28) de dos mil diecisiete (2017)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **El delito imprudente y el caso fortuito.**

"Ahora bien, esta Sala de Decisión entrará a analizar de manera puntual la figura del caso fortuito como causa que interrumpe la acción en el tipo imprudente, específicamente en el peculado culposo de que se trata la sentencia

consultada. En primer término, se parte del análisis sobre la existencia de un nexo causal entre aquella conducta infractora al deber de cuidado y el resultado dañoso, precisando que el fundamento del reproche jurídico en la culpa, es la omisión del deber de cuidado por parte del sujeto agente, y que tal omisión en el deber de cuidado es la que deberá generar la pérdida del objeto material, que en el caso subjuice tal nexo causal se concretaría en la pérdida del revólver Smith & Wesson. Es decir, se debe analizar si el procesado creó un riesgo jurídicamente desaprobado en cuanto a la tenencia del revólver, y consecuente con ello si tal riesgo se concretó en el resultado... (...) Sin embargo, esta valoración de si existen conductas descuidadas, despreocupadas, desatentas o faltas de diligencia sobre la tenencia del revólver de dotación por parte del AG. M.B., resultarán innecesarias, toda vez que el accidente de tránsito ocurrido momentos antes a la verificación de la pérdida del arma, se califica como un evento de caso fortuito que rompe el nexo causal entre la conducta imprudente y el resultado". (TSM. RAD 159999, M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas Vargas. 25 de marzo de 2010.

[1] García Valencia Jesús, *Las causales de inculpabilidad*, Edit. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Pág. 61.

[2] Código Penal Militar, Editorial Leyer, 2010, Art. 35, comentario.

[3] García Valencia Jesús, *Las causales de inculpabilidad*, Edit. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Pág. 68.

[4] S. SOLER. *Derecho Penal. Volumen I*, Pág. 253.

[5] Fernández Carrasquilla Juan. "Derecho Penal Fundamental". *Teoría General del Delito y Punibilidad. Volumen II*. Editorial Temis, 1995. Pág. 191.

[6] Honorable Tribunal Superior Militar. Radicado N.º. 154572. Sentencia del 7 de febrero 7 de 2008. M. P. CT. (Rva) Gustavo Piraban Cuesto.

[7] Corte Suprema de Justicia, Radicado N.º 8023 del 06 de agosto de 2003.

[8] Gómez, Op. Cit., p. 1119.

[9] Ley 95 de 1890, artículo 1.

[10] *Teoría del Delito*, Jesús Orlando Gómez López, pgs. 1105 y ss.

[11] Ley 95 de 1890, artículo 1: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público."

[12] Suárez Sánchez, Alberto, *Aspecto Negativo de la Tipicidad*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Universidad Externado de Colombia, Págs. 258 y ss: "La fuerza mayor. Que es la misma fuerza irresistible, anula el control por la voluntad de los movimientos y ante la misma el sujeto no puede oponerse; por tal razón se constituye en se constituye en una causa de acción.

(...)

La fuerza debe ser irresistible, porque debe anular por completo la posibilidad de disponer de la voluntad y de la capacidad de resistencia

del sujeto, de modo que exige la vis absoluta, sin que comprenda la vis compulsiva (en la cual se ejercer fuerza para amenazar y compeler al coaccionado a actuar o quedar en posición omisiva.

El origen de la fuerza mayor puede ser: a. Natural, como un terremoto que hace atropellar por un carro a un peatón, o un vendaval que hace caer a una persona sobre otra a quien lesiona, o sobre un objeto que daña; b. Proveniente de acometida o golpes de animales, como cuando la persona perseguida por un perro furioso que trata de morderle se introduce en habitación ajena; c. Causada por movimientos involuntarios de otra persona que a su turno puede forzar movimientos de un tercero ... d. Proveniente de fuerza de una persona que actúa dolosamente".

2. SE ACTÚE CON EL CONSENTIMIENTO VÁLIDAMENTE EMITIDO POR PARTE DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO, EN LOS CASOS EN QUE SE PUEDE DISPONER DEL MISMO

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL
SALVAMENTO VOTO – DERECHO A MORIR
DIGNAMENTE LA VIDA NO ES SUSCEPTIBLE DE DISPOSICIÓN.

"(...) Ahora bien, si dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad, la doctrina reconoce el "consentimiento del sujeto pasivo" como causal extrapenal de justificación, también es cierto que para que pueda aceptarse como tal es necesario que se cumplan ciertos requisitos, entre otros, que se trate de un derecho susceptible de disposición (Alfonso Reyes Echandía, *Derecho Penal General, Undécima Edición*), es decir, que no represente inmediata utilidad social y sobre los cuales el Estado permita el libre goce para el beneficio exclusivo del particular. Entre ellos podemos mencionar a manera de ejemplo, los derechos patrimoniales y la libertad sexual. El derecho a la vida, como se ha manifestado a lo largo de este salvamento y como se deduce de las normas constitucionales y legales que lo consagran, no es un derecho de libre disposición personal. Por ello, frente al homicidio por piedad, el consentimiento que sobre él pueda dar el derecho habiente – enfermo grave e incurable–, resulta ineficaz para generar una causal excluyente de antijurídica a favor de quien realiza la conducta punible. (...)". (Corte Constitucional Sentencia C-239/97, (20) de mayo de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Salvamento de Voto Magistrado Vladimiro Naranjo).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL
– SALVAMENTO DE VOTO – CREACIÓN – CAUSALES – JUSTIFICACIÓN:

"(...) El fallo excede en forma ostensible, extralimitando el control constitucional que tiene la Corte en el examen y decisión acerca de la exequibilidad de la norma demandada, al crear sin competencia constitucional alguna, causales de justificación de un hecho punible, como lo es el de exonerar penalmente, tanto en la parte motiva como en la resolutive, a quien mata a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad

grave o incurable, cuando medie “la voluntad libre del sujeto pasivo del acto”, en el caso de los enfermos terminales. Ello es propio de la función legislativa, de manera que la Corte debió limitarse simplemente a analizar si la norma se encontraba ajustada a la Constitución para los efectos de decidir sobre su exequibilidad o inexecuibilidad, sin que le fuese dado, so pretexto de dicho estudio, eximir de responsabilidad penal alguna al médico autor del homicidio que pone fin a una vida digna, por el hecho de que la persona, sujeto pasivo del acto, ha prestado su consentimiento para que se le ponga fin a su vida en el caso de un enfermo terminal, con lo cual no solamente se asumió la función del Congreso de la República a quien corresponde crear las causales eximentes de responsabilidad penal, sino que además fue más allá que el mismo constituyente quien consagró el derecho a la vida como “inviolable” aún con la voluntad de su dueño”. (**Corte Const. Salvamento de voto, Sent C- 239/97, Magistrado Carlos Gaviria Díaz**).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- CASACIÓN PENAL. **El consentimiento emitido por parte del titular del bien jurídico como causal generadora de ausencia de responsabilidad sólo aplica en aquellos casos donde se pueda disponer del mismo, con anterioridad o coetáneamente al hecho, por persona capaz de comprender la situación que consiente.**

“Pero además, aunque no existe en relación con el delito de secuestro un límite de edad a partir del cual y como elemento típico pueda entenderse válido el consentimiento de la ofendida, como sí por ejemplo en algunos delitos sexuales donde la aquiescencia de la supuesta víctima excluye de punibilidad al hecho si esta es mayor de 14 años y donde la anuencia de la ofendida carece de relevancia alguna si su edad es inferior a ese tope, sí es claro que frente a los requerimientos doctrinarios el consentimiento de la víctima como causal excluyente de responsabilidad en este y en todos los punibles (ahora sí prevista en el artículo 32 de la Ley 600 de 2.000, según el cual “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando...se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se pueda disponer del mismo”), debe existir verbalmente o por escrito, tácita o expresamente, emitirse sobre un derecho susceptible de disposición con anterioridad o coetáneamente al hecho, por persona capaz de comprender la situación que consiente, vale decir que entienda la trascendencia y el sentido de su decisión frente al bien jurídico protegido y sin que medie error, amenazas, presión o violencia, elementos los cuales por lo ya considerado no se configuran en la hipótesis planteada pues, por lo primero, es indudable que el consentimiento no existió de ninguna manera, ni verbal, ni escrito, ni expreso, ni tácito; en segundo lugar, aunque en principio pueda decirse en términos generales que se trata de un bien jurídico susceptible de disposición por el individuo, tal disponibilidad es relativa en tratándose de menores de edad y más aún en aquellos de una edad inferior a 14 años, como que aún para efectos matrimoniales la minoría de 14 años tanto en hombre como mujer constituye causal de nulidad en términos del artículo 140 del Código Civil y la sentencia de constitucionalidad C-507 de 2.004; en tercer lugar es indudable que

L.M., niña de 11 años, no entendía la trascendencia de una supuesta decisión de irse a convivir con un adulto, adviértase no más el juicio del psicólogo forense frente a ese respecto para entender cuán traumático le resultó la vivencia y finalmente es incuestionable, según las pruebas ya reseñadas, que la menor se fue con el acusado por el temor que le tenía derivado de la violencia a que la sometía, así como de las amenazas y presión que sobre ella ejercía. Relieva lo anterior entonces que si bien la anuencia de la supuesta víctima excluye la tipificación de punible contra la libertad individual y consecuentemente exime de responsabilidad al autor del supuesto atentado, aquella debe reunir la serie de condiciones antes reseñadas, esto es: que medie la aquiescencia; se produzca sobre un bien jurídico susceptible de disposición; que quien la da comprenda la situación que consiente; se genere antes o de modo simultáneo al hecho asentido y que no haya error, fuerza o violencia para que así pueda tenerse jurídicamente válida y constitutiva de la eximente ahora prevista en el artículo 32.2 de la Ley 599 de 2.000”. (**CSJ, Cas. Penal, Sent. Jun.20/2007, Rad. 23931. M. P. Alfredo Gómez Quintero**).

3. SE OBRE EN ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL – CUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL:”

(...) Como quiera que la realización de dichas funciones se impone con la fuerza superior de un deber jurídico, en estricto rigor, la causal analizada, si tiene algún sentido válido y rescatable, quedaría comprendida en la primera causal que reza: “El hecho se justifica cuando se comete: (1) En estricto cumplimiento de un deber legal”. En realidad, el legítimo ejercicio de un cargo no puede ser distinto del “estricto cumplimiento de un deber legal”. Si a lo anterior se agrega que el legítimo ejercicio de un cargo no entraña ningún asomo de antijuridicidad –y, por lo tanto, no ha menester de justificación, en cuanto que no es acto típico–, se sigue que, si en un determinado caso ello da lugar a un debate penal, el asunto deberá resolverse necesariamente a la luz de la causal primera. Dejando de lado lo que en el fondo puede ser un error conceptual, la interpretación que consulta el espíritu de la norma, con el propósito de hacerla operativa en algún sentido plausible, la ubica en el espacio propio de la primera causal. (...). (**Corte Constitucional Sentencia C 358/97, agosto 5 de 1997, M. P. Eduardo Muñoz Cifuentes Muñoz**).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. **Actuar en estricto cumplimiento de un deber legal como causal generadora de ausencia de responsabilidad se configura cuando se despliegan ciertas conductas descritas objetivamente en un tipo penal pero que están autorizadas o permitidas en el ordenamiento jurídico.**

“Actuar en estricto cumplimiento de un deber legal. Este motivo de ausencia de responsabilidad, consagrado en el numeral 3 del artículo 32 del Código Penal, se configura cuando se despliegan

ciertas conductas descritas objetivamente en un tipopenal pero que están autorizadas o permitidas en el ordenamiento jurídico, verbi gratia, cuando un agente de policía penetra en un domicilio en el cual se está cometiendo una conducta punible, cuando se ordena la interceptación de la correspondencia o las comunicaciones del indiciado, obviamente con el lleno de los requisitos y controles legales, entre otros eventos. A la luz de la dogmática clásica¹¹⁵, se trata de una causal de justificación de la conducta en tanto el comportamiento encaja en el tipo objetivo, pero carece de antijuridicidad por estar permitido o autorizado en la ley. Sin embargo, aunque el representante del ente acusador invoca como fundamento de su solicitud de preclusión de la investigación el "estricto cumplimiento de un deber legal", su argumentación en realidad corresponde a causal diferente, específicamente a la denominada atipicidad de la conducta. Ante esta contradicción, la Sala opta por resolver la solicitud conforme a la sustentación otorgada, a efectos de hacer efectivo el derecho sustancial de las partes e intervinientes a obtener decisión en torno a la controversia planteada, circunstancia que, en este particular evento, no comporta pronunciarse respecto de causal diversa a la esbozada, por cuanto el ente acusador materialmente ajustó sus razones a la causal de atipicidad, sólo que por una imprecisión conceptual erró al mencionar el motivo por el cual impetraba la preclusión. Entonces, se hace necesario atender la argumentación del peticionario para evitar el desgaste judicial que comportaría retornar el expediente sin decidir el recurso, exclusivamente por motivos de forma, cuando resulta evidente que lo razonado por el Fiscal se circunscribe a señalar que el indiciado no profirió decisión manifiestamente contraria a la ley, tópico sobre el cual se pronunció el juzgador de primera instancia. Téngase en cuenta que el prevaricato se tipifica cuando, i) se emite decisión -resolución, dictamen o concepto-, ii) "manifiestamente contrario a la ley", siendo este último un elemento normativo que impone demostrar el alejamiento de la determinación censurada de las prescripciones legales, lo cual comporta efectuar un examen valorativo acerca del contenido y alcances de la acción. En cambio, la causal de ausencia de responsabilidad "estricto cumplimiento de un deber legal" parte del supuesto de que todos los elementos del tipo se han configurado, es decir, se ha verificado la realización del tipo objetivo, sólo que la conducta se encuentra justificada por autorización o mandato legal, situación que no corresponde a los argumentos otorgados por el ente acusador al sustentar la petición de preclusión de investigación". **(CSJ, Cas. Penal,**

Sent. Febr. 22/2012, Rad. 37185. M. P. María del Rosario González Muñoz).

DEBER LEGAL - USO DE LA FUERZA - DECRETO PRESIDENCIAL N.º 003 DE 2021, POR EL CUAL SE EXPIDE EL PROTOCOLO DE ACCIONES PREVENTIVAS, CONCOMITANTES Y POSTERIORES, EL CUAL SE TITULA "ESTATUTO DE REACCIÓN, USO Y VERIFICACIÓN DE LA FUERZA LEGÍTIMA DEL ESTADO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA PACÍFICA".

Artículo 3º. Principios de la actuación de las autoridades de Policía en manifestaciones públicas. Las actuaciones de las autoridades de Policía en los términos del artículo 198 de la Ley 1801 de 2016 o la norma que la modifique, sustituya o adicione, deberán soportarse en los siguientes principios: (...) g. Proporcionalidad. La aplicación de los medios de Policía por parte de las autoridades de Policía en manifestaciones públicas se sujetará a la intensidad y peligrosidad de la amenaza; la forma de proceder del individuo, las condiciones del entorno y los medios de los que disponga el funcionario para abordar una situación específica. En todo caso el medio elegido por parte de la autoridad de Policía para su aplicación debe ser el que menos lesione e interfiera en la efectividad de los derechos fundamentales de todas las personas. (...)

h. Finalidad legítima en el uso de la fuerza. La actuación de la Policía Nacional estará dirigida a la protección y garantía de derechos de los ciudadanos, tanto de quienes participan en las manifestaciones como de quienes no lo hacen. Su actuación está supeditada al marco constitucional, legal y reglamentario. En escenarios de perturbación de orden público, dichas actuaciones estarán dirigidas a la contención o al restablecimiento de dicho orden.

Artículo 4º. Definiciones. Para efectos del presente decreto se adoptarán las siguientes definiciones: (...)

b. Uso de la fuerza. Es el medio material, necesario, proporcional y racional, empleado por el personal uniformado de la Policía Nacional, como último recurso físico para proteger la vida e integridad física de las personas, incluida la de ellos mismos, sin mandamiento previo y escrito, para prevenir, impedir o superar la amenaza o perturbación de la convivencia y la seguridad pública, de conformidad con la ley, en los términos del artículo 166 de la Ley 1801 de 2016. c. Uso diferenciado de la fuerza. Se presenta de acuerdo a los niveles de resistencia que puede ejercer la persona intervenida en un procedimiento, el uso diferenciado de la fuerza debe ser entendido de forma dinámica, pudiendo escalar o desescalar de acuerdo al nivel de resistencia. Su aplicación gradual se hará con base en los principios de legalidad, necesidad, racionalidad y proporcionalidad, de conformidad con lo previsto en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. (...)

Artículo 29. Aviso del uso de la fuerza. Las autoridades de Gobierno y de Policía deberán dar aviso previo del uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional frente a actos de violencia, a

115 Son del criterio de ubicar "el estricto cumplimiento de un deber legal" como causal de justificación, entre otros: Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993; Gunter Jakobs, Derecho Penal, Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1995. Con todo, un sector doctrinario considera que se trata de una causal de atipicidad, porque cuando se realiza un tipo objetivo y a la vez se cumple con un deber legal se actúa dentro de ámbito de normalidad institucional. Así, ejemplo, Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2000, citado por Carlos Arturo Gómez Pavajeau en Estudios Dogmáticos en el Nuevo Código Penal, Segunda Parte, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.

las personas que están presentes en los lugares de las manifestaciones públicas, excepto en caso de inminente infracción penal o policiva, donde el policial debe actuar con base en el mandato constitucional, legal o reglamentario.

Artículo 30. Intervenciones diferenciales de la Policía Nacional. En virtud del principio de diferenciación, la Policía Nacional focalizará el uso de la fuerza sobre los actos de violencia que surjan de manera concomitante a la realización de las manifestaciones públicas, absteniéndose de ordenar y ejecutar acciones que impliquen el uso generalizado de la fuerza sobre la totalidad de las personas que asisten a las mismas.

Artículo 31. Agotamiento del diálogo y uso de la fuerza. Se entenderá agotada la etapa de diálogo cuando, pese a los constantes esfuerzos de quienes organizan la protesta, las Comisiones de Verificación y los equipos de diálogo no se hayan superado las dificultades y se presenten actos de violencia.

Artículo 32. Uso de la fuerza. Es el medio material, necesario, proporcional y racional, empleado por el personal uniformado de la Policía Nacional, como último recurso físico para proteger la vida e integridad física de las personas, incluida la de ellos mismos, sin mandamiento previo y escrito, para prevenir, impedir o superar la amenaza o perturbación de la convivencia y la seguridad pública. El integrante de la Policía Nacional, deberá evitar al máximo el uso de la fuerza y de no ser esto posible, limitarla al mínimo necesario, de conformidad con lo establecido en los artículos 10 numeral 11, y 166 de la Ley 1801 de 2016. El personal de la Policía Nacional, sólo podrá hacer uso de las armas, dispositivos y elementos menos letales, entregados como dotación por parte de la Institución.

Parágrafo 1º. La aplicación del uso de la fuerza será diferencial, siendo dirigida a la identificación y neutralización de la fuente de daños graves, ciertos y verificables que alteren el orden público y la convivencia poniendo en riesgo la vida, la integridad de las personas y los bienes.

Parágrafo 2º. El uso de la fuerza estará enmarcado bajo los principios de necesidad, legalidad, proporcionalidad y diferenciación.

Parágrafo 3º. El uso de la fuerza, deberá estar precedido de una orden del comandante del dispositivo policial, excepto en aquellos casos de inminente infracción penal o policiva donde el policial debe actuar con base en el mandato constitucional, legal o reglamentario. (...).

Artículo 35. Prohibición de armas de fuego. El personal uniformado de la Policía Nacional, que intervenga en manifestaciones públicas y pacíficas, no podrá hacer uso de armas de fuego en la prestación del citado servicio.

Artículo 36. Intervención de las Fuerzas Militares en el marco de las manifestaciones públicas. Las Fuerzas Militares no intervendrán en operativos de control y contención en el marco de las manifestaciones públicas, salvo cuando se disponga la asistencia militar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 de la Ley 1801 de 2016.

REGLAS DE ENFRENTAMIENTO RELATIVAS AL USO DE LA FUERZA. Disposición N.º 00002 de 2019 Ejército Nacional “por medio de la cual se diseñan e implementan las reglas de enfrentamiento relativas al uso de la fuerza en operaciones militares que desarrolla el Ejército Nacional en el marco de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario”.

Se tendrán como Reglas de Enfrentamiento relativas al uso de la fuerza en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las siguientes: Proceder, cuando las circunstancias lo permitan, a identificarse como miembros del Ejército Nacional y a dar una clara advertencia de su intención de hacer uso de la fuerza, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los miembros del Ejército Nacional, se crea un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso. Utilizar la fuerza, teniendo en cuenta los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad de acuerdo al nivel de la amenaza recibida, y como última opción el uso de las armas letales. Efectuar disparos de advertencia como medio disuasivo, está prohibido. Utilizar la fuerza en contra de una amenaza de manera moderada y proporcional a la misma, pero evitando en lo posible disparar las armas de fuego. Usar la fuerza en forma excepcional para proteger, mantener y restablecer el orden público. Si las circunstancias lo permiten y en lo posible agote las vías del diálogo como medida preventiva para evitar una confrontación. Usar las armas de fuego contra personas o vehículos que se dan a la fuga está prohibido, salvo si representan una seria amenaza para la vida propia o de un tercero y, sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. Usar las armas de fuego en contra de personas está prohibido, salvo en defensa propia o de terceros, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, y sólo de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida. **Valoración para el uso diferenciado y proporcional de la fuerza:** El personal militar en desarrollo de operaciones militares encontrarán como reacción una serie de conductas clasificadas en niveles de resistencia, que van desde el riesgo latente hasta la agresión letal, ante lo cual los miembros del Ejército Nacional deberán hacer uso diferenciado de la fuerza, como una respuesta razonable de acuerdo a la situación de riesgo/seguridad, la conducta del ciudadano y el equipamiento disponible. **Niveles de resistencia:** Las conductas y comportamientos asumidos por los ciudadanos que determinan el uso diferenciado y proporcionado de la fuerza son: **Resistencia Pasiva. Riesgo latente:** Es la amenaza permanente no visible presente en todo procedimiento militar. **No cooperador:** Persona que no acata las indicaciones. No reacciona ni agrede. **Resistencia Activa** Resistencia física: Persona que se opone a su reducción, inmovilización y/o conducción, llegando a un nivel de desafío físico con el personal militar. **Agresión no letal:** Agresión física al personal militar o personas involucradas en el procedimiento, pudiendo utilizar objetos que atentan contra la integridad física. **Agresión letal:** Acción que

pone en peligro inminente de muerte o lesiones graves al personal militar o a terceras personas involucradas en el procedimiento. **Respuesta razonable del Uso de la Fuerza:** Corresponde al uso gradual de diferentes medidas preventivas y reactivas para contrarrestar los niveles de resistencia mencionados en el artículo anterior, cuya utilización será proporcional a la situación que se enfrente, así: **Uso de la fuerza preventiva:** Considerada como todas aquellas acciones y medidas de disuasión y persuasión encaminadas a conminar al trasgresor de la ley a que desista de su conducta. Se aplica principalmente como respuesta ante situaciones de resistencia pasiva e incluye: **Presencia Militar:** Demostración de autoridad en la que el personal militar está dotado, equipado, en actitud diligente y alerta. Esta puede estar acompañada de la participación de funcionarios de otras entidades del Estado. **Contacto visual:** Es el dominio visual sobre la persona o elemento, que puede ser utilizada ante la no observancia o renuencia a acatar una orden o para contener la realización de una conducta delictiva. **Verbalización:** Es el uso de la comunicación oral con la energía necesaria y el empleo de los términos adecuados que sean fácilmente entendidos y comprendidos por las demás personas. Las variaciones en el tono de voz dependen de la actitud de la persona intervenida. En situaciones de riesgo es necesario el uso de frases cortas y enérgicas. La verbalización debe ser utilizada en todos los niveles del uso de la

fuerza, así como para el cooperador (Persona que acata todas las indicaciones de los miembros del Ejército Nacional). **Uso de la fuerza reactiva:** Es la empleada cuando el funcionario se encuentra ante situaciones de resistencia activa pese a haber adoptado los mecanismos de disuasión y persuasión, la cual está encaminada a causar el menor daño posible ante el grado de fuerza o violencia empleada por el agresor. Comprende: **Fuerza Física:** Corresponde al empleo de: Acciones que permitan controlar, reducir e inmovilizar a la persona que representa una amenaza inminente. Medios empleados para contrarrestar y/o superar el nivel de resistencia, cuyo uso debe lograr que el agresor desista de su conducta. **Armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales:** Son todos aquellos medios y elementos, que permitan hacer uso diferenciado de la fuerza, reduciendo las posibilidades de muerte de las personas sometidas a un nivel de fuerza. **Utilización de armas de fuego:** Consiste en la utilización de elementos potencialmente letales en aquellos casos en que la agresión configure un peligro para la vida e integridad física del servidor público de su Unidad o la de un tercero. **Parágrafo:** La fuerza debe ser empleada de manera proporcional de acuerdo a los niveles de resistencia o amenaza que se presenten, sin que sea obligatorio agotar todos los tipos de fuerza preventiva o reactiva para llegar a la utilización de las armas de fuego.

COMENTARIO

El estricto cumplimiento de un deber legal es una "autorización" con el cual se entiende que la conducta que fue tipificada como delito se ajusta a derecho. Para que dicha actuación sea ajustada a derecho ha comentado la Corte que se requiere:

- La existencia de un deber legal.
- El deber debe nacer de la ley.
- El agente debe cumplir con su deber actuando bajo los límites establecidos.
- Existencia de una necesidad jurídica de obrar.

4. SE OBRE EN CUMPLIMIENTO DE ORDEN LEGÍTIMA DE AUTORIDAD COMPETENTE EMITIDA CON LAS FORMALIDADES LEGALES. ESTA CAUSAL NO SE APLICA A LOS DELITOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 3° DE ESTE CÓDIGO

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL
– CUMPLIMIENTO DE ORDEN LEGÍTIMA DE
AUTORIDAD COMPETENTE EMITIDA CON LAS
FORMALIDADES LEGALES.

"(...) La Corte se refiere al límite que en el ámbito constitucional tiene la ejecución de órdenes militares ilegítimas. Se parte de la premisa de que la exigencia de responsabilidad, contemplada en el segundo inciso del artículo 91 de la CP., supone que la orden del superior sea legítima. Si por "orden legítima" se entiende la que se ajusta a derecho, tanto su emisión como su ejecución, corresponderían al ejercicio de un deber constitucional y legal y no podría darse el caso de "infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona" (CP., Art. 91) (...). La doctrina de la Corte Constitucional, desde un principio, ha considerado indispensable que dentro de las Fuerzas Militares reine un criterio de estricta

jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. Con apoyo en la libertad de conciencia del subalterno (CP., Art. 18), sostuvo la Corte lo siguiente: "Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución. No podría interpretarse de otra manera el concepto de orden justo, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno" (...). (Corte Constitucional C-578/95, Dic 4 /1995 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. La obediencia
debida no se predica frente a la orden de

cometer conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, y órdenes manifiestamente ilegales. Los requisitos de exoneración de responsabilidad por cumplimiento de orden legítima de autoridad competente coinciden con los signados en el artículo 33 del Estatuto de Roma.

“Las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y por ello no pueden guardar ninguna conexidad con la función de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. Sobre este último aspecto, cabe destacar que el artículo 33 del Estatuto Penal de Roma señala: “Artículo 33 Órdenes superiores y disposiciones legales: 1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) no supiera que la orden era ilícita; y c) la orden no fuera manifiestamente ilícita. 2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”. Se trata entonces de la eximente de responsabilidad por obediencia debida, que excluye las órdenes manifiestamente ilegales, entre las cuales, por expresa consagración del Estatuto, se entienden las que van dirigidas a cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad. A su vez, el artículo 91 de la Constitución Política establece que: “Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. “Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”. Sobre este precepto, la Corte Constitucional¹¹⁶ ha interpretado que la eximente de responsabilidad penal no opera cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, tal como se deduce del siguiente texto: “El inciso segundo del artículo 91 de la CP., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquella se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización”¹¹⁷. En la misma sentencia, la Corte Constitucional señaló los requisitos que

han de cumplirse para que opere la exoneración penal por obediencia debida o cumplimiento de un deber, los cuales coinciden, en términos generales, con los referidos en el artículo 33 del Estatuto de Roma. Tales requisitos son: “La exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, esta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor. En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales”¹¹⁸. De esa manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la incompatibilidad de una obediencia militar ciega y absoluta con los principios constitucionales de la justicia. Además, como se recordó en el antecedente de que se trata, la obediencia debida absoluta y la exoneración incondicional de responsabilidad del militar subalterno, ha sido considerada como contraria al derecho internacional humanitario, y específicamente se ha prohibido en varios instrumentos internacionales, así por ejemplo, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986, dispone en su artículo 2° numeral 3, que: “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura” Por su parte, los protocolos I y II, adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, tampoco contemplan a favor de los militares que violen sus normas, la eximente de responsabilidad de la obediencia debida, pues en ambos se dispone que “nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual”¹¹⁹. (CSJ, Cas. Penal, Sent. Mayo. 6/2009, Rad. 26137. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. **La Orden del superior debe ser legítima y legal como causal de justificación, la obediencia ciega no justifica la conducta.**

“La orden debe ser legítima; que aun cuando se emita con las formalidades legales, si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar un hecho, pese a que se invoque el principio constitucional de que trata el artículo 91, pues de él no se desprende un obedecimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y

116 Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995.

117 Ibidem.

118 Ibidem.

119 Protocolo I, Art. 75-4-b y Protocolo II, Art. 6°-b.

coherentes que demandan un Estado de derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodeen el hecho al momento de su ejecución”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. jun. 13/95, Rad. 9785. M. P. Carlos E. Mejía Escobar).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Requisito de la orden legítima.**

“Véase que si bien doctrinalmente se ha aceptado que cuando nos encontramos ante la realización de un tipo objetivo positivo y a la vez cumplimos con una orden legítima de autoridad competente, estamos actuando dentro de un ámbito de normalidad social e institucional y, por lo tanto, resultaría viable la exclusión de la responsabilidad penal por cuanto el cumplimiento de los deberes públicos y sociales tanto de los servidores públicos como de los particulares aparece como un mandato constitucional de obligatorio acatamiento según los artículos 2º y 4º inciso 2º, 6º y 95 de la Carta Política[1], también es cierto que para estructurar el cumplimiento de la orden legítima como causal excluyente de responsabilidad de un comportamiento punible se hace necesario como mínimo llenar las siguientes exigencias: 1. Existencia de una relación de subordinación entre el que obedece y el superior jerárquico gobernada por los cánones propios del derecho público, lo cual es producto del principio de jerarquía que preside toda la organización de la administración pública. 2. Debe existir una orden. Por “orden” en un sentido técnico, no en la acepción común del vocablo, debe entenderse un mandato dirigido por el superior a su subordinado jerárquico encaminado a obtener de este un determinado comportamiento, de conformidad con la investidura legal correspondiente (...). 3. La orden debe ser legítima, esto es, ha de tener un contenido lícito y no implicar la realización de un hecho punible; debe, pues, en otras palabras, ser conforme a derecho. (...) de manera perentoria el Art. 91-1 de la Const. Pol. Establece, tácitamente, que sólo la orden legítima justifica el actuar del agente. En efecto según la citada disposición, no puede invocar “eximente de responsabilidad” quien actúa en cumplimiento de una orden que suponga “infracción manifiesta” de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona. 4. La autoridad jerárquica debe ser competente para ordenar, ha de tratarse de un funcionario

o empleado oficial investido de la facultad de emitir mandatos con eficacia obligatoria, como producto de la relación entre superior y subalterno y con ocasión de la prestación de un servicio público. 5. La orden debe ser emitida con las formalidades legales, esta exigencia significa que el mandato debe ser ordenado respetando el rito previsto por la ley para cada caso en particular. 6. Finalmente, aparece el requisito subjetivo: el subordinado o el particular debe actuar con la finalidad de cumplir el mandato recibido”[2]. (Resaltado de la Sala) (...) De antaño ha sido interpretado por la Corte Constitucional que no resulta operante el cumplimiento de una orden de autoridad competente como eximente de penalidad, cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, tal como se deduce del siguiente texto: “El inciso segundo del artículo 91 de la CP., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa.”[3]. Es claro entonces que, de acuerdo con el artículo 91 Constitucional, sólo se exime de responsabilidad a los militares en servicio activo “cuando se trata del cumplimiento de órdenes impartidas legítimamente y que no sean constitutivas de una conducta punible”[4]. (TSM. RAD. 157894. M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez. Trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)).

[1] Véase, Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Estudios de dogmática en el nuevo código penal- Sistemática de las Causales de Exclusión de la Responsabilidad y de las que Afectan la Punibilidad, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, 2ª. ed. Bogotá D. C.

[2] Véase, Velásquez Velázquez, Fernando. Derecho Penal-Parte General, Ediciones Jurídicas TEMIS, 1995, 2ª. Ed. Bogotá D. C.

[3] Corte Constitucional C-578 de 1995.

[4] Radicado 37638 del 23 de noviembre de 2017. M. P. Dr. Fernando León Bolaños Palacios, Corte Suprema de Justicia.

COMENTARIO

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar la ausencia de obediencia ciega en el régimen militar. En ese sentido, el subordinado debe hacer un análisis de la licitud de la orden emitida por su superior, en cuyo caso, de advertir que la orden es abiertamente contraria a la misión constitucional y a los principios previstos en las normas de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, está en la obligación de no acatarla.

5. SE OBRE EN LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO, DE UNA ACTIVIDAD LÍCITA O DE UN CARGO PÚBLICO.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL – CUMPLIMIENTO DEBER LEGAL – EJERCICIO CARGO PÚBLICO:

“(…) La Corte entiende por ejercicio legítimo de un cargo público aquel que normalmente se desprende del recto y leal ejercicio de las funciones que se encuentren detalladas en la ley o en el reglamento respectivos y que por ser tal no comporta extralimitación ni omisión alguna. Del conjunto de funciones que legalmente se asigna a cada cargo surgen para su titular precisos deberes de acción o de abstención. Como

quiera que la realización de dichas funciones se impone con la fuerza superior de un deber jurídico, en estricto rigor, la causal analizada, si tiene algún sentido válido y rescatable, quedaría comprendida en la primera causal que reza: "El hecho se justifica cuando se comete: (1) En estricto cumplimiento de un deber legal". En realidad, el legítimo ejercicio de un cargo no puede ser distinto del "estricto cumplimiento de un deber legal". Si a lo anterior se agrega que el legítimo ejercicio de un cargo no entraña ningún asomo de antijuridicidad –y, por lo tanto, no ha menester de justificación, en cuanto que no es acto típico–, se sigue que, si en un determinado caso ello da lugar a un debate penal, el asunto deberá resolverse necesariamente a la luz de la causal primera. Dejando de lado lo que en el fondo puede ser un error conceptual, la interpretación que consulta el espíritu de la norma, con el propósito de hacerla operativa en algún sentido plausible, la ubica en el espacio propio de la primera causal (...)". **(Corte Constitucional Salvamento de Voto Sentencia C- 358/97. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz).**

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL –
ABSOLUCIÓN POR ESTRICTO CUMPLIMIENTO
DE DEBER LEGAL EXTINGUE ACCIÓN CIVIL.

"(...) Obsérvese que, por sí mismo, por su misma naturaleza, la conducta que se realiza en estricta sujeción a un deber legal excluye que esta se ejecute de manera imperfecta, incompleta, desbordada o incorrecta. Para explicarlo con la terminología del Código Penal, la absolución del infractor por haber actuado en estricto cumplimiento de un deber legal extingue la acción civil porque el juez penal descarta que el resultado típico sea "producto de la infracción al deber objetivo de cuidado" y que el agente "debió haberlo previsto, por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo" (Art. 23 CP.). Visto de otro modo: Si el individuo actúa con culpa, esto es, con impericia, imprudencia, negligencia o en desconocimiento de un deber general de cuidado, su sujeción al deber legal no es estricta. Por lo mismo, si la sujeción al deber legal es estricta, el autor no pudo haber actuado con culpa. En suma, los términos "estricto cumplimiento de un deber legal" y culpa, en lo que a sus fuentes se refiere, son incompatibles. (...). El hecho de que el agente estatal actúe en ejercicio de un deber legal no incide en la indemnización que merece el afectado. Siempre y cuando el daño sea antijurídico, el responsable frente al particular es el Estado, no el agente, y la sujeción o desconocimiento de la conducta del último al deber legal establecido no modifica en nada el derecho a ser indemnizado. En suma, las conductas lícitas desplegadas por los agentes del Estado, es decir, aquellas que se realizan en cumplimiento de un deber legal, no impiden que el Estado indemnice a la víctima que ha sufrido un daño antijurídico. Simplemente, impiden que el Estado repita contra el agente que causa el daño". **(Corte Constitucional C 899/03, Oct. 7/2003 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. **Cuando el
agente obra en legítimo ejercicio de un
derecho, realiza la conducta descrita en el
tipo objetivo, pero elimina la antijuridicidad,**

**por cuanto se excluye el desvalor de
resultado, "quien usa su derecho a nadie
daña".**

"De otro lado, en cuanto hace referencia a la supuesta falta de aplicación del numeral 5º del artículo 32 del Código Penal, es preciso recordar inicialmente que en la norma en cita se recoge la causal de ausencia de responsabilidad de obrar en legítimo ejercicio de un derecho, la cual, si bien parte de que el agente realiza la conducta descrita en el tipo objetivo, por virtud de la concurrencia de la causal aludida se elimina la antijuridicidad, por cuanto se excluye el desvalor de resultado. Responde entonces esta causal al principio según el cual, en el ordenamiento jurídico no es posible que una conducta sea legítima y a la vez constituya un ilícito penal, postulado que ha sido recogido por la doctrina con el aforismo latino qui jure suo utitur naeminem laedit (quien usa su derecho a nadie daña), de manera que en un Estado de derecho no es posible patrocinar el absurdo de que la ley conceda al individuo la libertad de actuar en un determinado sentido y a la par califique esa actividad de lesiva de un bien jurídico penalmente protegido. Ahora bien, para que se configure la causal en cita es preciso que concurra la existencia de un derecho subjetivo, el cual puede provenir de cualquier fuente del ordenamiento positivo, como por ejemplo la ley, el contrato, una sentencia judicial, un acto administrativo o incluso de un hecho jurídicamente amparado como la posesión. En todo caso, debe provenir de un derecho estrictamente jurídico. Igualmente, es necesario que ese derecho subjetivo esté en cabeza de una específica persona y que sea esta quien lo ejerza. Además, es indispensable que el derecho para esa persona esté libre de restricciones de naturaleza jurídica. A su vez, el derecho debe ejercerse legítimamente, es decir, dentro del marco de la ley. En otros términos, el titular del derecho debe actuar sin violar el ordenamiento jurídico del que emana la legitimidad del derecho que pretende ejercer. Finalmente, para dar aplicación a la causal en cita, es necesario que el sujeto agente ejecute la conducta descrita en el tipo objetivo con el propósito de ejercer el derecho subjetivo del que es titular". **(CSJ, Cas. Penal, Sent. Octubre 22/2014, Rad. 42885. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. **Ejerce un
derecho quien desarrolla actividad que la ley
tutela expresa o implícitamente, considerada
social y legalmente adecuada.**

"1. De conformidad con la normatividad vigente al momento de producirse el fallo, la conducta se justifica cuando se comete "En ejercicio de un derecho" (Art. 29, numeral 3º, Dto.100/80). Ejerce un derecho quien desarrolla actividad que la ley tutela expresa o implícitamente (derecho de corrección, de retención, entre otros). En tal hipótesis se está ante causal de no responsabilidad, dado que la lesión que en su ejercicio se infiere a otro es considerada social y legalmente adecuada, es decir, conforme a derecho. De conformidad con el artículo 30 del Código Penal derogado, "El que exceda los límites propios de cualquiera de las causales de justificación precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni

mayor de la mitad del máximo de la señalada para el hecho punible.” (CSJ, Cas. Penal, Sent. Julio 17/2003, Rad. 16275, M. P. Marina Pulido de Barón).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. El Legítimo ejercicio de un derecho o cargo público en la actividad militar y policial.

“Antes de señalar los requisitos que estructuran esta causal, necesario es precisar que ella se trata de una causa específica y particular, pues en términos generales, quien ejerce un cargo público se presume lo ejerce conforme a derecho, luego, obra en estricto cumplimiento de un deber legal y también podría obrar en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente. (...). Los Instrumentos Internacionales referidos y bajo los cuales se valora la licitud o no del uso del arma por parte del policial en la neutralización del delito que estaban consumando los sujetos, fijan entre otros los siguientes principios: Considerar como legítimo el uso de la fuerza en los eventos en que sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas. Y en cuanto a la necesidad de usar la fuerza y las armas requeridas para el cumplimiento de la misión, serán autorizadas en cuanto otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. Son estos los elementos que dan contenido al precepto normativo de la causal de justificación invocada, del legítimo ejercicio de un cargo público, es decir, que el policial PT. PR. en ejercicio de su función policial usa su arma de dotación para neutralizar la consumación de un delito, tal uso debe realizarse dentro del marco de los anteriores principios, y de ser así, se puede predicar que el ejercicio de su función policial fue legítimo. (...) Ahora bien, las hipótesis en las que puede presentarse esta situación abarcan una gama en extremo variada, por lo que –a título meramente ilustrativo– procede mencionar algunos ejemplos: El policía se ve obligado a disparar sobre los asaltantes bancarios cuando estos, al notar la presencia de la autoridad, abren fuego, y resulta muerto uno de los delincuentes en la refriega; (...) en estos casos, pues, el autor actúa en legítimo ejercicio de un cargo público”. (Rad. 155882, M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, 31 de mayo de 2010).

6. SE OBRE POR LA NECESIDAD DE DEFENDER UN DERECHO PROPIO O AJENO CONTRA INJUSTA AGRESIÓN ACTUAL O INMINENTE, SIEMPRE QUE LA DEFENSA SEA PROPORCIONADA A LA AGRESIÓN

SE PRESUME LA LEGÍTIMA DEFENSA EN QUIEN RECHAZA AL EXTRAÑO QUE, INDEBIDAMENTE, INTENTE PENETRAR O HAYA PENETRADO A SU HABITACIÓN O DEPENDENCIAS INMEDIATAS.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL – LEGÍTIMA DEFENSA OBJETIVA Y SUBJETIVA:

“(…) Ahora bien, en vista de que en la realidad fenoménica un hecho desprovisto de intención ofensiva puede ser interpretado por el sujeto que se defiende como una agresión injusta, actual o

inminente, la doctrina ha establecido la clásica diferencia entre legítima defensa objetiva y legítima defensa subjetiva, para delinear un margen entre la defensa real y la imaginaria. La legítima defensa subjetiva o putativa (del latín ‘putate’, que significa pensar, suponer o juzgar) se produce cuando quien pretende defenderse lo hace frente a una agresión que no existe, contra una ofensa ficticia. “Aquí ocurre un fenómeno muy curioso de cambio de papeles: El que cree que se defiende es, en realidad, un agresor; y el que fue tomado por un agresor termina finalmente defendiéndose legítimamente de la agresión real que sufre”, señala Muñoz Conde al definir el fenómeno. Ahora bien, dado que en la legítima defensa subjetiva la agresión es imaginaria, ficticia o supuesta, la conducta de quien despliega la actividad defensiva no puede ser más que atribuible al error. Un error sobre la antijuridicidad de la conducta defensiva gracias al cual, quien cree ser objeto de un ataque asume como legítima su propia defensa. De allí que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia considere esta institución como “causal de inculpabilidad por error sobre la antijuridicidad de la conducta”. Precisamente, atendiendo a estas razones, el Código Penal nacional no reguló el tema de la legítima defensa subjetiva en el apartado correspondiente a la legítima defensa. El legislador penal colombiano tampoco incluyó una norma específica que se refiera a la legítima defensa subjetiva como entidad autónoma de exclusión de responsabilidad penal. Simplemente, en el numeral 11 del mismo artículo 32, el Código advierte que también se da la exoneración de responsabilidad penal cuando “Se obre con error invencible de la licitud de su conducta”, a lo cual agrega que “si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad”. Sobre este particular, obsérvese que la causal de exclusión de responsabilidad penal opera no sólo para el error respecto de la legítima defensa sino para el error que se da sobre cualquier conducta que se reputa lícita. El error sobre la legítima defensa es simplemente uno de ellos. Así pues, ya que el ordenamiento penal no establece un régimen específico para la legítima defensa subjetiva, sino que incluye a dicha figura en el régimen del error como causal excluyente de culpabilidad, es dentro de este régimen que debe entenderse incluida la defensa putativa. Por ello, del tratamiento legislativo previsto es posible deducir que cuando el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal establece que la legítima defensa constituye causal de exoneración de la responsabilidad civil, aquel se refiere a la legítima defensa objetiva y no al error de conducta respecto de la causal de antijuridicidad denominada legítima defensa. Esta diferencia de trato en la terminología del Código Penal, que no menciona la legítima defensa subjetiva cuando hace alusión a ella, sino que la incluye en el régimen del error exculpativo, permite concluir que el artículo acusado se refiere a la legítima defensa objetiva y no a la subjetiva. (...)”. (Corte Constitucional C-899/03, Oct 7 /2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. Elementos constitutivos de la legítima defensa. La imitación de armamento utilizado por el agresor no desnaturaliza la legítima defensa, no es dable exigir a quien reacciona que

establezca primero la condición del arma con la cual se busca intimidarlo, puesto que, aunque el atacado no haya comenzado a sentir los efectos físicos del ataque, tiene el derecho a defenderse, y su defensa será justa.

“5. Sobre el instituto de la legítima defensa, clara y uniforme ha sido la jurisprudencia de esta Corporación en señalar los siguientes elementos que la estructuran: «i) Una agresión ilegítima o antijurídica que ponga en peligro algún bien jurídico individual. ii) El ataque al bien jurídico ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo. iii) La defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo. iv) La entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados. v) La agresión no ha de ser intencional o provocada.» (AP1863-2017, SP2192-2015, AP1018-2014, Rad. 32598 del 6/12/2012; Rad. 11679 del 26/6/2002.) (...) De una parte es innegable que se repelió un ataque injusto suscitado por la víctima. Según lo ha considerado la doctrina, «Cuando un individuo saca un arma y se dirige hacia otro esgrimiéndola, con el evidente propósito de materializar el ataque, ya queda el atacado en condiciones de defensa legítima, y ya se ha producido a su respecto, la injusta agresión que exige la ley. (...) Un acto de esta naturaleza, constituye pues, una agresión. Y aun cuando el atacado no haya comenzado a sentir los efectos físicos del ataque, tiene el derecho a defenderse, y su defensa será justa.¹²⁰» (...) La circunstancia de esgrimir un arma para intimidar a una persona y sobre esa base buscar doblegarla para hacerla víctima de una conducta punible, actualiza el ataque a que se refiere la eximente, además que ubica al sujeto que ejecuta ese comportamiento en situación de injusticia, y no permite considerar algo diferente al afectado de hallarse frente a un acto violento, con la inminencia de materializarse desde el punto de vista físico, ante lo cual le es lícito reaccionar, que fue justamente lo que hizo el Dr. Andrés Roberto Echeverría Marulanda, de modo que se satisfacen los requisitos de injusticia y actualidad.(...) Que después se haya determinado que el instrumento utilizado por el agresor no correspondía a un arma de fuego, sino a una imitación, tal circunstancia no desnaturaliza la legítima defensa, como quiera que no es dable exigir a quien reacciona que establezca primero la condición del arma con la cual se busca intimidarlo y dentro de ese contexto decida si ejecuta un acto de repulsa o no, toda vez que es claro que las circunstancias apremiantes del momento no son las apropiadas para llevar a cabo procesos de reflexión de esa índole. Por eso según lo ha sostenido la Corte, el funcionario judicial, al abordar el estudio de la legítima defensa, está obligado a realizar una «verificación ex ante de lo ocurrido, para efectos de examinar el contexto especial que gobernó el caso concreto, pues, son precisamente esas circunstancias las que permiten apreciar si la reacción operó o no adecuada y proporcional al hecho» (Rad. 31273, 10/03/2010; Rad. 30794,

19/02/2009). Tan apremiantes fueron los hechos, que el Dr. Andrés Roberto Echeverría Marulanda no consideró que de pronto por accionar el arma de fuego que portaba pudiera resultar afectada de alguna manera la persona que iba a su lado, sino que lo trascendente en ese instante fue eliminar el obstáculo que le representaba el agresor. De lo anteriormente expuesto se desprende el elemento relativo a la necesidad de la defensa, toda vez que frente a un individuo que provisto de un arma acomete intempestivamente por la ventana de un vehículo de forma amenazante, se hace necesario procurar neutralizar la inminencia de la concreción física o material de la agresión. (...) Así mismo, la proporcionalidad de la resistencia es igualmente clara. Ante un acometimiento con un arma que se consideró de fuego en atención a las circunstancias en que se produjo la acción, se acudió a un instrumento similar para repelerla, lo cual concreta esta exigencia de la figura en el caso específico que ocupa la atención de la Sala, aunque conviene precisar que la proporción no se determina exclusivamente por la correspondencia de los medios que se utilicen, pues habrá casos en que por ejemplo por la notoria inferioridad de una persona respecto de quien la agrede, aquella acuda a instrumentos que desde una óptica netamente objetiva no resulten similares o equivalentes a los que se utilizan en su contra”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. Marz. 15/2018, Rad. 50095. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. **La legítima defensa puede ser objetiva o subjetiva. La reacción defensiva debe surgir como consecuencia de una injusta agresión; y a diferencia de “la riña”, uno de sus contrincantes pelea por su derecho. Se aplica el principio de in dubio pro reo, ante la existencia de duda insalvable sobre la concurrencia o no de la legítima defensa.**

“De una parte, la denominada legítima defensa, que, a su vez, puede ser objetiva o subjetiva, según se ubique en el inciso primero o en el segundo del numeral 6º citado, cuando «se abre por la necesidad de **defender** un derecho propio o ajeno **contra injusta agresión** actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas». (Negrillas fuera de texto). De otro lado, cuando «se abre por la necesidad de **proteger** un derecho propio o ajeno de un **peligro** actual o inminente, **inevitable** de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar». (Negrilla fuera de texto). De tal manera que cada exonerante responde a presupuestos distintos. En la primera debe darse una agresión ilegítima como determinante de la colisión de bienes jurídicamente protegidos; en el estado de necesidad se presenta una **situación de peligro grave que bien puede no atribuirse a la acción ilegítima de un tercero; diferencias que en el contexto de los hechos conocidos, excluyen**

120 Sisco, Luis P. La Defensa Justa. Librería “El Ateneo” Editorial. Buenos Aires, 1949.

la posibilidad de concurrencia de la segunda hipótesis de ausencia de responsabilidad, que la defensa considera estructurada bajo el supuesto de que William Chicaiza puso en riesgo la vida de todas las personas presentes en el inmueble, pues, de ser así, en todo caso de lo que se trataría sería del ejercicio legítimo de la defensa, mas no de la evitabilidad de una situación de peligro. (...) CSJ SP, 26 jun. 2002, Rad. 11679, en la cual la Corte ha precisado que: (...) “el fenómeno de la riña implica la existencia de un combate en el cual los contendientes, situados al margen de la ley, buscan causarse daño a través de mutuas agresiones físicas. (Sent. Cas. dic. 16/99. M. P. Mejía Escobar. Rad. 11.099). Esto no significa, desde luego, afirmar que en la comisión de los delitos de homicidio y lesiones personales no haya agresión, pues de otra manera no podría entenderse la forma en que se produce la afectación al bien jurídico de la vida o la integridad personal. Lo que en realidad diferencia la riña de la legítima defensa, no es la existencia de actividad agresiva recíproca, ya que, es de obviedad entender, esta se da en ambas situaciones, sino además la subjetividad con que actúan los intervinientes en el hecho, que en un caso, el de la riña, corresponde a la mutua voluntariedad de los contendientes de causarse daño, y en el otro, el de la legítima defensa, obedece a la necesidad individual de defenderse de una agresión ajena, injusta, actual o inminente, es decir, no propiciada voluntariamente. De ahí que la Corte de antiguo tenga establecida dicha diferenciación precisamente en el pronunciamiento que la delegada evoca en su concepto, la cual se conserva vigente a pesar de la realidad jurídica actual: “...es obvio que una cosa es aceptar una pelea o buscar la ocasión de que se desarrolle y otra muy distinta estar apercebido para el caso en que la agresión se presente. Con lo primero pierde la defensa una característica esencial para su legitimidad, como es la inminencia o lo inevitable del ataque; pero ningún precepto de moral o de derecho prohíbe estar listo para la propia tutela, es más, elemental prudencia aconseja a quien teme peligros, precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos”. ...La riña es un combate entre dos personas, un cambio recíproco de golpes efectuado con el propósito de causarse daño... “En cambio, la legítima defensa, aunque implica también pelea, combate, uno de los contrincantes lucha por su derecho únicamente...”. (Sentencia de casación de junio 11 de 1946. M. P. Dr. Agustín Gómez Prada). (...) Así, en la decisión CSJ SP, 26 jun. 2002, Rad. 11679, luego de señalar que el reconocimiento de la excluyente «requiere que esté probado en grado de certeza que quien llevó a cabo la conducta lo hizo al amparo de un motivo de justificación legalmente previsto», agrega que: La legítima defensa es el derecho que la ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una agresión antijurídica, actual o inminente, de otro, no conjurable racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión. (...) Posteriormente (CSJ SP, 7 mar. 2007, rad. 26268), la Corte reiteró que: Para la estructuración de la legítima defensa es necesario que la reacción defensiva surja como consecuencia de una injusta agresión. Cuando dos o más personas, de manera consciente y voluntaria, deciden agredirse mutuamente la legitimidad de la defensa se desvirtúa, porque ya en ese caso los contendientes se sitúan al

margen de la ley, salvo cuando en desarrollo de la riña “los contrincantes rompen las condiciones de equilibrio del combate”. En providencia CSJ AP, 5 mar. 2014, Rad. 43033, esta Corporación expuso que: Sobre los elementos que deben concurrir para el reconocimiento de la justificante en mención, recientemente la jurisprudencia de la Sala reiteró: “La causal de ausencia de responsabilidad del numeral 6° del artículo 32 del Código Penal, de la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, permite a la persona proteger un bien jurídicamente tutelado sea propio o ajeno, siempre que medie proporcionalidad. Los elementos que la informan son: i) Una agresión ilegítima o antijurídica que genere peligro al interés protegido legalmente; ii) el ataque ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y aún haya posibilidad de protegerlo; iii) la defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; iv) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente es decir respecto de la respuesta y los medios utilizados; v) la agresión no ha de ser intencional o provocada”. (CSJ SP, 6 Dic. 2012, Rad. 32598). Surge patente que, en la eximente de responsabilidad en comento, la necesidad de la defensa está determinada por la existencia previa o concomitante de una agresión, entendida esta, en sentido lato, como la conducta intencional de otro orientada a producir daño a un bien jurídico, o en términos legos, como el acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño”. (...) el silencio del procesado o la inexistencia de prueba testimonial que describiera en detalle cómo se presentó la agresión cuando los enfrentados quedaron a solas en la sala de la casa, en lo que subyace el reconocimiento por parte del tribunal de duda probatoria, no admitía trasladarla como una carga que tuviera que asumir el inculpado, con la consecuente declaratoria de su responsabilidad(...) 16. En esas condiciones, se debe casar la sentencia condenatoria impugnada y dictar la de remplazo, absolviendo al procesado por el delito de homicidio doloso, ante la existencia de duda insalvable sobre la concurrencia o no de la circunstancia prevista en el artículo 32, numeral 6°, del Código Pena”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. Feb. 21/2018, Rad. 48609. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. **En la legítima defensa de un tercero concurren todos los elementos propios del justificante de la conducta, en tanto que la defensa putativa, exige el errado convencimiento sobre la concurrencia de los mismos.**

“En efecto, la legítima defensa pura y simple, objetiva, tradicionalmente se ha entendido como una causal excluyente de la antijuridicidad, porque la conducta de quien actúa en defensa de un derecho, contra una agresión que es injusta, actual o inminente, no puede ser susceptible de juicio de reproche alguno, es decir que, en condiciones tales, se afirma el hecho como justificado. La legítima defensa de un tercero obedece estrictamente al mismo supuesto normativo y produce las mismas

consecuencias sobre la estructura del delito, sólo que al disponer la ley que la conducta pueda comprender la defensa de un “derecho propio o ajeno”, extiende la posibilidad de que el acto defensivo sea realizado por alguien sobre quien no ha recaído la agresión, encontrándose en todo caso también justificado así su proceder. No sucede igual con la que tanto alguna parte de la doctrina como el casacionista denominan “legítima defensa subjetiva”, pues en hipótesis semejantes no parecería apropiado hablar de legítima defensa, sino de defensa putativa o supuesta, por cuanto quien actúa lo hace bajo el errado convencimiento de que, en efecto, ha sido objeto de una injusta agresión –que también puede serlo en relación con un tercero–, pese a que en realidad no ha existido un injusto ataque, actual e inminente, situación frente a la cual, como ya se anotó, la conducta del agente estaría determinada por una deformación de la verdad, que sólo podría excusar la responsabilidad por error invencible. Por manera que, la legítima defensa de un tercero supone la concurrencia típica de todos y cada uno de los elementos propios de esta justificante de la conducta, en tanto que la defensa putativa, exige el errado convencimiento sobre la concurrencia de los mismos”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. abr. 11/2002. Rad. 14.731. M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. **La lesión de un bien jurídico de un tercero o comunitario no está cubierta por la legítima defensa; sólo con posibilidad de amparo por estado de necesidad o los principios del error, según el caso.**

“Ahora bien, no obstante lo anterior, la Corte avizora una situación que no fue advertida ni por el juez colegiado en el fallo confutado, ni por la casacionista, pero que surge patente del devenir del suceso y conforme a la prueba testimonial, relacionada con la situación que se presenta cuando quien ejerce legítimamente la defensa lesiona bienes jurídicos ajenos al agresor, circunstancia que claramente no está cobijada por la aludida justificante, pues dicha vulneración en últimas no impide el ataque, en tanto este no proviene del tercero neutral, casos en los cuales, como lo ha sostenido la doctrina mayoritaria¹²¹, «...tal lesión de un bien jurídico de un tercero o comunitario no está cubierta por la legítima defensa¹²², pues por mucho que sea necesaria para la defensa, no es defensa; y no lo es porque dicha agresión no impide la lesión (...). Esa lesión podrá estar amparada por estado de necesidad o, en caso de lesión por descuido, se aplicarán además los principios del error»¹²³. Al respecto cabe destacar que en la hipótesis reseñada pueden presentarse dos situaciones bien diferenciables: (i) Aquella en que el agredido para salvaguardar su vida o integridad, se ve compelido a lesionar intencionalmente a terceros inocentes como única manera de hacer viable su defensa, vale decir, de conjurar el ataque; y (ii) cuando quien ejerce la

acción defensiva, involuntariamente lesiona a un tercero neutral, esto es, quien no participa en la agresión, bien por error en cuanto a la persona del atacante ora por desvío de la acción (aberratio ictus). Si bien debe reconocerse que la solución de los referidos eventos no ha sido pacífica en la doctrina, mayoritariamente se considera que en el primero se está frente a un estado de necesidad exculpante, por cuanto el agredido no tiene opción distinta que lesionar al tercero para defender sus bienes¹²⁴; mientras que en el segundo, se debe acudir a las reglas que regulan el error, en orden a determinar si este es o no relevante en el caso concreto, esto es, si tiene o no la potencialidad de excluir el dolo¹²⁵”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., mar. 5/2014, Rad.43033. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Definición y elementos jurídicos de la legítima defensa como causal de eximente de responsabilidad.

(...)” la legítima defensa que reconoce el operador judicial primario al señalar que la Fuerza Pública, lo que hizo fue repeler la agresión, comporta miento que elimina la antijuridicidad de la conducta cuando el sujeto obra por la necesidad de defensa de un derecho propio o ajeno, contra injusta agresión actual o inminente; ha de recordarse que uno de los requisitos o elementos, siempre ha de ser la proporcionalidad de la reacción a la agresión, en tanto que se reitera, se desprende del plenario que aun aceptando que los sujetos hubieren disparado a los policías (según los impactos en las paredes dentro de la residencia), lo cierto es que ya habían sido neutralizados, cuando los policiales dispararon, lo que se evidencia de la distancia y ubicación de los disparos recibidos a menos de un metro. (...) Como lo manifestara en anterior oportunidad este colegiado, la legítima defensa es la repulsa de una agresión ilegítima, actual o inminente, por el agredido o un tercero, contra el agresor, dentro de los límites de la defensa y con proporcionalidad de los medios empleados para el rechazo. Actual es el riesgo que ya ha comenzado y no ha concluido aún, el que se concretó en un daño real y pervive todavía, mientras que inminente es el que representa cualquier amenaza inmediata para el bien jurídico, deducible de un gesto, actitud o movimiento, pero es necesario que el mal o daño no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial, esto significa que tras una valoración racional de la situación, el agente se vea obligado a actuar por no tener a su alcance otros medios legítimos o lícitos que eviten el perjuicio ajeno o que coadyuven a que este sea de menor proporción, así las cosas el agente debe hacer todo lo jurídicamente exigible, dadas las circunstancias al momento del hecho, para evitar la causación del daño al derecho a bien ajeno con miras a proteger el suyo... (...) Esto es que el riesgo para los policiales ya no era actual, y en consecuencia la reacción no era necesaria ni fue proporcional. Ha dicho la Corte respecto

121 Zaffaroni, E. (1981). Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Buenos Aires. Pág. 602.

122 Doctrina dominante, cfr. Schönke-Schröder-Lenckner, StGB, 1982, S 323f. TS 8/10/1971 (A 3.769), 12/4/1975 (A 1577).

123 Luzón Peña, D. (2006). Aspectos esenciales de la legítima defensa. B de F. (Eds.). Págs. 547 y 548.

124 Jiménez de Asúa, L. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, 4ª Edición, Buenos Aires. Losada S.A. (Ed.). Pág. 285. Zaffaroni, E. (1981). Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Buenos Aires. Pág. 602.

125 Luzón Peña, D. (2006). Aspectos esenciales de la legítima defensa. B de F. (Eds.). Págs. 547 y 548.

de la causal de ausencia de responsabilidad que ocupa la atención de la Sala y los criterios para valorar la desproporción entre la agresión y reacción, que la necesidad es un requisito que no puede confundirse con la proporcionalidad, el cual se refiere a si el acusado disponía de otros medios menos gravosos para repeler la agresión (...) (TSM. Rad. 153111, M. P. TC Rosa Elena Tovar García, 12 de noviembre de 2007).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La Defensa legítima putativa.**

“No se puede pasar por alto que la defensa putativa, como un error de prohibición indirecto o concreto, se presenta sobre los presupuestos objetivos de la causal de justificación denominada legítima defensa, y es que en efecto, el error puede versar sobre un elemento del tipo, bien sea el elemento descriptivo o normativo; o sobre la permisión de la conducta, en el primer caso se habla de error de tipo, en el segundo de error de prohibición, el cual como bien es sabido, se da sobre la existencia de la causal de justificación, sobre los límites de ella o sobre sus presupuestos objetivos. De esta forma, en la defensa putativa se presenta un error de prohibición concreto e indicativo: el sujeto realiza la acción típica y antijurídica, sin culpabilidad, él sabe que lo que hace en abstracto está prohibido, pero cree que la prohibición sede en su beneficio, viola la ley, obra anti jurídicamente, pero sin culpabilidad, no tiene conciencia de la ilicitud de su conducta. Es este, digámoslo así, el alcance de la figura jurídica en el derecho penal. Empero, de otro lado, desde el punto de vista psicológico se entiende la defensa putativa como la reacción que se ejerce ante un peligro que no existe en el mundo real pero sí existe como realidad psíquica, existiendo el peligro sólo en el campo conductual, en el mundo del sujeto, donde el error se presenta por discordancia entre la percepción y la realidad, entre la idea y el objetivo, pues el sujeto se defiende igual a como se defendería si hubiera sido en realidad atacado. Sin lugar a dudas, los factores que inciden en un acto y en un momento dado deben mirarse en las circunstancias antecedentes, inmediatas o concomitantes con el hecho. Como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia desde hace varios años, así: “Para que se presente la defensa subjetiva se requiere, sí, un principio de agresión, un movimiento que le haga aparecer como real, aunque tal principio de agresión, sea falso (...). (Rad. 154679, M. P. CN Carlos Alberto Dulce Pereira 22 de agosto de 2008).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Requisitos de la legítima defensa.**

“Aunado a lo anterior podría señalarse que la legítima defensa para su estructuración contempla unos requisitos que de manera general podrían señalarse como: **I)** La existencia de una agresión, **II)** que dicha agresión se produzca contra un derecho propio o ajeno, que el agredido tenga la **III)** necesidad de ejercer la defensa, y que dicha defensa deba ser **IV)** proporcionada a la agresión, y por último, se requiere el elemento de carácter subjetivo, es

decir, **V)** el ánimo de defensa... (...) Por último se dirá que está prohibido el exceso en la defensa, pues a pesar que el SS. Cuéllar Pinzón se acercaba sin ninguna clase de arma, el PF. Moreno Barbosa sale a su encuentro con una macheta, valga aclarar que el exceso no siempre resulta de la ecuación de los medios utilizados, sino que también se han de observar otros elementos como las personas, las circunstancias de tiempo, modo y lugar y la entidad de los bienes en conflicto, sin embargo, se ha de precisar que en los hechos objeto de investigación no se ha dirigido a la determinación de la vulneración del bien jurídico de la vida y la integridad personal, sino que por el contrario se ha dirigido a determinar la vulneración del bien jurídico de la disciplina, luego una primera conclusión es que frente a tal bien jurídico el actuar del procesado no resulta enmarcado en la legítima defensa y menos en el exceso de la misma... (...) De manera que esta sala considera que el instituto de la legítima defensa no se estructura por falta de sus requisitos como anteriormente se mencionó, sino que además el bien jurídico de la vida y la integridad personal no fue puesto en peligro, consecuente con ello, difícil resulta aceptar el planteamiento de la legítima defensa cuando no se abordó ni la tipicidad y menos la antijuridicidad del punible de lesiones personales. Por el contrario, la conducta abordó la antijuridicidad formal y material en cuanto al bien jurídico protegido cual es la disciplina y encontrándonos en este estadio de la negativa a cumplir la orden el ataque al superior por la vía de hecho frente al conglomerado militar con el propósito de no cumplir la orden impide estructurar la legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad. De las breves reflexiones se dirá entonces que la pretendida legítima defensa que se invoca en el recurso de alzada no está llamada a prosperar en virtud a que varios de los requisitos estructurantes de este instituto no se configuran en la conducta asumida por el procesado PF. Moreno Barbosa Bernardo, como tampoco, se estructuró el ánimo de defensa, pues recuérdese que en el caso sub judice no se abordó las lesiones personales y el ánimo de defenderse de las mismas, contrariamente al ánimo defensivo, lo que guió la conducta del PF. Moreno Barbosa fue el propósito de negarse a cumplir una orden vulnerando el bien jurídico de la disciplina”. (TSM. RAD. 157421–6918–XIII–547–006–EJC. M. P. Fabio Enrique Araque Vargas, quince (15) de marzo de dos mil trece (2013).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La estructura de la legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad en operativos militares.**

“En el fallo impugnado a ese respecto, fue el considerar que estructurándose la legítima defensa como la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra una agresión injusta, actual e inminente y exponiendo que de las probanzas se desprende que esa acción ilegítima que en este caso fue la amenaza que el hoy occiso Luis Fernando Cano hiciera a los uniformados que participaban en el procedimiento de allanamiento para el día de marras y ante la que el policial Pottes Rua reaccionó con su arma de dotación, dicha circunstancia encaja en esa

descripción normativa de la justificante invocada en la que convergen las características de su esencia, por ser esta, injusta actual e inminente... (...) la Sala evoca pronunciamiento previo que se hiciera respecto de en qué circunstancias puede estimarse justificada una conducta defensiva como eximente de responsabilidad, estableciendo los requisitos de la misma así: "La legítima defensa se ha considerado como la acción necesaria para impedir o apartar de sí o de otro el peligro proveniente de una agresión actual e injusta contra un bien jurídico. La defensa es una reacción dado que se constituye en un contra-ataque encaminado a conjurar la agresión o hacer cesar sus efectos. En la legítima defensa un injusto ataque es conjurado por una justa defensa, por lo tanto se presenta la necesidad de proteger el bien repeliendo la agresión.¹²¹ En su estructura encontramos: 1) Una acción de agresión actual e injusta contra un bien jurídico. 2) Un acto de defensa necesario y proporcionado a la agresión. El acto de agresión y acto de defensa conforman los extremos de la institución, que presuponen tempo – espacialmente una persona que ataca un bien jurídico en forma injusta y otra que ejerce una acción encaminada a detener, conjurar o hacer inocuo el ataque injusto. Así ante esta situación de contradicción o colisión de bienes jurídicos, los bienes del agresor y los bienes del agredido, se origina para el orden jurídico en general la necesidad de supervivencia del bien preponderante jurídicamente.¹²²" (...) haciendo alusión a que en una misma escena pueden concurrir situaciones de peligro que ameriten reaccionar en defensa propia o en favor de un tercero y que el policial tuvo la necesidad de utilizar su arma de fuego para defender tanto su integridad como la de los presentes de una agresión injusta actual e inminente, señalando que el exceso en la defensa se configura siempre y cuando se demuestre que el primer disparo en efecto menguó la capacidad del agresor, aclarando que en este caso no se dio, desacreditando así mismo la afirmación de que no es creíble que habiendo sido lesionado gravemente el ofensor en su brazo derecho siga con su intención de agredir al policial... (...) No obstante, no quiere decir esta exigencia que deba existir una cabal o matemática proporción, por otro lado difícilmente ponderable, entre el ataque y la defensa. La racionalidad del medio reactivo ha de subordinarse en cada momento, a la especial situación del agredido que se defiende o del tercero que actúa en su defensa, a efectos de concretar los medios defensivos utilizables más apropiados a partir de cuya perspectiva (contemplación ex ante) debe valorarse la racionalidad de la reacción defensiva... (...) En este aspecto, conviene rememorar la jurisprudencia que acertadamente en punto a esta temática aportó la defensa y que para una mejor ilustración se transcribe: "En efecto, la legítima defensa es la repulsa de una agresión ilegítima, actual o inminente, por el agredido o un tercero, contra el agresor, dentro de los límites de la defensa y con proporcionalidad de los medios empleados para el rechazo. Actual es el riesgo que ya ha comenzado y no ha concluido

aún, el que se concretó en un daño real y pervive todavía, mientras que inminente es el que representa cualquier amenaza inmediata para el bien jurídico, deducible de un gesto, actitud o movimiento, pero es necesario que el mal o daño no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial, esto significa que tras una valoración racional de la situación, el agente se vea obligado a actuar por no tener a su alcance otros medios legítimos o lícitos que eviten el perjuicio ajeno o que coadyuven a que este sea de menor proporción, así las cosas el agente debe hacer todo lo jurídicamente exigible, dadas las circunstancias al momento del hecho, para evitar la causación del daño al derecho a bien ajeno con miras a proteger el suyo. Ha dicho la Corte respecto de la causal de ausencia de responsabilidad que ocupa la atención de la Sala y los criterios para valorar la desproporción entre la agresión y reacción, que la necesidad es un requisito que no puede confundirse con la proporcionalidad, el cual se refiere a si el acusado disponía de otros medios menos gravosos para repeler la agresión"¹²⁴. [5] (TSM. RAD. 157783-7975-XIII-289-PONAL. M. P. CN(r) Carlos Alberto Dulce Pereira. Dieciocho (18) de marzo de dos mil catorce (2014)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La legítima defensa y el bien jurídico de la disciplina.**

"De otro lado, en cuanto a la necesidad de la defensa, aunque no es de fácil precisión, esta debe inferirse de las circunstancias que dan origen tanto a la agresión como a la defensa, la entidad de la agresión, el bien jurídico afectado y la entidad de los bienes en conflicto, luego, se ha de precisar que en el caso bajo estudio, la conducta objeto de investigación, como ya se dijo, no está dirigida a la protección del bien jurídico de la vida y la integridad personal, por el contrario, está destinada a la protección del bien jurídico de la disciplina, objeto hacia el que se dirigió la investigación, luego, frente a tal bien jurídico el actuar del procesado no resulta enmarcado en la legítima defensa y menos en el exceso de la misma... (...) Lo anterior, si lo enmarcamos en la legítima defensa pura y simple, objetiva, entendida como causal de excluyente de antijuridicidad, atendiendo los escasos planteamientos fácticos que realiza el apelante, en cuanto afirma que su defendido se encontraba ante un presunto ataque real, dado que el soldado le manoteaba, supuesto del que parte para construir la hipótesis de legítima defensa, pero que en forma ambigua concluye con una legítima defensa putativa o subjetiva, sin expresar las razones jurídicas en las que funda esa conclusión. Luego, sino nos atenemos a la conclusión a la que llega de manera abstracta el apelante, habrá de señalarse la ausencia total de los argumentos en los que funda esa posición, en cuanto debe recordarse que esta debe plantearse como un error de prohibición indirecto, al estimar que obraba con la convicción errada e invencible que actuaba amparado por la causal de legítima defensa ante una agresión, figura diferente a la legítima defensa pura y simple, en tanto que esta

supone la concurrencia de todos los presupuestos propios de la causal de justificación, mientras que la defensa putativa o subjetiva, como lo denomina la jurisprudencia, presupone el convencimiento errado sobre la presencia de estos... (...) En suma habrá de señalarse que la defensa putativa o subjetiva, se funda sobre un ataque imaginario o aparente, es decir, en realidad no ha existido el ataque, tampoco la inminencia de su ocurrencia, simplemente el agente tiene el convencimiento errado de la existencia del mismo, fruto de un juicio valorativo obnubilado producido por un miedo intenso por exaltación psíquica al momento de obrar, que lo lleva a exagerar la realidad, en esa medida, además de los presupuestos exigidos para la estructuración de la legítima defensa pura o simple, debe estar demostrado el miedo intenso o exaltación psíquica para el momento del hecho, e igualmente, la causa que lo produjo". (TSM. RAD. 157986-253-XV-123 M. P. José Liborio Morales Chinome, veintinueve (29) de mayo de dos mil quince (2015)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Requisitos para que opere la causal de ausencia de responsabilidad de legítima defensa. Concepto de la defensa.**

"Para que se configure la legítima defensa es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad); b) que sea actual o inminente, es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo; c) que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice, para lo cual se han de analizar en cada caso en concreto un cúmulo de circunstancias como el modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, los bienes jurídicos en tensión, la entidad de la agresión e incluso los medios utilizados; d) que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión; e) que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada, es decir que de darse la provocación, esta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado; y vii) la existencia del ánimo defensivo por parte del actor, no de un ánimo vindicativo... (...) Habrá de recordarse que, como lo han reconocido la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la legítima defensa constituye causal de exoneración de la responsabilidad civil por constituir, a su vez, causal excluyente de responsabilidad penal como se desprende de lo preceptuado por el artículo 57 de la Ley 600 de 2000, norma de plena aplicabilidad al proceso penal militar por virtud del principio de integración normativa, disposición que ha de entenderse, como acrisolarse la Corte Constitucional como referida a la legítima defensa objetiva y no a la subjetiva... (...) De igual manera, la doctrina ha definido la citada causal como: "la acción necesaria para impedir o apartar de sí o de otro el peligro proveniente de una agresión actual e injusta contra un bien jurídico. La defensa es una reacción dado que se constituye en un contra-

ataque encaminado a conjurar la agresión o hacer cesar sus efectos. En la legítima defensa un injusto ataque es conjurado por una justa defensa, por lo tanto se presenta la necesidad de proteger el bien repeliendo la agresión"... (...) Concomitante con lo anterior resulta prudente destacar, habida cuenta de lo que manifiesta el censor, que en aquellos eventos en que la defensa no sea proporcional a la agresión, se estará ante un exceso defensivo que desdibuja la aludida causal de ausencia de responsabilidad, ya sea porque la defensa se prolongó más allá del tiempo necesario para repeler o evitar la agresión (exceso extensivo), ora porque la defensa debió y pudo adoptar una intensidad lesiva menor (exceso intensivo) en tratándose de los medios escogidos y utilizados para repeler o hacer cesar la agresión". (TSM. RAD. 158334-0025-I-025-PONAL, M. P. Julián Orduz Peralta, junio ocho (8) de dos mil dieciséis (2016)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La proporcionalidad en la legítima defensa.

"Lo anterior permite afirmar sin temor a equívoco alguno, independientemente de lo que en la actualidad plantea una visión normativa de la teoría del delito en punto a que la conducta de quien actúa en legítima defensa es un asunto de imputación más que de antijuridicidad, que para que se configure la legítima defensa es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad); b) que sea actual o inminente, es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo; c) que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice, para lo cual se han de analizar en cada caso en concreto –como bien lo señalara el distinguido apelante– un cúmulo de circunstancias como el modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, los bienes jurídicos en tensión, la entidad de la agresión e incluso los medios utilizados; d) que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión; e) que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada, es decir que de darse la provocación, esta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado; y f) la existencia del ánimo defensivo por parte del actor, no de un ánimo vindicativo... (...) Concomitante con lo anterior resulta prudente destacar, que en aquellos eventos en que la defensa no sea proporcional a la agresión, no es que no se configure uno de los elementos integradores del prenombrado instituto como erradamente lo entiende el censor, sino que se estará ante un exceso defensivo que desdibuja la aludida causal de ausencia de responsabilidad, ya sea porque la defensa se prolongó más allá del tiempo necesario para repeler o evitar la agresión (exceso extensivo), ora porque la defensa debió y pudo adoptar una intensidad lesiva menor (exceso intensivo) en tratándose de los medios escogidos y utilizados para repeler o hacer cesar la agresión". (TSM. RAD. 158375-0029-I-029-PONAL, M. P. Julián Orduz Peralta, Noviembre treinta (30) de dos mil dieciséis (2016)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Legítima defensa y situaciones en las que no aplica en el servicio.**

“Ahora bien, existen bienes jurídicos cuya titularidad está en cabeza de una persona natural o jurídica y otros bienes jurídicos que se transforman en la titularidad del colectivo social o del sistema jurídico. Frente a los primeros la doctrina es pacífica en el sentido de aceptar la legítima defensa por parte del titular de dicho bien jurídico, pero frente a esos bienes jurídicos del sistema o del colectivo social, no es tan pacífica. En el mismo sentido, la doctrina hace referencia a la imposibilidad de la legítima defensa con respecto a bienes jurídicos de titularidad supra individual, bajo la premisa que la redacción de la causal de legítima defensa presupone que ella sólo es posible respecto de bienes o derechos individuales o personales (Puente, 2003), a manera de ejemplo no podrían involucrarse en la figura de la legítima defensa, la protección de bienes jurídicos como el orden económico y social, la seguridad del Estado, la administración de justicia, por lo que resultaría insensato aceptar el derecho de defensa de los llamados grupos de auto defensa que buscan controlar el orden público bajo el argumento que se está poniendo en peligro la subsistencia del Estado de Derecho y el orden constitucional. Corolario de lo anterior, se considera entonces que la legítima defensa se configura en la facultad de auto protección, en búsqueda de restablecer el derecho negado por la agresión, lo que implica no sancionar a quien actúa para defender bienes jurídicos individuales o personales, propios o de terceras personas ante una agresión injusta, sin embargo, en el caso sub júdice el SLP. JNMA no puede alegar legítima defensa del bien jurídico de la disciplina, pues él no es el titular de dicho bien jurídico, tampoco es sujeto pasivo del delito, sino que es el objeto material de la conducta inadecuada del suboficial, por ello, no puede alegar defensa propia, tampoco podría alegar defensa del tercero titular de la disciplina –Fuerza Pública– pues la disciplina es un bien jurídico de carácter institucional, el que se defiende a través de la autoridad disciplinaria, de manera que en ambas hipótesis actuar a nombre propio o de un tercero para defender la disciplina, suplanta el régimen disciplinario y se caería en una justicia de propia mano ilegítima.” (...) “En el punible de ataque al superior ni el SS. CVL ni el SLP. JNMA, son titulares del bien jurídico de la disciplina al ser este un bien supra individual, colectivo, o social, que busca la vigencia de un sistema jurídico y organizacional. En este sentido, si la legítima defensa parte de la premisa del conflicto entre bienes jurídicos del agresor y del agredido, en el caso sub júdice ninguno de los dos es titular del bien jurídico de la disciplina, y consecuente con ello ninguno podría alegar la defensa de dicho bien jurídico”. (Rad. 158551, M. P. CR (RA) Fabio Enrique Araque Vargas, 27 de febrero de 2017).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La Legítima defensa en los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.**

“En este aspecto es significativo mencionar que según los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios

encargados de hacer cumplir la ley, conforme a lo aprobado por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no pueden emplear las armas de fuego contra las personas, salvo que: En defensa propia o de otras personas en caso de peligro inminente de muerte o de lesiones graves...(...) Como tercer aspecto, la agresión debe ser injusta o antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico, lo que se vislumbra en el presente caso cuando el particular que no está investido de autoridad legal, crea una situación de riesgo al disparar inicialmente contra la patrulla y posteriormente en su huida pretender atentar contra la vida de los policiales. (TSM. RAD. 158584-9596-XV-109. M. P. CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, diecisiete (17) de abril de dos mil diecisiete (2017)).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Visión doctrinal de la Legítima Defensa.**

“Lo anterior permite afirmar sin temor a equívoco alguno, independientemente de lo que en la actualidad plantea una visión normativa de la teoría del delito –de confección doctrinal– en punto a que la conducta de quien actúa en legítima defensa es un asunto de imputación más que de antijuridicidad, que para que se configure la legítima defensa es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad); b) que sea actual o inminente, es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo; c) que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice, para lo cual se han de analizar en cada caso en concreto –como bien lo señalara la distinguida recurrente– un cúmulo de circunstancias como el modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, los bienes jurídicos en tensión, la entidad de la agresión e incluso los medios utilizados[57]; d) que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión; e) que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada, es decir que de darse la provocation, esta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado[58]; y f) la existencia del ánimo defensivo por parte del actor, no de un ánimo vindicativo. Conteste con lo anterior, y con el factum ventilado en la decisión reprochada, también debe recordarse que en punto al marco normativo propio del uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los miembros de la Policía Nacional de Colombia, esta Corporación también ha aquilatado que sabido es que el actuar de los mismos en nuestro país debe ceñirse a los fines consagrados a nivel constitucional y a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que por vía del bloque de constitucionalidad se han incorporado a nuestro ordenamiento interno, así como a los lineamientos propios de los instrumentos de softlaw aplicables y aceptados en punto al uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de la autoridad policial como lo son el “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer

cumplir la ley” adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979 y los “Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. “4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto... (...) De aquellos instrumentos de softlaw resulta procedente, para la resolución del caso que en esta oportunidad concita la atención de esta Corporación, extractar las siguientes reglas: a) El uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien tales funcionarios pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites; b) el derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad, ello implica que en ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr; y c) el uso de armas de fuego se considera una medida extrema, deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños, no obstante se avala un uso tal cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas”. (Rad. 158754, M. P. CN (RA) Julián Orduz Peralta, 27 de febrero de 2020).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Legítima defensa simple y defensa putativa.**

“Bajo ese entendido, habrá de precisarse inicialmente las diferencias existentes entre la legítima defensa pura y simple y la defensa putativa que es precisamente aquella causal excluyente de responsabilidad invocada en el recurso de apelación. La legítima defensa pura o simple de que trata el numeral 6° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, corresponde a una causal excluyente de la antijuridicidad de la conducta, dado que el sujeto activo de la acción penal obra en defensa de un derecho propio o ajeno, con el fin de repeler una agresión injusta, actual o inminente, por ende, no puede haber juicio de reproche toda vez que la conducta del sujeto está plenamente justificada y en consecuencia no es reprobable penalmente. Así mismo, doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que para establecer la existencia de dicha causal deben agotarse los siguientes presupuestos: “i) Una agresión ilegítima o antijurídica que ponga en

peligro algún bien jurídico individual. ii) El ataque al bien jurídico ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo. iii) La defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo. iv) La entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados. v) La agresión no ha de ser intencional o provocada». Por otro lado, la defensa putativa o supuesta constituye una modalidad de error de prohibición según las previsiones del numeral 10 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, en el que incurre el agente al ejecutar la conducta bajo un equivocado convencimiento que es objeto de una agresión injusta, actual o inminente que lo habilita para repelerla a través de una acción letal al supuesto agresor, sin embargo, tal acontecer no existe sino en su propia psiquis, de allí que tal circunstancia constituya una deformación de la realidad cuya consecuencia es la exclusión de la responsabilidad penal siempre y cuando se trate de un error invencible, dado que si el error es vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa[29]. (TSM. RAD. 158407 CN (RA) Julián Orduz Peralta, febrero veinticuatro 24 de dos mil veinte (2020).

AUTO. FISCALÍA PENAL MILITAR ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Error de prohibición y legítima defensa.**

“El error sobre la existencia de condiciones para la defensa, no es una legítima defensa, pero quien en tales condiciones actúa, lo hace sin tener conciencia de la ilicitud de su comportamiento. “...Así las cosas, y a juicio de este despacho Ad quem, el análisis sereno y ponderado de los medios de prueba ensilados en autos, nos llevan a colegir que la reacción defensiva del Institucional EML, fue consecuente ante la convicción errónea e invencible de defender el derecho esencial de la vida tanto propia como la de sus compañeros, al pensar que quien se encontraba en frente suyo era un guerrillero, y surgió de una serie de circunstancias ajenas al aquí procesado, pues como él lo dice en su injurada, quien le antecedió en la prestación del servicio, le dijo que ese era el sitio para la prestación del mismo, y que de ahí hacia arriba, ninguno de los integrantes de la tropa estaba autorizado para transitar por allí, y a ello aunado, como acabamos de reseñarlo, que el Comandante del pelotón omitió esa serie de medidas de seguridad a las que ya se hizo alusión, siendo una de las más importantes por tratarse de soldados con escasa experiencia en el patrullaje, la designación de un Cabo relevante que se encargara de despertar y ubicar a los diferentes centinelas de las escuadras, con lo cual se hubiera seguramente evitado el insuceso de autos, teniendo en cuenta que se encontraban en una zona de alta peligrosidad y que debían estar pendientes de cualquier suceso, de manera que la actuación desplegada por el aquí sumariado al haber accionado su arma de dotación, se reputa jurídicamente, a juicio de este despacho Ad quem, como ejercitada con carácter subjetivo, por[1] que en la psiquis del procesado el peligro era manifiesto –inminente– y no sólo proveniente de la creencia inserta en su intelecto de que el SLR. Zamora Carabalí, lo colocaba a él y a los demás integrantes de la tropa que a esa hora descansaban, en una situación de peligro que

en la realidad no existía –antiguamente defensa subjetiva o putativa, hoy, error de prohibición invencible...”. (FPM ANTE TSM RAD. 14112, M. P. TC Rubén Orlando Vargas, 20 de enero de 2012).

AUTO – FISCALÍA PENAL MILITAR ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.
Error de prohibición invencible estructurado que difiere de la legítima defensa como causales de ausencia de responsabilidad.

“En síntesis, los requisitos de la defensa subjetiva, como modalidad de error esencial de prohibición, son la existencia de un error razonable que surge de una situación fáctica, y que motiva la presunta conducta defensiva del sujeto, un error fundado e invencible sobre la existencia de condiciones para la defensa, y una acción de defensa putativa. El primero de tales requisitos hace referencia, a una situación de hecho, a un comportamiento del presunto agresor que dé margen a la errada apreciación, es decir que ha de existir un acto ajeno susceptible según la lógica común, de ser interpretado como una agresión, es decir que se hace menester una actitud por lo menos equívoca de la propia víctima, susceptible de producir en una persona normal, la seguridad de que se encuentra en grave peligro, del cual no puede salir sino destruyendo a quien considera causante del grave mal que lo amenaza, y que en este caso estuvo dado por la actitud del propio obitado, que generó en los procesados una errada apreciación de la existencia de un inminente ataque, y por ello la doctrina cita a manera de ejemplo, los siguientes eventos: la amenaza con un arma que en realidad estaba descargada; una broma a altas horas de la noche que simula un atraco, salir al camino en paraje en donde se atraca continuamente, etc. En cuanto al segundo elemento, es decir el error fundado e invencible sobre la existencia de condiciones para la defensa, este surge a consecuencia de la situación objetiva equívoca ya analizada, haciendo aparecer el error en la mente del individuo, es decir la errónea suposición lógica, razonable e invencible de estar ante una agresión actual e injusta, error que se reitera surge en la mente del sujeto, a raíz del comportamiento de la víctima o de hechos que la relacionen con un comportamiento equívoco, existiendo entonces un nexo causal entre dicha actitud y el error que se forma en la mente de quien cree defenderse... (...). Ese error a que venimos aludiendo, debe cumplir varias condiciones, entre las cuales se encuentran, el de que debe ser lógico, es decir que de ser cierta la valoración del sujeto, estaría ante un peligro inminente de lesión a sus bienes jurídicos, y en honor a la verdad, se cumple esa condición en el caso de autos, de acuerdo a la situación fáctica en que se desarrollaron los hechos. Debe ser además inculpable, es decir que no debe producirse por negligencia, descuido, temeridad o voluntad del sujeto, sino que ha de ser un error involuntario, fruto de circunstancias fortuitas, ... (...). El tercero de los elementos arriba enunciados, es el de la acción de defensa putativa, en la cual, el autor convencido de que realiza el rechazo de un injusto peligro, obra con voluntad de defensa, ya que el error que vive el sujeto le hace suponer que está ante una agresión actual e injusta y que por ende un bien corre peligro,... (...) Corolario de todo lo expuesto, es que la defensa subjetiva que estamos reconociendo en la actuación de los aquí sindicados, es un caso de error de

prohibición (numeral 3 del artículo 35 del CPM.), y que como dicho error lo hemos considerado invencible, excluye la culpabilidad de quienes fueran vinculados a estas sumarias, y por ser una causal de inculpabilidad, la antijuridicidad queda incólume”. (FPM. ANTE TSM. RAD. 14401 M. P. CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo. 23 de octubre de 2013).

AUTO – FISCALÍA PENAL MILITAR ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.
Error de prohibición y legítima defensa en la actividad militar.

“Para que la defensa subjetiva excluya la culpabilidad, debe fundarse en un error invencible, es decir que debe existir una situación objetiva, real y cierta que dé margen razonable a la equivocada apreciación. “...De acuerdo con lo anterior, la ubicación sistemática actual de la defensa subjetiva o putativa, por unanimidad de los tratadistas, no es otra que un caso de error de prohibición invencible, siendo unisono igualmente el criterio de que la defensa subjetiva, o más propiamente el error sobre la existencia de condiciones para la defensa, no es una legítima defensa, como equivocadamente lo plantea la togada apelante, y por ello sigue siendo un comportamiento ilícito, es en sí una verdadera agresión, siendo por ello un caso de error, que si resulta invencible y racionalmente fundamentado, como en este caso acontece, elimina la culpabilidad, mas no justifica la agresión, por lo que permanece incólume la antijuridicidad de la conducta. En este orden de ideas, para que la defensa subjetiva excluya la culpabilidad, debe fundarse en un error invencible, es decir que debe existir una situación objetiva, real y cierta, que dé margen razonable a la equivocada apreciación... (...). Así las cosas, las razones jurídicas por las cuales la defensa subjetiva excluye el juicio de culpabilidad, son las mismas del error de prohibición, y por ello quien obra en defensa subjetiva, actúa sin conciencia de la ilicitud de su comportamiento, ya que al obrar lo hace con la convicción interna de estar realizando un acto ajustado a derecho, es decir autorizado, pues sabe y cree estar defendiéndose... (...)La exculpación del error invencible de prohibición, también se funda en la ausencia de un verdadero dolo criminal, no existiendo duda en que quien cree defenderse de un agresor quiere el hecho, pero también lo es que lo quiere como lícito, pues supone que está en legítima defensa, que es una situación psicológica muy diferente, a quien quiere el hecho sabiéndolo criminal o ilícito. (FPM. ANTE TSM. RAD. 14398, M. P. TC(r) Rubén Orlando Vargas, 30 de agosto de 2013).

AUTO – FISCALÍA PENAL MILITAR ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.
Exceso en la legítima defensa.

“Por lo anterior, aunque es claro para esta Fiscalía que el obrar de procesado se encuentra amparado en una causal de justificación como lo es la legítima defensa, no es menos cierto que su actuar fue excesivo y desmedido en cuanto si bien es cierto inició su reacción amparado en una legítima defensa, la agresión causada evidencia un exceso en el uso del arma cortopunzante,

puesto que podía haber usado la fuerza con la que insertó dicho elemento en la humanidad de Campo para defenderse por medio de un golpe limpio que hubiese repelido el ataque del soldado y con ello haber evitado el nefasto resultado de la amputación de su pierna, el cual en principio no le es atribuible, pues probado está que lo mismo podía haberse evitado si hubiera recibido una atención médica oportuna". (FPM. ANTE TSM. RAD. 14459, TC. Paola Liliana Zuluaga Suárez, 14 de julio de 2015).

AUTO – FISCALÍA PENAL MILITAR ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. El uso de las armas es posible en la legítima defensa.

"De lo dicho en precedencia resulta claro que no puede desconocerse el riesgo en que se encontraban expuestos para el momento de los hechos los procesados, de igual manera no puede olvidarse que la actividad de policía es considerada de alto riesgo, y aunque esto último no legítima a sus miembros a disparar deliberadamente sin sopesar con sano juicio el ejercicio del uso de la fuerza, lo mismo, no puede ser óbice para justificar que se permitan atentados contra su integridad sin posibilidad alguna de defenderse por el sólo hecho de ser policías. Además, en este preciso punto es necesario recordar que el Estado ha dotado a los integrantes de las Fuerza Militares y la Policía Nacional del monopolio de las armas con el fin de proteger la vida y bienes de la comunidad, así como la propia, no siendo el caso de marras uno de aquellos casos que pudiesen excluir tal facultad; además, con el mismo fin, la Policía Nacional expidió la Resolución N.º 00448 del 19 de febrero de 2015 Reglamento para el uso de la fuerza y el manejo de elementos, dispositivos, municiones y armas no letales de la Policía Nacional" el cual dispuso que el uso de la fuerza deberá estar enmarcado en 5 principios, los cuales son expuestos en el artículo N.º 7 de la normatividad en mención...". (FPM. ante TSM. RAD. 14619, TC. Paola Liliana Zuluaga Suárez, 14 de noviembre de 2017).

[1] El Homicidio. Jesús Orlando Gómez. Tomo I, Tercera Edición. Universidad Santo Tomás. P.121.

[2] Op.Cit.P.28

[3] Tribunal Superior Militar. Tercera Sala de Decisión. Rad. 154518. Magistrada Ponente: My(r) Marycel Plaza Arturo. 31 de agosto de 2010.

[4] CSJ.26Juni2002.rad.11679. M. P. Fernando Arbolea Ripoll.

[5] Tribunal Superior Militar. Tercera Sala de Decisión. Rad. 154518. Magistrada Ponente: My(r) Marycel Plaza Arturo. 31 de agosto de 2010.

7. SE OBRE POR LA NECESIDAD DE PROTEGER UN DERECHO PROPIO O AJENO DE UN PELIGRO ACTUAL O INMINENTE, INEVITABLE DE OTRA MANERA, QUE EL AGENTE NO HAYA CAUSADO INTENCIONALMENTE O POR IMPRUDENCIA Y QUE NO TENGA EL DEBER JURÍDICO DE AFRONTAR

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL EJEMPLO APLICACIÓN CAUSAL ESTADO DE NECESIDAD:

"(...) Y, ¿cómo pretender que no se encuentra en estado de necesidad quien actúa para salvar la vida de un secuestrado y recuperar su libertad? Basta analizar el delito de secuestro en relación con esta causal de justificación (...) El artículo 12 de la Ley 40 de 1993 y las normas concordantes de la misma ley, tipifican el delito de pagar para obtener la liberación de una persona secuestrada. Examinadas estas normas en relación con la causal de justificación de que se trata, se tiene lo siguiente:

- a) La víctima del secuestro se encuentra en peligro actual, y no sólo inminente, de perder su vida. Y ha perdido ya, así sea sólo transitoriamente, su libertad.
- b) Tal peligro, en la mayoría de los casos, no es evitable de una manera diferente al pago del rescate a los delincuentes. Por desgracia, generalmente la acción de las autoridades no impide la comisión del delito, ni consigue la liberación de la víctima.
- c) Tampoco puede decirse que el secuestrado, o sus parientes o amigos, hayan causado intencionalmente o por imprudencia, el peligro en que se encuentran. Ellos solamente han tenido la desgracia de ser elegidos por los criminales que asedian la comunidad inermes.
- d) El secuestrado y sus allegados no tienen el deber jurídico de afrontar el peligro. No están en el caso, por ejemplo, de los miembros de la Fuerza Pública, a quienes la República ha entregado las armas para que las usen en defensa de las personas. Por eso, la obligación de obrar heroicamente recae sobre sus miembros y no sobre la población civil. (...)". (Corte Constitucional Sentencia C-542/93, Nov. 24/1993. M. P. Jorge Arango Mejía).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. Estado de necesidad. Núcleo conceptual.

De la definición que de estado de necesidad se ha transcrito se debe destacar lo que constituye su nota primordial, esto es, la inexcusabilidad de remedio, la inevitabilidad del mal, lo cual constriñe, obliga al sujeto a la actuación lesiva de los bienes ajenos. No existe otro modo de evitar el peligro que se cierne, si no es atacando, vulnerando, destruyendo el derecho ajeno. (...) De la definición que de estado de necesidad se ha transcrito se debe destacar lo que constituye su nota primordial, esto es, la inexcusabilidad del remedio, la inevitabilidad del mal, la cual constriñe, obliga al sujeto a la actuación lesiva de los bienes ajenos. No existe otro modo de evitar el peligro que se cierne si no es atacando, vulnerando, destruyendo el derecho ajeno. Se reitera, entonces, que es de la naturaleza jurídica del estado de necesidad la inevitabilidad de la conducta o ineludibilidad del mal o lesión del bien jurídico causado (acto necesitado). La doctrina se ha encargado de precisar que el acto necesitado será tal si el mal que se ocasiona

es inevitable. Quiere decir ello que el mal que amenaza sobrevivirá si no se actúa y que no existe medio inocuo de soslayarlo, pues si este se diera (así fuera la huida) deberá emplearse; incluso, debe elegirse el medio menos dañoso de evitar el mal. Ese acto necesitado también debe ser proporcionado, esto es que el mal ocasionado no sea mayor que el que se trata de evitar". (CSJ, Sent. Casación N.º 8523, Agos. 17/1993).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Estado de necesidad justificante en situaciones precarias.**

"Por otra parte, la jurisprudencia siempre ha sostenido que no basta que la persona llegue a condiciones precarias para invocar a su favor el estado de necesidad, como dirimente de la antijuridicidad, pues del precepto legal se infieren requisitos sustanciales y precisos como el peligro actual o inminente de un derecho propio o ajeno; la inevitabilidad del daño a un tercero inocente; y la proporcionalidad entre el mal que se precave y el que se ocasiona, entre otros, de tal manera que el sujeto activo está obligado a escoger, en situaciones que se lo permitan, el medio menos nocivo a los terceros extraños y no el más rentable para su propio interés. Tales exigencias no fueron confrontadas por el demandante, desde el punto de vista jurídico ni tampoco desde lo probatorio, con el fin de mostrar en dicho campo los errores de hecho o de derecho supuestamente cometidos por el Tribunal en tal configuración típica de la justificante". (CSJ, Sent. Casación N.º 15313, Agos. 17/2000. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Diferencia entre estado de necesidad y legítima defensa. Cada exonerante responde por presupuestos distintos.**

"De una parte, la denominada legítima defensa, que, a su vez, puede ser objetiva o subjetiva, según se ubique en el inciso primero o en el segundo del numeral 6º citado, cuando «se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediata. De otro lado, cuando «se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. De tal manera que cada exonerante responde a presupuestos distintos. En la primera debe darse una agresión ilegítima como determinante de la colisión de bienes jurídicamente protegidos; en el estado de necesidad se presenta una situación de peligro grave que bien puede no atribuirse a la acción ilegítima de un tercero". (CSJ, Sent. Casación N.º 48609, Feb. 21/2018. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – ESTADO DE NECESIDAD.

Diferencia de peligro actual e inminente – "Cuando se habla de la necesidad de proteger

un derecho propio de un peligro actual o inminente, se debe entender que "actual" es el riesgo que ya ha comenzado y no ha concluido aún, el que se concretó en un daño real y pervive todavía; mientras que "inminente" es el que representa cualquier amenaza inmediata para el bien jurídico deducible de un gesto, actitud, movimiento, etc., de tal manera que lleve al sujeto racionalmente a la convicción de que es necesario tomar las medidas indispensables encaminadas a protegerlo (...)". (Rad. 159170, 12 de febrero de 2020, M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – ESTADO DE NECESIDAD. **Análisis de los elementos objetivos y subjetivos causal de justificación.**

"(...) En el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 se consagran las eximentes de responsabilidad, allí no se hace alusión sobre cuál de las tres categorías dogmáticas quedaría excluida, en caso de que llegare a consolidarse su reconocimiento, por tanto le ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia su ordenación científica y por ello se ha dicho que en el caso del estado de necesidad se estaría frente a una causal que afecta la antijuridicidad porque "el comportamiento atípico es, ya de principio, jurídicamente neutral, mientras que las causas de justificación autorizarían la intromisión en un bien jurídico protegido mediante un tipo". Por consiguiente, si para la estructuración del injusto penal se exige además de la infracción a la normatividad es decir un desvalor de acción, de un factor condicionante, el cual necesariamente se materializa con la demostración de una afectación al bien jurídico tutelado penalmente por la ley, que para el caso de estudio se denomina el servicio, o sea desvalor de resultado. Necesariamente ante la presencia de un posible valor de resultado que comporta la salvación de un bien jurídico de mayor entidad, imperiosamente la norma subjetiva de determinación tendría que ceder ante la norma objetiva de valoración, y por ende el comportamiento se encontraría debidamente justificado (Gómez, Pavajeau 2010).

(...) En igual sentido la Corporación Penal Militar en reciente pronunciamiento sostuvo: "Frente al aludido estado de necesidad por colisión de deberes, debe recordarse que se trata de un efectivo conflicto entre dos bienes jurídicamente tutelados en los que se advierte una situación de peligro actual o inminente no creada por el necesitado, en donde se sacrifica el bien inferior para salvaguardar el interés jurídico más valioso, siempre que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal que se trata de impedir". Teniendo en cuenta las anteriores nociones jurídicas y doctrinales, resulta evidente que en el comportamiento realizado por el soldado Barrera Moreno se evidencian no sólo los elementos objetivos –situación de peligro actual o inminente y un mal causado de menor valor– sino además los subjetivos –ánimo o voluntad de evitar un mal ajeno– que configuran indefectiblemente un estado de necesidad como causal de justificación, y por tanto al derecho penal no le queda camino distinto que la exoneración de la responsabilidad frente a este tipo de casos excepcionales que se presentan en la vida de nuestros militares. (Rad. 158143, 9

de marzo de 2015, M. P. CR (RA) Pedro Gabriel Palacios Osma).

(Sentencia Concordante:

Perron, Walter. Principios estructurales de la justificación en derecho español y alemán en causas de justificación y de atipicidad en derecho penal, op. cit., p. 69 y 70. TSM, M. P. Camilo Andrés Suárez Aldana. Radicado 157846 del 21 de abril de 2014).

8. SE OBRE BAJO INSUPERABLE COACCIÓN AJENA

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL:

“[...]cuando se excluye la responsabilidad por insuperable coacción ajena y cuando exista un miedo insuperable, se encuentra gravemente afectada la capacidad de entendimiento y voluntad conforme a sentido del sujeto. [...] Es decir, se excluye la imputabilidad cuando las facultades volitivas del sujeto activo están seriamente afectadas. (Inimputabilidad por razón de enfermedad mental transitoria). Y, de otra parte, dentro de las causales de exclusión de responsabilidad que también enumera el Código Penal, figura la de la insuperable coacción ajena”. (Corte Constitucional Sentencia C-647 de 2001. Junio 20 de /2002 M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – DELITO POLÍTICO:

“Agrega que los modernos mecanismos de participación incluyendo la subordinación cívica, los derechos de alegar legítima defensa, estado de necesidad, coacción ajena, etc., son contemplados dentro del Derecho Criminal. De la misma manera indica que en la actualidad, el hombre se ha preocupado por perfeccionar el ejercicio de los propios derechos desarrollando el principio constitucional y legal del debido proceso”. (Corte Constitucional Sentencia C-009 de 1995. Junio 20 de /1995 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“Afirman que las causales eximentes de culpabilidad tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, la insuperable coacción ajena y el error invencible, no tendrían cabida dentro de la responsabilidad objetiva pues esta implica que se aplique la sanción como una consecuencia necesaria e irremediable de la infracción, resultando innecesaria la demostración de la ausencia de culpa por el infractor. En su parecer se trata de casos excepcionales, pues la infracción de una norma ordinariamente obedecerá cuando menos a la negligencia del infractor siendo exigible para él otra conducta; en esta medida será reprochable su acción u omisión por haberla realizado culpablemente. Pero en determinadas circunstancias puede ocurrir que el infractor no

podía obrar de otra manera, por alguna de las situaciones indicadas, ya que la infracción ocurrió debido a una causa diferente a su negligencia o culpa y por ello no le era exigible otra conducta ni le es reprochable”. (Corte Constitucional – Sentencia C-010 de 2003. Enero 23/2003 M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Requisitos insuperable coacción.

“Pero para que pueda hablarse de insuperable coacción, es necesario que se cumplan unos requisitos, como son:

“a) Que haya peligro inminente, es decir, que no sea futuro o incierto, pero sí serio o inevitable por otro medio. b) Que se advierta un mal que para el violentado sea de naturaleza más grave que el que puede ocasionar con la comisión del hecho ilícito propuesto. c) Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley, es decir, que la conducta ilícita no haya sido consentida previamente”¹²⁶. (Rad. 155130, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 18 de marzo de 2009).

9. SE OBRE IMPULSADO POR MIEDO INSUPERABLE

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – ACCIÓN DE TUTELA – Fuerzas Militares:

“[...] la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe. [...] Ello sucede en aquellos casos en los que el juez comprueba que la condición del actor “lo coloca en un estado de ignorancia o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho” o cuando la violación de los derechos fundamentales invocados persiste en el tiempo; circunstancias en las cuales los requisitos formales de la tutela se convierten en una carga desproporcionada para el actor y que justifican la interposición de una nueva acción”. (Corte Constitucional Sentencia T-383 de 2016. Julio 21 de 2016 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – ACCIÓN DE TUTELA – MIEDO INSUPERABLE:

“Por último, defiende la constitucionalidad de la norma. En primer lugar, sostiene que la norma demandada respeta el criterio de proporcionalidad entre el fin que persigue y la carga que impone, y se fundamenta en el principio de solidaridad social. Realiza un recorrido de pasajes de la historia nacional y universal para concluir que “si nuestros militares no tienen la convicción de que es su deber defender a Colombia aun a costa de perder su

126 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de octubre de 2007, M. P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Expediente 22005.

vida, van a dudar, y quien duda, pierde". Sostiene además que el homicidio no se configura cuando la muerte ocurre dentro de las normas del Derecho Internacional Humanitario. En segundo lugar, sostiene que la norma demandada es a la vez norma y excepción, pues si bien habla de la disposición de entregar la vida de parte de los militares, excepciona su aplicación al contemplar que este deber surge únicamente cuando sea necesario. Tal excepción es la que funda su exequibilidad. Por tal razón, argumenta, el numeral 9 del artículo 33 del Código Penal Militar establece como un eximente de responsabilidad para los miembros de la Fuerza Pública, el actuar por miedo insuperable. De tal manera, no es delito el no ofrendar la vida". **(Corte Constitucional Sentencia C-010 de 2003. Enero 23 de /2003 M. P. Clara Inés Vargas Hernández).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – ACCIÓN DE TUTELA – MIEDO INSUPERABLE:

"[...] Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto. [...] De otro lado, es necesario tomar en cuenta que la expresión acusada establece que la persona es inimputable no sólo si no puede comprender la ilicitud de su conducta (momento cognitivo) sino también si no puede actuar con base en dicha comprensión (momento volitivo). Ahora bien, la exclusión de responsabilidad por error de prohibición no cubre expresamente el momento volitivo, ya que literalmente el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando "se obre con error invencible de la licitud de la conducta". El análisis precedente conduce a la siguiente conclusión: muchos de los casos en que una persona realiza una conducta típica y antijurídica, pero no puede, por su diversidad cultural, comprender su ilicitud, no son punibles, pues la persona habría incurrido en un error invencible de prohibición culturalmente condicionado. Existen sin embargo ciertos eventos en que esa causal de exclusión de la responsabilidad no opera, por cuanto el error era evitable, si la persona hubiera sido diligente, o por cuanto la persona conocía la ilicitud de su comportamiento, aunque no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento. Frente a esos últimos eventos, la expresión acusada ampara la diversidad cultural pues, al declarar inimputable al indígena, o al miembro de otras minorías culturales, evita que le sea impuesta una pena". **(Corte Constitucional Sentencia C-370 de 2002. Mayo 14 de /2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynett).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Presupuestos esenciales para que se configure el miedo insuperable.**

"El "miedo intenso" de que habla el Tribunal, asimilable en el mejor de los casos al temor intenso, estado de emoción o pasión excusable,

contemplado en nuestra codificación como circunstancia de menor punibilidad, y al cual se refirió el Tribunal de manera expresa en la sentencia impugnada, no puede confundirse con el miedo insuperable, que consagra el Nuevo Código Penal como causal de ausencia de responsabilidad en el artículo 32-9, bajo la fórmula de que no habrá lugar a responsabilidad cuando "se obre impulsado por miedo insuperable". En la exposición de motivos al Proyecto de ley número por el cual se expidió el Nuevo Código, se afirma la necesidad de su regulación "toda vez que tal situación, que desde el punto de vista psicológico está muy cercana a la insuperable coacción ajena, no queda comprendida en esta por la exigencia de una conducta proveniente de un tercero". El miedo al que aquí se alude es aquel que aun afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término "insuperable" ha de entenderse como "aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros"¹²⁷. Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito. La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad. La Sala, acogiendo en este punto algunos aspectos destacados por el Procurador Delegado, encuentra que para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es necesario que converjan los siguientes presupuestos esenciales:

a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal. b) El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres. c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse. d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados. En cambio, en el temor intenso, aunque el sujeto padece cierta perturbación debido a una impresión real o imaginaria, todavía es capaz de enfrentar con algún grado de ecuanimidad la amenaza de daño. Por ello, algunos autores lo ubican dentro de las denominadas fases de prudencia o cautela, arriba especificadas, que no excluyen la responsabilidad, sino que disminuyen la punibilidad, porque de todas maneras la situación emocional atenúa en cierto grado la culpabilidad"¹²⁸. **(Rad. 154010, 29 de mayo de 2007, M. P. CR MY(r) Imelda Triviño Lopera).**

127 Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 410.

128 Providencia del 12 de diciembre de 2002, M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Proceso No. 18983.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Insuperable coacción ajena. Definición y diferencias con el miedo insuperable.**

“3. En efecto, la insuperable coacción ajena como causal de ausencia de responsabilidad prevista por el artículo 32, numeral 8°, de la Ley 599 de 2000, (antes causal de inculpabilidad de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 100 de 1980), para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad debe consistir en un acto de violencia moral verdaderamente irresistible generada por un tercero, que tenga por causa un hecho absolutamente ajeno a la voluntad del agente, que lo obligue a ejecutar aquello que no quiere, sustentado en el miedo o en el temor y la voluntad de evitarse el daño amenazado. De ahí que si el sujeto activo de la conducta punible obra por voluntad propia y consciente, no puede invocar esta causal eximente de responsabilidad, toda vez que la conducta no fue realizada como consecuencia del miedo al mal que lo amenazaba. Recuérdese que el miedo, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es la “perturbación angustiosa de ánimo por un riesgo o daño real o imaginario...”. Dicho miedo puede tener varias causas, a saber: a) Miedo a los fenómenos naturales. Este tiene su génesis en las inundaciones, naufragios, terremotos, huracanes, etc., provocados por la furia natural, que en determinados eventos llevan a la persona a un estado de sugestión patológica. Es instintivo y surge espontáneamente, sin control de nuestra voluntad. b) Miedo a la conducta ajena. Es un miedo provocado por la conducta injusta de otra persona que nos infliere o amenaza con hacernos un mal. Por ello, para predicar dicho estado emocional es necesario que la persona de quien tememos el mal, esté en la posibilidad de causarlo. c) Miedo social. Está referido a todas aquellas situaciones en que el miedo proviene de la absoluta inseguridad social y de la falta de recursos para la subsistencia. Por ejemplo, la inseguridad de la vida, la carencia de medios necesarios para la subsistencia, techo, alimentación, trabajo, etc. Ahora bien, dicho miedo puede alcanzar determinados grados. Veamos: **1. Etapa de la desconfianza.** En esta fase la desconfianza se erige en el temor de una remota posibilidad que puede presentarse. De ahí que el individuo adopta una actitud de cautela y la atención ante el posible daño se acrecienta al punto que no permite actuar con la decisión deseada. En síntesis, en este grado en el individuo surge la inseguridad ante la posibilidad de producirse un mal. **2. Etapa de la alarma.** Aquí el objeto o la razón de nuestro miedo adquiere presencia, es decir, las circunstancias de este estado sugestivo el sujeto lucha instintiva o conscientemente para apartar lo que genera daño. En dicha fase el individuo realiza movimientos de inquietud e impulsos para huir, generando exaltación anímica por la inminencia de un daño y, por lo mismo, como lo dice un doctrinante, “la elaboración del juicio pierde su claridad y la conciencia tiende a empañarse, desconectándose parcialmente de un cúmulo de áreas anexas al factor fóbigeno; en esta fase el individuo tiene conciencia del miedo, del objeto que lo ocasiona, y busca desesperadamente la respuesta adecuada al momento”. **3. El miedo angustioso.** En este lapso el miedo no está sujeto a control de la voluntad, esto es, a los frenos inhibitorios que posee todo

ser humano; de ahí que se generen una serie de impulsos en forma caótica **4. Fase del pánico.** Como lo anota el doctrinante en precedencia citada, en esta fase, “la dirección automática de la conducta es característica de relieve; la conducta, sujeta a control de la corteza cerebral, desaparece y en su lugar tiene pleno curso el comportamiento instintivo reflejo regido por los centros encefálicos inferiores, surgen crisis de movimiento reflejo, y la fuerza muscular se aumenta, como la cólera. El miedo se confunde aquí con la agresividad incontrolada, en la cual el individuo no conscientiza bien la realidad objetiva y, a pesar de estar en fase de miedo, obra contra este; por ello un individuo sumamente asustado puede realizar los actos más temerarios. En el pánico es frecuente la desbandada, la huida loca o la agresión; bajo esta influencia el individuo suele suicidarse lanzándose de balcones o por precipicios ante la inminencia del mal, atropellar a quien se interponga ante un incendio, terremoto, etc.”. Como lo ha destacado la doctrina la insuperable coacción ajena tiene aplicación más que todo en las dos fases anteriores, en virtud de que en dicho estado emotivo el sujeto realiza una acción de preferencia con el fin de evitar el daño que se le pueda acarrear. **5. La fase del terror.** En esta etapa el miedo anula al individuo en cuanto a su personalidad física y síquica. Dicho de otra manera. “el individuo no sólo ha perdido la sensibilidad sino toda su intelección de sí mismo y del mundo objetivo; hay inmovilidad, se pierde la voz, se nubla la visión, inclusive no siente ni el dolor físico, prácticamente la vida síquica está suspendida, y puede llegar hasta el desmayo o inconsciencia absoluta, y hasta la propia muerte por síncope cardíaco. Hay desde luego absoluta amnesia, puesto que la senso-percepción se suspendió y apenas si mantienen las funciones neuro-vegetativas más primarias, circulación, respiración. En estos casos no es posible hablar de exculpación, ni de insuperable coacción, por cuanto hay ausencia de acto y, obviamente, falta así el fundamento natural de todo delito”. Recuérdese que el miedo a que se hace referencia en la insuperable coacción ajena es aquel que sufre el individuo por actos de terceras personas que lo logra afectar síquicamente sin excluir la voluntariedad de la acción, pero sí lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuir responsabilidad penal, por estar fuera de dominio el control de la situación, haciendo que tal emoción supere la exigencia de soportar males y peligros. Dicho de otra manera, en el supuesto de la insuperable coacción ajena el individuo se doblega ante la amenaza de un tercero de sufrir un mal contra bienes jurídicos propios o ajenos, realizando un comportamiento sin que hubiese perdido consciencia del peligro y de la acción. Ahora bien, la Ley 599 de 2000 consagró como causal de ausencia de responsabilidad la de obrar “impulsado por miedo insuperable”, que como lo destaca la delegada, de acuerdo con la exposición de motivos al proyecto que presentó la Fiscalía General de la Nación, “tal situación, que desde el punto de vista psicológico está muy cercana a la insuperable coacción ajena, no queda comprendida en esta por la exigencia de una conducta proveniente de un tercero”. En otras palabras, la diferencia entre obrar “bajo una insuperable coacción ajena” y obrar “impulsado por miedo insuperable”, radica en que en la primera causal de ausencia de responsabilidad el miedo tiene su génesis en el comportamiento arbitrario e ilegal de un tercero patentizado en

una fuerza irresistible tendiente a condicionar la voluntad del sujeto con el fin de que realice una acción determinada; mientras que en la segunda el miedo surge en el ánimo del hombre sin que exista coacción o intimidación, el mismo puede provenir ante peligros reales o imaginarios o tratarse de un miedo instintivo, racional o imaginativo". (CSJ, Sent. Casación N.º 21457, Mar. 7/2007. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Miedo insuperable. Presupuestos. Elementos para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad.**

El miedo al que aquí se alude es aquel que aun afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término "insuperable" ha de entenderse como "aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros". Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito. La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad. La Sala, acogiendo en este punto algunos aspectos destacados por el Procurador Delegado, encuentra que para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es necesario que converjan los siguientes presupuestos esenciales: a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal. b) El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres. c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse. d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados. En cambio, en el temor intenso, aunque el sujeto padece cierta perturbación debido a una impresión real o imaginaria, todavía es capaz de enfrentar con algún grado de ecuanimidad la amenaza de daño. Por ello, algunos autores lo ubican dentro de las denominadas fases de prudencia o cautela, arriba especificadas, que no excluyen la responsabilidad, sino que disminuyen la punibilidad, porque de todas maneras la situación emocional atenúa en cierto grado la culpabilidad". (CSJ, Sent. Casación N.º 18983, Dic. 12/2002. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Requisitos para que se configure el miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad.**

"En cuanto a la estructuración del miedo insuperable previsto en el numeral 9 del artículo 33, se deben estructurar los criterios como el estado emocional, que el miedo genere en la

persona un actuar distinto a como lo hace el común de las personas, que dicho miedo sea el resultado de una situación de tal intensidad que afecta la voluntad, y al mismo tiempo se han de precisar cuáles fueron esos estímulos ciertos, graves, o inminentes que produjeron el miedo. (Rad. 158251, 28 de marzo de 2016, M. P. CR (RA) Fabio Enrique Araque Vargas).

10. CULPABILIDAD Y TEORÍA DEL ERROR (Jurisprudencia relacionada con numerales 10, 11 y 12)

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – **ERROR DE PROHIBICIÓN POR DIVERSIDAD CULTURAL:**

"(...) Por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto. (...) El ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal no prevé expresamente el error de prohibición culturalmente condicionado, pues se limita a señalar que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando "se obre con error invencible de la licitud de la conducta". Sin embargo, una interpretación sistemática permite concluir que esa causal incluye el error de prohibición culturalmente condicionado, pues no sólo el nuevo estatuto penal eliminó la prohibición de invocar la ignorancia de la ley como excusa, la cual estaba prevista en el anterior ordenamiento penal, sino que, además, es claro que quien no puede comprender, por su particular cosmovisión, la ilicitud de su comportamiento, obra con un error sobre la licitud de su comportamiento.

Pero hay más. Incluso si se concluyera que el nuevo estatuto penal no prevé el error de prohibición culturalmente condicionado, de todos modos, habría que concluir que esos comportamientos son, por mandato directo de la Carta, inculpables. En efecto, y como bien lo señalan algunos intervinientes, en un Estado de derecho fundado en la dignidad humana (CP. Arts 1º y 5º), y que además reconoce y promueve el pluralismo y la multiculturalidad (CP. Arts 7º, 8º y 70), la diversidad cultural no puede ser criminalizada. En ese orden de ideas, si es propio de ese tipo de Estado un derecho penal culpabilista, y la diversidad cultural no puede ser criminalizada, entonces una conclusión se impone: por mandato directo de la Carta, no puede ser sancionada penalmente aquella persona que incurra en una conducta típica y antijurídica, pero haya realizado ese comportamiento por un error de interpretación cultural, en la medida en que su particular

cosmovisión le impidió comprender la ilicitud de su conducta. La exclusión de responsabilidad penal por un error de prohibición culturalmente condicionado es entonces una causal de rango constitucional, que obligatoriamente debe ser tomada en consideración por el legislador.

Con todo, la Corte considera que el reparo contra el análisis de esta sentencia, por una supuesta interpretación indebida del alcance del ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal, puede tener en parte sustento en dos aspectos: de un lado, el estatuto penal exige no sólo que el error de prohibición sea "invencible" sino que además específica literalmente que para "estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta". Esto significa que el error de prohibición, para ser un exonerante de responsabilidad, debe ser invencible, y ello supone que el sujeto activo tuvo un razonable cuidado por conocer y comprender la antijuridicidad de su comportamiento, pues si esa persona pudo actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, y no lo hizo, entonces debe entenderse que su yerro no era insuperable sino evitable. Y en esta última hipótesis, el artículo 32 ordinal 11 del estatuto penal no prevé la exoneración de la responsabilidad penal sino únicamente la reducción de la pena a la mitad". **(Corte Constitucional Sentencia C-370 de 2002. Mayo 14 de /2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – JURISDICCIÓN INDÍGENA – ERROR INVENCIBLE DE PROHIBICIÓN ORIGINADO EN DIVERSIDAD CULTURAL:

"[...]Este caso supone un individuo no perteneciente a la comunidad mayoritaria cuyo derecho al fuero indígena sólo será reconocido si se determina que al momento de desplegar la conducta no entendía la ilicitud de esta, es decir, si incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa. El deber de establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa corresponde entonces al funcionario judicial, quien deberá verificar si la conducta ilícita fue desplegada por una persona indígena cuya forma de entender el mundo determinó su actuar en alguna medida. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, el fuero indígena producirá el efecto para el cual fue creado de modo que la persona debe ser puesta en manos de las autoridades tradicionales de su comunidad para su juzgamiento; de lo contrario, la persona deberá ser procesada y sancionada por la justicia ordinaria.[...] El deber de establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa corresponde entonces al funcionario judicial, quien deberá verificar si la conducta ilícita fue desplegada por una persona indígena cuya forma de entender el mundo determinó su actuar en alguna medida. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, el fuero indígena producirá el efecto para el cual fue creado de modo que la persona debe ser puesta en manos de las autoridades tradicionales de su comunidad para su juzgamiento; de lo contrario, la persona deberá ser procesada y sancionada

por la justicia ordinaria". **(Corte Constitucional Sentencia T-002 de 2012. Enero 11 de /2012. M. P. Juan Carlos Henao Pérez).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. Error de Tipo. Naturaleza.

"En el error de tipo no obstante que el autor obra voluntariamente, no alcanza a representarse que con su comportamiento ejecuta una conducta delictiva, como por ejemplo cuando se realiza el acceso carnal con un hermano desconociendo tal condición, en cuyo caso no existe el dolo de incesto; o cuando se profiere una resolución manifiestamente contraria a la ley siempre que el autor no tenga conocimiento del elemento jurídico del tipo pues al desconocer la ley, ignora que su comportamiento se adecua a la conducta punible. Este error puede ser vencible o invencible. Será vencible cuando el autor estuvo en condiciones de obrar con el cuidado que le era exigible y tuvo a su alcance superar tal situación, caso en el cual se excluirá el dolo, pero no la culpa si el tipo penal admite la modalidad culposa; y será invencible cuando ni aun poniendo la atención o cuidados debidos, le era posible superar la falsa representación, circunstancia que excluye el dolo y la culpa al carecer de un elemento subjetivo propio del tipo". **(CSJ, Sent. Casación N.º 34848, May. 23/2012. M. P. Augusto Ibáñez Guzmán).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. Error de tipo. Error de tipo vencible e invencible y sus consecuencias.

"Así mismo, el estatuto penal de 2000 consagró como causales de ausencia de responsabilidad (artículo 32) los ya tradicionales errores de tipo (num.10) y de prohibición (num.11), la primera clase en su especie clásica ("se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica") más "de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad", errada representación sobre lo material, fenomenológico o fáctico de las causas de justificación, verbi gratia, en la legítima defensa, yerro en el acto de agresión, que otrora configuraba la defensa putativa, error de prohibición o sobre el elemento antijuridicidad (artículo 40-3 cp-80), que no es sobre lo normativo o jurídico de esa institución (artículo 32-11 cp-2000). 9. Esos yerros pueden clasificarse también en los rangos de invencibles y vencibles, con consecuencias jurídicas diversas porque en el error de tipo vencible, la conducta se pena si la ley la registra como culposa, mientras que, en el error de prohibición vencible, se castiga con una mitigación punitiva de la mitad. 10. El error de tipo invencible es la errada interpretación que no le era exigible al autor superar, o, en otros términos, que ni aun actuando en forma diligente y cuidadosa habría podido llegar a otra conclusión, esto es, que el error invencible no depende de culpa o negligencia. Y, el error de tipo vencible es aquella falsa representación que el autor había podido evitar o superar si hubiere podido colocar el esfuerzo, el ejercicio representativo a su alcance y que le era exigible, es decir, el error que le era dado superar

atendiendo a las condiciones de conocimiento, oportunidad y demás circunstancias temporales espaciales que rodearon el hecho". (CSJ, Sent. Casación N.º 22299, Jul. 6/2005. M. P. Yesid Ramírez Bastidas).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. Error de tipo, error de prohibición, diferencias.

"La Sala ha venido considerando que la Constitución Política establece el derecho penal de acto como principio rector, por lo que el delito es, ante todo, conducta o comportamiento humano, como lo determina el artículo 9º de la Ley 599 de 2000. De modo que es un hacer humano cualificado, reglado y descrito con elementos normativos exclusivos del orden jurídico que incluyen desvalor de la acción y del resultado¹²⁹. De este modo, la conducta y la afectación del bien jurídico constituyen los elementos básicos del injusto, estando la primera inserta en la estructura del arquetipo legal que la prohíbe, y conformada por unas partes subjetiva y objetiva, que integran el tipo penal. La subjetiva se refiere al proceso ideativo de la acción, representación o motivación, que constituye el proceso de selección de los mecanismos o medios y la voluntad que mueve al acto. La objetiva es la exteriorización del comportamiento que se proyecta en relación con los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal, lesionándolos o colocándolos en peligro efectivo. Así, cuando el legislador en ejercicio del poder punitivo del Estado, para salvaguardar bienes jurídicos, tipifica una conducta humana como delito, se dirige a los asociados a fin de que conozcan anticipadamente el desvalor jurídico que le asigna a la misma y, por lo tanto, se abstengan de ejecutarla y sus actuaciones en el mundo de relación se ajusten a las exigencias normativas, de suerte que el legislador en ese proceso de criminalización sugiere los aspectos relacionados con la motivación –procesos internos– de las personas para que a partir de ese conocimiento encasillen su actuación¹³⁰. De

este modo, el desconocimiento o error, de los elementos descriptivos o normativos –aspectos objetivos del tipo de injusto– por parte de quien realiza la conducta prohibida excluye el dolo. No obstante, si ese error, atendido el entorno y las condiciones de orden personal en las que se desenvuelve, fuere de naturaleza vencible, transmuta el tipo objetivo de injusto en delito imprudente si así lo ha previsto el legislador. Sin embargo, útil es aclarar que, si el error recae estrictamente en el elemento normativo, suficiente es que el autor haya realizado una valoración paralela del mismo, incluso desde la perspectiva del lego, para imputarle su conocimiento a título de dolo. El error acerca de los elementos concernientes a categorías disímiles al tipo, no posee relevancia jurídica alguna en sede de tipicidad, pues, solamente el relacionado con los elementos del tipo elimina el dolo. **5.2.** El error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento, pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que, por lo tanto, lo excluye de responsabilidad penal. En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora. Luego aquí –en el error de prohibición– la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad¹³¹. Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000. **5.3.** La Sala, acerca de la forma como el error de tipo y el de prohibición son tratados en la Ley 599 de 2000, ha precisado: ¹³² "Una enorme discusión se ha dado en la doctrina y la dogmática, que aún no culmina en torno de este concepto, que nuestro ordenamiento jurídico superó con la definición trascrita (artículo 32, numeral 11), incorporada al ordenamiento jurídico, sobre lo cual la sala (sic) ha de pronunciarse porque en ello se introdujo una modificación de índole "copernicana" en nuestra legislación penal. En efecto, en el estatuto penal anterior, tanto el error de prohibición como el de tipo excluían la culpabilidad con la misma metodología, consecuentemente con el causalismo natural que lo caracterizó: Si el error, uno u otro, provenía de la culpa, el hecho se convertiría en culposo y como tal se sancionaría si la ley lo tuviere previsto como culposo. Se trata de la denominada teoría estricta del dolo, también conocida como teoría del dolo

129 Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito, Civitas, 1997. § 10, num. 88, págs. 319 - 320 "Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (cfr. nm. 103 ss.), como el allanamiento de morada (§ 123), existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción".

130 Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte General, 2ª. ediciones Tirant lo Blanch, Valencia 1996, Págs. 31 - 32 "En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que esta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo –segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.– los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente este orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la norma jurídica que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el

orden social. El conjunto de estas normas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social de la sociedad. Tanto el orden social, como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia...". "La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista...".

131 Roxin, Claus, Ob. Cit. § 21, Pág. 861. "Concorre un error de prohibición cuando el sujeto pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida".

132 Sentencia de segunda instancia, Radicado 20.929, 13 de julio de 2005.

malo, en la que el dolo y la culpa conformaban especies de la culpabilidad y, por consiguiente, tanto el conocimiento de la tipicidad como el de la antijuridicidad obran en condiciones de igualdad. En el Código Penal de 2000, el sistema adopta el concepto de injusto¹³³, en el cual se engloban tres elementos sustanciales del delito: La conducta, típica y antijurídica, entendiendo este último como primario, puesto que la razón de la tipicidad radica en la contradicción de una conducta con lo justo (contra-ius), por lo tanto, el legislador no podría tipificar como punible una conducta conforme al derecho (secundum ius). En este orden de ideas, la tipicidad implica la prohibición que el legislador describe de una conducta que quiere evitar por ser contraria al derecho y en tal epistemología, es comprensible que el dolo y la culpa formen parte de la conducta y ya no de la culpabilidad. De ahí la razón del artículo 21, según el cual el dolo, la culpa y la preterintención son modalidades de la conducta punible, como antes lo fueron especies de la culpabilidad. Podría entonces colegirse dentro de este orden sistémico que si dentro de la noción de injusto se incluye la conducta típica, el dolo y la culpa formarán parte del llamado tipo subjetivo y la conciencia de la antijuridicidad formaría parte del aspecto subjetivo de la misma, (de la antijuridicidad) todo ello, se repite, enmarcado en un sólo concepto de tipo de injusto.¹³⁴ Sin embargo, la dogmática sobre el injusto también ha distinguido dos teorías de la culpabilidad, a saber, la teoría limitada y la teoría estricta. En la primera, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación o sobre la ilicitud influyen en el dolo y, por consiguiente, han de tratarse como si fuera error de tipo, puesto que si la tipicidad es prohibición y la justificación es permisión, el efecto de la permisibilidad anula el de la prohibición.¹³⁵ En la comprensión de la teoría estricta de la culpabilidad, el dolo, que sistemáticamente obra en la tipicidad, es un dolo natural y, por consiguiente, la conciencia del injusto es un estado subjetivo diferente que opera en el proceso de la formación de la voluntad del sujeto que puede ser posterior al conocimiento propio del dolo.¹³⁶ Por ello, es que, dentro de esta teoría, cuando se alude a la conciencia del injusto se refiere al conocimiento potencial, como posibilidad de conocimiento.¹³⁷

Así las cosas, esa conciencia de antijuridicidad no opera en el campo del tipo sino en el espacio de la culpabilidad.¹³⁸ Es por esta razón que en el tratamiento del error vencible hay una diferencia con el tratamiento que se le da al de error de tipo, porque allí, lo convierte en conducta culposa, pero cuando es error vencible en la ilicitud, la pena se reducirá en la mitad, porque el dolo del tipo subsiste (artículo 32.11 del Código Penal vigente)". **(CSJ, Sent. Casación N.º 28984, May. 19/2008. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Error de prohibición.**

"En tanto el dolo, la culpa y la preterintención corresponden a formas de conducta (artículo 21 del Código Penal), la culpabilidad precisa de tres elementos: Imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta. Se excluye la culpabilidad cuando se acredita la configuración de un error de prohibición directo que afecta la conciencia sobre la ilicitud de la conducta, reglado en el artículo 32-11 de la Ley 599 de 2000, al disponer que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: "11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Tal yerro tiene lugar cuando el agente: (a) Desconoce la existencia de la norma que sanciona el comportamiento, (b) conoce la disposición, pero yerra sobre su vigencia o (c) sabe de la norma, pero al interpretarla erróneamente la considera no aplicable al caso. Las consecuencias dependerán del carácter invencible o vencible del error, pues en el primero no habrá culpabilidad y tampoco responsabilidad penal, mientras que en el segundo se mantiene la imputación dolosa, pero se atenúa la pena por mandato del legislador, dado que hasta ese momento el agente ha realizado una conducta típica y antijurídica. Resta señalar que el error de prohibición, conforme a la legislación vigente (teoría estricta de la culpabilidad), no requiere conocimiento actual o conciencia de lo antijurídico de la conducta, pues como se precisa en el inciso 2 del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, "para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta", en cuanto exigir al autor al momento de realizar el comportamiento la representación de estar actuando contra derecho, supone una acreditación probatoria difícil o imposible por tratarse de un estado subjetivo en el proceso de formación de la voluntad del individuo y por ello, no se exige demostrar el conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta, sino que tuvo la oportunidad de actualizar de manera razonable, esto es, conforme a la situación fáctica concreta y a sus condiciones personales, lo injusto de su actuar". **(CSJ, Sent. Casación N.º 50525, Dic. 4/2019. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).**

133 Art. 7º. CP. Igualdad. "... el funcionario tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto..."

134 "El dolo en el tipo de injusto y la malicia en la antijuridicidad". Jaime Córdoba Roda, págs. 62 y ss. Comentarios al Código Penal español. 1972.

135 Concepto de la culpabilidad fácil de asumir para los autores de la teoría de los elementos negativos del tipo.

136 "Conforme a esta teoría, entonces, el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, no el dolo ni la culpa (el injusto permanece intacto) y el error vencible sólo atenúa la culpabilidad, ya sea en relación al injusto doloso o bien al culposo". J. Bustos R. y Hormazábal Malerée. Vol. II. p. 371.

137 El dolo significa conocimiento de la realización del tipo y la culpa falta de cuidado respecto de esa realización. Por tanto, la conciencia del injusto ha de tener un contenido completamente diferente al conocimiento del dolo, ya que no hay punto de relación entre sus estructuras y objeto de referencia. Pues, si bien obedecen a situaciones psicológicas similares, se diferencian en el plano normativo. La conciencia se forja en el plano social, es de índole compleja por su carácter sociológico, filosófico y normativo. A la conciencia del injusto se parte de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base del sujeto concreto, se le puede exigir una determinada comprensión del injusto". Manual de Derecho Penal. Par-

te General. Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1989. p. 335.

138 J. Bustos R. y Hormazábal M. Lecciones de D. Penal. ob. cit. vol. II. p. 371.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Puede presentarse un error de tipo cuando el uniformado tiene el convencimiento de que traspasar los límites del campamento no constituye delito, por considerar que ello sólo se presenta por ausencia por más de cinco días.**

“(…) La modalidad de deserción por la que fue acusado el procesado (artículo 109 -3 Ley 1407/10) implica elementos descriptivos y normativos que no necesariamente permiten considerar que el soldado regular conocía de ellos porque no están en otras modalidades de deserción, como en la descrita en el numeral primero, que es a la que aparentemente se refiere el señor defensor, como deserción regular, normal y que consiste en el abandono del lugar donde se encuentre prestando el servicio militar en un término mayor a cinco días consecutivos, modalidad bien distinta a la del numeral tercero, que se consume una vez se traspasen (sin autorización) los límites señalados al lugar donde debe permanecer el pelotón o patrulla, por el Jefe de las tropas, y que ello ocurra en operaciones militares. La circunstancia que atrás se anunció en este presente caso es relevante; se trata del sorprendimiento del soldado la noche anterior en las fiestas de Paletará, que implicó por supuesto dejación del lugar donde se encontraba la Base de Patrullaje Móvil, y por supuesto el traspaso de los límites de la misma, y ello en cuanto resultó inadecuada por parte de los superiores la respuesta para con el subalterno, haciendo parte de la hipótesis de desestímulo a que el soldado pudiera comprender que traspasar los límites de la Base de Patrullaje Móvil era delictuoso, así regresara prontamente; ello se puede inferir en lo narrado lacónicamente por el procesado en el sentido de que se ausentó del lugar y se dirigió al área rural de Tambo, donde vivía su señora madre, para verificar cómo se encontraba, porque según él había recibido una llamada en la que se alcanzó a decir que su progenitora estaba grave. Consecuente con lo anterior, lo que se quiere significar es que si bien la ausencia o la dejación del lugar donde el soldado se encuentre y la prestación del servicio militar están estrechamente relacionados de tal forma que no podría afirmarse que el soldado regular DFLO desconociera esta relación, ello sí puede predicarse de las terceras de las modalidades previstas en el referido artículo 109, en cuyos elementos no se advierte esta relación, sino unos elementos distintos, vale decir, los atinentes al traspaso de los límites de la Base de Patrullaje Móvil; tanto es así que en el relato que hizo el procesado en su injurada apuntó que ‘..yo nunca hice eso para quedarme en la casa; yo iba a volver y volví’, expresión indicativa de que el soldado regular estaba considerando que regresar no lo haría incurso en el delito de deserción, siendo desafortunado que la imputación fáctica que se puede leer en esa indagatoria no corresponde a los elementos descriptivos y normativos del tipo penal por el que fue acusado y condenado el procesado. Así las cosas, se puede concluir que el procesado actuó bajo un error de tipo, así como se encuentra definido en el siguiente radicado de

la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”. (Rad. 158146 del 4 de marzo de 2015, M. P. CN (RA) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Diferencia entre error de tipo y error de prohibición.**

“(…) que el error de tipo consiste en “el desconocimiento o error acerca de los elementos descriptivos o normativos –aspectos objetivos del tipo de injusto– por parte de quien realiza la conducta prohibida” excluyendo el dolo, aunque “válido es aclarar que si el error recae estrictamente en el elemento normativo, suficiente es que el autor haya realizado una valoración paralela del mismo, incluso desde la perspectiva del lego, para imputarle su conocimiento a título de dolo”. (CSJ, N.º 31780, 15-Jul-09).

En tanto que el error de prohibición difiere del error de tipo en que “el agente conoce la ilicitud de su comportamiento, pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que por lo tanto lo excluye de responsabilidad penal, en otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora. Luego en el error de prohibición la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad” (CSJ, N.º 31780, 15-Jul-09)157; luego entonces, como puede la Defensa alegar, de una parte, que su patrocinado obró con error de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de las descripción típica –error de tipo–, cuando a la par reclama en absoluta contradicción, que conociendo que la conducta es punible, obró con error de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad, esto es, con error sobre los presupuestos facticos de una causal de justificación –error de prohibición–. (Rad. 157391, M. P. Brigadier General María Paulina Leguizamón Zárate, 27 de junio de 2017).

Sentencias concordantes: sala de casación penal, n.º 31780, Sentencia del 15 de julio de 2009, m. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Clasificación de algunas circunstancias que configuran el error de tipo.**

“Según el numeral 10 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, obra con error de tipo aquel sujeto que actúa con el convencimiento equivocado de que su acción u omisión no corresponde a una descripción típica, es decir, que en ningún momento se representa la ilicitud de su comportamiento. Amén, que, si se trata de un error invencible, que se da cuando a pesar de la diligencia debida es imposible para el agente salir de su equivocación, se excluye el dolo y como consecuencia la conducta se torna atípica. No obstante, si se trata de un error de tipo vencible, esto es, aquel error en el cual no se hubiera

incurrido de haberse observado la diligencia debida correspondiéndole al sujeto superarlo, la consecuencia es que se excluye el dolo, pero persiste la modalidad culposa siempre y cuando la ley prevea tal modalidad para el respectivo tipo penal. De la misma manera, la doctrina plantea una clasificación respecto de algunas circunstancias que configuran errores de tipo, las cuales son las siguientes:

i) *Error sobre el objeto de la acción o error en la persona:* El cual se presenta cuando la conducta del sujeto activo recae sobre objeto o persona diferente a la que se pretendía dañar¹³⁹.

ii) *Error en el golpe o aberratio ictus:* Se trata de un error en la ejecución de la conducta donde el sujeto activo visualiza el objeto de acción y ejecuta el acto sobre este, pero el devenir causal hace que lesione un objeto distinto¹⁴⁰.

iii) *Error sobre atenuantes y agravantes:* El sujeto supone la existencia de atenuantes o agravantes que no existen, se clasifica como una forma de error de tipo dado que las circunstancias de atenuación y agravación punitiva son elementos de la tipicidad¹⁴¹.

iv) *Error sobre elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno:* “Esta hipótesis – diferencia de la anterior, que supone un tipo complementado– implica la presencia de figuras penales especiales o autónomas, gracias a las cuales se da al agente un tratamiento más benigno que el de la figura básica o agravada. En realidad, por tratarse de una situación muy semejante a la del error sobre las atenuantes debe regirse por los mismos principios”¹⁴². **(Rad. 158718, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, 31 de octubre de 2018).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Clasificación de algunas circunstancias que configuran el error de prohibición.**

Según el numeral 11 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, se incurre en error de prohibición cuando el sujeto es consciente de que su actuar constituye delito pero erradamente estima que su conducta deviene lícita, en consecuencia si el error es invencible el agente es inculpable dado que no se le puede exigir otro comportamiento, pero si el error es vencible será culpable puesto que la persona pudo haber conocido que estaba actuando contra derecho y podía salir del error, su creencia era equivocada, en consecuencia es responsable penalmente pero se genera una atenuación punitiva. De la misma manera, la doctrina ha establecido una clasificación en tratándose del error de prohibición, en este sentido encontramos los siguientes:

i) *Error de prohibición directo:* El cual recae sobre los mandatos y puede darse cuando el agente no conoce la prohibición, el autor conoce la norma prohibitiva, pero considera que no está vigente, o

el llamado error de interpretación o subsunción el cual se presenta respecto de la legalidad de la norma cuando se cree que esta no cubre el caso concreto y por ende es inaplicable¹⁴³.

ii) *Error de prohibición indirecto:* Esta clase de error se presenta cuando el sujeto ejecuta una acción típica y antijurídica, es consciente de la prohibición, pero cree que el hecho está justificado¹⁴⁴.

En esta clasificación de error hay que distinguir dos variantes, la primera sobre los límites de las justificantes y la segunda sobre los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad. Respecto a la segunda, esto es, el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad, existe una amplia discusión doctrinaria desde la teoría estricta¹⁴⁵ y limitada¹⁴⁶ de la culpabilidad a fin de determinar si debe dársele el tratamiento de un error de tipo por recaer en el aspecto fáctico de las causales de ausencia de responsabilidad, o en su defecto un verdadero error de prohibición por el conocimiento de la antijuridicidad del sujeto cuando ejecuta la acción. (...).

Lo anterior permite concluir, que el legislador dejó a cargo de la doctrina y la jurisprudencia definir si el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad corresponde a un error de tipo o de prohibición, no obstante con el fin de evitar desigualdades y propender por la seguridad jurídica, dado que de acoger una u otra teoría las consecuencias en materia punitiva serían distintas, la ley penal ordinaria y militar disponen que en caso de vencibilidad del error que recae sobre el aspecto fáctico de una causal que excluya la responsabilidad, la pena corresponderá a la del error de tipo vencible, es decir, la prevista para la modalidad culposa del delito siempre y cuando el legislador la haya previsto. **(Rad. 158718, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, 31 de octubre de 2018).**

AUTO – FISCALÍA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Error invencible – **Homicidio.**

“Bajo este criterio, consideramos que estamos frente a la presencia de un error invencible,

143 Ibid. p. 536

144 Muñoz Conde Francisco & García Arán Mercedes, Derecho Penal General, Tiran Llobranch Libros, 9 Edición 2015, Valencia España, P. 412.

145 “Para una versión estricta cuando se presente un error de prohibición invencible o inevitable se excluye la culpabilidad, mientras que si este es invencible o evitable puede, aunque no se debe, aminorarse la pena imponible para el hecho doloso; ello es consecuencia de la consideración de que la conciencia de la antijuridicidad se debe concebir de manera potencial, y en todo caso, el agente actúa con dolo del tipo”. Velásquez Fernando, Manual de Derecho Penal parte general, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición, 2010, P. 534

146 “...la versión limitada que, como su nombre lo indica busca ponerle límites a la susodicha construcción y hacerla más manejable políticamente, a cuyo efecto se opta por tratar el error de tipo permisivo de la misma manera que el error de tipo, mientras que el llamado “error de permisivo” es sometido a las reglas del error de prohibición normal; incluso, se acepta ahora, con base en razonamientos propios de la política criminal, que se prescindía de pena en los casos de error de prohibición vencible.” Ibid., p. 535.

139 Velásquez Fernando, Manual de Derecho Penal parte general, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición, 2010, P. 401.

140 Ibid. p. 402.

141 Ibid. p. 404.

142 Ibid. p. 404.

sustentado en una situación objetiva y verídica, pues como ya se precisó a lo largo de esta decisión, el accionar imprudente de los menores que sin la supervisión de un adulto decidieron atravesar la maraña vestidos de verde con escopetas idóneas para ser accionadas en un sector con abierta presencia guerrillera, propició que el encartado accionara su fusil de dotación en defensa de su vida, dada la situación de peligro y zozobra que se presentaba al interior de la patrulla que adelantaba una operación militar, incurriendo así en el error, ante la ilusión idónea de un injusto peligroso, que se transforma en una realidad psíquica, por lo que salta a la vista la figura del error de prohibición, en el entendido de que no estaba en condiciones de comprender la antijuridicidad de su comportamiento, pudiendo haber sido exigible a cualquiera de los miembros de la tropa en iguales circunstancias, y por lo tanto, si bien su actitud comportamental encuadra dentro de la tipicidad y antijuridicidad enmarcada en el punible de homicidio, adolece de culpabilidad imponiéndose de contera la cesación de procedimiento. En este orden de ideas, y reconocida la causal prevista en el artículo 3° del numeral 35 del estatuto castrense, no está llamado a prosperar el recurso de apelación (...). (Rad. 14460, CR Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar, 30 de mayo de 2014).

AUTO – FISCALÍA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Error vencible. DIH. Violación de los principios de distinción y proporcionalidad.**

“Ahora bien, retomando, de haberse tratado hipotéticamente de lo que Cruz Ascencio consideró un miembro de la guerrilla que se movía entre los arbustos y no de una ciudadana que confiadamente preparaba alimentos en un fogón de leña, le era de todas maneras exigible al militar tener en cuenta antes de disparar los más básicos principios que encierran los instrumentos del derecho internacional humanitario, entre otros, el de distinción y proporcionalidad, en el entendido de que este último se predica no sólo de los daños que puedan causarse a los civiles y a sus bienes, sino también a los combatientes o partícipes de las hostilidades, pues, “si hay tres medios para destruir a los combatientes enemigos, matar, herir o capturar, se preferirá la captura a la herida y la herida a la muerte” [20; de manera tal, que no es que de todas maneras y sin más en la eventualidad de tratarse de quien creyó era el enemigo, podía, sin atender los citados principios, abrir fuego de la manera como lo hizo, porque antes que nada el tirador ha debido, (i) identificar el objetivo y percatarse de su ubicación, (ii) discernir si se constituía ese en un blanco legítimo y (iii) verificar si podría tener la posibilidad de neutralizarlo de otra manera, descartando alguna situación de riesgo, pues el soldado contaba con la ventaja de que su ubicación no había sido aún detectada, teniendo la oportunidad de constatar si aquella silueta representaba o no un real o inminente peligro contra su vida que debía ser conjurado, porque una simple regla de experiencia enseña que no todo lo que se mueve dentro de la vegetación puede considerarse como un objetivo militar, pues esto sería tanto como legitimar todos los errores operacionales cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de maniobras

militares cuando no se tiene claridad acerca de los blancos en contra de los cuales se abre fuego, por cuanto es sabido que muy a pesar de que una región del país se caracterice por la incursión de grupos al margen de la ley, no quiere ello suponer que la misma no pueda ser habitada o transitada por campesinos y labriegos ajenos a las hostilidades”. (Rad. 14363, Dr. Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar, 31 de julio de 2014).

AUTO – FISCALÍA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El deber objetivo de cuidado y el error invencible.**

“Este despacho considera que no se vulneró el deber objetivo de cuidado, lo que hay aquí es un error invencible, ya que efectivamente los soldados cuestionados estaban convencidos de que sus otros compañeros venían atrás, ya que como se indicó anteriormente, por parte del oficial que coordinó la operación que eran dos horas de diferencia entre uno y otro pelotón, ello permite inferir que necesariamente lo que estaba delante de ellos posiblemente sería el enemigo, luego así las cosas no se vulneró el deber objetivo de cuidado, se incurrió en un error de invencible, lo cual da lugar a que se excluya la responsabilidad a los investigados”. (Rad. 14526, CR(r) Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar, 21 de enero de 2015).

AUTO – FISCALÍA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La teoría del error en contextos de hostilidades (Ley 1407 de 2010). Principio de Armonización entre el Derecho Penal y la “Lex Specialis” (Derecho Internacional Humanitario).**

(...) “Es entonces, el régimen jurídico especial del Derecho Internacional Humanitario, el que se impone en el caso concreto, y de ahí que, la conducta asumida por el Soldado Profesional XXXX deba ser analizada y resuelta conforme los principios de la guerra, especialmente “la sorpresa” y los principios del DIH., esto es, distinción, necesidad militar, proporcionalidad y humanidad, pues desde la misma indagatoria manifestó que, su acción como centinela del tercer núcleo de seguridad del Pelotón Coloso N.º 2, se dirigió a proteger la seguridad de sus compañeros que vio amenazada ante la presencia de un “guerrillero” o “terrorista”, lo que per sé, indica que no es a partir del cumplimiento del deber legal como norma general y causal de ausencia de responsabilidad penal que se debe entender la conducta asumida, sino, a partir de la teoría del error, esta vez, en contextos de hostilidades. Parámetro de reflexión que nos permite afirmar desde ya, que la modalidad con la que obró el Soldado Profesional XXXX, no corresponde a la culpa, sino, al dolo, en atención al esquema final del delito propuesto en el actual Código Penal Militar...”

El error de tipo en la Ley 1407 de 2010. “...Como ya se advirtió, el error de tipo excluye en cualquier caso el dolo. Y, lo excluye, porque el yerro se encuentra en uno de sus elementos, esto es, en el conocimiento sobre las circunstancias de

los hechos que prevé el tipo penal objetivo, y que, en términos del profesor Claus Roxin, pueden ser descriptivos y normativos. Los primeros, son los percibidos sensorialmente, es decir, es posible verlos y tocarlos. En este sentido “ser humano”, al cual refiere el tipo penal de lesiones personales y homicidio, es un elemento descriptivo del tipo objetivo. Por el contrario, los “normativos”, existen solamente en el ámbito de las representaciones, no pueden verse, sino solamente entenderse a partir de contextos jurídicos, por ejemplo “el que una cosa esté en propiedad de otro”.

Ahora bien, esta clase de error, puede ser vencible o invencible, conforme lo dispone el numeral 10 del artículo 33 de la ley 1407 de 2010. Será vencible, si el sujeto en situaciones de mediana normalidad, tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento sobre las circunstancias del hecho y no lo hizo. En este caso, se impondrá la pena establecida por modalidad culposa si la ley así lo contempla.

El error de prohibición en la Ley 1407 de 2010. Un error de prohibición se presenta cuando al momento de ejecutarse el hecho, el autor falla respecto a la ilicitud de la conducta. En palabras del profesor Claus Roxin, “el autor se equivoca únicamente sobre la permisibilidad o el carácter de prohibido de su conducta”. Por esta razón, al ser el conocimiento de lo ilícito un elemento de la culpabilidad, el error de prohibición excluye esta categoría dogmática, y su resolución, en caso de ser vencible, solamente permite la atenuación de la pena a la mitad, conforme lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 33 de la ley 1407 de 2010.

No obstante, la Doctrina hace una clasificación importante de esta clase de error conocida como La teoría estricta de la culpabilidad:

- 1.) Error Directo de Prohibición, y
- 2.) Error Indirecto de Prohibición.

El yerro en el error directo de prohibición se presenta sobre la existencia de la ilicitud de la conducta por tres causas:

- a) Cuando el sujeto no conoce la norma.
- b) Cuando el sujeto la considera no vigente, y

- c) Cuando el sujeto la considera no aplicable.

El error indirecto de prohibición el yerro se presenta frente a la justificación de la ilicitud de la conducta por dos causas:

- a.) El error sobre la existencia o límites de la causal de ausencia de responsabilidad, y
- b.) El error sobre los presupuestos fácticos de una causal de ausencia de responsabilidad.

Cuando se analiza la segunda causa enunciada del error indirecto de prohibición necesariamente debemos advertir lo que la doctrina ha denominado la “Teoría limitada de la culpabilidad” que es la que finalmente acoge nuestro Código Penal Militar (**Ley 1407 de 2010**), y que, **consiste** en que el error sobre los presupuestos fácticos de una causal de ausencia de responsabilidad se desarrolla como un error de tipo. Las razones para que ello sea así, son derivadas de política criminal, sin embargo, también obedecen a que el error recae sobre lo fáctico, esto es, sobre el conocimiento de los hechos que al ser un elemento del dolo ubicado actualmente en sede de tipicidad subjetiva debe resolverse como un error de tipo conforme el numeral 10 del artículo 33 de la ley 1407 de 2010. Lo anterior igualmente en armonía con la teoría negativa del tipo que establece que el yerro sobre presupuestos fácticos afecta el injusto conformado por la tipicidad y la antijuridicidad, y, por ende, es un error de tipo...”. “... Así pues, el análisis de la teoría del error en el caso concreto, impone al operador judicial el estudio de elementos descriptivos de la “lex specialis” (Derecho Internacional Humanitario), y no, como se pretende, de normas de carácter general propias de los Derechos Humanos, que como se advirtió, no desaparecen en circunstancias de hostilidades, pero que no fueron diseñadas para regir contextos de conflicto armado. Es decir, que la arbitrariedad de la acción “lesionar” por la que fue acusado el Soldado Profesional XXXX, sólo dependerá del buen uso de las normas que regulan las hostilidades, también conocida como “ius in bello”. (**Radicado 14589, CF. Carlos Alberto Madrid Cuéllar Fiscal Segundo Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial, 11 de febrero de 2018**).

Artículo 34. Inimputabilidad.

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La intención como elemento subjetivo ausente en la acción de los inimputables.

“La intención subjetiva presente en el momento de cometer el delito es el elemento que distingue las situaciones en que se ven comprometidos los imputables y que está ausente cuando la acción es realizada por los inimputables, incapaces de comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con dicha comprensión. La conducta y el agente conforman para la Ley Penal un conjunto unitario que, con base en el indicado elemento, es claramente distinguible según se trate del imputable o del inimputable, de modo que las consecuencias jurídicas –pena

y medida de seguridad– son diferentes y ello es así pues se originan en presupuestos diversos. La distinción que opera la Ley Penal, a juicio de la Corte, no es arbitraria, máxime si el legislador al otorgarle mayor peso a la intencionalidad del acto ha buscado conferirle más severidad a la pena. De otra parte, la medida de seguridad –mirada no a partir de su presupuesto sino de su consecuencia– tiene entidad y singularidad propias, explicables por su finalidad rehabilitadora del enfermo”. (...) “De acuerdo con lo señalado por el artículo 13 de la Constitución Política y reiterado por el artículo 47 del mismo estatuto, el Estado debe proteger y atender de manera especial a las personas con debilidad manifiesta por su condición económica, física y

mental. Los convictos inimputables sujetos a una injusta y prolongada privación de su libertad, cesado el motivo de la correspondiente medida de seguridad, deben ser objeto de la protección integral por parte del Estado si se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, tal y como ocurre en los tres casos examinados en esta providencia. La situación descrita transforma la obligación genérica del Estado frente a las personas débiles o marginadas, en obligación específica y hace nacer el correlativo derecho a exigir las prestaciones correspondientes por parte de las personas en quienes concurren las circunstancias de debilidad manifiesta. El Estado social de derecho (CP. Art. 1º) impone la solución señalada ante los casos de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana, cuando ha sido el mismo Estado el primero en eludir sus compromisos." (...) "Las violaciones a los derechos fundamentales que en los tres casos amparaban a los reclusos, inimputables incurables, abandonados sin justificación jurídica y durante varios lustros de su existencia en un anexo penitenciario cuya precariedad es públicamente conocida, evidencian la transformación de una pena o medida de seguridad, en un comienzo lícitamente impuesta, en pena o medida degradante y cruel y, por tanto, inconstitucional (CP. Art. 12). La dignidad humana fue aquí desconocida, olvidándose que toda persona, en razón de su condición humana, exige igual consideración y respeto y debe reconocérsele capacidad de autodeterminación y posibilidad de goce de los bienes inapreciables de la existencia. Tratándose de enfermos incurables, la autodeterminación y la posibilidad de gozar de la existencia no les puede ser negada y ellas son las que resulten más adecuadas y ajustadas a su disminuida condición física y mental. Los inimputables, enfermos incurables, pertenecen al grupo de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y el trato que la sociedad y el Estado debe dispensarles no es el de "igual consideración y respeto" sino el de "especial consideración, respeto y atención" (CP. Art. 47), precisamente por su misma condición y en obediencia a los principios de respeto a la dignidad humana y de solidaridad, sobre los cuales se edifica el Estado social de derecho (CP. Art. 1º)". (C. Const., Sent. T 401 de 1992 jun. 3/92 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Dos regímenes de responsabilidad penal, uno para imputables y otro para inimputables.

"El estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible tienen la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva. De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que, al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse

de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas sino medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento sea culpable, sino que basta que sea típico, antijurídico, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que, en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, "esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica, antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)". (...) "La intención subjetiva presente en el momento de cometer el delito es el elemento que distingue las situaciones en que se ven comprometidos los imputables y que está ausente cuando la acción es realizada por los inimputables, incapaces de comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con dicha comprensión. La conducta y el agente conforman para la Ley Penal un conjunto unitario que, con base en el indicado elemento, es claramente distinguible según se trate del imputable o del inimputable, de modo que las consecuencias jurídicas –pena y medida de seguridad– son diferentes y ello es así pues se originan en presupuestos diversos. La distinción que opera la Ley Penal, a juicio de la Corte, no es arbitraria, máxime si el legislador al otorgarle mayor peso a la intencionalidad del acto ha buscado conferirle más severidad a la pena. De otra parte, la medida de seguridad –mirada no a partir de su presupuesto sino de su consecuencia– tiene entidad y singularidad propias, explicables por su finalidad rehabilitadora del enfermo". (C. Const., Sent. C 297 de 2002, abril 24/2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett). (C. Const., Sent. C-176 de 1993, C. Const., Sent. C-394 de 1995, C. Const., Sent. C-176 de 1993, C. Const., Sent. C-358 de 1997).

"La Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia, creó el sistema de responsabilidad penal para adolescentes y lo definió, en su artículo 139, como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años al momento de cometer el hecho punible. En dicho sistema también tiene particular presencia el principio de oportunidad. Si bien conserva su fundamento constitucional y las directrices generales que lo informan, aquí se le reconoce como principio rector de aplicación preferente, en favor del interés superior del niño, la niña y los adolescentes. Este desarrollo legal abandona la concepción proteccionista del menor que lo asume como sujeto inimputable, para tenerlo ahora como una persona con capacidades y responsabilidad penal por sus actos y consecuencias, aunque disminuida por su propia condición, rodeado por un sistema con garantías constitucionales y legales. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 140 del CIA las medidas tomadas en el proceso de responsabilidad penal del adolescente son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral". (...) "si bien es incuestionable que al haberse producido

el reclutamiento de menores, ya en forma forzosa o aparentemente voluntaria, ellos son víctimas del delito de reclutamiento ilícito y en tal calidad ostentan el derecho de asistencia y protección por parte del Estado así como que se judicialice a los responsables, también resulta incuestionable que los menores reclutados pudieron haber llegado a cometer ilícitos de mayor gravedad, lo cual genera víctimas, siendo evidente el derecho constitucional de ellas y de sus familias a la verdad, justicia y reparación". (...) "la condición de los menores de víctimas del reclutamiento forzoso, como sus conductas punibles en calidad de victimarios en la contienda armada, deben tener una respuesta enérgica por parte de las autoridades, ya sea brindándole el amparo y la protección necesaria, así como la sanción a los responsables en el primer evento, o el reproche cuidadoso a las conductas desarrolladas en la otra situación planteada, en guarda del derecho de las víctimas y sus familiares". (...) "el procesamiento jurídico-penal de dichos menores sin que se respeten debidamente las garantías y finalidades referidas en esta sentencia equivale, en la práctica, a una doble victimización: En estos casos los niños y adolescentes combatientes no sólo se constituyen en víctimas del delito de reclutamiento forzoso, sino también en víctimas de un tratamiento procesal penal que no es apropiado para su particular condición, y que puede generar por lo mismo profundos efectos nocivos sobre su desarrollo y reinserción". (C. Const., Sent. T 672 de 2013, sep. 24/2013 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). (C. Const., Sent. C 203 de 2005, C. Const., Sent. C -591 de 2005, C. Const., Sent. C-543 de 1992, C. Const., Sent. C-673 de 2005).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

El Código Penal prevé que son tres las situaciones que conllevan una declaratoria de inimputabilidad.

"son inimputables quienes al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuvieron la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, ya sea por inmadurez psicológica, trastorno mental o estados similares. Para determinar dicha condición, el Instituto Nacional de Medicina Legal, a través de un perito, realiza sobre el acusado la "evaluación psiquiátrica forense de capacidad de comprensión y autodeterminación" en la cual se examinan sus funciones mentales superiores al momento de cometer el hecho punible, particularmente las de cognición y volición, con el fin de establecer si estas se encontraban alteradas. Así pues, el perito evalúa la presenidad del actor para ver si existía una afectación de la salud mental, si ella persistió o no durante el injusto penal, si sólo ocurrió durante el mismo o, si apareció después. Estas condiciones, al igual que la persistencia sintomática, generan específicas conclusiones forenses y de ellas, particulares determinaciones judiciales." (...) "la declaración de inimputabilidad no es un concepto médico sino jurídico, que le compete realizar al juez, atendiendo la idoneidad y mérito del conjunto de la prueba recaudada y siguiendo las reglas de la sana crítica. Para la Corte Suprema de Justicia, lo relevante en la declaratoria de inimputabilidad "no es el origen mismo de la alteración biopsíquica sino la coetaneidad con el hecho realizado, la

magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permita vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada". Por ello, no se puede establecer de antemano que ciertas condiciones psíquicas o antropológicas implican automáticamente la inimputabilidad del sujeto que las ostenta, debido a que cada caso debe ser analizado en particular para establecer si dicha condición influyó o no en la comisión de la conducta punible." (...) "el juez, para establecer la inimputabilidad del procesado, puede valerse de varios elementos materiales probatorios y no sólo del informe pericial, principalmente, de la historia clínica del sujeto, documentos, entrevistas de amigos, familiares, compañeros, la víctima, etc. Así mismo, el perito (psiquiatra o psicólogo forense) a la hora de realizar el informe pericial y declarar en la audiencia de juicio oral, podrá considerar, además de la entrevista realizada al examinado, otras evidencias para emitir sus conclusiones, como la lectura del expediente, la realización de exámenes paraclínicos complementarios, la historia clínica, fotografías de la escena, antecedentes disciplinarios y penales, informes escolares o de rendimiento laboral, etc." (...) "el Código Penal prevé que son tres las situaciones que conllevan una declaratoria de inimputabilidad, la inmadurez psicológica, el trastorno mental o estados similares. La inmadurez psicológica corresponde a "la falta de maduración global, severa y perfectamente instaurada, que cobija una o varias áreas de la personalidad del sujeto y que explícitamente impidió, en el momento de cometer su acción, obrar con pleno conocimiento de causa y con libre capacidad de autodeterminación". Incluye algunos trastornos como la discapacidad intelectual, trastornos del desarrollo y déficit del proceso global de aprehensión de la realidad sociocultural como el caso de los discapacitados sensoriales con severa privación de información, que puede ocurrir en la sordomudez o marginalidad social extrema." (...) "el Código Penal prevé como causa de la inimputabilidad que el acusado haya cometido el hecho punible por estados similares al trastorno mental, que para el caso son la discapacidad psíquica o mental: terminología utilizada en el artículo 142 del Código de Infancia y Adolescencia, que en su parte pertinente dice "...Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquica o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad". Además, se incluye en esta terminología cualquier alteración mental que haya afectado la cognición o volición al momento de los hechos, cuando se evalúan personas mayores de 14 años y menores de 18 años, sujetas al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes." (...) "los inimputables, que son los individuos que al momento de cometer el delito no pueden comprender la ilicitud de su conducta ni pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, por su inmadurez psicológica o trastorno mental, o sea, actúan sin culpabilidad". (C. Const., Sent. C 107 de 2018, oct. 31/2018 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

(C. Const., Sent. C-176 de 1993, C. Const., Sent. C-1064 de 2001, C. Const., Sent. C-1052 de 2001, C. Const., Sent. C- 034 de 2005).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – **CASACIÓN PENAL. La sola existencia de un trastorno mental no implica en sí mismo la inexistencia de culpabilidad del autor del delito, se requiere probar la perturbación del psiquismo coetánea a la realización de la conducta.**

“Segundo, porque de acuerdo con el artículo 33 del Código Penal, esta Corporación determinó que la valoración de la relación síquica del autor con el acto que se endilga, en cuanto a la inimputabilidad: «supone en todos los casos la demostración de la existencia de una perturbación del psiquismo coetánea a la realización de la conducta, de tal gravedad y hondura que afecte las esferas cognoscitiva, volitiva o afectiva, y que impida al sujeto motivarse de conformidad con las exigencias normativas para poder comprender la ilicitud y determinarse en consecuencia». En ese sentido, el dictamen e informe allegados no satisfacen la carga probatoria de presentar la relación directa entre los padecimientos del procesado y los hechos por los cuales se condenó, pues los hechos se suscriben al año 2009, que dista significativamente de las fechas de suscripción de los conceptos médicos. Y aunque no se desconoce que JFRC haya padecido de afecciones psiquiátricas, no es factible aceptar que estas le impidieron representarse la ilicitud de su acto o elegir indefectiblemente comportarse contrario al ordenamiento jurídico. En últimas, la sola existencia de un trastorno mental -como se describe en el Código Penal-, no implica en sí mismo la inexistencia de culpabilidad del autor del delito. En conclusión, no existe elemento novedoso que advere que las capacidades cognitivas y volitivas JFRC estaban alteradas al momento de remitir los mensajes amenazantes a AMR, para obtener un provecho económico, a cambio de no decirle al cónyuge de aquella, de la relación extramarital sostenida». (CSJ, Cas. Penal, Sent., mar. 3/2021, Rad. 51427. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – **CASACIÓN PENAL Definición de trastorno mental, y su relevancia con la coetaneidad con el hecho realizado.**

“Es aquella alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho, de tan profunda intensidad, por tal modo convulsionador de sus esferas intelectual, volitiva o afectiva que le impide -como ya se advirtió- darse cuenta de la ilicitud de su conducta o determinarse conforme a dicha comprensión. Puede tratarse de una anomalía biosíquica ubicable dentro de la sintomatología clínica propia de una verdadera sicosis, de una grave forma de sicopatía o de una compleja modalidad siconeurótica; pero también es posible que una excepcional y honda, aunque pasajera conmoción emotiva que obnubila la conciencia o una también transitoria pero igualmente profunda alteración del intelecto y de la volición, generada por ingestión de bebidas embriagantes o de sustancias narcóticas o estupefacientes. Cuando del consumo de tales bebidas o

sustancias se trata, el trastorno mental puede ser permanente si su asidua y prolongada ingestión ocasiona intoxicación crónica, o pasajera cuando en breve término se han ingerido dosis excesivas, o cuando un consumo aun normal de licor ha convulsionado el sistema nervioso central de una personalidad ya predispuesta, como ocurre en la llamada ebriedad patológica. Lo que importa en estos casos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexa causal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., Oct. 13/82. M. P. Alfonso Reyes Echandía).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – **CASACIÓN PENAL.**

El concepto jurídico penal de imputabilidad, en sede de la categoría dogmática de culpabilidad, es diferente al de capacidad en materia civil [capacidad jurídica general], definiciones y diferencias. “[...] la capacidad para realizar el delito con culpabilidad se denomina imputabilidad, la que puede definirse, entonces, como la aptitud psicológica, mental y sociocultural para comprender la antijuridicidad o ilicitud de una conducta y para determinarse con fundamento en esa comprensión. Siendo así, quien al momento de ejecutar el injusto (coetaneidad) presente inmadurez psicológica, trastorno mental o diversidad sociocultural -o estados similares- (causa), que haya eliminado esa capacidad cognitiva y/o la volitiva (consecuencia), es inimputable (Art. 33 CP.). Si el inimputable no actuó amparado por una causal de inculpabilidad, como el error de prohibición invencible verbigracia, será declarado responsable, pero la consecuencia jurídica consistirá en una medida de seguridad con fines de «protección, curación, tutela y rehabilitación» (Art. 5º ibidem), salvo que la inimputabilidad se haya originado en un trastorno mental transitorio sin base patológica o cuando esta haya desaparecido antes de la sentencia (Art. 75 ibidem), casos en que no procederá sanción alguna. Así las cosas, una situación de discapacidad física o psicológica del procesado no conlleva necesariamente su inimputabilidad, porque para que esa condición derive en este fenómeno jurídico se requerirá que: (i) Haya existido al tiempo de la conducta antijurídica realizada, (ii) provenga de un trastorno mental o de inmadurez psicológica, y (iii) haya anulado la facultad de discernir la ilicitud de aquel comportamiento y/o de autodeterminarse. Para finalizar, esa diferenciación entre la capacidad jurídica -una de cuyas modalidades es la de ser sujeto procesal- y la capacidad para obrar con culpabilidad no constituye una novedad jurisprudencial; ya en la sentencia SP, mar. 11/2009, Rad. 26789, por ejemplo, se había precisado que: (...) no es aceptable ... asimilar el concepto jurídico penal de imputabilidad en sede de la categoría dogmática de culpabilidad con el de capacidad que se maneja en materia civil [capacidad jurídica general], toda vez que, como se ha dicho, aquél hace referencia a las facultades y condiciones psíquicas del ser humano para acceder al conocimiento del sentido prohibitivo de la norma penal y para comportarse conforme al mismo, mientras que este consiste en la aptitud

que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, de suerte que, dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, puede haber individuos capaces que a la vez sean inimputables para cometer ciertos delitos, e imputables que al mismo tiempo sean incapaces para celebrar negocios jurídicos». (CSJ, Cas. Penal, Sent., Nov. 25/2020, Rad. 52671. M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. Los peritos no podrán referirse a la inimputabilidad del acusado, únicamente dictaminar sobre la existencia (o no) de la inmadurez psicológica o el trastorno mental del investigado.

“La declaración judicial de inimputabilidad deberá considerar la prueba pericial con su respectiva valoración, así como el juicio valorativo normativo sobre la incidencia de su perturbación del psiquismo en el caso concreto, este último de resorte exclusivo del juez, no del perito, la inimputabilidad es un concepto jurídico. “Lo anterior supone entonces que la declaración judicial de inimputabilidad no está supeditada únicamente a la comprobación científica del padecimiento psicológico o psiquiátrico del agente, sino que depende también de un juicio valorativo cuyo objeto es determinar si aquella condición afectó realmente la capacidad para comprender el reproche del acto imputado o para determinarse por tal comprensión. Ello porque, se insiste, «la comprobación del elemento biológico no resulta suficiente para aceptar la exclusión de culpabilidad. Al mismo debe añadirse que el trastorno psíquico repercuta sobre la capacidad de comprensión o de autocontrol» Así las cosas, una decisión en ese sentido está condicionada a dos verificaciones de diversa naturaleza: Primero, la existencia de la condición mental que afecta al agente (inmadurez psicológica o trastorno mental), lo cual corresponde a una cuestión propia de las ciencias naturales y se acredita, debate y controvierte, por tanto, según los estándares epistemológicos de aquellas. El conocimiento de esa circunstancia, por consecuencia, habrá de llevarse al juicio preferentemente a través de prueba pericial, y su valoración estará ceñida a los criterios establecidos para ese fin en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal. Segundo, el juicio valorativo-normativo sobre la incidencia que dicha condición haya tenido, en el caso concreto, en la comisión del injusto, o lo que es igual, a la constatación de que entre aquella y el hecho investigado existe un vínculo que permite sostener que el autor, en ese momento, no comprendía su ilicitud, o bien, que sí la entendía, pero no podía determinarse consecuentemente. Para tal fin, el fallador debe apoyarse en la ponderación conjunta e integral de las pruebas practicadas y la consideración de las circunstancias fácticas y modales que hayan rodeado la conducta. No está de más enfatizar que esta segunda valoración compete exclusivamente al Juez y, por ende, le está vedado a los expertos científicos, por expreso mandato legal, pronunciarse al respecto. Así lo prevé el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, según el cual «las declaraciones de los peritos no podrán referirse a la inimputabilidad del acusado». Aquellos, entonces, únicamente pueden dictaminar sobre la existencia (o no) de la inmadurez psicológica o el trastorno

mental del agente, pero el juicio valorativo-normativo de inimputabilidad únicamente puede efectuarlo el fallador de acuerdo con lo explicado». (...) En contraste, y como lo prevé el artículo 33 del Código Penal precitado, será inimputable quien “en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica” no haya tenido «la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares». Ese precepto, entonces, contempla dos supuestos normativos de inimputabilidad; el primero, la incapacidad del agente de comprender la ilicitud de su comportamiento y, el segundo, la de determinarse conforme a dicha comprensión. Se trata de situaciones marcadamente distintas. En la primera es imposible para el autor aprehender el sentido de su comportamiento y el desvalor que entraña; no puede discernir el significado ético-social de la acción, es decir, que esta «contrasta con las exigencias de la vida en sociedad» porque falla su capacidad de comprensión, su facultad de «aislar, identificar y entender datos externos e integrarlos de forma coherente con la información de la cual la persona dispone, para aplicarlos con flexibilidad ante una situación determinada» En la segunda, en cambio, el sujeto puede comprender que lo que hace es jurídicamente reprochado. Sus facultades intelectivas no son defectuosas. Lo que sucede es que, a pesar de entender el significado de la acción, no puede abstenerse de ejecutarla y orientar su comportamiento consecuentemente a ese entendimiento, porque carece de «autosuficiencia... autodirección individual... y autorregulación». Lo que aquí falla, pues, no es su órbita intelectual sino la volitiva, “la habilidad para desempeñar una conducta con libertad, autonomía, conocimiento y comprensión”». (CSJ, Cas. Penal, Sent., sep. 9/2020, Rad. 54497. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. El examen psiquiátrico es el medio idóneo para probar la inimputabilidad, sin que ello signifique volver al sistema de tarifa legal.

El examen psiquiátrico es el medio idóneo para probar la inimputabilidad, sin que ello signifique volver al sistema de tarifa legal. “(...) abundante y antigua es la jurisprudencia de esta Sala que ha sostenido, que el medio idóneo para corroborar si el sujeto al momento de cometer el hecho se encontraba en capacidad de comprender y autorregularse conforme a esa comprensión es el examen psiquiátrico, cuya práctica resulta necesaria en los eventos en que de acuerdo con los elementos de juicio que ofrece la actuación misma, se haga viable colegir que el acusado pudo estar afectado en sus esferas cognoscitiva y volitiva cuando cometió el delito, sin que una tal consideración implique que se esté creando una específica tarifa legal en relación con ese elemento de convicción ni que se deba desconocer el conjunto probatorio allegado al expediente, ya que estando nuestro sistema procesal regido en esta materia por la sana crítica, será el juez en últimas el que, luego de valorar en su integridad las diferentes evidencias del proceso, concluya si es dable o no reconocer un determinado estado psiquiátrico y de suyo, el estado de inimputabilidad, sino que

por tratarse de un tema científico, quizá como pocos en el saber forense, tan especializado, es pertinente, que sean aquellos que poseen esos conocimientos quienes con los debidos análisis y profundizaciones, lo hagan, para así con una tal base, sea el juez quien colija si jurídico-legalmente concurre la afirmación de imputabilidad o su exclusión". (CSJ, Cas. Penal, Sent., dic. 11/2001, Rad. 15651., M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN PENAL. **La inimputabilidad genera responsabilidad en presupuesto de culpabilidad, deviniendo sentencia con tratamiento de "medidas de protección", sin embargo, en condiciones de igualdad, un inimputable puede ser absuelto si concurren causales de ausencia de tipicidad o antijuridicidad (injusto penal).**

La inimputabilidad genera responsabilidad en presupuesto de culpabilidad, deviniendo sentencia con tratamiento de "medidas de protección", sin embargo, en condiciones de igualdad, un inimputable puede ser absuelto si concurren causales de ausencia de tipicidad o antijuridicidad (injusto penal). "Verificado el compromiso del procesado con el injusto (tipicidad y antijuridicidad), su inimputabilidad, presupuesto de la culpabilidad, no desemboca en la absolució, sino en una sentencia de orden distinto, en la que se declara responsable y se somete a un tratamiento denominado "medidas de protección" en el Código de Procedimiento Penal vigente, y que puede consistir en internaci3n o libertad vigilada, como lo disponen los artículos 374 y siguientes. No significa que un inimputable no pueda ser absuelto, pues si convergen las condiciones que permitan descartar la tipicidad o la antijuridicidad de su comportamiento, por ejemplo, si se comprueba que actuó en legítima defensa, es factible que resulte absuelto en condiciones de igualdad que los imputables. Se ha dicho, por ello en la doctrina, que la inimputabilidad es residual y subsidiaria". (CSJ, Cas. Penal, Sent., mayo 30 /2002, Rad. 9888., M. P. Édgar Lombana Trujillo).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.**

"En el sub examine obra efectivamente la experticia médico psiquiátrica practicada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente en el cual se determina que el examinado R.A.G.A. presenta Inmadurez Psicológica que padece desde su primera infancia, y para la fecha de los hechos, 13 de marzo de 2004, no se encontraba con facultades mentales normales, no siendo apto para prestar el servicio militar. No se puede pasar por alto que nuestra legislaci3n penal considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, lo que equivale a situarla como conjunto de condiciones del sujeto, como capacidad del sujeto, que ha actuado típica y antijurídicamente, de obrar culpablemente. Se considera contrario sensu inimputable quien no puede comprender su actuaci3n típica y antijurídica, por lo que no está en capacidad de orientar su comportamiento. Así las cosas, ante

un hecho materialmente dañoso cometido por un inmaduro psicológico o un trastornado mental, el juez debe proceder primero a asegurarse si existe o no acci3n típica bajo el entendido que se trata de la consagraci3n legal del hecho como delictuoso, para luego verificar la comprobaci3n del hecho y la verificaci3n del fenómeno de la tipicidad por estar frente a un inmaduro psicológico o un trastornado mental permanente o transitorio. En segundo lugar, debe verificar que no existan causales de justificaci3n, pues en caso de presentarse debe ser reconocida, pues la existencia de un daño a un interés jurídicamente tutelado es el límite que tiene la autoridad para entrar en la órbita del ciudadano. Finalmente debe examinar, si existe o no alguna causal de inculpabilidad y si a esta es independiente de tal inmadurez o trastorno, debe reconocerse pues el fenómeno de la inimputabilidad nada tiene que ver aquí. De esta forma, si puesta de manifiesto la existencia de un comportamiento típico y antijurídico no se evidencian causales de inculpabilidad, la inimputabilidad existirá y entonces se pasará a la aplicaci3n de las medidas de seguridad, con la aclaraci3n que como los inimputables tal como se mencionó anteriormente no pueden ser sometidos a juicio de reproche por sus actos, de ellos no se puede predicar la culpabilidad precisamente por no tener la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esa comprensi3n.

Estas precisamente son las consideraciones que ha debido tener a bien el Juez de Conocimiento para determinar la responsabilidad penal del soldado G.A. en el punible de Desobediencia que se le endilga". (Rad. 154995, M. P. CN Carlos Alberto Dulce Pereira, 8 de octubre de 2008).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Duda en la inimputabilidad.**

"Es de bulto que el interrogante que se hace el a quo a última hora, en la providencia recurrida, no fue resuelto en forma científica, satisfactoria y suficiente, razón por la cual consideramos que a tal efecto, compartiendo las apreciaciones de la defensa, no son suficientes los testimonios de tres vecinas de Jurado Ramírez de los cuales se desprendería que aparentemente este actuaba en forma normal, aunado al último y contradictorio dictamen psiquiátrico no aclarado, y algunas de las actividades realizadas en forma coherente por el procesado, pues respecto de estas indicó la doctora Dorys Reyes, que un estado mental puede ser fluctuante, en cuanto, pueden existir en la persona momentos de lucidez con conciencia de lo que sucede alrededor y en otros momentos puede cambiar esta situaci3n; de tal manera, que en este marco de hechos y circunstancias, no se puede concluir más allá de cualquier duda razonable que Jurado Ramírez, para el momento de los hechos era imputable o inimputable, pues lo que surge en criterio de esta Sala es una duda probatoria irrefutable al respecto, que por mandato de la ley (Art. 209 CPM.), debe resolverse a favor del procesado, pues la carga de la prueba en el esquema procesal penal militar vigente le corresponde al Estado, quien no logró demostrar si el procesado era imputable o no para el momento de la realizaci3n del hecho objeto de investigaci3n, presupuesto

ineludible, que debe hallarse demostrado, para poder predicar la culpabilidad o responsabilidad plena por un actuar injusto, y por consiguiente imponer una pena o medida de seguridad. No está por demás recordar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es reiterativa en enseñar: “Para la declaración de inimputabilidad, se exige que al momento de realizar el injusto el agente carezca de capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de orientar su actuación acorde con dicho entendimiento, a causa de padecer inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”¹⁴⁷ y dicho presupuesto no logró establecerse con suficiente claridad en el caso concreto objeto de estudio. La doctrina, sostiene: “Cuando se presenten dudas insalvables en torno a la imputabilidad o no del agente, cosa de común ocurrencia en casos fronterizos o ante inevitables vacíos probatorios, este debe ser absuelto por falta de culpabilidad, pues, ante la alternativa de condenar o absolver, el funcionario judicial tiene que aplicar los principios de culpabilidad, dignidad de la persona humana y favor rei; no es pues admisible, como a veces se observa en la práctica judicial, que la duda se deduzca en contra del reo, violentando todo el andamiaje constitucional y legal, y por ende, la seguridad jurídica”¹⁴⁸. Las anteriores son razones suficientes para revocar la sentencia condenatoria apelada, y en su lugar, absolver al procesado en aplicación del artículo 209 del Código Penal Militar, según el cual, toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla”. (Rad. 152829, M. P. TC **Jacqueline Rubio Barrera, 15 de abril de 2008**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. El inimputable realiza el injusto penal, su condición, per se, no genera el fundamento para proferir cesación de procedimiento.

“(…) Sea lo primero recordar al instructor, que si bien es cierto el Tribunal mantiene una línea pacífica de interpretación sobre la posibilidad de que el Instructor cese procedimiento con base en la acreditación de alguna causal subjetiva dispuesta en el artículo 231 del Estatuto Penal Militar, no es menos cierto, que también la Corporación reiteradamente ha expresado la imperiosa necesidad de estar plenamente demostrada la causal subjetiva, esto es, con grado de certeza y no en meras suposiciones de contenido subjetivo, que no encuentran respaldo en la precaria actividad probatoria. Tampoco resulta cierto afirmar que la no ratificación de informe o denuncia, constituyan los presupuestos de improseguibilidad de la acción, ya que esta se constituye es en una mera noticia criminal, la que, a partir del principio de legalidad y oficiosidad, obligan al Juez Instructor a investigar con diligencia todos y cada uno de los aspectos que de aquella se deriven. Ahora bien, en cuanto al trastorno mental transitorio con base patológica, referido por el perito de Medicina Legal y obrante a folios 26 y 27 del cuaderno original, debe recordar la Sala al Instructor y al Ministerio Público ante la Instancia,

que el trastorno mental con base patológica no es presupuesto para cesar procedimiento, menos aún, para afirmar que tal evento es el presupuesto para concebir un comportamiento atípico; tal concepción es equivocada como desafortunada. Episodios como el que nos ocupa, son los que precisamente regula el Legislador, en el instituto y tratamiento de fenómenos “jurídicos” como el de inimputabilidad, aspecto que compete determinar al Juez, en su adecuada y justa dimensión. No puede olvidar el Instructor, que aún en la pretensión de edificar un estado de incapacidad de comprensión y determinación, los inimputables si pueden ser responsables en el presente esquema dogmático del delito, responsabilidad que se concreta en las medidas de seguridad, esto es, el inimputable realiza el injusto típico, toda vez que su conducta obedece a presupuestos legales de tipicidad y antijuridicidad en que se agotan, debiendo establecerse la relación nexo causal, entre el instituto de la inimputabilidad y el comportamiento endilgado, tal y como lo prevé la Ley Penal Militar en los artículos 36 y 38 *ibidem* (...)”. (Rad. 155438, M. P. TC. **Camilo Andrés Suárez Aldana, 29 de mayo de 2009**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Es un concepto jurídico y no médico que corresponde al funcionario declararla.

“(…) Olvidaron quienes tuvieron a cargo la actuación procesal, pues el dictamen se rinde desde la etapa instructiva, que el peritazgo de Medicina Legal es de contenido técnico científico, pero la declaratoria de inimputabilidad es un concepto jurídico que inpete ponderarlo al funcionario judicial y así declararlo. Observa la Sala que, aun contando con varias evaluaciones médicas, con el informe psiquiátrico forense del 06 de septiembre de 2004, en el que se refirió trastorno mental transitorio con base patológica, ello no inquietó ni despertó el menor interés en los operadores jurídicos que conocieron de la investigación, lo que en verdad preocupa y demanda un sentido llamado de atención. Encuentra el Colegiado que ni el ente Instructor, ni la Fiscalía de primera y segunda Instancia, que resolvió la apelación, y mucho menos el Juez de Conocimiento se pronunció sobre lo que era imprescindible, declarar al procesado inimputable. Reproche que se formula especialmente del Juzgador quien olvidó lo preceptuado en el artículo 36 del Código Penal Militar, desatendió que el inimputable si realiza el injusto típico y que la discusión sobre su responsabilidad se concreta en las medidas de seguridad que se adopten”. (Rad. 155519, M. P. TC **Camilo Andrés Suárez Aldana, 16 de febrero de 2010**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. El inimputable ejecuta el injusto típico y antijurídico, en cuanto a la culpabilidad hoy se conoce como capacidad reducida o incompleta.

“(…) conforme a lo dispuesto en el dictamen de Medicina Legal, el CP. MT no estaba en capacidad de comprender su ilicitud, ni de determinarse de acuerdo a esa comprensión, es innegable que

147 C. S. de J. providencia del 29 de junio de 2005, radicado 20319, M. P. Dr. Mauro Solarte Portilla.

148 Fernando Velásquez Velásquez, Manual de Derecho penal, Parte General, Temis, 2002, pág. 418.

se trata de un inimputable. A esta conclusión se llega no por las razones que aduce la Fiscalía, pues se equivoca cuando afirma que el juicio de imputación, y en el que se soporta la medida de seguridad, versa exclusivamente en la experticia psiquiátrica, pues de una parte sin esfuerzo se advierte que el A quo realizó una valoración integral de la prueba; pero de otra no puede desconocer la apelante que si bien es cierto el sistema procesal penal militar concibe el principio de libertad probatoria y su imperiosa apreciación exhaustiva, también lo es, que hay hechos que requieren un método de aducción especial, como es el estado de salud mental, la determinación adecuada de la sensopercepción, la conexión del ser con el mundo exterior en tiempo y espacio, y poder realizar juicios de valor; lo que requiere un estudio técnico científico especialmente calificado, pues no lo hace ni siquiera cualquier profesional de la salud, o médico, sino un psiquiatra forense. En este evento lo que lleva a desestimar el dictamen es su construcción, esto es, cuando se desatiende los elementos integrantes del mismo, la calidad e idoneidad del perito, y las conclusiones; lo que no fue objeto de reparo por las partes cuando fue notificado. Recordemos que el Código Penal Militar acoge la tesis del derecho penal de acto, en consecuencia, al hombre se le sanciona por lo que hace. La orientación dogmática de dicha normatividad, que definimos como expresión de evolución y superación del post finalismo, y que recorre el sendero del funcionalismo normativo moderado, el cual se soporta en la concepción de un derecho penal del ciudadano, concibe el injusto típico bajo las categorías de tipicidad y antijuridicidad, dejando que el escenario de la culpabilidad sea normativa, y en donde se debe verificar en el juicio de imputación: La imputabilidad, la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de conducta esperada. Bajo este entendido, es oportuno recordar que el inimputable sí ejecuta el injusto típico, esto es, actúa típica y antijurídicamente; en cuanto a la culpabilidad hoy se conoce como capacidad reducida o incompleta, lo que conlleva la imposición de medidas de seguridad. Ciertamente es que, conforme al derecho penal de acto, el inimputable realiza el delito, como también lo es que en la evolución de la teoría del delito, el juicio de imputabilidad, que comporta un aspecto de la culpabilidad, es aminorado en razón de la falta de capacidad de comprensión y determinación al momento de la ejecución de la conducta; pero lo que no se puede perder de vista es que el juicio de reproche no versa en la valoración de la conciencia y voluntad final de acción, menos aún en la exigibilidad de la conducta esperada o en la capacidad del sujeto de obrar de otro modo, pues tal capacidad está ausente en la acción y consecuentemente releva la valoración del dolo, razón por la cual, si bien la juez priMaríaacierta en la decisión final, yerra en la argumentación que hace de la 'culpabilidad', por cuanto el juicio de reproche que comporta verificar si se le puede recriminar al sujeto la infracción de una norma de determinación y que conduce a la imposición de una pena que tiene sede en culpabilidad con valoración de principios de prevención general

y especial, no es este el escenario de la medida de seguridad, pues aquel está ausente cuando se verifica que no se puede imputar una pena, sino medida de seguridad. El diseño de la norma penal militar dispuesta en el artículo 34 permite afirmar que no hay una estructura unitaria para imputables e inimputables, sino que es diferenciada, pues uno es el tratamiento para aquel que está sujeto a una pena, tras verificar su culpabilidad, en tanto que este se reputa responsable sin juicio de culpabilidad, pero para efectos de la medida de seguridad a imponer. (...). (Rad. 156602, M. P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, 29 de octubre de 2014).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Conceptos sobre capacidades para comprender la ilicitud de sus actos y autodeterminarse.**

“En punto al contenido conceptual que aparejan las capacidades para comprender la ilicitud de un actuar y para autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, resulta más que pertinente evocar los conceptos plasmados en la Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas Forenses sobre Capacidad de Comprensión y Autodeterminación, ello en estos términos:

“Capacidad de comprensión: La comprensión es un proceso de las funciones mentales superiores que consiste en aislar, identificar y entender datos externos e integrarlos de forma coherente con la información de la cual la persona dispone, para aplicarlos con flexibilidad ante una situación determinada y tiene carácter emocional volitivo. La capacidad de comprensión en el marco de este tipo de pericia en psiquiatría forense se entiende como la facultad para entender, conocer y diferenciar si un comportamiento es lícito o ilícito.

• Capacidad de autodeterminación: Se refiere a la autosuficiencia y autodirección individual, a la motivación, voluntariedad y capacidad de autorregulación, es la habilidad para desempeñar una conducta con libertad, autonomía, conocimiento y comprensión. Matizada por el afecto, incluye la volición y la conación, posibilidad de escoger, tomar decisiones y actuar. (...)

A. Inmadurez psicológica: Corresponde a la falta de maduración global, severa y perfectamente instaurada, que cobija una o varias áreas de la personalidad del sujeto y que explícitamente impidió, en el momento de cometer su acción, obrar con pleno conocimiento de causa y con libre capacidad de autodeterminación. Incluye algunos trastornos como el Retardo Mental, Trastornos del Desarrollo y déficit del proceso global de aprehensión de la realidad sociocultural como el caso de los disminuidos sensoriales con severa de privación de información, que puede ocurrir en la sordomudez o marginalidad social extrema.

B. Trastorno mental: Es una disfunción o anomalía mental lo suficientemente severa como para impedir a la persona, comprender la ilicitud de su conducta o autodeterminarse con base en dicho conocimiento; generalmente se sustenta en un diagnóstico clínico de acuerdo a los parámetros y criterios de clasificaciones internacionales vigentes como la CIE39 o el DSM40. Puede ser:

- **Trastorno mental permanente:** Se refiere a aquellas afectaciones mentales graves, perfectamente instauradas, de evolución crónica y difícil recuperación, que al momento de los hechos investigados alteran de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requieren tratamiento médico especializado, de manera inicial en un centro hospitalario. Por definición son incurables, pero con tratamiento se puede lograr una remisión de la sintomatología aguda que le permita a la persona reintegrarse a la sociedad.
- **Trastorno mental transitorio con base patológica:** Alteración mental severa que se genera en una disfunción biológica o de personalidad, de presentación aguda o crónica episódica (como en los casos de patología dual), que recidiva si no se somete a tratamiento y que, durante la ocurrencia de los hechos investigados, altera de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requiere tratamiento psiquiátrico que, de acuerdo al caso, puede ser hospitalario o ambulatorio.
- **Trastorno mental transitorio sin base patológica:** Alteración mental de muy corta duración, que se presenta al momento de los hechos investigados, de tan alta intensidad, que vulnera las funciones intelecto cognitivas y volitivas. Cede fácilmente con tratamiento e incluso puede autolimitarse y remite sin dejar huellas en el psiquismo del imputado o sindicado”. (Rad. 158421, M. P. CN Julián Orduz Peralta, 25 de agosto de 2016).

(Cfr. Jiménez Rojas, Iván. “El diagnóstico psiquiátrico forense en Inimputabilidad”. En “Revista Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses”, Vol. 18 N.º 1, 2004; pp. 3-8. 39. Organización Mundial de la Salud. “Guía de Bolsillo de la Clasificación CIE-10. Clasificación de los Trastornos Mentales y del Comportamiento”. Madrid: Panamericana; 2000. 40 American Psychiatric Association. “DSM-IV. Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales”. Madrid: Masson; 1995).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Valor probatorio de los dictámenes periciales para determinar la imputabilidad o inimputabilidad.**

“En torno a este tópico se habrá de precisar inicialmente que en materia probatoria el dictamen pericial es, de una parte, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto sometido a su consideración, que tienen carácter técnico, científico o artístico, y requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. Por otra parte, es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso, es decir, es un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Sobre su relación con la determinación de la condición de inimputable de una determinada persona, es necesario aquilatar que la experticia

pericial psiquiátrica no es el único medio de prueba del que se ha de valer el operador judicial para establecer ello, pues ante su inexistencia o imposibilidad de practicarlo, aquel ha de apreciar las distintas probanzas aúpadas a una determinada causa penal, valorándolas de manera conjunta en aplicación de las reglas de la sana crítica, aserto que haya sustento, entre otros, (...)”. (Rad. 158421, M. P. CN Julián Orduz Peralta, 25 de agosto de 2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La experticia psiquiátrica no puede tenerse como plena prueba para establecer la condición de imputabilidad o inimputabilidad del investigado.**

“(…) La inimputabilidad del procesado como consecuencia de inmadurez psicológica o trastorno mental que le prive de la capacidad de comprender la ilicitud de su actuar o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debe acreditarse plenamente, sin que sea suficiente para su reconocimiento las simples afirmaciones, conjeturas o alusiones sobre su existencia. De ahí que, el medio de convicción idóneo para verificar dicha condición sea el examen psiquiátrico, precisamente por corresponder a un examen especializado que requiere un análisis profundo que permita establecer el estado de perturbación o alteración de la esfera motiva de la personalidad, causados por factores patológicos permanentes o transitorios o por circunstancias ajenas a esos factores. Sin embargo, la experticia psiquiátrica no puede tenerse como plena prueba para establecer la condición de imputabilidad o inimputabilidad del investigado, puesto que, conforme el artículo 401 del código penal militar, las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En esas condiciones, es el juez militar quien debe valorar las diferentes evidencias del proceso, para finalmente concluir si es dable o no reconocer un determinado estado psiquiátrico y, en consecuencia, el estado de inimputabilidad del investigado. Por otro lado, es necesario recordar que la declaratoria judicial de inimputabilidad no implica necesariamente el reconocimiento de inocencia o ausencia de responsabilidad del procesado, en tanto, el artículo 15 del Código Penal Militar establece que la conducta del inimputable será punible cuando sea típica y antijurídica, a diferencia de los imputables en donde además se requiere que sea culpable. Ello es así, en tanto el esquema dogmático adoptado por la norma penal castrense determina que mientras la culpabilidad es el juicio sobre la conducta, la imputabilidad es el juicio sobre la capacidad del sujeto. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, ya que solamente puede ser culpable quien es imputable. Condición que de presentarse le impide al agente actuar con culpabilidad dolosa, culposa o preterintencional, ya sea por carencia de conciencia plena de la antijuridicidad de su acción u omisión, o por inexistencia de libertad para comportarse lícita o ilícitamente, presupuestos sin los cuales no es posible imputar a una persona una conducta típica y antijurídica desde una de estas modalidades de culpabilidad, ni endosarle responsabilidad penal materializable en la

imposición de una medida punitiva ordinaria”. **(Rad. 158197, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, 13 de diciembre de 2017).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Diferencia entre imputables e inimputables.

“Para resolver el asunto es preciso recordar que tanto el estatuto penal ordinario, como el penal militar, prevén dos sistemas de responsabilidad penal; uno para los imputables, estos es, para aquellas personas que al momento de la realización de la conducta actúan culpablemente, por cuanto tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento

y adecuar su conducta conforme a dicha comprensión, para quienes se establecieron penas, a condición de que su conducta no sólo fuera típica, antijurídica, sino además culpable. Y, otro, para los inimputables, esto es, aquellas personas que no pueden actuar culpablemente, en razón a que para el momento de la realización de la conducta criminal padecen trastornos mentales o inmadurez psicológica que le impiden comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo a dicha comprensión, y para éstos, el codificador penal previó la imposición de medidas de seguridad. (Rad. 158610, M. P. TC (RA) Noris Toloza González, del 21 junio de 2017).

COMENTARIO

El artículo 47 de la Constitución Política de Colombia señala textualmente: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”, es decir, el Estado debe atender de manera especial a las personas con debilidad mental, es por esta razón que existen dos regímenes de responsabilidad penal, uno para los inimputables – medida de seguridad – y otros para los imputables, entendiendo por estos aquellas personas que al realizar su comportamiento, tienen comprensión sobre el mismo, lo que conlleva una sanción contemplada en la ley penal; es importante señalar que la declaratoria de inimputabilidad es un acto jurídico y no médico, basado en una evaluación psiquiátrica emitida por un perito adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal.

La Ley 1407 de 2010 contempla dos preceptos normativos de inimputabilidad, analizados desde la esfera subjetiva del agente, al momento de ejecutar el injusto penal: a) la incapacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento; no puede discernir el significado ético-social de la acción, ni su desvalor y, b) la incapacidad de determinarse conforme a dicha comprensión, el sujeto comprende la ilicitud de su conducta, pero no puede abstenerse de ejecutarla y orientar su comportamiento porque carece de autosuficiencia, autorregulación, fallando su órbita volitiva, mas no la cognitiva.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que la inimputabilidad genera responsabilidad en presupuesto de culpabilidad y no absolución, acaeciendo una sentencia con tratamiento de medidas de seguridad, en aras de su protección, curación, tutela y rehabilitación; sin embargo, un inimputable puede ser absuelto de responsabilidad siempre y cuando esté inmerso en alguna de las causales de ausencia de responsabilidad del artículo anterior, por principio de igualdad con los imputables.

La Corporación refiere a la inimputabilidad como un concepto jurídico, cuya declaración judicial debe fundarse en la valoración del examen psiquiátrico, como medio idóneo; y el juicio valorativo normativo sobre la incidencia de su perturbación del psiquismo en el caso concreto, este último de resorte exclusivo del juez, no del perito. Lo relevante para este fenómeno de inimputabilidad no es el origen de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, el grado de desequilibrio causado en la conciencia del agente y el nexo causal que vincula el trastorno sufrido a la conducta ejecutada”.

Artículo 35. Trastorno mental preordenado.

Cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental, no será considerado como inimputable.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL TRASTORNO MENTAL.

“(…) El trastorno mental es una disfunción o anomalía mental lo suficientemente severa como para impedir a la persona, comprender la ilicitud de su conducta o autodeterminarse con base en dicho conocimiento; generalmente se sustenta en un diagnóstico clínico de acuerdo a los parámetros y criterios de clasificaciones internacionales vigentes como la CIE o el DSM. (...) La medida de seguridad de la privación o restricción del derecho constitucional fundamental a la libertad, que impone judicialmente el Estado a la persona que luego de cometer un hecho punible es declarada inimputable, con base

en el dictamen de un perito siquiatra, y por medio de la cual se busca la curación, tutela y rehabilitación del acusado. Según el artículo 69 del Código Penal son medidas de seguridad: “1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, 2. la internación en casa de estudio o trabajo y 3. la libertad vigilada. (...) Responsabilidad penal, inimputabilidad y medidas de seguridad. Esta Corporación, en su jurisprudencia, ha sido enfática en señalar que, en virtud del principio de dignidad humana, la responsabilidad penal objetiva esta proscrita en la Carta Política, por consiguiente, el derecho penal debe estar encaminado a sancionar el acto y no a su autor. Lo anterior, implica que “el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por

lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado”, como **tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente**”. En ese contexto, nuestro Código Penal establece dos regímenes diferentes de responsabilidad. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible lo hacen con culpabilidad, es decir, tienen la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientarlo conforme a esa comprensión. Y otro, para los inimputables, que son los individuos que al momento de cometer el hecho típico y antijurídico no pueden comprender la ilicitud de su conducta ni pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, por su inmadurez psicológica o trastorno mental, o sea, actúan sin culpabilidad. En tales circunstancias, existen dos tipos de conductas que acarrear consecuencias jurídico-penales, “esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”.(...) Esta Corporación ha señalado que las funciones de curación, tutela y rehabilitación que el legislador le atañe a las medidas de seguridad se entienden a partir de la necesidad que tiene la sociedad de protegerse de los individuos respecto de los cuales, por haber realizado una conducta prevista en la ley como delito y sin concurrir una causal de justificación, puede decirse, con un juicio razonable de probabilidad, que este puede volver a cometer la misma conducta. Específicamente, en Sentencia T-176 de 1993, señaló:

- “1) Mediante el término ‘curación’ se pretende sanar a la persona y restablecerle su juicio. Ello sin embargo plantea el problema de los enfermos mentales cuya curación es imposible por determinación médica y por lo tanto se encuentran abocados a la pérdida de su razón hasta la muerte.
- 2) Cuando la ley habla de ‘tutela’ se hace alusión a la protección de la sociedad frente al individuo que la daña. Así las cosas, si se llegare a establecer que un individuo ha recuperado su ‘normalidad psíquica’ es porque no ofrece peligro para la sociedad y por tanto no debe permanecer por más tiempo sometido a una medida de seguridad.
- 3) Y por ‘rehabilitación’ debe entenderse que el individuo recobre su adaptación al medio social. La rehabilitación es la capacitación para la vida social productiva y estable, así como la adaptabilidad a las reglas ordinarias del juego social en el medio en que se desenvolverá la vida del sujeto”. (Sentencia C - 107/18, octubre 31 de 2018. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN PENAL. **En el preordenamiento se castiga al delincuente como imputable.**

“3.5. La Sala considera necesario reiterar que la sola manifestación del médico no es suficiente para fundar la determinación de inimputabilidad,

pues esta es «una categoría jurídica que le corresponde determinarla al juez encargado de decidir el asunto y no a los especialistas traídos por las partes». (Cfr. CSJ SP, 6 mar. 2013, rad. 39559. En igual sentido, CSJ SP 10 dic. 2013, rad. 39565; CSJ SP, 15 dic. 2000, rad. 13595 y CSJ SP, 16 dic. 2009, rad. 10964). Así mismo, que: «...no es suficiente la circunstancia de que el procesado haya estado ingiriendo bebidas embriagantes en las horas anteriores a la realización de la conducta reprochada, para inferir su inimputabilidad, pues resulta forzoso que como consecuencia de dicha ingesta haya desaparecido su capacidad para comprender la ilicitud de su comportamiento o para determinar sus actos de acuerdo con tal comprensión. (Cfr. CSJ SP, 10 oct. 2002, rad. 11363). De otra parte, conviene agregar que, según lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 31 de la Ley 599 de 2000 –antes 32 del Decreto Ley 100 de 1980–, el trastorno mental, como causal de inimputabilidad, no puede ser preordenado. En sentencia CSJ SP, 28 nov. 1984, Acta número 98 sostuvo la Corporación: El trastorno mental como causa de inimputabilidad no puede ser preordenado según el artículo 32 de Código Penal, pues cuando el agente provoca con el propósito de cometer un delito determinado responde como persona imputable a título de dolo, y si lo hace, por imprudencia o negligencia, habiendo previsto o estando en condiciones de prever que puede, aunque no quiere, delinquir, responde como persona imputable a título de culpa. En otras palabras, cuando el acusado sabe que en sus manos está provocarse a sí mismo un trastorno mental, eficaz para cometer dentro de este estado perturbador de sus facultades intelectuales y volitivas un determinado delito, o cuando por negligencia o imprudencia habiendo previsto o pudiendo prever el resultado antijurídico que no quiere causar, procede, en ambos casos, a desatar el estímulo respectivo, debe responder como cualquier imputable, sólo que en el primero responderá por dolo y, en el segundo, por culpa. Debe entenderse que si se alega un trastorno mental preordenado al delito por el propio procesado, se le coloca ipso facto por fuera de cualquier causa de inimputabilidad porque en el preordenamiento se castiga al delincuente como imputable”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., abr. 5/2017, Rad. 49689 M. P. Éyder Patiño Cabrera).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **La embriaguez por sí sola no es causal de inimputabilidad, solamente si genera trastorno mental relevante para no comprender la ilicitud de la conducta.**

“7. Con relación a la embriaguez, necesario se impone recordar que ese estado, per se, no está contemplado en el estatuto penal como una causal de inimputabilidad y que sólo cobra relevancia jurídica si el mismo da lugar a un trastorno mental de tal magnitud que impidiera al agente actuar sin comprender la ilicitud de su comportamiento, es decir, si la ebriedad llega a convertirse en causal de inimputabilidad; y en este caso no se aspira a ese reconocimiento. Dado que los hechos a que se contrae esta actuación ocurrieron bajo la legislación penal anterior, para aportar claridad a la definición del asunto, bien está traer a colación lo que desde la etapa inicial de vigencia del Código Penal de

1980 la Corte ha venido sosteniendo respecto a la embriaguez. "El Código Penal vigente no se ocupa expresamente en su parte general de la ebriedad; esto no significa, sin embargo, que haya dejado de tener significación jurídica en el ámbito de la responsabilidad, más exactamente en los planos de la imputabilidad y de la punibilidad, al contrario, las diversas situaciones a que da lugar encuentran adecuada solución en el estatuto punitivo. "3. Sobre el supuesto de que toda ebriedad produce alteraciones orgánicas u síquicas que interesan los planos intelectual, afectivo y volitivo de la personalidad con intensidad más o menos creciente según la cantidad de licor ingerido, su grado de concentración alcohólica y las condiciones personales de quien lo consume, bien puede concluirse que la ebriedad genera siempre trastorno mental; lo que varía es la intensidad y la duración del mismo. "Sobre este aspecto, la Corte ya ha dicho que el trastorno mental a que se refiere el artículo 31 del Código Penal puede ser ocasionado por la ingestión de licor o de sustancias estupefacientes y que cuando ello ocurre, dicho trastorno "puede ser permanente si su asidua y prolongada ingestión ocasiona intoxicación crónica, o pasajera cuando en breve término se han ingerido dosis excesivas, o cuando un consumo aún normal de licor ha convulsionado el sistema nervioso central de una personalidad ya predispuesta, como ocurre con la ebriedad patológica " (Cas. Octubre 13/82). "Sentadas estas premisas, examínase ahora el tratamiento de la ebriedad en el Código Penal actualmente en vigor, así: a) Si la ebriedad ocasiona en el sujeto un trastorno mental de tal magnitud que le impida comprender la ilicitud de su comportamiento y en esas condiciones realiza hecho punible, se estará frente a la situación de inimputabilidad prevista en el Art. 31. Ahora bien, ese trastorno sicosomático puede ser permanente (casos de intoxicación crónica) o transitorio con secuelas (eventos de ebriedad patológica) o sin secuelas (ebriedad aguda con pasajera obnubilación de la conciencia); si lo primero, la consecuencia jurídica de su comportamiento típico y antijurídico será la imposición de medida de seguridad de carácter curativo con internación no menor de dos años (Art. 94); si lo segundo, habrá necesidad distinguir según que los efectos o secuelas del trastorno persistan o hayan desaparecido; para el primer evento (sobre el mismo supuesto de conducta típica y antijurídica se prevé la imposición de medida asegurativa de internación curativa por lapso mínimo de seis meses (Art. 95), a) tiempo que para el segundo se ha dispuesto excepción de tal medida (Art. 30 inc. 2º) en cuanto la desaparición del trastorno alcohólico hace innecesario el internamiento cuya finalidad primordial es la de someter al sujeto "al tratamiento que corresponda" (Art. 95). b) Si el trastorno mental derivado de las ingestión de bebidas embriagantes, a pesar de tener las graves características que permitirían ubicarlo en el ámbito de la inimputabilidad, fue provocado por el actor para la realización de hecho punible o para la ejecución de comportamiento del cual se derivó un resultado antijurídico previsible, se estará en presencia del fenómeno conocido como actio liberae in causa regulado normativamente por el Art. 32, conforme al cual el sujeto será tenido por imputable y responderá entonces "por el dolo o culpa en que se hallare respecto del hecho punible (cometido) en el momento de colocarse en tal situación". c) Si, en cambio, la embriaguez del sujeto produjo

un trastorno mental de leve intensidad que no alcanzó a oscurecer su conciencia y no le impidió, por lo mismo, darse cuenta de la antijuridicidad del comportamiento realizado en tales condiciones (lo que sucede ordinariamente en la llamada ebriedad común o simple), se estará ante persona imputable respecto de la cual cabe juicio positivo de responsabilidad culpabilista con imposición de pena; en tales supuestos, su ebriedad podrá influir solamente en la cuantificación punitiva para aumentarla o disminuirla según la influencia que pueda haber tenido en alguna de las circunstancias genéricas de atenuación o agravación de la pena a que se refieren los artículos 64 y 66 del Código Penal, y en la imposición de la pena accesoria consistente en la prohibición de consumir bebidas alcohólicas por término hasta de tres años, según mandato del artículo 59 ibidem. Otra secuela positiva de esta clase de ebriedad es el incremento sancionador dispuesto por los artículos 330 y 341 del Código Penal para los responsables de homicidio y lesiones personales culposos cometidos "bajo el influjo de bebidas embriagantes". (Cas. Nov. 6 de 1984. M. P. Alfonso Reyes Echandía). 2. De otra parte, la ebriedad, no ubica automáticamente la intencionalidad del autor en la modalidad de la culpa la cual, por demás, no fue demostrada en la demanda de casación, dado que la embriaguez voluntaria, no preordenada, no constituye en sí misma un acto de negligencia, impericia, imprudencia o violación de un reglamento; de lo contrario, todas las conductas punibles realizadas bajo los efectos del alcohol u otra sustancia tóxica, devendrían en la modalidad culposa, siempre que estuviera prevista legalmente. De manera que, si para el recurrente la conducta punible juzgada fue culposa, debió ocuparse de demostrar cómo aparecía probada en el diligenciamiento y no proceder a derivarla del estado de ebriedad que para el momento de los hechos acusaba su procurado. 3. Si el objetivo del dictamen era establecer las condiciones de imputabilidad del procesado al momento de realizar la conducta y no determinar si había actuado con o sin previsión, el hecho de no hacerle producir efectos a una expresión ajena a aquella definición no puede significar ni tergiversación del concepto pericial ni infracción al orden jurídico". (CSJ, Cas. Penal, Sent., Abr. 10 /2003, Rad. 13620. M. P. Fernando Arboleda Ripoll).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **Criterios diagnósticos de trastorno mental.**

(...) La Asociación Americana de Psiquiatría en su Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (D. S. M. III-R) incluye para la ludopatía los siguientes criterios diagnósticos: i) El individuo se va haciendo crónica y progresivamente incapaz de resistir los impulsos de jugar; ii) El juego lo pone en serios aprietos, altera o lesiona los objetivos familiares, personales y vocacionales; y iii) El juego no es debido a un trastorno antisocial de la personalidad. (...) En la última revisión del precitado manual se efectuó una ampliación de los criterios diagnósticos precisando la sintomatología de este trastorno, debiéndose cumplir mínimo cuatro de los síntomas que allí se concretan, entre los que se encuentran: i) Preocupación frecuente por jugar o por obtener dinero para jugar; ii) con frecuencia se juega

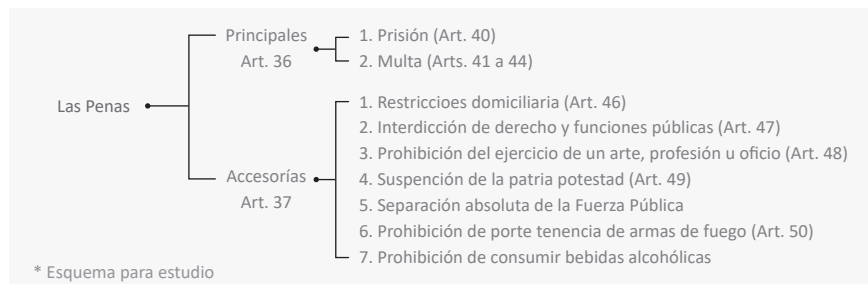
más cantidad de dinero o durante más tiempo del que se había planeado; iii) existe la necesidad de aumentar la magnitud o la frecuencia de las apuestas para conseguir la excitación deseada; iv) intranquilidad o irritabilidad cuando no se puede jugar; v) pérdidas repetidas de dinero en el juego y vuelta al día siguiente para intentar recuperar; vi) esfuerzos repetidos para reducir o parar el juego; vii) con frecuencia, el juego tiene lugar cuando se espera del sujeto que esté cumpliendo

sus obligaciones sociales o profesionales; viii) sacrificio de alguna actividad social, profesional o recreativa importante para poder jugar; y ix) se continúa jugando a pesar de la incapacidad para pagar las deudas crecientes, o a pesar de otros problemas significativos, sociales, profesionales o legales que el sujeto sabe que se exacerban con el juego". **(Rad. 158421, M. P. CN Julián Ordúz Peralta, 25 de agosto de 2016).**

COMENTARIO

Este artículo se encuentra específicamente individualizado dentro de la Ley 1407 de 2010 que en su artículo 34 trata de la inimputabilidad y el artículo 35 del trastorno mental preordenado, a diferencia del código penal "Ley 599 de 2000" que lo integra en el artículo 33. Señala el digesto castrense que "cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental, no será considerado como inimputable" premisa que se ha mantenido en el trascurso del tiempo como núcleo conceptual, determinando la Corte Suprema de Justicia – de manera clara – que cuando el acusado provoca o preordena un trastorno mental, un estado de alteración o perturbación psíquica que afecte su voluntad para cometer un delito, debe responder como imputable.

TÍTULO III DE LA PUNIBILIDAD CAPÍTULO I LAS PENAS



Artículo 36. Penas principales.

Los imputables estarán sometidos a las siguientes penas principales:

1. Prisión.
2. Multa.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **La pena y los compromisos internacionales.**

(...) "Debe decirse que compromisos internacionales sobre derechos humanos asumidos de tiempo atrás por el Estado colombiano, y que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, sujetan la actuación del legislador a los principios mencionados, al momento de definir las sanciones penales. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe en el numeral 1º del artículo 10º que toda persona privada de la libertad debe ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Así mismo, el literal a) de su numeral 2º, señala que los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y que deben ser sometidos a un

tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas. Y, por último, el numeral 3º establece que el régimen penitenciario que cada país establezca debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados. En conclusión, cuando el legislador hace uso de su potestad para configurar las penas que deben imponerse a quienes cometen algún delito, se encuentra limitado por los principios constitucionales de la dignidad de las personas y el respeto a los derechos humanos, la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad y las obligaciones internacionales contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. La competencia del Legislador se encuentra pues claramente establecida en este campo, así como el ámbito del control constitucional en estas circunstancias".

(...) **(Corte Const. Sent C-329/03, veintinueve de abril/2003. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis).**

Concordancia: Sentencia C-133 /1999, C-843 /1999, C-127 /1993, C-2465/1993, C-344/1996, C-806/02.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. Como en la dosificación de las penas que restringen la libertad, en las privativas de otros derechos, bien sean principales o accesorias, es imperativo sujetarse al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 y demás normas concordantes del Código Penal.

“En ese orden de ideas, de acuerdo con el criterio jurisprudencial actualmente en vigor, una vez que en el fallo han sido expuestos los fundamentos acerca de la acreditación de las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de los referidos injustos, ellas son razón suficiente y per se justifican la imposición de “La privación del derecho a la tenencia y porte de arma” por los motivos que al efecto consagra el artículo 52 de la ley 599 de 2000, esto es, por su “relación directa con la realización de la conducta punible por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena. (...) El objeto de estudio en este punto, entonces, no sólo repercute en la situación del procesado frente a la mayor o menor gravedad de la sanción que en últimas se le impuso, sino además atañe de manera directa al principio de estricta legalidad en el proceso de dosificación de la pena. En otras palabras, involucra definir el alcance de una garantía judicial. Para la mayoría de la Sala, la respuesta al problema es afirmativa. Es decir, así como ocurre en la dosificación de las penas que restringen la libertad, en las privativas de otros derechos, bien sean principales o accesorias, es imperativo sujetarse al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 y demás normas concordantes del Código Penal. Lo anterior por las siguientes razones: 10.1. El legislador de la Ley 599 de 2000 no distinguió, ni el juez tampoco tiene por qué hacerlo, entre la dosificación de las penas privativas de la libertad ni las restrictivas de otros derechos, ni entre la individualización de las penas principales (prisión, multa y privaciones de otros derechos señaladas en forma específica en tipos penales) y las accesorias (distintas a la inhabilitación que va aparejada con la de prisión). En efecto, el rótulo jurídico del artículo 60 del Código Penal, que contiene la aplicación del sistema de cuartos para el proceso de dosificación punitiva, es “fundamentos para la individualización de la pena”. No dice “fundamentos para la individualización de la pena de prisión”, ni “fundamentos para la individualización de las sanciones principales”. En otras palabras, la expresión «pena», al no ir acompañada de otra que la especifique o la restrinja, debe comprender las sanciones contempladas en el estatuto punitivo, incluidas las penas privativas de otros derechos a las cuales alude el artículo 52 inciso 1º de la Ley 599 de 2000. Ello, claro está, a menos que de la norma se

desprenda otra cosa, como sucede con el inciso 3º del último precepto acerca de la inhabilitación para ejercer cargos públicos en tanto sea accesoria de la prisión. Pero cuando las penas privativas de otros derechos están contempladas como principales en ciertos tipos (por ejemplo, las sanciones de los artículos 109 inciso 2º, 121 o 397 del Código Penal), o cuando el juez las impone a modo de accesorias siguiendo los parámetros del artículo 52 inciso 1º, emerge como consecuencia directa del principio de estricta legalidad dividir “el ámbito de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo”, así como observar los demás parámetros previstos en el artículo 61. Esta última norma, por lo demás, figura en el capítulo II del Código Penal, denominado “De los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad”, que a su vez hace parte del Título IV, intitulado “De las consecuencias jurídicas de la conducta punible”. Y preceptos como los del artículo 52, que trata de las penas privativas de otros derechos, así como los referidos tanto a las penas principales como a las accesorias, al igual que las que restringen la libertad y las de naturaleza pecuniaria (artículos 34 a 42), están comprendidos dentro de ese mismo Título, en su capítulo I: “De las penas, sus clases y sus efectos”. En otras palabras, el capítulo II del Código Penal es el que contiene todos los parámetros de dosificación que deben observarse para cualquier sanción abarcada por el capítulo I. De hecho, el inciso 2º del artículo 52 de la Ley 599 de 2000 dispone de manera explícita que “[e]n la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59”. Y el artículo 59 ordena que “[t]oda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”. De estas disposiciones deviene tan obligatorio como necesario circunscribirse a los fundamentos del artículo 61 del Código Penal, los únicos dentro de los cuales sería posible determinar las sanciones privativas de otros derechos desde una perspectiva cuantitativa. 10.2. La dosificación de las penas en la Ley 599 de 2000 obedece a dos aspectos esenciales: El sustento razonable y la discrecionalidad reglada. El sistema de cuartos del artículo 61 del Código Penal es la emanación lógica de este último criterio. Así lo reconoció la Sala en el fallo CSJ SP, 10 Jun. 2009, Rad. 27618, y, más recientemente, en la sentencia CSJ SP, 30 Abr. 2014, Rad. 41350. De acuerdo con la Corte: El proceso dosimétrico debe descansar en dos pilares fundamentales: La discrecionalidad reglada y el sustento razonable, aspectos con los cuales se busca sembrar parámetros de proporcionalidad en la concreción de la sanción al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación, pues los criterios plasmados permitirán su ataque igualmente argumentado en aras de establecer la respuesta correcta a lo debatido. Así, el artículo 59 de la Ley 599 de 2000 señala de modo imperativo que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, además, el artículo 61 establece una restricción a la discrecionalidad

del juez en el proceso de individualización de la misma al indicar la forma como debe dividir objetivamente el marco punitivo –que resulta de la diferencia entre el límite mayor y menor– en cuartos: Mínimo, en caso de no concurrir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo presentarse estas últimas; medios, cuando simultáneamente concurren unas y otras; y máximo, si confluyen únicamente agravantes. La aplicación de un sistema de cuartos, entonces, no implica la supresión de la discrecionalidad por parte del juez al momento de imponer la pena; tan sólo define (o limita, si se quiere) el ámbito dentro del cual podrá ejercerla. Es decir, se trata de una facultad condicionada, sin que se adviertan las razones por las que dicha reglamentación no podría abarcar la dosificación de las penas privativas de otros derechos. Esta regulación no obedeció a un capricho por parte del legislador sino a la necesidad de ajustar el arbitrio del juez en la imposición de la pena a los cauces de la seguridad jurídica, proporcionalidad e igualdad. Es decir, buscaba que, frente a situaciones objetivamente idénticas (determinadas, claro está, por las circunstancias de mayor o menor punibilidad a las cuales remite el artículo 61 de la Ley 599 de 2000 para la fijación de los cuartos), las diferencias de criterio entre un funcionario y otro se viesen restringidas por ámbitos menos amplios que los de los extremos mínimo y máximo previstos para cada sanción. Así, por ejemplo, en la privación del derecho a tener y portar armas de fuego, esa diferencia de criterio entre uno y otro juez llevaría a uno a imponer el mínimo de un (1) año, previsto en el inciso 6° del artículo 51 del Código Penal, y al otro el máximo de quince (15) años, a pesar de que los datos con los cuales contaban para efectuar el reproche no variasen. Con el sistema de cuartos, en cambio, se mantiene la discrecionalidad judicial para la individualización punitiva (en todo caso indispensable por los motivos expuestos en el fallo CSJ SP, 30 Abr. 2014, Rad. 41350), pero los distintos resultados de los funcionarios no figurarían, comparados entre ellos, sobrepasados, muy indulgentes o demasiado dispares. Siguiendo con el ejemplo, en un ámbito de movilidad reducido al cuarto mínimo, el primer juez fijaría la sanción en un año (1), pero el otro no podría imponer, bajo los mismos supuestos, una superior a cuatro (4) años y seis (6) meses. Y, en el evento de que hubiese de partir del cuarto máximo, aquel tendría que individualizarla en once (11) años y seis (6) meses, mientras que el segundo en quince (15) años. Las diferentes posturas, en estos casos, no lucirían desproporcionadas. En este orden de ideas, la aplicación del sistema de cuartos no sólo hace parte del principio de estricta legalidad de la pena, sino también es un instrumento indispensable para garantizar la seguridad jurídica, la prohibición de exceso y el principio de igualdad. 10.3. La Sala ha sostenido en forma pacífica una doctrina en su jurisprudencia de acuerdo con la cual, en la dosificación de las penas privativas de otros derechos, cuando se imponen como accesorias, opera el sistema de cuartos. Así lo explicó la Corte en el fallo CSJ SP, 4 Dic. 2013, Rad. 41511: [S]e observa un yerro en la dosificación de las penas de “privación del derecho a acudir al hogar o zona de residencia de la víctima” y de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, en tanto su tasación transgredió el principio de legalidad de la pena porque no se ajustó al sistema de cuartos previsto

en el artículo 61 del Código Penal, defecto que no fue denunciado por el censor y debe ser reparado por la Sala para impartir justicia en el caso concreto. En efecto, se constata que, en el procedimiento de adecuación punitiva, al pronunciarse sobre las sanciones accesorias, el a quo condenó al enjuiciado a la privación del derecho de acudir al hogar o zona de residencia de la víctima por el periodo de 5 años, y a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por el término de la pena principal (5 años). [...] Teniendo en cuenta que la pena principal privativa de la libertad respecto del delito base se impuso dentro del primer cuarto (60 meses) pues solamente concurrían circunstancias de menor punibilidad, las referidas sanciones accesorias también debían ser situadas dentro del mismo rango. Sin embargo, como lo revela la transcripción, el juez unipersonal las fijó en 5 años, esto es, en el primer caso, dentro del segundo cuadrante y, en el segundo evento, en el extremo máximo del último margen, superando con suficiencia el marco legal, yerro que no fue advertido por el ad quem. Igualmente, en la sentencia CSJ SP9226, 16 Jul. 2014, Rad. 43514: Aun cuando el sentenciador también impuso al procesado la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, decidió determinarla en idéntico lapso al señalado para la pena privativa de la libertad, pasando por alto que para esa accesoria el artículo 51 establece los extremos punitivos dentro de los cuales procede dosificar la pena, que van de uno (1) a quince (15) años; luego, era deber para el juzgador dividir esos límites en cuartos y, luego, siguiendo los mismos criterios que aplicó para tasar la sanción principal, fijar el monto respectivo. Desconocieron de esa manera los falladores el principio de legalidad, garantía de estirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, al amparo de la cual los funcionarios están obligados a determinar las sanciones, cuando a ello hay lugar, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley. También en el fallo CSJ SP2636, 11 Mar. 2015, Rad. 44221: Encuentra la Sala que en este caso se impone acudir a la facultad consagrada en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 para casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, pues se advierte que la sentencia resultó violatoria del principio de legalidad, dado que no se dosificó adecuadamente la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas impuesta a los procesados. [...] Como ya ha tenido de señalarlo esta Corporación (CSJ SP9226, 16 Jul. 2014, rad. 43514), el citado precepto [artículo 61 de la Ley 599 de 2000] establece que, una vez fijados los extremos mínimo y máximo de la pena, el juez procederá a dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, labor que debe emprenderse tanto respecto de las sanciones principales como de las accesorias, pues la ley no introduce distinción al respecto. En este caso los falladores acudieron al sistema de cuartos para cuantificar la pena de prisión, pero no procedieron de igual forma respecto de la sanción de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, pues impusieron el extremo punitivo máximo, lo cual denota que desconocieron el principio de legalidad, garantía de estirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, al amparo de la cual los funcionarios judiciales están obligados a determinar las sanciones dentro de los límites cuantitativos establecidos en la ley, circunstancia que impone a la Corte

acometer oficiosamente dicha ponderación y efectuar la respectiva enmienda. Y, en idéntico sentido al aquí desarrollado, en el fallo CSJ SP14467, 21 oct. 2015, Rad. 44367, entre otros. 10.4. Por último, es absolutamente inane, para efectos de determinar el régimen de dosificación punitiva de las sanciones privativas de otros derechos, plantear diferencias sustanciales o de forma, ya sean reales o infundadas, entre las penas principales y las accesorias, o entre las funciones específicas que estas y aquellas cumplen en los casos concretos, o en cuanto a la incidencia que sobre unas y otras tengan ciertas circunstancias modificadoras de sus límites mínimo y máximo. En primer lugar, es poco convincente argüir que en la dosificación de las penas privativas de otros derechos el sistema de cuartos sólo opera para las sanciones previstas en la parte especial del Código Penal, pero no cuando el juez las impone como accesorias en virtud del inciso 1º del artículo 52 de la Ley 599 de 2000. Como ya se señaló en precedencia (10.1), el régimen de cuartos previsto en el artículo 60 del capítulo II del Título VI del Código Penal regula la imposición de las penas señaladas en el capítulo I de igual Título, lo que incluye a las privativas de otros derechos, ya sean principales o accesorias. Lo único que se puede predicar de la consagración por parte del legislador de unas sanciones privativas de derechos distintos al de la libertad en la parte especial del Código Penal, y de penas de idéntica índole que pueden imponerse como accesorias, es el reconocimiento, en el segundo caso, de una facultad discrecional en el juez para establecerlas (sujeta a las circunstancias de cada caso y a los supuestos consagrados en el artículo 52 inciso 1 de la Ley 599 de 2000), así como la necesidad, en el primero, de eliminar la referida potestad judicial, en tanto su imposición siempre repercutiría para la protección del bien jurídico. Pero esto de ninguna manera supedita o altera el proceso de dosificación punitiva que debe regir en la dosificación de las penas principales y accesorias. En segundo lugar, tampoco tiene sentido justificar la modificación del régimen punitivo para las penas privativas de otros derechos aduciendo que, cuando el juez las impone como accesorias, cumplen fines eminentemente preventivos. Por un lado, dada la pluralidad de fines de la pena en la norma que como principio rector del orden jurídico prevé el artículo 4 del Código Penal, es imposible deducir en abstracto la función que cumpliría en cualquier evento una determinada sanción, bien sea principal o accesoria, privativa de la libertad o de otro derecho. Las funciones de la pena sólo se deducen de la sustentación que acerca del reproche personal realizado al autor del injusto efectúe el juez en cada caso. De ahí

que no es acertado sostener que las sanciones privativas de derechos distintos a la libertad, cuando son accesorias, obedecen a fines exclusivamente preventivos. De hecho, de los presupuestos indicados en el inciso 1º del artículo 52 del Código Penal, sería posible colegir fines diversos ("cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado [de los derechos] o haber facilitado su comisión"). Así, por ejemplo, un juez podría imponer una pena privativa de otro derecho únicamente con el argumento de que el procesado abusó del mismo, sin que por lo demás hubiese el peligro de repetirse. Es decir, la función que cumpliría dicha sanción sería de retribución justa, mas no de prevención. Y, por otro lado, aun en el caso de ser ciertos los fines eminentemente preventivos de las penas accesorias privativas de otros derechos, ello igual no constituiría motivo razonable para concluir que, en su imposición, el juez dejaría de estar sujeto al sistema de cuartos del artículo 61 del Código Penal. Finalmente, que los extremos de las penas privativas de otros derechos (cuando se imponen como accesorias) no se modifiquen por circunstancias que sí se predicar respecto de las principales contempladas en los tipos penales (como, por ejemplo, causales específicas de agravación o atenuación, ira e intenso dolor, tentativa, etc.) tampoco es razón suficiente para que su régimen de dosificación fuera distinto al del resto de las sanciones en general. Esta situación atañe directamente a la irrelevancia de aplicar los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables de que trata el artículo 60 de la Ley 599 de 2000. Pero no conlleva la inaplicación de los fundamentos dosimétricos del artículo 61 siguiente, que regula el sistema de cuartos. Lo importante, en todo caso, es que en la dosificación de las penas privativas de otros derechos sea operante dicho sistema, especialmente en lo atinente a las circunstancias de mayor o menor punibilidad. Y ya sea la pena privativa de otro derecho principal o accesoria, lo que el juez primero debe tener en cuenta son las atenuantes genéricas que pueda deducir del caso concreto, así como las agravantes de ese tipo que se le hayan formulado de manera inequívoca en la acusación desde un punto de vista jurídico, respecto de la conducta punible por la cual se suscita tal imposición. En síntesis, la Sala, en su mayoría, no advierte motivos de peso para variar la línea jurisprudencial relativa al sistema de cuartos en la dosificación de penas privativas de derechos distintos al de la libertad". (CSJ, Sent. Casación N.º 48659, Jul. 5/2017. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

Artículo 37. Penas accesorias.

Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes:

1. Restricción domiciliaria.
2. Interdicción de derechos y funciones públicas.
3. Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio.
4. Suspensión de la patria potestad.
5. Separación absoluta de la Fuerza Pública.
6. Prohibición de porte y tenencia de armas de fuego.
7. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL –
INTERDICCIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES
PÚBLICAS. **La pena y la facultad discrecional
del fallador.**

“Definidos los hechos típicamente antijurídicos y culpables, y establecidos los límites mínimos y máximos de la sanción por parte del legislador, corresponde al Juez la aplicación de la Ley pronunciando en cada caso concreto la absolución o la condena. Es cierto que la aplicación del Derecho no se reduce a una mera labor matemática o silogística, en la cual el Juez se limita a escoger la norma en la cual ha de subsumir el hecho, sino que involucra una tarea interpretativa. Sin embargo, esta importante tarea, no reemplaza, sustituye o transgrede la reserva legal, sino que la complementa en ejercicio de las facultades provenientes de la misma Ley: “Cuando la Constitución Política (Art. 230) contempla la independencia del Juez al señalar que “Los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley”, no le está otorgando una libertad tal, que los coloque por encima o al margen de la misma ley. De lo que se trata, es de que el juez aplique el mandato legal por ser la manifestación de la voluntad soberana del Estado, y no de que debe interpretarlo en forma discrecional cuando la ley no le ha dado dicha facultad. Además, se recuerda que la potestad jurisdiccional es una potestad reglada, es decir, predeterminada por la ley.” El Juez no impone la sanción penal de manera discrecional. Previamente debe agotar un proceso que viene predeterminado por la Ley, en el cual se escuchan los argumentos de la acusación y la defensa y solamente concluido el ritual procesal realiza el Juez propiamente el juicio de valoración de las pruebas y las razones esgrimidas por las partes para calificar la culpabilidad o la inocencia del sindicado y, finalmente, en caso de establecer la responsabilidad penal, dosificar la sanción dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el legislador. (...) La interdicción de derechos y funciones públicas como pena accesoria de la pena de prisión. Los derechos y funciones públicas del ciudadano no se limitan al ejercicio del sufragio, sino que abarcan toda una serie de tareas propias de una concepción del Estado democrático, participativo y pluralista, en el cual los ciudadanos solidariamente con la administración son titulares de derechos y deberes que interaccionan en la dinámica social para cumplir con los fines ideológicos y programáticos plasmados en la Constitución. En tal sentido la Corporación ha expresado: “1. Mirada desde el punto de vista de la dogmática constitucional, la participación ciudadana es un principio fundamental que ilumina todo el actuar social y colectivo en el Estado social de derecho, y que, en relación con el régimen constitucional anterior, persigue un incremento histórico cuantitativo y cualitativo de las oportunidades de los ciudadanos de tomar parte en los asuntos que comprometen los intereses generales. Por ello mismo, mirada desde el punto de vista del ciudadano, la participación democrática es un derecho-deber, toda vez que le concede la facultad y a la vez la responsabilidad de hacerse presente en la dinámica social que involucra intereses colectivos. Esa facultad no se circunscribe a los procesos propiamente políticos, y su ejercicio debe estar adecuadamente garantizado, pues así lo exigen las mismas normas superiores. Así, el derecho de participación ciudadana emana

del mandato democrático y participativo que, como principio fundamental del Estado, consagra la Constitución. Sobre esta dialéctica de la relación Estado-ciudadano en lo que concierne a la participación en tales procesos, la jurisprudencia ha dicho: “Las relaciones entre el Estado y los particulares se desenvuelven en un marco jurídico democrático y participativo como claramente aparece en el preámbulo de la Constitución y es reiterado en el título I de los principios fundamentales. El artículo 1° de la Constitución define a Colombia como un estado social de derecho organizado en forma de república democrática participativa y pluralista, mientras que en el artículo 2° establece dentro de los fines esenciales del Estado el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”. Los principios de la soberanía popular (CP. Art. 3°), de primacía de los derechos inalienables de la persona (CP. Art. 5°), de diversidad étnica y cultural (CP. Art. 7°) y de respeto a la autodeterminación de los pueblos (CP., Art. 9°) constituyen junto con los anteriores el ideario axiológico que identifica el sistema jurídico colombiano y le otorga su indiscutible carácter democrático y participativo, presente en los distintos escenarios, materias y procesos de la vida institucional y social del país. “En materia del ejercicio del poder político y social por parte de las personas, la Constitución de 1991 representa la transferencia de extensas facultades a los individuos y grupos sociales. El derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el derecho de petición, el derecho de reunión, el derecho de información o el derecho de acceder a los documentos públicos, entre otros, permiten a los ciudadanos una mayor participación en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas. Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales por su parte han obrado una redistribución del poder político en favor de toda la población con lo que se consolida y hace realidad la democracia participativa. “Los instrumentos de participación democrática garantizados en la Constitución no se limitan a la organización electoral sino que se extienden a todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria”[6](...). En el derecho penal colombiano el mayor castigo que se puede imponer al autor de un hecho punible es la privación de la libertad personal, mediante el confinamiento en un centro de reclusión por un periodo de tiempo determinado por el Juez con sujeción a los límites impuestos por la Constitución y la Ley”. (CC. Sentencia C-393/02, mayo 22/2002. M. P. Jaime Araújo Rentería).

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL –
INHABILIDAD PARA EJERCER CARGOS Y
FUNCIONES PÚBLICAS. **Forma de utilizar la
inhabilidad para ejercer cargos y funciones
públicas en las sentencias sancionadoras.**

“Las inhabilidades según la jurisprudencia constitucional son “aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden

justo". En el caso del artículo 45 del Código Penal se dice que la pérdida del empleo o cargo público "además", inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial. Evidencia la Sala que con la norma lo que se está buscando es rodear a la función pública de las condiciones de transparencia, igualdad y moralidad en el acceso y permanencia en el servicio público, para que las decisiones de la administración sean imparciales y objetivas y para que los empleados públicos sean idóneos, probos y capaces en el ejercicio de sus funciones. La inhabilitación de ejercer cualquier cargo público u oficial hasta por cinco años del artículo 45 del CP. como pena coetánea a la pena de pérdida del empleo o cargo público y como causal de inhabilitación para ejercer cargos públicos. La finalidad que tiene el legislador para imponer este tipo de pena, se refiere a que el funcionario público haya abusado o se haya extralimitado en el ejercicio de su cargo, o por el contrario que haya omitido o dejado de cumplir con ciertos deberes y obligaciones propias del ejercicio de su función. De esta manera lo que se pretende es tutelar a las personas, a la sociedad y a la administración pública de funcionarios que no sean idóneos y probos en el desempeño de su cargo. Por otro lado, se debe resaltar que en el Código Penal se impone la pena de "pérdida del empleo o cargo público" como sanción concomitante o coetánea a la pena de prisión o multa. Como pena coetánea a la pena de prisión en el caso de los delitos de prolongación ilícita de privación de la libertad (Art. 175), desconocimiento del Habeas Corpus (Art. 177), adopción irregular (Art. 232), revelación de secreto (Art. 418), y asesoramiento y otras actuaciones ilegales (Art. 421). En el caso de la pena de multa, en los delitos de violación de habitación ajena por servidor público (Art. 190), omisión de denuncia de delitos en donde se utilicen menores para la realización de conductas que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales (Art. 219b), abuso de autoridad por omisión de denuncia (Art. 417), utilización de asunto sometido a secreto o reserva (Art. 419), utilización indebida de información oficial privilegiada (Art. 420), intervención en política (Art. 422), favorecimiento de la fuga en su modalidad culposa (Art. 450) y en el caso en estudio de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto que se establece en el artículo 416. Las inhabilitaciones según la jurisprudencia constitucional son "aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". En el caso del artículo 45 del Código Penal se dice que la pérdida del empleo o cargo público "además", inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial. Evidencia la Sala que con la norma lo que se está buscando es rodear a la función pública de las condiciones de transparencia, igualdad y moralidad en el acceso y permanencia en el servicio público, para que las decisiones de la administración sean imparciales y objetivas y para que los empleados públicos sean idóneos, probos y capaces en el ejercicio de sus funciones. La jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-952 de 2001 ha diferenciado entre la sanción

penal en el caso de la pena de "inhabilitación para ejercer cargos y funciones públicas", que tiene como finalidad resarcir el daño a la sociedad y al particular por la afectación al bien jurídico de la administración pública, y la sanción electoral que tiene como objetivo "otorgar prevalencia a los principios de moralidad e igualdad en el ingreso al cargo de alcalde y garantizar la idoneidad, moralidad y probidad de la persona durante el desempeño del mismo". (CC. Sentencia T-615/11, agosto 16/11. M. P. Juan Carlos Henao Pérez).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
CONVERSIÓN DE MULTA EN ARRESTO. **La multa como institución judicial.**

"Resulta contrario el segmento de la disposición referida, a lo dispuesto en la Carta Política, pues repárese que la atribución conferida a las autoridades administrativas para realizar conversiones de multas en arrestos en aquellas contravenciones sancionables actualmente con dicha pena, excepto en las contravenciones especiales definidas en las leyes 228 de 1995, 23 de 1991 y 30 de 1986, en virtud de lo previsto en el artículo 28 superior, es inexecutable, ya que la facultad de ordenar la pena de arresto con relación a las personas que incumplan el pago de la multa, constituye una competencia única y exclusiva de las autoridades judiciales, las cuales son los únicos titulares para ordenar la privación de la libertad, como lo ha señalado la jurisprudencia sobre la materia. El arresto supletorio por el incumplimiento en el pago de una multa de carácter correctivo es una institución del derecho de Policía contraria al precepto constitucional que prohíbe la detención, prisión o arresto por deudas, además de ser un medio desproporcionado de privación de la libertad respecto de la finalidad buscada, cual es la de garantizar el pago de la obligación pecuniaria pública originada en la sanción de un supuesto contravencional, porque el pago de la multa en arresto no se compadece con el valor otorgado por la Carta a la libertad personal en el orden constitucional". (CC. Sentencia C-626/98, noviembre 4/1998, M. P. Fabio Morón Díaz).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Diferencias institucionales entre la Policía Nacional y las Fuerzas Militares.

"Esta Corporación en diferentes oportunidades se ha referido a la naturaleza jurídica de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares para destacar las diferencias entre las dos instituciones. Tales diferencias radican fundamentalmente en el carácter civil que se atribuye a la Policía y que emerge del artículo 218 de la Constitución, carácter del que no se revisten las Fuerzas Militares, y en el objetivo que persigue cada institución, el cual en el caso de la Policía es 'el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz' (CP., Art. 218), mientras que en el caso de las Fuerzas Militares 'la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional'. (CP., Art. 217)¹³⁹. Teniendo en cuenta el texto de

la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte relacionada con las diferencias entre ambas instituciones, el demandante debió elaborar los términos de comparación en el trato dispensado por el legislador a los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, partiendo de tales premisas. El desconocimiento de los artículos 217 y 218 de la Carta Política, llevó al demandante a afirmar que "... todos los miembros de la Fuerza Pública sean militares o policiales tienen el mismo derecho o tratamiento jurídico ante situaciones fácticas y gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales". (...) Situación similar se presenta en relación con el subrogado penal que el actor denomina "condena condicional", por cuanto no explica la manera como este beneficio puede ser aplicado para el caso de los demás servidores públicos. Al pretender hacer explícitos sus argumentos menciona el régimen administrativo aplicable a los alcaldes y congresistas; es decir, a la categoría "demás servidores públicos", el actor le genera una especialidad por el estatus y el fuero judicial de dos especies del género servidor público, pero no explica cuál es el régimen administrativo aplicable a los alcaldes y a los congresistas para compararlo: (i) Con el de los demás servidores públicos; (ii) con el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; y (iii) con el de los oficiales, suboficiales y personal ejecutivo de la Policía Nacional". **(CC. Sentencia C-459/10, junio 16/2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La exclusión de beneficios y subrogados penales.

"En términos de la sentencia en comentario, es una decisión del poder legislativo que busca hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas y, en un sentido más amplio, garantizar el cumplimiento del reproche social en contra de quien ha cometido una conducta que afecta, de forma grave, bienes jurídicos especialmente valiosos desde la perspectiva constitucional, como la vida, la dignidad humana, la seguridad personal y la integridad física. Bajo esta lógica, "sin tener por qué afectar, comprometer o desconocer los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, con la exclusión de los beneficios y subrogados penales lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional". En este orden ideas, la decisión en comentario insiste en que "la eliminación de beneficios y subrogados penales responde al diseño de una política criminal que, interpretando la realidad del país, está direccionada a combatir las peores manifestaciones delictivas. Ciertamente, en la medida en que exista en el ordenamiento jurídico una amplia gama de beneficios y subrogados penales, y los mismos resulten aplicables a todas las categorías de delitos en forma indiscriminada, la lucha que se promueva contra aquellos puede resultar infructuosa, pues la pena, que "constituye lo justo, es decir, lo que se merece"¹³, pierde su efectividad

y proporcionalidad cuantitativa frente al mayor daño que determinados comportamientos causan a la comunidad. Por eso, resulta ajustado a la Constitución Política que subsista y se aplique la punibilidad para conductas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, que, por razón de su gravedad y alto grado de criminalidad, no pueden ser relevadas de un castigo ejemplarizante y de la proporcionada sanción penal. || Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador a favor del imputado, no puede entonces contrariarse el sentido de la pena, que comporta la repuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia que consiste en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias." (...) Así las cosas, con base en los precedentes jurisprudenciales se tiene que en materia de concesión de beneficios penales: (i) El legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, en tanto que manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado; (ii) con todo, la concesión o negación de beneficios penales no puede desconocer el derecho a la igualdad; (iii) se ajustan, prima facie, a la Constitución medidas legislativas mediante las cuales se restringe la concesión de beneficios penales en casos de delitos considerados particularmente graves para la sociedad; (iv) el Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales en materia de combate contra el terrorismo, razón de más para que el legislador limite la concesión de beneficios penales en la materia". **(CC Sentencia C-073/10, febrero 10 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. En todos aquellos casos en donde se reconozca una reducción de la pena de prisión como consecuencia de la aceptación de cargos o a raíz de un preacuerdo realizado con la fiscalía y aprobado por el juez de conocimiento, se deberá aplicar el mismo beneficio a las demás sanciones de carácter penal, aun las accesorias.

"2.2. Al respecto, la Sala ha sostenido que las rebajas y beneficios otorgados en el sistema procesal penal, en virtud de aceptación de cargos o preacuerdos, deben tener igual aplicación a todo tipo de sanción penal. Lo explicó la Corte en los siguientes términos: "(...) surge claro que al aplicar la rebaja de pena contemplada en el artículo 351, inciso 1º, de la Ley 906 de 2004, excluyó la sanción principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, yerro que atenta contra las garantías del sentenciado y que impone la intervención de la Corte para subsanarlo. Frente a este punto, la Corte aclara que el término pena a que alude el citado artículo 351, no está destinado, de manera exclusiva, a la pena privativa de la libertad sino a todas aquellas sanciones que contenga el tipo penal y, por supuesto, también se encuentra contenidas en dicha expresión las accesorias que correspondan teniendo en cuenta el acontecer fáctico declarado como probado en los fallos de instancia". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de julio de 2007. Rad. 26255). 2.3. Al tenor de lo anterior, en todos aquellos casos en donde se reconozca una reducción de la pena de

prisión como consecuencia de la aceptación de cargos o a raíz de un preacuerdo realizado con la fiscalía y aprobado por el juez de conocimiento, se deberá aplicar el mismo beneficio a las demás sanciones de carácter penal, aun las accesorias". **(CSJ, Sent. Casación N.º 38524, May. 12/2012. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Las penas accesorias dejadas de imponer en sentencia condenatoria, causarían un desmejore en la situación del condenado.**

"Respecto de las penas accesorias dejadas de imponer por el iudex a quo, considera la Sala que, por razón de la prohibición de reforma peyorativa, no es posible corregir los vicios de legalidad, porque con ello se desmejora la situación del procesado. Así, si el artículo 60 del Código Penal Militar asigna la obligación legal de imponer como penas accesorias la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cada vez que se imponga como principal una pena de prisión, su desconocimiento por el Juez Penal Militar no puede ser corregido en virtud del recurso por la segunda Instancia, tratándose de apelante único como en el presente caso. En Sentencia del 17 de octubre de 2007, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 20026, M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, expresó: "El principio que se afirma violado prohíbe al juez de apelación agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único, prohibición que la Corte ha entendido referida no sólo a la pena en sentido estricto, como sanción principal o accesoria propiamente dicha, sino a toda decisión que modifique la situación jurídica del procesado, haciendo más gravoso su estado precedente". No hay duda de que las penas accesorias dejadas de imponer, causarían un desmejore en la situación del condenado, pues, aunque encontrándose actualmente en situación de retiro, la separación de la Fuerza Pública quedaría anotada en su hoja de vida, así mismo la interdicción conllevaría la privación de los derechos políticos reconocidos en el artículo 40 de la Constitución Política de Colombia. De manera que si el Juez de conocimiento dejó de aplicar las mismas como era su obligación, ya en esta instancia no es posible enmendar el error en la forma que lo propone el Ministerio Público a quem, reiterándose, que la dificultad estriba en que hay un apelante único y al darse cumplimiento a estas, se haría más gravosa la situación del condenado". **(TSM. Rad. 149957, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 8 de mayo de 2008).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Pena accesoria y su imposición.**

"Por lo expuesto se confirmará la sentencia apelada, excepto en lo que tiene que ver con la imposición de la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, que de oficio se revocará con fundamento en el principio de favorabilidad penal, previsto en el artículo 8º de la Ley 1407 de 2010 y teniendo en cuenta que la citada ley sólo consagra dicha pena accesoria para los delitos que no atenten contra el servicio

y cuando la pena impuesta sea superior a los dos años de prisión. En el caso concreto, se observa que, aunque la condena impuesta no hace relación con alguno de los delitos que atentan contra el servicio, la pena a imponer sí es menor a los dos años y, en consecuencia, el procesado tendría derecho a continuar al servicio de la Fuerza Pública". **(TSM. RAD. 156563, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 27 de octubre de 2010).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Posibilidad de inaplicar la separación absoluta de la fuerza.

"Es dable su inaplicación invocando el principio de favorabilidad cuando la Ley 1407 de 2010 no la consagra para determinado tipo penal. "Conforme a lo anterior, el análisis se circunscribirá a determinar si con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal Militar y en aplicación al principio de favorabilidad es dable entrar a revocar la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública impuesta al SLP. CBA". (...) "Sobre el primer punto, debemos advertir que efectivamente las penas accesorias a la de prisión como lo son la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, se encuentran contenidas tanto en el artículo 60 de la Ley 522 de 1999 como en el artículo 51 de la Ley 1407 de 2010, distinguiéndose tan sólo en esta última cuando exime de su aplicación al procederse en delitos contra el servicio y en los que su pena a imponer no supere los dos años. Satisfaciéndose por tanto a cabalidad la primera exigencia, esto es, que la figura jurídica enfrentada tenga regulación en ambas legislaciones. Con relación a la segunda condición 'que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fácticos', se encuentra también cumplida, pues como puede observarse la imposición de las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, está supeditada en una y otra normatividad a la imposición previa de una pena de prisión. (...) "Para el caso de estudio, es dable la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 8º de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que la citada ley consagra que las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal aplica para condenas de prisión, salvo en delitos contra el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos años de prisión, excepción que se da en este caso, por cuanto la pena impuesta fue menor a dos años; luego, al no poder condenársele a esa pena accesoria ello sin lugar a discusión es más favorable a los intereses del procesado". **(TSM. RAD. 156327, M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo, 18 de julio de 2011).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Separación absoluta en conflicto con la norma en transición.**

"Aunque las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas no fueron objeto

de censura por el apelante, esta colegiatura castrense como superior funcional, atendiendo la observación de la señora Procuradora Judicial, no puede dejar de soslayo el postulado constitucional de favorabilidad, toda vez que los hechos ocurrieron en vigencia de la Ley 522 de 1999, y el fallo condenatorio se emitió el 28 de mayo de 2012, cuando ya había entrado en vigor la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, lo cual ocurrió el 17 de agosto de 2010, y este tránsito de legislaciones, impone aplicar el artículo 51 de esta última ley, por ser más benigno para el procesado, pues eliminó las citadas penas accesorias en aquellos delitos en que la sanción impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión, como sucede en este caso, en que la pena de prisión no superó dicho guarismo, razón por la cual se revocará el numeral segundo de la parte resolutive de la providencia en mención...". (TSM. RAD 157044, M. P. TC(r) Jaqueline Rubio Barrera, 8 de agosto de 2012).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Aplicación de las penas accesorias en las dos legislaciones penales militares.

"Las penas accesorias a la pena principal de prisión, se encuentra reglado tanto en la Ley 522 de 1999 como en la 1407 de 2010, resultando más benigna o favorable la regulada en esta última, como quiera que contiene una salvedad respecto de los delitos contra con el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión, como en el caso bajo estudio. Sucede lo mismo, en el segundo postulado, en tanto que respecto de ambas estipulaciones se predicen similares presupuestos fáctico-procesales, en efecto, en ambas legislaciones el subtema de la regulación de las que se refiere, es únicamente el de las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena principal impuesta es de prisión, luego, se trata del mismo momento procesal en ambas legislaciones". (TSM. Rad. 154817-XIV-426. MY(r). José Liborio Morales Chinome. Agosto, treinta y uno (31) de dos mil once (2011).

Artículo 38. Judicialidad y publicidad.

Toda pena será impuesta por sentencia judicial. El juez deberá enviar copia de esta al Instituto Nacional Penitenciario y a la respectiva oficina de personal de la Fuerza a la cual pertenezca el sentenciado.

CORTE CONSTITUCIONAL – PUBLICIDAD. Actuaciones y alcances. Sistema ecléctico.

"(...) Es preciso reconocer que el principio de publicidad tiene dos vertientes en relación con su alcance y exigibilidad, a saber: a) En primer lugar, es deber de los jueces en los procesos y actuaciones judiciales dar a conocer sus decisiones tanto a las partes como a los otros sujetos procesales, mediante las comunicaciones o notificaciones que para el efecto consagre el ordenamiento jurídico. En este evento, se trata de un acto procesal de notificación, el cual más que pretender formalizar la comunicación del inicio, desarrollo o agotamiento de una actuación, procura asegurar la legalidad de las determinaciones judicialmente adoptadas, ya que su conocimiento ampara efectivamente los derechos de defensa, de contradicción y de impugnación. b) Por otra parte, el artículo 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en concordancia con los artículos 74 y 228 de la Constitución, impone el deber a los jueces de comunicar y divulgar a la opinión pública o a la comunidad en general, el contenido y los efectos de sus decisiones, salvo en aquellos casos en los cuales exista reserva legal (...). Al respecto, como bien lo sostiene la doctrina, la notificación en materia penal, se surte mediante un sistema de comunicación ecléctico que combina elementos del sistema de la recepción y del sistema del conocimiento. Por ello, en principio debe apelarse a la notificación personal de todos los sujetos procesales y obligatoriamente del sindicado privado de la libertad, del Fiscal General o su delegado y del Ministerio Público (teoría del conocimiento). Sin embargo, cuando no fuere posible la notificación personal de los sujetos

procesales o en tratándose del sindicado no privado de la libertad, se hará la notificación por edicto (teoría de la recepción). De contera que, una vez efectuada la notificación personal o realizada la notificación por edicto (en caso de no ser posible la primera), se entiende que los sujetos procesales conocieron la decisión judicial, y a partir de ese momento se extingue el término de prescripción de la acción y empieza a contar la prescripción de la pena". (CC, Sent. 641/2002. Trece (13) agosto/2002 M. P. Rodrigo Escobar Gil).

CORTE CONSTITUCIONAL. El principio de publicidad en el Sistema Penal Oral Acusatorio.

"(...) La Sala constata que el Legislador previó que el juez penal puede imponer el deber de reserva a los asistentes a las audiencias del juicio penal o limitar, total o parcialmente, el acceso del público o de la prensa a dichos procedimientos. Asimismo, supeditó el ejercicio de dicha facultad a dos condiciones: (i) Que se adoptada mediante "auto motivado" y (ii) que tenga como fundamento la protección de los "intereses de la justicia" y, en especial, "la imparcialidad del juez". En este sentido, del tenor del referido texto normativo se deriva que el juez debe exponer, mediante providencia judicial, las razones que justifican la imposición del deber de reserva y la limitación del "acceso del público o de la prensa" a las audiencias correspondientes a la fase de juzgamiento, en el marco del proceso penal". (Corte Const. Sent. C 429- 2020 treinta (30) de septiembre de dos mil veinte).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Publicidad y ejecutoria.**

“Sin embargo, en este sentido lo relativo a la notificación de la decisión obedece al principio de publicidad de las decisiones judiciales. Sobre este tema específico debe hacerse remisión a las previsiones del artículo 187 de la ley 600 de 2000 en virtud al principio de Integración previsto en los artículos 18 y 14 de la ley 522 de 1999 y 1407 de 2010. Precisamente la Corte Constitucional en la Sentencia C-6641 de 2002 se refirió al examinar demanda de inconstitucionalidad contra esta disposición la declaro ajustada a la norma, aunque entendiendo que los efectos jurídicos de esta clase de decisiones se surten a partir de la notificación de las mismas... Sobre este particular aspecto, la Corte fue enfática en distinguir entre la firmeza o ejecutoria de la decisión y la comunicación o notificación o publicidad de la misma. El fallo de la Corte Constitucional, que

declara ajustado a la Carta al artículo 187 de la Ley 600, pero a condición de que en ningún caso la providencia de segunda instancia o de casación pueda producir efectos si no ha sido debidamente notificada, comunicada o publicitada o dada a conocer a los sujetos procesales, tiene ese único propósito, la publicidad de la decisión para que las partes no sean sorprendidas, pero ello no afecta la firmeza de la decisión, su ejecutoriedad. La decisión que sea, si no admite recursos, quedará en firme al momento en que sea suscrita por la autoridad judicial correspondiente. Lo que afecta el acto de comunicación posterior es el cumplimiento de las disposiciones realizadas, las cuales permanecerán en suspenso, mientras no sean puestas en conocimiento de la parte o partes que deban cumplirlas”. (TSM. RAD. 158352-10720-XIII-409 -EJC M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo Pérez, 12 de febrero de 2016).

Artículo 39. Duración de la pena.

La duración máxima de la pena es la siguiente:

1. Prisión. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso, cuya pena máxima será de sesenta (60) años.
2. Multa, hasta cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. Restricción domiciliaria, hasta cinco (5) años.
4. Interdicción de derechos y funciones públicas, hasta diez (10) años.
5. Prohibición del ejercicio de arte, profesión u oficio, hasta cinco (5) años.
6. Suspensión de la patria potestad, hasta quince (15) años.
7. Prohibición de porte y tenencia de armas de fuego, hasta tres (3) años.
8. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas hasta tres (3) años.

Artículo 40. Prisión.

La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en un establecimiento carcelario militar o policial, en la forma prevista por la ley.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Circunstancias que el juez debe valorar para establecer si la libertad del imputado representa un peligro para la comunidad.

(...) “En un Estado constitucional como el fundado en la Carta Política de 1991, en especial en materia penal, el legislador está rígidamente sometido a un conjunto de límites y vínculos que condicionan la validez de la producción normativa y restringen de manera importante su libertad de configuración. Por un lado, el modelo de proceso penal no puede contemplar injerencias irrazonables a los derechos fundamentales y principios protegidos por la Constitución. Esta es una cláusula derivada del mandato de supremacía constitucional que, en general, vincula la acción política del Congreso en este y otros campos del orden jurídico. (...) Por otro lado, al construir un modelo de proceso penal para la persecución y el juzgamiento de los delitos, el legislador no le está permitido desconocer el debido proceso y los principios para el ejercicio del ius puniendi legados de la tradición democrática y liberal, igualmente sancionados en la Carta Política y ampliamente

desarrollados en la jurisprudencia de la Corte. En consecuencia, no está habilitado para restringir sin estricta justificación constitucional la libertad del procesado, la plenitud de las formas de la investigación y el juicio, la presunción de inocencia, los principios de estricta legalidad, Juez Natural, publicidad, imparcialidad, defensa técnica, doble instancia y la prohibición de doble incriminación, prisión perpetua, destierro y confiscación, entre otros.(...) Las medidas de aseguramiento adquieren, sin embargo, una particular incidencia constitucional debida, ante todo, a su capacidad para afectar de manera intensa la libertad personal. El agente sufre un temporal, preventivo y, sin embargo, ostensible impacto en el derecho a su libertad. Por estos innegables efectos, de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte, la creación de las medidas de aseguramiento debe ser estrictamente excepcional y se encuentra sometida a un conjunto de límites, diseñados en orden a salvaguardar el principio de la dignidad humana y la prevención del exceso en su utilización. (...) En suma, la libertad personal, consustancial al Estado constitucional y democrático de derecho no es, sin embargo,

un derecho absoluto, sino que está sujeto a restricciones: (i) Estas tienen lugar esencialmente en el marco del proceso penal, en la forma de sanciones, pero también de manera relevante a través de medidas cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, (ii) en general, con propósitos preventivos, como garantizar la presencia del imputado, el cumplimiento de las decisiones y la tranquilidad social, (iii) las medidas de aseguramiento implican la privación o la limitación a la libertad personal o la imposición de otras obligaciones que garanticen fines legal y constitucionalmente admisibles, (iv) Sin embargo, su incidencia más importante radica en las intensas injerencias a la libertad personal, (v) debido a este particular impacto, las medidas de aseguramiento se hallan sometidas a un conjunto de límites, que funcionan como garantías para la salvaguarda de la dignidad humana y la proscripción del exceso en su utilización (vi). (...) De forma aún más relevante, como también se mostró, el legislador diseñó un modelo general de las medidas de aseguramiento de bases constitucionales, pues estableció un mandato general de afirmación de la libertad y dispuso que las normas que permitan privaciones o limitaciones a esta prerrogativa deben ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. (arts. 2, 295 y 296). Aunado a esto, la ley introdujo reglas que adoptan en formas específicas los principios de gradualidad, proporcionalidad, excepcionalidad y estricta legalidad de las medidas de aseguramiento". **(Corte Const. Sentencia C-469/16, agosto 31/2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
El fundamento constitucional de la limitación de la libertad.

"El derecho a la libertad personal, no obstante, ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de Derecho, no tiene un carácter absoluto e ilimitado. Como en el caso de los demás derechos fundamentales, el Constituyente no concibió en efecto la libertad individual a la manera de un derecho inmune a cualquier forma de restricción. En este sentido, la Corte ha advertido también que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal, la cual en todo caso no puede ser arbitraria por lo cual, la propia Constitución consagra una serie de garantías que fijan las condiciones en las cuales la limitación del derecho puede llegar a darse. Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental. (...) El ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de proferir medidas restrictivas de la libertad, siempre y cuando obedezcan a mandatos legales previamente definidos. La restricción del derecho a la libertad debe estar entonces, plenamente justificada en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente indispensable para el logro de tales objetivos. Por lo anterior, la privación de la libertad en un Estado Social de Derecho debe ser excepcional y debe responder a criterios de necesidad,

razonabilidad y proporcionalidad y durante su ejecución el Estado tiene el deber constitucional y legal de salvaguardar las siguientes garantías: (i) El derecho a la vida y la integridad personal; (ii) el derecho a presentar peticiones; (iii) el derecho a la dignidad humana; (iv) el derecho a la visita íntima o conyugal en condiciones dignas; (v) el derecho a la resocialización; (vi) El debido proceso disciplinario; (vii) el derecho a la palabra; (viii) el derecho al descanso; (ix) el derecho a la salud; y (x) el derecho a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad. Adicionalmente, si la privación de la libertad es excepcional más aún lo debe ser la privación de la libertad intramural, pues afecta en mayor medida los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que afecta de manera más profunda los derechos de los internos. En virtud de lo anterior la Resolución 1/08 de la Organización de Estados Americanos mediante la cual se aprobaron los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas señala que los Estados miembros "deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia". **(Corte Const. Sentencia T-276/16, mayo 25/2016. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La privación de la libertad en la justicia penal militar.

"El derecho penal militar es un derecho especial en que la mayoría de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, supone la infracción grave de los deberes especiales que se encuentran relacionados con la disciplina a la cual se encuentran obligados los militares y con los deberes especiales en relación con el servicio, precisamente por ello, el legislador les ha otorgado un plus de antijuridicidad excluyéndolos de los beneficios o subrogados penales. (...) Es claro para la Corte que el legislador, en ejercicio de la potestad configurativa de la ley puede diseñar y establecer la política criminal del Estado. Así, para erigir ciertas conductas en delitos, para determinar las penas que a ellos correspondan, para establecer subrogados penales, beneficios de carácter administrativo en el cumplimiento de las penas, así como para indicar cuando es procedente la detención preventiva, o cuando se puede exceptuar esa medida de aseguramiento con la prestación de cauciones juratoria o prendaria, respecto de cuáles delitos y con qué requisitos puede concederse por el juez en algunos casos la libertad provisional o la condena de ejecución condicional, sin que por ello se viole la Constitución Política. Nada tiene entonces de contrario a la Carta que a algunos delitos contemplados en el Código Penal Militar, por su trascendencia para la función propia de la Fuerzas Militares y de Policía, el legislador, habida consideración de esas circunstancias, decida que la única medida de aseguramiento es la detención preventiva, o que no es procedente en ciertos casos la libertad provisional o la condena de ejecución condicional, aun sin tener en cuenta la pena señalada por la ley a esos delitos, como ocurre con las normas acusadas. Por ello, sin entrar a discutir ahora si las normas objeto de acusación son demasiado

drásticas, es lo cierto que la supuesta drasticidad que podría predicarse de ellas, el legislador la encontró justificada y esa valoración realizada por el Congreso de la República, no afecta de inconstitucionalidad las disposiciones acusadas. Ahora bien, el hecho de que contra los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria, sólo sea procedente como medida de aseguramiento de detención preventiva, y se excluya la posibilidad de libertad condicional, no viola la Constitución, pues el legislador dentro de su amplia potestad de configuración legislativa podía optar por establecer una sola medida de aseguramiento para esa clase de delitos, así como excluir los mismos del beneficio de la libertad condicional, siempre y cuando en la aplicación de dichas medidas y en la exclusión de beneficios penales, se respeten y protejan los derechos constitucionales del sindicado, a los cuales no son ajenos los miembros de la Fuerza Pública, teniendo en cuenta que se trata de una restricción a la libertad personal tan cara a nuestro Estado social de Derecho. Es así, como el artículo 530 del Código Penal Militar, dispone que si dentro de las doce horas siguientes a la privación de la libertad, no llegare la orden de detención con las formalidades exigidas por la ley, esto es, indicación de la fecha del auto y del hecho punible que la motivó, se pondrá en libertad al encarcelado "si no existiere orden de captura o detención proferida en otra actuación". Además, el artículo 536 ibidem consagra los derechos del aprehendido o detenido, acordes con el respeto a la dignidad humana, los cuales deberán ser garantizados durante todo el tiempo de privación de su libertad. (...)El derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo". En el caso sub examine, como se ha visto no resulta irrazonable ni desproporcionada la restricción a la libertad de los miembros de la Fuerza Pública que han incurrido en los hechos punibles que se encuentran excluidos de este beneficio (Art. 71, numeral 3º Ley 522/99), dada la especialísima relevancia que el legislador le ha otorgado a esa clase de delitos, habida consideración de que la disciplina, el servicio y el honor, son considerados piedras basales sobre las cuales se estructura la institución castrense. Sin embargo, como lo ha sostenido esta corporación, a pesar de que el legislador goza de un amplio margen de apreciación inscrito dentro de la llamada libertad de configuración, y puede por ende fijar condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, esa libertad encuentra su límite en la propia Constitución "en virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda

persona "se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable" y que quien sea sindicado tiene derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas". **(CORTE CONST. Sentencia C-709/02, septiembre 3/2002. M. P. Alfredo Beltrán Sierra).**

Concordantes: Sentencia C-106 de 1994, Sentencia C-774 de 2001, Sentencia C-456 de 2006, Sentencia C-390 de 2014, La Sentencia C-366 de 2014.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **La prisión domiciliaria regulada en el Código Penal Ordinario pueda otorgarse a los miembros de la Fuerza Pública.**

"Ahora bien el carácter especial que identifica a la justicia penal militar, en razón a los sujetos para los cuales está destinada y a la descripción de tipos penales propios a su naturaleza, no constituye impedimento alguno para que en atención a la función de la pena privativa de la libertad, la prisión domiciliaria regulada en el Código Penal Ordinario pueda otorgarse a los miembros de la Fuerza Pública que habiendo cometido delitos relacionados con el servicio deben ser investigados y juzgados bajo los lineamientos del Código de Justicia Penal Militar. En la Leyes 522 de 1999, bajo cuyo procedimiento se rituló este asunto, y 1407 de 2010, la pena privativa de la libertad debe ejecutarse en establecimiento carcelario o unidad militar o policial, en la forma señalada por la ley. En las anteriores circunstancias en el régimen especial de la justicia militar penal no está prevista su ejecución en el domicilio, contrario a lo establecido en el Código Penal y la Ley 750 de 2002, pues el primero consagra el sustituto de la prisión domiciliaria para quienes reúnan las exigencias señaladas en su artículo 38 y la segunda para los que cumplan la condición de padres cabeza de familia. Por vía de tutela, la Sala ha negado dicho sustituto a los sentenciados que alegaban su derecho por ser padres cabeza de familia, señalando que la justicia penal militar tiene sus propias instituciones, es autónoma, obedece a un supuesto de libertad de configuración del legislador y su omisión en el régimen especial responde a un tratamiento distinto y no a la existencia de un vacío legal. Así en decisión del 1º de junio de 2005, después de expresar que la Carta Política "contempla la existencia de un régimen especial para el juzgamiento de los militares en servicio activo por conductas relacionadas con el servicio, distinto del ordinario, dotado de instituciones propias", agrega que la denegación del amparo "También se sustenta en decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema, en las cuales ha sido reconocida la autonomía de dicho régimen (el militar), así como la libertad de configuración del legislador en esta materia, específicamente en relación con la facultad de dotar a cada ordenamiento (militar y ordinario) de instituciones propias, de contenido similar o diferente". Y en la sentencia de 19 de marzo de 2009, "sostuvo que: El hecho de que el código castrense no contemple ese beneficio y el ordinario sí, no constituye un vacío en el primero porque no existe norma que indique que los códigos deben ser iguales. Si eso fuera así, sólo existiría un código para ambas jurisdicciones.

En consecuencia, no estamos ante un vacío del código penal militar susceptible de ser llenado con la ley ordinaria, se trata de un tratamiento distinto que es perfectamente legal por cuanto fue determinado por el legislador y avalado por la Corte Constitucional". Sin embargo, las decisiones de la Corte Constitucional y de esta Sala citadas en el fallo de tutela de 2005 guardan relación con la sentencia anticipada. En ellas la negativa del mecanismo anormal de terminación del proceso en la justicia penal militar se sustenta en que no desconoce el principio de igualdad, el cual se predica dentro del ámbito del Código Penal Militar y las normas de los ordenamientos legales que lo complementan por remisión, la falta de su consagración obedece a la libertad de configuración del legislador, no hay vacío legal que permita recurrir a la integración, sus normas obedecen a un régimen especial y su aplicación afectaría la naturaleza del procedimiento. En principio es pertinente indicar que no hay relación de medio a fin entre el instituto de la sentencia anticipada con el sustituto de la prisión domiciliaria, de modo que los precedentes judiciales reseñados en la tutela de 2005 y que sirvieron de fundamento a la decisión, fueron invocados sin tener en cuenta que se referían a una temática distinta, así en el fondo la discusión abordará la aplicación en ambos casos de disposiciones comunes al régimen penal militar. Adicionalmente las razones expuestas en las decisiones de tutela para negar la prisión domiciliaria a quienes alegaban la condición de padre cabeza de familia, además de inapropiadas son injustificadas, debido a que la Ley 750 de 2002 no deroga, modifica, subroga o adiciona norma de los Códigos Penal o de Procedimiento Penal ordinarios, sino que busca ampliar los beneficios que concedió la Ley 82 de 1993 a la mujer cabeza de familia. Además "pretende proteger la infancia, como futuro de la sociedad, buscando la total salvaguardia contra toda forma de abandono y desprotección. El artículo 44 de nuestra Carta establece el derecho que tienen todos los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, igualmente consagra el derecho al cuidado y al amor, obligación que encuentra su fuente primigenia y natural en los padres. De la misma manera pretende resguardar la maternidad conforme al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la familia como núcleo de la sociedad". Siendo ello así, sin hacer parte de la codificación penal sino del ordenamiento jurídico en general con la pretensión de proteger a los menores del abandono ante las vicisitudes del encierro intramural para los encargados de velar por su manutención, educación y formación, no parece razonable que del sustituto pueda disfrutar el padre cabeza de familia que sea ciudadano común y no el militar, distinción que la ley no hace. Ahora bien, el carácter especial de la jurisdicción penal militar, su autonomía y libertad de configuración legislativa, esgrimidas para negar la prisión domiciliaria a quienes son investigados y juzgados por dicho régimen, no impiden ahora considerar que dicho sustituto pueda ser otorgado a quienes se encuentran sometidos a ella, a partir de los principios humanistas consagrados en la Carta Política y los Tratados Internacionales como de las funciones de la pena, pues las mismas razones que la justifican para los condenados por la justicia penal ordinaria aplican para los que lo son por

la penal militar". (CSJ, Sent. Casación N.º 40282, Abr. 5/2017. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Prisión domiciliaria – Procederá en la Justicia Penal Militar a mujer cabeza de familia, cuando se demuestre total abandono y desprotección de los hijos menores.

"(...) Aunque el Código Penal Militar reguló de manera expresa los beneficios o subrogados penales aplicables a los militares y policiales en servicio activo que consumen hechos punibles relacionados con el mismo, dentro de los cuales no incluyó la prisión domiciliaria, en aras de proteger bienes jurídicos supremos, indispensables para preservar los más caros valores que fundamentan nuestra institucionalidad, reglas que por su especialidad prevalecen sobre aquellas contenidas en el régimen penal ordinario, dadas las características de las Leyes 82 de 1993 y 750 de 2002, implementadas para garantizar la igualdad real y efectiva entre los sexos, mediante una protección especial a la mujer, cuando es la única persona encargada del amparo, manutención y cuidado de los menores y ante la necesidad de preservar la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos, que protegen los derechos de los niños de manera especial y prevalente, normas de mayor rango y jerarquía incorporadas por el artículo 93 de la Carta al Bloque de Constitucionalidad, concretamente la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU y ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, podría válidamente hacerse extensiva esta prerrogativa a los militares, o policiales condenados que realmente enfrenten y acrediten una situación similar, previo análisis de otros factores de trascendental importancia, como la necesidad de la pena, de acuerdo con la entidad y gravedad del delito y el impacto social generado por la infracción. En efecto, la figura de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión carcelaria, introducida en la legislación nacional a través del artículo 38 de la Ley 599 de 2000 y regulada de manera especial en nuestra legislación interna para apoyar a la mujer cabeza de familia condenada a pena privativa de la libertad, para que pueda reintegrarse al seno de su familia, de acuerdo a la sentencia C-184 de 2003, requiere que su presencia en el hogar sea manifiestamente necesaria, pues el bien jurídico que se pretende tutelar, es la familia y no a la mujer cabeza de ella, y en especial, a los menores que la integran, sin tener en cuenta la condición de casada, o soltera, ya que el estado civil no es lo esencial para establecer tal requisito, sino el hecho de estar al frente de una familia a cargo de niños, o de personas incapaces, pero es el peticionario a quien compete demostrar no el apoyo económico de su familia con anterioridad a la privación de libertad, sino que se ha encargado de manera exclusiva del cuidado y el amor requeridos por sus hijos menores para su adecuado desarrollo y crecimiento, en aras de evitar exponer a los hijos de los condenados a condiciones de total abandono y desprotección, circunstancias no demostradas plenamente en el expediente, que por tanto, impiden al a quo y a esta Sala pronunciarse sobre la aceptación en el sub litem de esta figura jurídica.(...) Cabe aclarar que, conforme a la línea jurisprudencial trazada

por la corte Constitucional, a partir de la Carta de 1991, se constitucionalizó todo el régimen penal y procesal penal en nuestro país, inclusive el penal militar, al que, sin perjuicio de su especialidad, deben igualmente aplicarse las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar los tratados que en esta materia resultan vinculantes para Colombia en el sistema regional, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del plexo Constitucional, en virtud de los cuales, la ejecución de medidas que afecten derechos fundamentales tan importantes como el de la libertad, no opera de plano, sino que exige efectuar un test de razonabilidad, conducente a verificar en cada caso concreto si resulta adecuada para obtener los fines constitucionales legítimos perseguidos por el legislador, la necesidad de su aplicación, o sea, que no existan otras alternativas menos gravosas para el agraviado y la proporcionalidad en sentido estricto, en virtud de la cual se requiere ponderar además, la relación costo beneficio. **(TSM. Rad. 154217, M. P. CR(r) Margarita Rosa Zuluaga Sánchez, 30 de julio de 2007).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Diferencia de prisión y arresto. Ley 522 de 1999 y Ley 1407 de 2010.

“Ahora, al cotejar los parámetros contenidos en los estatutos punitivos en comento, se tiene que el anterior, Ley 522 de 1999, en el artículo 44, contempla como penas principales la prisión, el arresto y la multa, y en el artículo 45 enlista las penas accesorias. En el artículo 48, preceptúa: “La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en un establecimiento carcelario militar o policial en la forma prevista por la ley”. A su vez, en el artículo 49 establece que el arresto “consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en las salas de arresto de las unidades militares o policiales, en la forma prevista en la ley” (salas de arresto). En el artículo 60, señala como pena accesoria a la de prisión la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal, excepto cuando se trata de delitos culposos sancionados con prisión. En el nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, en el artículo 36 estipuló como penas principales la prisión y la multa, desapareciendo el arresto, y en el artículo 37 señaló las penas accesorias. En punto a la prisión mantuvo idéntica la definición de la Ley 522 de 1999. Mientras que en el artículo 51, aunque conservó las penas accesorias a las de prisión en la misma forma como lo hacía esta última ley, la excluyó para los delitos contra el servicio y aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión. (...) De manera tal que del anterior marco normativo, para este caso en particular, se colige que la diferencia más significativa entre prisión y arresto se circunscribe al lugar donde el condenado tendría que pagar la pena privativa de la libertad, porque en relación con la duración y penas accesorias, aunque parezca contradictorio aplicar el artículo 626 de la Ley 1407 de 2010, que convierte el arresto (sanción más favorable) en prisión (sanción más severa), atendiendo las consecuencias prácticas referidas esta última se torna más benigna para el condenado. **(TSM. Rad. 157107, M. P. TC Jaqueline Rubio Barrera, 19 de septiembre de 2011).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Improcedencia de la prisión domiciliaria en la Justicia Penal Militar.

“Atinente a este particular hito del derrotero metodológico ut supra trazado por esta Sala de Decisión, ha de evocarse que esta Corporación, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales trazados en la materia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido una línea de pensamiento sólida referida a que al interior del proceso penal surtido en la jurisdicción foral no es dable dar aplicación al instituto jurídico de la prisión domiciliaria, ello en virtud a la especialidad de la misma, pues está dirigida a juzgar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, como así lo estableció el artículo 221 de la Constitución Política. Conteste con ello, esta jurisdicción cuenta con una codificación especial, diferente, singular y autónoma, ello habida cuenta de los sujetos a los cuales va dirigida, a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y a las condiciones especiales que se derivan de la función que le corresponde cumplir a la Fuerza Pública colombiana.

Expresión de ello es la normativa compendiada en los Códigos Penales Militares vigentes en la actualidad en el ordenamiento jurídico nacional, Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, en los que fue intención del legislador, por razón de lo anterior, no consagrar el instituto de la detención domiciliaria como tampoco el de la prisión domiciliaria, ni como principales ni como sustitutivos. Pero, sea bueno reiterar, ello no tuvo génesis en una falta de previsión normativa u olvido del legislador generador de vacío susceptible de ser llenado por la vía de la integración normativa o de la favorabilidad o de la analogía in bonam partem –esta última es la única admisible en el ámbito penal–, sino porque por razón de la amplia potestad de configuración normativa de que goza el legislador primario en tratándose de esta jurisdicción especial –potestad que por virtud de la cual debe diseñar lo atinente a la política criminal del Estado, definiendo cuáles conductas han de ser consideradas punibles, fijando las penas correspondientes a tales comportamientos y diseñando los procedimientos penales y las instituciones vinculadas con ellos–, resulta palmar que su voluntad siempre se orientó a que un instituto jurídico tal no tuviere aplicabilidad en los procesos penales que se surten en la jurisdicción penal militar, esto con total ajenidad e independencia de las funciones que en la jurisdicción ordinaria está llamado a cumplir según su consideración y momentos de la actuación procesal en que allí resultan viables. Postura definitivamente acorde, se insiste, con lo que de antaño ha decantado el Tribunal Superior Militar y Policial de la República de Colombia con sustento en precedentes de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha señalado enfáticamente la inexistencia de vacío normativo en punto a la prisión domiciliaria, resultando, en consecuencia improcedente pregonar su aplicación por vía del antes citado principio de integración como postula la censora en su escrito recursal, mismo regulado en los artículos 18 de la Ley 522 de 1999 y 14 de la Ley 1407 de 2010. (...) La libelista, se habrá de recordar, dedicó el reproche ínsito al recurso de alzada a postular que si bien le asistía

razón al juez de primera instancia al indicar que en la justicia penal militar no existía la prisión domiciliaria, no sucedía lo mismo con lo también aseverado por él en punto a la inaplicabilidad de la prisión domiciliaria en la jurisdicción castrense pues no podía desconocer el funcionario que con la evolución jurisprudencial actualmente se admite ese sustituto en tanto se cumplan los requisitos previstos en la Ley 750 de 2002. A lo anterior agregó que su prohijado sí cumple con los presupuestos para el otorgamiento del sustituto de la prisión domiciliaria pues este reunía los requisitos para ello en tanto es padre cabeza de familia y además se "verificó" el cumplimiento de los fines de la pena en la medida que se reincorporó de nuevo a la sociedad cumpliendo un trabajo que de alguna manera contribuye al fin social de la seguridad de los coasociados, es buen hijo, tiene arraigo social y familiar, "ha cumplido cada llamado judicial" y no ha reiterado comportamientos reprochables ni jurídica ni socialmente, por ende, concluyó, "no reviste peligro para nuestra sociedad". Pero es más, ha de precisar la Sala, olvidó la respetada apelante que, aun aceptando hipotéticamente la procedencia de la prisión domiciliaria en esta jurisdicción foral en los términos que la regulan las normas de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal comunes por ella citadas en su escrito sustentatorio del recurso de alzada, resultaría evidente -sin necesidad de entrar en otras consideraciones relativas a la demostración o no de los presupuestos para el reconocimiento de la calidad de padre cabeza de familia-, su improcedencia en el caso sub examine por estricta prohibición legal, como acertadamente lo pusiera de relieve la distinguida representante de la sociedad ante esta instancia en su concepto de rigor, pues habrá de recordarse que el ST(r) FAGM. fue penado como autor responsable de la comisión dolosa de los punibles de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público, siendo el primero de estos reatos uno de aquellos injustos penales respecto de los cuales el legislador dispuso la exclusión de beneficios y subrogados penales al tratarse de un delito atentatorio del bien jurídico de la Administración Pública". **(TSM. Rad. 157046 del 30 de abril de 2019, M. P. CN (RA). Julián Orduz Peralta).**

Cfr. Corte Constitucional – Sentencia C-621 de 2015.- M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.; C-709 de 2002, C-361 de 2001, C-228 de 2003, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 77598, STPI276-2015, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero, radicados Nos. 11660 del 18 de junio de 2001, 17709 del 21 de julio de 2004, 20748 del 1º de junio de 2005, 28840 del 12 de diciembre de 2006, 29501 del 06 de febrero de 2007 y 31455 del 14 de junio de 2007. Asimismo, sentencias de tutela de esta alta Corte Nos. 20748, junio 1º de 2005, M. P. Mauro Solarte Portilla; 28840, diciembre 12 de 2006, M. P. Javier Zapata Ortiz y 31455, junio 14 de 2007, M. P. Marina Pulido de Barón y Corte Constitucional, sentencia de tutela 677, agosto 21 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería; Tribunal Superior Militar, radicado 158405, noviembre 17 de 2017, M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome, Radicado 158405 del 17 de noviembre de 2017, M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome; radicado 158808 del 24 de noviembre de 2017, M. P. TC (RA) Noris Toloza González; radicado 158876 del 22 de marzo de 2018, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Ley 750 de 2002 (madre/ padre cabeza de familia) – Viabilidad de su concesión en la Justicia Penal Militar.

"Ahora bien, debe la Sala precisar que la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, dentro de las prerrogativas jurídico penales consagradas en la codificación penal militar y policial, no tiene cabida, por virtud del principio de estricta legalidad de la pena, al no tener regulación alguna en nuestro código, tal como así lo ha entendido la jurisprudencia citada tantas veces atrás. Sin embargo, una cosa es que el mecanismo no encuentre consagración en el Código Penal Militar y que por tanto no tenga operancia, bajo la comprensión de ser una prerrogativa jurídica penal, y otra bien distinta es que no tenga cabida bajo la teleología de la Ley 750 de 2002.

La prisión domiciliaria, como prerrogativa jurídico penal o como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, encuentra su sustento en las finalidades que están previstas para la pena, pero, la prisión domiciliaria consagrada en la Ley 750 de 2002 tiene una naturaleza y comprensión distinta, que no de privilegio jurídico penal, sino de mecanismo de apoyo especial a un grupo poblacional que demanda una protección especial, así lo entendió la jurisprudencia penal, revisemos:(...) De lo analizado se abstrae que la Ley 750 de 2002 no buscó reformar los mecanismos sustitutivos consagrados en los instrumentos penales, tanto del ordinario como del penal militar y policial, sino que, surgió, se insiste, como un mecanismo de apoyo especial, de afirmación en favor de las madres cabeza de familia, también extensivo a los padres que tengan esa condición, y es entonces por ello que su otorgamiento debe estar precedido de un análisis proteccionista hacia los niños y niñas y las personas en situación de incapacidad que dependan de quien tenga la condición de madre o padre cabeza de familia. Siendo ello así, estima la Sala, la procedencia de la prisión domiciliaria prevista en el marco de la Ley 750 de 2002 no conspira contra la regulación especial que en materia de subrogados penales está consagrada en nuestra codificación, en tanto que, se itera, aquella no las reformó, sino que su naturaleza tiene un origen distinto, como la protección especial a un grupo poblacional de especial amparo a nivel interno como supranacional. No puede, por tanto, las regulaciones previstas para nuestra jurisdicción especial marginarse del resto del ordenamiento jurídico, principalmente cuando de protección a derechos y garantías superiores se trata, menos aun cuando su fuente es de rango Constitucional legal, y supranacional, sino que por el contrario debe integrarse y armonizarse con estas. Desde ese enfoque considera la Colegiatura que bien hizo la juez de la causa al analizar la procedencia de la prisión domiciliaria en punto de las consideraciones de la Ley 750 de 2002. **(Rad. 158981 M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, 28 de febrero de 2020).**

(Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, Ley 82 de 1993, Corte Constitucional, sentencia C-722 del 3 de agosto de 2004, M. P. DR. Rodrigo Escobar Gil, Gaceta del congreso número del Congreso N.º 113 de

2001, Corte Suprema de Justicia, radicado 53863 del 13 de noviembre de 2019, M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar, Ponencia para primer debate del Proyecto de ley número N.º 150 (Senado): “por la cual se decretan normas de apoyo a la mujer cabeza de familia”. Gaceta del congreso número del Congreso N.º 112 del lunes 19 de octubre 1992, pág. 2).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Permiso hasta de 72 horas para condenados.

“Sea lo primero señalar que las normas aplicables al problema jurídico aquí planteado, se encuentran reguladas en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– que dispone que la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario podrá conceder permisos con la regularidad que se establecerá al respecto, hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento, sin vigilancia, a los condenados que reúnan requisitos previsto en dicha norma, en concordancia con lo normado por el numeral 5 del artículo 79144 de la Ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal–, y ahora por el numeral 5 del artículo 538145 de la Ley 906 de 2004 –Código de Procedimiento Penal Sistema Acusatorio–, que facultan al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para impartir la aprobación a la propuesta signada por la Autoridad Penitenciaria en materia del Beneficio Administrativo en referencia; veamos: El artículo 147 de la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– dispone que la competencia para conceder el Beneficio Administrativo del permiso hasta de setenta y dos horas es de la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario: (...) En tanto que el numeral 5 del artículo 79 de la Ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal– y ahora el numeral 5 del artículo 38 de la Ley 906 de 2004 –Código de Procedimiento Penal Sistema Oral–, preceptúa que son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad quienes conocen de la aprobación previa de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, mas no de su concesión u otorgamiento: (...). En idéntico sentido interpretativo lo ha aquilatado el precedente de este Colegiado, precisando que a la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario es a la que se le abroga por disposición de la ley, la competencia para conceder u otorgar el beneficio administrativo del permiso hasta de setenta y dos horas: (...). Asimismo, y como lo decanta el

precedente de esta Colegiada habrán de tenerse en cuenta los parámetros regulados sobre el particular por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), en la Circular N.º 00090 del 29 de septiembre de 2011 que pondera el procedimiento a seguir para el otorgamiento del citado beneficio administrativo, como por la Circular 000035 del 22 de marzo de 2011 que establece “lineamientos para garantizar la celeridad en el trámite del beneficio hasta de 72 horas”; llamándose la atención sobre lo siguiente: (...). Todo lo cual se echa de menos y brilla por su ausencia en las piezas procesales que anteceden a la decisión proferida por el señor Juez Militar de Comando Aéreo N.º 121 –Juzgado con Función de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad– mediante Auto Interlocutorio del 31 de mayo de 2016146, en la que además se abroga una competencia que no le correspondía al resolver en su numeral “5. Se niega conceder permiso de 72 horas, como beneficio administrativo, por parte del señor Director de las instalaciones carcelarias del Comando Aéreo de Transporte Militar, al señor Gómez Sánchez César Augusto, (...)”, olvidando que a lo que se le faculta es a conocer de la aprobación de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, pero una vez agotado un trámite administrativo previo reglado en las disposiciones normativas antes señaladas, mas no de la concesión del beneficio administrativo del permiso hasta por setenta y dos horas, que como ya se dijo copete a la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario, esto es, y para el caso al Comando de la Unidad Militar donde se encuentre purgando la pena el interno. Pues como bien lo señala, la Circular N.º 00090 del 29 de septiembre de 2011 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) “Los Beneficios Administrativos son parte integral y a la vez consecuencia del tratamiento penitenciario en sus distintas fases. Corresponden a fases o etapas según los requerimientos de seguridad y niveles de confianza alcanzados por cada sentenciado, los cuales se reflejan en su clasificación con el propósito de dar cumplimiento a la Reinserción Social”, advirtiendo que “se debe tener en cuenta que este permiso tiene como objetivo principal el acercamiento del interno o interna al núcleo familiar, por tanto, la verificación del lugar a donde se va a dirigir el interno cuando salga a disfrutar el permiso debe ser el domicilio de su familia; cualquier transgresión del lugar que se ha registrado para el disfrute del permiso debe informarse a la respectiva Autoridad Judicial que lo aprobó e igualmente iniciar la investigación disciplinaria pertinente”. (TSM. Rad. 157544 del 29 de julio de 2016, M. P. BG. María Paulina Leguizamón Zárate).

Artículo 41. Multa.

La multa consiste en la obligación de pagar, mediante depósito judicial efectuado en el Banco Agrario o en la entidad que disponga el Gobierno Nacional, la suma en salarios mínimos legales mensuales vigentes que haya sido determinada en la sentencia. Los recursos obtenidos por concepto del recaudo de multas ingresarán al Ministerio de Defensa Nacional para el fortalecimiento de la infraestructura carcelaria.

La cuantía de la multa se fijará teniendo en cuenta la gravedad de la conducta punible, el grado y la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a sus cargos anteriores a la conducta y las demás circunstancias que indiquen la posibilidad de pagar.

En caso de concurso de conductas punibles o acumulación, las multas correspondientes a cada una de ellas se sumarán, sin que en total puedan exceder del máximo señalado en el artículo 39 de este código.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. ¿Se convierte la multa en materia penal en una deuda?

(...) “Siendo la multa una deuda, la imposibilidad de recuperar la libertad como consecuencia de no pagarla es violatoria de la prohibición del artículo 28 de la Carta que proscribe la prisión

por deudas. Igualmente, la precisión relativa a los criterios para imposición de la multa es necesaria, porque el cargo de la demanda parte de la base de que la ley discrimina a quienes no tienen la capacidad económica de pagar la multa frente a quienes sí la tienen, como si la capacidad económica no fuera un factor que tuviera que tenerse en cuenta para graduar el monto de la misma.

En primer lugar, es indispensable indicar que, según las previsiones del artículo 35 del Código Penal, la multa es una sanción de categoría principal que consiste en la imposición de una carga pecuniaria al responsable del delito. En otros términos, es la imposición de una erogación dineraria al responsable del delito, a favor del tesoro público. De conformidad con la definición legal y con el tratamiento de la jurisprudencia, la multa es una manifestación de la potestad punitiva del Estado que refleja el monopolio del poder coercitivo y el reproche social de la conducta de quien quebranta el orden público. La Corte ha dicho que la multa “constituye, por regla general, una sanción pecuniaria impuesta al particular como consecuencia de una conducta punible o por el incumplimiento de un deber y, como toda sanción, sus elementos esenciales deben estar determinados en una ley previa a la comisión del hecho de que se trate, incluyendo la cuantía y el respectivo reajuste”¹⁰¹, lo cual demuestra que es el propio Estado, no los particulares, el que define sus elementos estructurales, las condiciones para su imposición y la cuantía de la misma. La multa es, pues, una sanción cuyo monopolio impositivo está en manos del Estado, que la aplica con el fin de “forzar, ante la intimidación de su aplicación, al infractor a fin de que no vuelva a desobedecer las determinaciones legales”. (...) Ahora bien, dado su carácter pecuniario, es apenas obvio que la multa se fije en un monto líquido de dinero, con lo cual la misma se convierte en un verdadero crédito a favor del Estado. De allí que en el lenguaje corriente la multa pueda considerarse como una “deuda” que el condenado adquiere con el Estado. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza sancionatoria de la multa, la jurisprudencia ha entendido que aquella no configura una “deuda” en el mismo sentido en que lo son los créditos civiles. Y es que no existe razón alguna para considerar que, como en ambos casos el medio liberatorio de la obligación es el dinero, la naturaleza jurídica de los créditos sea la misma. Ciertamente, el origen de la multa es el comportamiento delictual del individuo, no su capacidad transaccional, y su finalidad no es el enriquecimiento del erario, sino la represión de la conducta socialmente reprochable. Más aún, la multa no es una carga pecuniaria de naturaleza resarcitoria que persiga reparar el daño provocado por el delito. Como consecuencia de su índole sancionatoria, la multa no es apta de modificarse o extinguirse por muchas de las formas en que lo hacen los créditos civiles. En este contexto, la multa no es susceptible de conciliación, no puede compensarse y, mucho menos, puede extinguirse mediante el fenómeno de la confusión. No está en poder del sujeto pasivo la transacción del monto de la misma o la posibilidad de negociar su imposición, así como no podría este -pese a una eventual aquiescencia del Estado - ceder su crédito a un particular distinto, pues la finalidad de la multa es la de castigar al infractor de la ley. (...) Al respecto es preciso advertir que cuando la Constitución prohíbe en el artículo 28 la

detención, prisión o arresto por deudas, se refiere concreta y particularmente a aquellas originadas en relaciones de origen civil, sin que en estas medien situaciones o hechos punibles. En el caso del precepto acusado, se reitera, la multa se impone -y se convierte en arresto- no por el incumplimiento de obligaciones contractuales que es lo que prohíbe la norma superior, sino en razón del resarcimiento por la lesión que se haya inferido al orden social al no cumplirse con la pena principal impuesta -la multa. Así mismo, el artículo 35 de la ley 599 de 2000 consagra la multa como pena principal, lo cual según ya se ha explicado a lo largo de estas consideraciones no contraría la Constitución, pues se encuentra dentro de la autonomía del legislador decidir la clase de sanción a imponer y el monto de la misma, salvo obviamente, que se trate de penas prohibidas por la Constitución”. (Corte Const. Sentencia C-194/05, marzo 2/2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Alcance de la multa como sanción penal y como requisito para los subrogados de la pena de prisión.

“Surge la necesidad de distinguir la función y alcance de la multa como sanción penal en sus distintas modalidades y ámbitos. En primer lugar, la naturaleza de la multa en materia penal se refiere a una sanción cuya materialización es en dinero, y cuya estructuración es que el Estado impone su pago al ciudadano cuando este ha sido declarado penalmente responsable; por ello en principio esta sanción no atiende a la capacidad económica del condenado y tampoco puede ser interpretada como una deuda en términos de las obligaciones civiles en donde subyace la voluntad de las partes y la celebración de un negocio jurídico. En segundo lugar, del texto del artículo 39 del Código Penal se desprenden dos tipos de multa con alcances diferentes: la multa como acompañante de la pena de prisión y la multa como pena principal, descrita por la norma referida como aquella a la que hace mención el respectivo tipo penal y denominada como modalidad progresiva de unidad de multa. En tercer lugar, en cuanto al respeto del principio de igualdad constitucional (Art. 13 CN) cuando la multa obra como requisito para acceder a subrogados, la jurisprudencia constitucional sólo se ha pronunciado sobre algunos de los posibles alcances según las distintas modalidades de multa existentes.

(...) Sentido y alcance de la multa como sanción penal. Sobre el primer aspecto, se ha sostenido que “la multa es una manifestación de la potestad punitiva del Estado que refleja el monopolio del poder coercitivo y el reproche social de la conducta de quien quebranta el orden público”. La Corte ha dicho que la multa “constituye, por regla general, una sanción pecuniaria impuesta al particular como consecuencia de una conducta punible o por el incumplimiento de un deber y, como toda sanción, sus elementos esenciales deben estar determinados en una ley previa a la comisión del hecho de que se trate, incluyendo la cuantía y el respectivo reajuste”, por lo cual la competencia para definir sus elementos estructurales, las condiciones para su imposición y la cuantía es del Estado.

El sentido de su aplicación se da con el fin de “forzar, ante la intimidación de su aplicación, al infractor a fin de que no vuelva a desobedecer las determinaciones legales”. Y, como su carácter es pecuniario, se convierte en un verdadero crédito a favor del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado insistentemente que “el origen de la multa es el comportamiento delictual del individuo, no su capacidad transaccional, y su finalidad no es el enriquecimiento del erario, sino la represión de la conducta socialmente reprochable”. Tampoco tiene el alcance de una carga pecuniaria de naturaleza resarcitoria que persiga reparar el daño provocado por el delito. Tan particular es la consagración de la multa como sanción penal que “no es apta de modificarse o extinguirse por muchas de las formas en que lo hacen los créditos civiles, {luego} no es susceptible de conciliación, no puede compensarse y, mucho menos, puede extinguirse mediante el fenómeno de la confusión, {tampoco} está en poder del sujeto pasivo la transacción del monto de la misma o la posibilidad de negociar su imposición, así como no podría este –pese a una eventual aquiescencia del Estad– ceder su crédito a un particular distinto, pues la finalidad de la multa es la de castigar al infractor de la ley”. (...) La multa es una sanción de categoría principal que consiste en la imposición de una carga pecuniaria al responsable del delito. En otros términos, es la imposición de una erogación dineraria al responsable del delito, a favor del tesoro público. De otro lado, según el numeral 1º del artículo 39 del mismo Código Penal, la multa no sólo puede aparecer como única pena principal, sino como pena acompañante de la pena de prisión.

Esto quiere decir que existen dos clases de multas: aquella que se impone como acompañante a la pena de prisión, y aquella que se impone como única sanción principal al declararse la responsabilidad penal, y que el artículo 39 del Código Penal denomina modalidad progresiva de unidad de multa. Cuando la multa aparece como pena acompañante de la prisión, cada tipo penal consagrará su monto que no podrá ser superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, cuando la multa aparece como única pena principal, el artículo 39 referido en su numeral segundo establece que la unidad de multa puede ser de primero a tercer grado, y se calcula –por salarios mínimos– según el promedio de ingresos percibidos en el último año por el condenado. De este modo, la unidad de multa de primer grado equivale a un salario mínimo legal mensual, va hasta los diez salarios mínimos legales mensuales y se impone a personas con ingreso promedio percibido en el último año inferior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes. De allí en adelante, las unidades de multa son mayores y se imponen –como es obvio– a individuos con ingresos superiores. A su turno, el numeral 3º del mismo artículo 39 indica igualmente, sin hacer referencia a cuál de las dos clases de multa por lo cual habría de entenderse que se refiere a ambas, que la graduación de la multa se hará de manera motivada teniendo en cuenta “el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas

familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar”. (...) Las dos clases de multa reguladas en nuestra legislación penal (multa como pena acompañante de la prisión y multa como única pena principal) son diferentes y tienen por ello alcances distintos. Veamos. La prerrogativa genérica del numeral 3º del artículo 39 del Código Penal según la cual la graduación de la multa se hará de manera motivada atendiendo la relación entre el daño causado y la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar, se aplica tanto a la fijación de la multa como pena acompañante de la prisión y cuando esta obra como única pena principal. Sin embargo, en el caso de las prerrogativas consistentes en utilizar la tabla del numeral 2º (Art. 39 Código Penal) para calcular su monto de acuerdo a los ingresos del condenado, así como las posibilidades de amortizar su cancelación mediante pagos a plazos o mediante trabajo, la norma se refiere únicamente al caso de la multa como única pena principal, es decir a las unidades de multa, y no a la misma como pena acompañante de la de prisión. (...) Existen dos clases de multas que funcionan de manera distinta en los momentos de su graduación y de las prerrogativas para su cancelación: Si la multa aparece como única pena principal su graduación se hace de acuerdo a la tabla de unidades de multa que permite al juez que la impone, condenar al pago de mínimo un (1) salario mínimo es decir una unidad de multa, que además de poder pagarse a plazos puede amortizarse mediante trabajo, y una unidad de multa (que según el grado puede equivaler a varios salarios mínimos) equivale a quince (15) días de trabajo. Si la multa aparece como acompañante de la pena de prisión su graduación sólo permite al juez condenar al pago de un mínimo de salarios contemplado en la misma norma que describe el delito. Y estos mínimos oscilan entre 5 y 20 SMLMV los más bajos, luego el Juez no puede atender realmente la situación económica del condenado; y pese a que puede pagarse a plazos, la ley no regula la amortización por trabajo y no existen equivalencias determinadas por el legislador para convertir los salarios mínimos en días de trabajo”. **(Corte Cons. Sentencia C-185/11, marzo 16/2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **En la pena de multa, al igual como sucede en la pena privativa de la libertad, se debe también determinar los cuartos de movilidad.**

“3.2. La pena de multa a diferencia del homicidio agravado, el delito de homicidio en persona protegida tiene señalada multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual impone su tasación. A su vez, por razón del concurso homogéneo de esta conducta punible, corresponde efectuar su tasación individual y luego su sumatoria conforme a los lineamientos del artículo 39 numeral 4º del Código Penal. En consecuencia, como sucede para la pena privativa de la libertad, corresponde también determinar los cuartos de

movilidad, así: (i) El cuarto mínimo oscila entre dos mil (2.000) y dos mil setecientos cincuenta (2.750) salarios mínimos legales mensuales. (ii) El primer cuarto medio irá de dos mil setecientos cincuenta y uno (2.751) a tres mil quinientos (3.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (iii) El segundo cuarto medios de tres mil quinientos un (3.501) salarios mínimos legales mensuales a cuatro mil doscientos cincuenta (4.250). Y, (iv) el cuarto máximo de cuatro mil doscientos cincuenta y uno (4.251) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Ante la ausencia de causales de mayor punibilidad y la concurrencia de una de menor punibilidad, la multa ha de tasarse dentro de los márgenes del cuarto mínimo –2.000 a 2.750 salarios mínimos legales mensuales vigentes– tomando en consideración los criterios mencionados por el artículo 39, numeral 3°, Código Penal. A este respecto, encuentra la Corte que no obstante la gravedad de los delitos por los cuales se procede, en cuya virtud la pena privativa de la libertad ha sido tasada en su máximo posible, no es procedente aplicar igual criterio para la multa, por cuanto ella, como pena principal que es, está condicionada por factores diversos a la de prisión, entre los cuales ha de ponderarse con mayor énfasis “... la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares”, por resultar criterio indicativo de la real posibilidad de los procesados de cancelar la que les sea impuesta”. (CSJ, Sent. Casación N.º 29753, Ene. 27/2010. M. P. José Leonidas Bustos Martínez).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. La multa como pena principal y clases de multas.

“7. La discusión acerca del reconocimiento de los mecanismos sustitutivos previstos en el artículo 39 numerales 6 y 7 del Código Penal, esto es, la amortización a plazos y mediante trabajo no remunerado en asuntos de naturaleza e interés estatal o social, en principio, ha dicho la Sala, escapan a lo preceptuado en el artículo 478, como de competencia en segunda instancia del juez que profirió la sentencia; y por tanto el llamado a conocer de la impugnación sería el Tribunal Superior del Distrito Judicial al que pertenezca el A quo, según la cláusula general de competencia contenida en el artículo 34.6 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, cuando su examen surge como consecuencia de la revisión de los requisitos exigidos por la ley para la concesión de alguno de los sustitutos de la pena privativa de la libertad, o la rehabilitación, es temática que debe abordar el juez que profirió la sentencia condenatoria, a través del recurso de apelación pues el pago de la pena de multa es requisito para conceder beneficios tales como la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63.4 del CP.), la libertad condicional (artículo 64 del CP.), e incluso para la autorización del uso de los sistemas de vigilancia electrónica (artículo 38A numeral 4°), motivo por el cual le corresponde a la Sala determinar si la pretensión resulta procedente. 8. La multa, es una pena principal, y en los términos de los artículos 35 y 39 del Código Penal, existen dos clases de multas: i) aquella que se impone como acompañante a la pena de prisión, en cuyo caso, cada tipo penal consagrará su monto, y ii) la que se inflige como única sanción principal, que se denomina modalidad progresiva de unidad

de multa. En relación con la multa como pena acompañante de la pena de prisión, sus límites por disposición del legislador se encuentran en cada tipo penal, por manera que, en aquellos casos, el juez debe respetarlos para no infringir el principio de legalidad del delito y de las penas. En el segundo evento, cuando el tipo penal consagra como única sanción la multa, aquella se debe fijar en unidades multa y de forma motivada, siguiendo las previsiones del artículo 39 del Código Penal, disposición que permite atendiendo las condiciones del penado, la amortización de la sanción a plazos o con trabajo”. (CSJ, Sent. Casación N.º 39431, Agos. 22/2012. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Multa. El pago de la sanción pecuniaria de multa impuesta al procesado comienza a correr desde su imposición, no siendo procedente su condonación al no configurarse esta en una deuda civil.

“(…)la aplicabilidad del artículo 28 de la Carta Política no opera en este caso, pues lo impuesto es una multa y no una sanción pecuniaria por una deuda civil como lo dejó sentado el alto Tribunal constitucional y que la misma no puede ser indultada de tal forma, ya que es la misma ley la que prevé los mecanismos para su sufragación como es a través de trabajo no remunerado libremente escogido por el condenado y realizado a favor de la administración pública o de la comunidad, que se computara en la forma prevista por la ley (Art. 52 CPM.), o dicha multa convertida en arresto computable en los términos definidos por el legislador, que podrá cesar en cualquier momento cuando se satisfaga la parte proporcional de la multa que no se haya cumplido en arresto (Art. 53 CPM.). Al ser la multa una potestad punitiva del Estado debidamente incorporada dentro de las penas a imponer como principal o parte de la misma (Art. 44 CPM.), cuyo principio es el comportamiento delictual del individuo, y su finalidad no es el enriquecimiento del erario público ni carga pecuniaria de naturaleza resarcitoria que persiga reparar el daño provocado por el delito, sino la represión de la conducta socialmente reprochable, esta no puede ser objeto de prohibición para su pago a través de otras formas determinadas en la ley, como lo señalamos en acápite que antecede, por tanto razón le asiste a la apelante en solicitar la conversión de la multa impuesta a su representado en trabajo al no contar este con una capacidad económica para cumplir su obligación penal, cuando es la misma ley la que prevé otros mecanismos alternos para ello, como es el enunciado en el artículo 52 del estatuto Castrense de amortización de la multa mediante trabajo, que fue lo indicado por el juez de primera instancia al apelante O.G. quien al manifestar su deseo de realizar trabajo social en la Alcaldía de Albán Oficina de la Mujer, se le reconvino por el operador judicial primario allegara certificación de autorización de la mencionada entidad para que este realizara dicha actividad, donde se determine horario, formas de control y valor asignado a la actividad y de esta forma comenzaría a amortizar la multa impuesta. Teniendo en cuenta la Sala que la multa impuesta acompañante de la pena de privación de la libertad debe pagarse de manera

inmediata o dentro del término establecido en la ley (tres (3) años - Art. 51 CPM.), es por lo que se acoge los razonamientos del a quo respecto a que contrario a lo argumentado por la apelante, el término legal para el pago de la multa comienza a correr desde la imposición de la misma y no cuando se dio a conocer el valor en pesos de esta, ya que es el mismo artículo 51 que claramente dispone y sin necesidad de remitirnos al código penal ordinario, que al imponer la multa o "posteriormente" el juez señalara el plazo para el pago o autorizarlo en cuotas adecuadas dentro de un término no superior a tres (3) años previa caución, advirtiéndose de la revisión de la sentencia condenatoria, que en la misma se le dio a conocer a los enjuiciados el monto en salarios de la sanción pecuniaria, siendo fácil la operación matemática que como lo hizo el a quo pudieron desarrollar los sentenciados y de esta forma obtener el valor preciso a sufragar". (TSM. Rad. 151754, M. P. CN Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión, 28 de septiembre de 2009).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Multa. -Su exoneración no es procedente por principio de legalidad.

"(...) En primer término, se puntualiza, que no era jurídicamente viable en este caso, exonerar al procesado de la pena pecuniaria, porque aquella se impuso por mandato expreso de la ley, contemplada específicamente en relación con el delito por el cual fue acusado y condenado, evento en el cual es la propia ley la que determina su intensidad, estableciendo claramente sus extremos mínimo y máximo (...). De manera tal, que es nítido que la petición que hizo el condenado es desacertada, como lo reconoce su apoderado, porque además de las anteriores razones, la sentencia condenatoria está ejecutoriada, sin que sea susceptible de reforma alguna (Art. 335 CPM.), máxime que la ejecución de misma se halla suspendida, en virtud del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, como atinadamente lo advierte el apelante, y dicha suspensión desde luego, comprende la pena pecuniaria, sencillamente porque el fallo condenatorio no hizo la excepción respecto de esta, pues el funcionario judicial al otorgar la condena de ejecución condicional, cuenta con la discrecionalidad que le otorga el artículo 72 del Código Penal Militar, para exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes, y en este caso, es evidente que no lo hizo". (TSM. Rad. 154831, M. P. TC. Jaqueline Rubio Barrera, Cuarta Sala de Decisión, 4 de agosto de 2009).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Dosificación de la multa.

"Cuando la pena de multa prevista por el legislador, entendida como la exigencia al condenado de cancelar a favor del tesoro nacional una determinada suma de dinero a partir de un mínimo y un máximo señalados en la parte especial del código, aparece como acompañante de la pena privativa de la libertad, no como sustitutiva de la restricción personal, el operador judicial encargado de su imposición,

deberá sujetar su dosificación entre el mínimo y máximo señalados por la misma ley, en cada tipo penal en concreto, debiendo moverse dentro de esos topes legales atendiendo los diversos criterios fijados en el artículo 50 del Código Penal Militar, como la gravedad del hecho punible, el grado y situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al hecho y las demás circunstancias que indiquen la posibilidad de pagar, pero en manera alguna podrá imponer multas por debajo del mínimo, salvo las rebajadas expresamente contempladas en la ley". (Rad. 155348, M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome, 23 de marzo de 2010).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Multa. El Juez de Ejecución de Penas puede conceder los dispositivos previstos en el Código Penal Militar, cuando el condenado está en incapacidad material de paga.

"Revisados los argumentos del impugnante, en contraste con los que fundamentan la decisión recurrida, procede esta Sala de Decisión a adoptar la determinación correspondiente dentro de los límites de su competencia, anunciando de manera anticipada, que la providencia apelada será confirmada en su integridad, en cuanto siendo la multa una pena, contenida en el propio tipo penal, el juez no puede prescindir de ella, ni efectuar disminuciones en su monto, aun bajo consideraciones cimentadas en la ausencia de capacidad económica del sentenciado. Lo que sí puede hacer el Juez de Primera Instancia, como executor de la pena, y una vez demostrada la incapacidad material para sufragar dicha sanción en un único e inmediato acto o dentro de un determinado plazo, es analizar la viabilidad de conceder alguno de los dispositivos previstos en el Código Penal Militar, como la amortización a plazos o la amortización mediante trabajo, que son mecanismos alternativos para los condenados que no puedan pagar la pena de multa en forma total o dentro de los plazos señalados por el Juez de ejecución de penas. En efecto, el artículo 51 del Código Penal Militar de 1999 prevé la posibilidad de que el Juez señale el plazo para el pago o autorizarlo por cuotas adecuadas, dentro de un término no superior a los tres (3) años, para lo cual es necesario que se suscriba caución, disposición que en forma similar aparece contenida en el artículo 42 de la Ley 1407 de 2010. A su vez, el artículo 52 de la Ley 522 de 1999 (o 43 de la Ley 1407 de 2010), contempla la posibilidad de que el condenado a pena de multa la amortice mediante trabajo, cuando se cumplan las condiciones y exigencias que esa norma establece, siendo necesario de manera primordial que se acredite la imposibilidad de pagar con el fin de que el juez pueda autorizar el trabajo no remunerado, el cual debe ser libremente escogido por el sentenciado y realizado a favor de la Fuerza Pública, la administración pública o de la comunidad. Dicha autorización implica una serie de gestiones concomitantes que corresponden al Juez de Primera Instancia, pues debe determinar las condiciones en que tal trabajo se debe desarrollar, la forma en que se computará el salario equivalente para el pago de la multa y la forma de comprobar y controlar el trabajo no remunerado". (TSM. Rad. 154728, M. P.

TC. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión, 26 de enero de 2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Multa. Su tasación se hace con base en el SMLMV para la fecha de los hechos.**

“Como se ha venido precisando, mediante el auto del 12 de mayo de 2014 el Juez de Comando Aéreo 122 liquidó erradamente los 26 salarios impuestos como multa a los condenados, dado que dejó de lado la naturaleza jurídica de esta pena principal y con ello que su origen es el comportamiento delictual del individuo, en palabras de la Corte Constitucional se trata de una sanción pecuniaria que se impone con el fin de “forzar, ante la intimidación de su aplicación, al infractor a fin de que no vuelva a desobedecer las determinaciones legales”, razón teleológica que sumada al principio de legalidad conlleva establecer que la liquidación en concreto debe tener como fundamento el salario mínimo mensual legal vigente para la época de los hechos, más no el decretado por el Gobierno nacional para la fecha de la condena, tal como ya lo ha reseñado esta Corporación. Sobre la cuantificación de la multa, tomando como base el salario mínimo legal vigente para la fecha de los hechos, se ha pronunciado tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, siendo importante recordar lo dicho en una de tales providencias, así: “2. La Corporación debe aclarar que la interpretación que el censor deduce de las expresiones “salarios mínimos

legales mensuales” (artículo 247A del Decreto Ley 100 de 1980, adicionado) y “salarios mínimos legales mensuales vigentes” (artículo 323 de la Ley 599 de 2000), en el sentido de que la primera se refiere a los salarios de la época de los hechos y la segunda a los del tiempo de la sentencia, resulta desatinada, toda vez que ambas se refieren a la época de la comisión de la conducta típica. La anterior conclusión encuentra sustento en el principio de legalidad, según el cual la cuantía y naturaleza de las penas debe estar determinada con anterioridad a la realización de la conducta punible; dígase, entonces, que así como el tiempo de la realización del comportamiento típico determina la norma que regula la pena privativa de la libertad aplicable, lo propio acontece con la pena pecuniaria (multa), con la única excepción del principio de favorabilidad, en sus dos aristas de retroactividad y ultraactividad”. (TSM. Rad. 156384 del 15 de febrero de 2017, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, Primera Sala de Decisión).

(Cfr. Sentencia C-194 del 2 de marzo de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– 29267, providencia del 16-09-2009, M. P. Alfredo Gómez Quintero; radicado 29799, providencia del 12-5-2010, Magistrada Ponente María del Rosario González de Lemos; radicado 30690, providencia del 9-3-2011, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés; Tribunal Superior Militar, Cuarta Sala de Decisión, radicado 158005 sentencia del 27 de mayo de 2015, M. P. Camilo Andrés Suárez Aldana; Doctrina: Dosificación judicial de la pena, Nelson Saray Botero, editorial Leyer, tercera edición, pág. 192).

Artículo 42. Plazo y pago por cuotas.

Al imponer la multa o posteriormente, el Juez Penal Militar de Ejecución de Penas podrá, atendidas las circunstancias del artículo anterior, señalar plazo para el pago o autorizarlo por cuotas adecuadas, dentro de un término no superior a tres (3) años, previa caución.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Cuantificación de la multa de acuerdo a la condición económica y personal del condenado.**

“Es posible concluir, en primer lugar, que el Estado ha dispuesto mecanismos adecuados y pertinentes para calcular el monto de la multa de conformidad con la condición económica y personal del condenado. En segundo término, la Corte concluye que cuando la capacidad económica del condenado es mínima o inexistente, el sistema jurídico ofrece una alternativa económica, consistente en la posibilidad de prorrogar el pago mientras el obligado encuentra los medios para cancelarla, y una alternativa no económica, que consiste en la posibilidad de conmutar la obligación de dar por una obligación de hacer, consistente en el desarrollo de actividades de naturaleza e interés sociales. Lo anterior implica que la capacidad o incapacidad de pago del individuo no es irrelevante –por el contrario, es indispensable– para determinar el monto de la multa, así como su forma de pago e, incluso, la posibilidad de amortizarla mediante trabajo o, en casos extremos, de convertirla en arresto de fin de semana. Lo anterior también significa que el procedimiento de tasación de la multa no es irreflexivo, sino que, por el contrario, requiere

de una justificación suficiente que explique las razones por las cuales, teniendo en cuenta las condiciones del procesado, se impone una suma determinada de dinero y no otra.

Los criterios señalados por el legislador para imponer, graduar el monto y determinar la modalidad de multa por un ilícito están consignados en los artículos 39 y siguientes del Código Penal –Ley 599 de 2000–. La norma cataloga los tipos de multa, que se clasifican según el monto de la misma, calculado de acuerdo con las tablas de unidad de multa. Adicionalmente, la normativa regula la determinación del monto, la acumulación de las multas, la forma de pago, la amortización del pago y la posibilidad de convertirla en arresto. Concretamente, el artículo 39 dispone que la multa puede aparecer como pena acompañante de la pena de prisión o como unidad progresiva por unidad de multa. La unidad de multa, según lo indica el numeral segundo de la norma, puede ser de primero a tercer grado, y se calcula –por salarios mínimos– según el promedio de ingresos percibidos en el último año por el condenado. Así, la unidad de multa de primer grado equivale a un salario mínimo legal mensual, va hasta los diez salarios mínimos legales mensuales y se impone a personas con ingreso promedio percibido en el último año inferior a diez salarios

mínimos legales mensuales vigentes. De allí en adelante, las unidades de multa son mayores y se imponen –como es obvio– a individuos con ingresos superiores. El numeral 3° del artículo 39 indica igualmente que la graduación de la multa se hará de manera motivada de conformidad con las tablas del numeral 2°, teniendo en cuenta “el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar”. Acorde con el mismo principio, la multa debe pagarse de manera inmediata, pero las circunstancias personales del condenado pueden hacer que la Administración de Justicia permita la amortización del pago mediante los plazos señalados en el numeral 6° del artículo o mediante trabajo de “inequívoca naturaleza e interés estatal o social”. Finalmente, el artículo 40²¹ prevé que el no pago de la multa dará lugar a arresto en fin de semana, con las equivalencias establecidas en los incisos siguientes de la misma norma. De la descripción de las normas citadas (Arts. 39 y 40 CP.) es posible concluir, en primer lugar, que el Estado ha dispuesto mecanismos adecuados y pertinentes para calcular el monto de la multa de conformidad con la condición económica y personal del condenado. En segundo término, la Corte concluye que cuando la capacidad económica del condenado es mínima o inexistente, el sistema jurídico ofrece una alternativa económica, consistente en la posibilidad de prorrogar el pago mientras el obligado encuentra los medios para cancelarla, y una alternativa no económica, que consiste en la posibilidad de conmutar la obligación de dar por una obligación de hacer, consistente en el desarrollo de actividades de naturaleza e interés sociales. Lo anterior implica que la capacidad o incapacidad de pago del individuo no es irrelevante –por el contrario, es indispensable– para determinar el monto de la multa, así como su forma de pago e, incluso, la posibilidad de amortizarla mediante trabajo o, en casos extremos, de convertirla en arresto de fin de semana. Lo anterior también significa que el procedimiento de tasación de la multa no es irreflexivo, sino que, por el contrario, requiere de una justificación suficiente que explique las razones por las cuales, teniendo en cuenta las condiciones del procesado, se impone una suma determinada de dinero y no otra.

Es más, como garantía de los derechos del condenado y respeto por el principio de seguridad jurídica, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no puede modificar la modalidad del pago de la multa ni tasar en suma distinta el monto que haya definido el juez de conocimiento. Ello permite asegurar que, incluso en la etapa siguiente al cumplimiento de la condena, el sancionado tiene la seguridad de que sólo está obligado a cumplir, en las condiciones en que se lo establece la sentencia condenatoria, la multa que le ha impuesto el juez de conocimiento”. **(Corte Const. Sentencia C-194/05, marzo 2/2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).**

no es susceptible de amortización mediante trabajo.

“Así las cosas, tenemos que las disposiciones contenidas en los artículos 42 y 43 de la Ley 107 de 2010 –nuevo Código Penal Militar–, prevén la posibilidad de que el condenado amortice la multa con pagos en cuotas dentro de un plazo máximo de tres (3) años, o a través de trabajo no remunerado, pero condicionado a que se demuestre por parte del mismo Sentenciado su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, para así ser beneficiado con la autorización de Amortización de Multa para pago en cuotas, o demostrar la imposibilidad de pago, lo que supone una ausencia total de recursos económicos y con ello acceder a la amortización de multa mediante trabajo escogido por el penado y realizado en favor de la Fuerza Pública, la Administración Pública o de la comunidad. En este orden de ideas, resulta oportuno traer a colación precedente jurisprudencial con el que la honorable Corte Constitucional se pronunció sobre el particular, en los siguientes términos (...). Ahora bien, el artículo 602 de la Ley 1407 de 2010 –nuevo Código Penal Militar– preceptúa “Remisión. Los aspectos relacionados con la ejecución de la pena no regulados en este Código se regirán por lo dispuesto en el Código Penal y el Código Penitenciario y Carcelario”, y es la misma normatividad penal castrense la que ata la amortización de la pena de multa por trabajo cuando se imponga la pena de multa como sanción principal y única, pues el artículo 589 de la Ley 522 de 1999 –Código Penal Militar– regulación punitiva cuya parte procedimental aplica, que así lo establece: Así las cosas, el legislador en el artículo 43 de la Ley 1407 de 2010 –nuevo Código Penal Militar–, previó que podrá autorizarse al Condenado la amortización de la multa mediante trabajo no remunerado, ante la carencia de recursos económicos del sentenciado enderezados al pago total e inmediato de la multa impuesta como pena, pero conforme lo precisa la posición sentada por la honorable Corte Constitucional en el citado precedente jurisprudencial, la viabilidad jurídica de amortizar la multa con trabajo, sólo aplica para aquella sanción pecuniaria cuando se trata de la multa en cuanto pena principal y única, pero no a la pena de multa acompañante de la pena de prisión; como ocurre en el presente caso, en el que el señor CR(r) CAGS mediante Sentencia de primera instancia calendada 31 de enero de 2014136 proferida por el Juzgado Militar de Comando Aéreo n.º 121, fue condenado a las penas principales de cuatro (4) años de prisión y multa de \$15´450.000,00 como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior Militar con Sentencia del 27 de febrero de 2015 (...). Además de ello, por la potísima razón de que el trabajo concebido para la pena privativa de la libertad –prisión o arresto–, a las voces del artículo 82137 de la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario– tiene como propósito la redención de pena por trabajo, amén de que “El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”, tal y como lo dispone el artículo 10 ibídem, en

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Puede pagarse en cuotas. La acompañante de pena de prisión**

tanto que la amortización de la pena de multa por trabajo, por expresa disposición de la Ley Penal Militar, tiene como propósito redimir el pago de la pena pecuniaria de multa, además que debe realizarse en favor de la Fuerza Pública, la Administración Pública o de la Comunidad. En tal virtud, por lo analizado en precedencia, esta Sala de Decisión despachará desfavorablemente los argumentos de la Defensa apelante; por lo que acogiendo la posición de nuestro apreciado Representante del Ministerio Público ante el

ad quem –Procurador Judicial 136 Penal II– se confirmará –pero no por las razones sentadas por el a quo– el auto interlocutorio adiado 10 de febrero de 2016¹³⁸ mediante el cual el Juzgado Militar de Comando Aéreo n.º 121, resolvió “No acceder a la petición de amortización mediante trabajo de la pena principal de multa”^[139], dentro de la Ejecución de la Pena al señor CR(r) CAGS condenado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”. (**Rad. 157544 M. P. BG. María Paulina Leguizamón Zárate, 18 de abril de 2016**).

Artículo 43. Amortización mediante trabajo.

Podrá autorizarse al condenado la amortización de la multa mediante trabajo no remunerado, libremente escogido por este y realizado en favor de la Fuerza Pública, la Administración Pública o de la comunidad.

El Juez Penal Militar de Ejecución de Penas determinará el trabajo computable para dicho efecto, así como la forma de comprobación y control.

El salario de cada día de trabajo imputable a la multa, será calculado de conformidad con el valor comúnmente asignado a esta actividad en el lugar donde se realice.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Función resocializadora de la pena.

(...) “La función resocializadora de la pena no se agota en los esfuerzos estatales por lograr la resocialización del delincuente, sino que también implica la participación de aquel, a través de la asunción de compromisos personales y sociales que permitan materializar su rehabilitación en la vida en sociedad, es decir, el condenado penal no es un convidado de piedra en el cumplimiento de los objetivos de la pena impuesta, pues está en la obligación de asumir una actitud activa en su proceso de rehabilitación.” (...) “Artículo 39. La multa. La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas: (...) Amortización mediante trabajo. Acreditada la imposibilidad de pago podrá también el Juez autorizar, previa conformidad del penado, la amortización total o parcial de la multa mediante trabajos no remunerados en asunto de inequívoca naturaleza e interés estatal o social. Una unidad multa equivale a quince (15) días de trabajo. Los trabajos le obligan a prestar su contribución no remunerada en determinadas actividades de utilidad pública o social. Estos trabajos no podrán imponerse sin el consentimiento del penado y su ejecución se ceñirá a las siguientes condiciones: 1. Su duración diaria no podrá exceder de ocho (8) horas. 2. Se preservará en su ejecución la dignidad del penado. 3. Se podrán prestar a la Administración, a entidades públicas, o asociaciones de interés social. Para facilitar su prestación la Administración podrá establecer convenios con entidades que desarrollen objetivos de claro interés social o comunitario. Se preferirá el trabajo a realizar en establecimientos penitenciarios. 4. Su ejecución se desarrollará bajo el control del juez o tribunal sentenciador, o del juez de ejecución de penas en su caso, despachos que para el efecto podrán requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la administración o a la entidad o asociación en que se presten los servicios. 5. Gozará de la protección dispensada a los sentenciados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social. 6. Su prestación no se podrá supeditar al logro de intereses económicos. Las disposiciones de la Ley Penitenciaria se aplicarán supletoriamente

en lo no previsto en este Código. En los eventos donde se admite la amortización de la multa por los sistemas de plazos o trabajo, el condenado suscribirá acta de compromiso donde se detallen las condiciones impuestas por el Juez”. (**Corte Const. Sentencia C - 181 de 2016. Abril 13/2016. Gloria Stella Ortiz Delgado**). (Sentencia Concordante. Sentencia C-060 de 1994, sentencia C-653 de 2001, sentencia C-626 de 1996, sentencia C-239 de 1997).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Amortización de pago de multa.

“(…) Sobre la prerrogativa consistente en amortizar el pago de la multa como pena accesoria mediante trabajo, se afirma en esta intervención que resulta aplicable únicamente al evento en que la multa obra como pena principal. Por lo cual habría un tratamiento legal desigual e injustificado pues los condenados a multa como pena accesoria no pueden hacer uso de dicha alternativa.” (...) “el carácter sancionatorio de la multa impedía entender la obligación de su pago en términos de inequidad respecto de la capacidad económica de los condenados, y porque pese a esto la misma regulación penal establecía facilidades tales como el deber del juez de considerar la situación económica particular del condenado para tasar su monto y la amortización del pago a plazos o mediante trabajo”. (**Corte Const. C 185 de 2011, 16 de marzo del 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto**). (Sentencia Concordante: Sentencias C-194, C-665 y C-823 de 2005).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Aprobación del penado para que la amortización total o parcial de la multa se pueda conmutar mediante trabajos no remunerados.

(...) “En materia penal militar la Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común; por consiguiente, el sustento de una pretendida

desigualdad entre dos regímenes procesales no podrá basarse en la mera disparidad de los textos normativos sino en las diferencias estructurales entre uno y otro procedimiento que limitan la garantía del debido proceso a los miembros de la Fuerza Pública. Lo anterior significa, de otro lado, que no toda diferencia adquiere validez por el simple hecho de que esté inserta en una norma especial." (...) "La violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso por parte de los artículos acusados depende de la apreciación de (i) las personas y actividades a las que se les aplica el procedimiento en cuestión, (ii) el grado de incidencia de la regulación en la estructura del proceso penal, es decir, si la concreción de un procedimiento excepcional que establece términos distintos a los existentes en otras materias, impide el goce efectivo de los principios del debido proceso reconocidos en el artículo 29 de la Constitución y (iii) la naturaleza de las conductas delictivas que se han de investigar y juzgar por tal procedimiento." (...) "la disposición acusada (...) estará ajustada a la Constitución, en cuanto que no excluye del beneficio del sustitutivo de la pena de prisión, consistente en un sistema de vigilancia electrónica, a quienes no pueden pagar de manera inmediata la multa o no cuentan con los recursos para ello, en la medida en que dicha disposición debe aplicarse en los términos del Art. 39 del Código penal. Esto es, que para la determinación del monto de la multa, se ha de tener en cuenta la capacidad de pago de la misma por parte del condenado y que el Juez puede, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalar plazos para el pago, o autorizarlo por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años, y si, en últimas, el condenado acreditada la imposibilidad de pagar la multa, podrá también el juez autorizar, previa conformidad del penado, la amortización total o parcial de la multa mediante trabajos no remunerados en asunto de inequívoca naturaleza e interés estatal o social". **(Corte Const. C-854 de 2009, 35 de noviembre de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **La pena de multa, clases y forma de amortización.**

"5.4.1. Finalmente, el recurso está encaminado a conseguir la revocatoria del auto apelado, con el argumento de que la Juez ejecutora interpretó erróneamente los términos del acuerdo de pago del valor de la multa señalado en el auto 18 de julio de 2012, porque se concedió un plazo desproporcionado de más de trescientos años para tal efecto sin haber establecido la 'insolvencia económica' del penado mediante el requerimiento a las entidades del Estado cuando, a juicio de la apelante, la cancelación fue autorizada con fundamento en la realidad económica descrita por aquél, dentro del límite temporal establecido en el numeral 6° del artículo 39 del Código Penal, es decir, dentro del término de dos años. 5.4.2. Pues bien, la pena de multa constituye una sanción de carácter patrimonial que se expresa en dinero y que se impone al sentenciado de manera principal o accesoria. El artículo 39 del Código Penal, establece dos modalidades de multa: i) Aquella que se impone

como acompañante a la pena de prisión, en cuyo caso, cada tipo penal consagrará su monto, y ii) la que se inflige como única sanción principal, que se denomina modalidad progresiva de unidad de multa. 5.4.3. Para los propósitos de esta decisión, esta última modalidad de multa no tiene incidencia (la que se impone como única sanción principal), pero es preciso señalar que debe estar fijada en unidades multa, siguiendo las previsiones del artículo 39 del Código Penal, siendo procedente su amortización a plazos o con trabajo, atendiendo las condiciones económicas del penado. 5.4.4. En relación con la multa impuesta como pena acompañante de la de prisión, como es el caso que ocupa la atención, por disposición legal, sus límites se encuentran establecidos en cada tipo penal y por ende no pueden ser modificados por voluntad de las partes, ni siquiera por virtud de la situación económica del sancionado y tampoco es procedente su amortización con trabajo, so pena de infringir el principio de legalidad del delito y de las penas, de acuerdo con el siguiente mandato: 'Art. 39. La multa. La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas. '1. Clases de multa. La multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrará su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.' '6. Amortización a plazos. Al imponer la multa, o posteriormente, podrá el juez, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalar plazos para el pago, o autorizarlo por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años. La multa podrá fraccionarse en cuotas cuyo número no podrá exceder de veinticuatro (24), con períodos de pago no inferiores a un mes'. 5.4.5. Conforme a tal preceptiva, imperioso es reconocer que la pena de multa impuesta como acompañante de la de prisión, se debe sufragar en forma integral, en un único e inmediato acto, salvo que las posibilidades económicas del sentenciado no se le permitan, caso en el cual, la norma autoriza su cancelación a plazos dentro de un término no superior a dos (2) años, mediante pagos fraccionados cuyo número no puede exceder de veinticuatro (24), con períodos no inferiores a un mes. 5.4.6. No obstante lo anterior, el problema se presenta cuando se examinan los términos utilizados por el Juzgado en la parte resolutive de la providencia del 18 de julio de 2012, que fue objeto de revocatoria directa, al señalar:

'2. Prorróguese el plazo, por única vez, para la cancelación del valor de la multa ordenada en la sentencia, conforme con lo previsto en el numeral 6° del artículo 39 del Código penal.' '3. Según lo anterior, el condenado deberá cancelar el valor de la multa en cuotas mensuales de un millón de pesos cada una, en la forma y plazos determinados en la parte motiva de esta decisión'. 5.4.7. Según el contenido de las expresiones utilizadas en la parte resolutive y reiteradas en la parte motiva de la decisión, salta a la vista que el Juzgado se extralimitó al conceder al sentenciado un plazo para pagar el valor de la multa que el legislador no previó, pues, cabalmente no existen sino dos posibilidades de interpretar los términos del acuerdo consignado en la decisión revocada: la primera, que la prórroga se concedió para cancelar en cuotas 'mensuales de un millón de pesos cada una, hasta completar el monto total de la obligación, conforme a lo previsto en el

numeral 6° del artículo 39 del Código Penal, caso en el cual, habiéndose fijado en el equivalente a 6500 SMLMV, tal prórroga se extendería a más de trescientos años, lo cual comporta una verdadera indefinición temporal que desborda los límites de la legalidad de la norma que otorga un término máximo de dos (2) años. 5.4.8. Pero si se admite el argumento de la recurrente en el sentido de que el plazo se debe entender en el marco del numeral 6° del artículo 39 del Código Penal, es decir, durante los dos años señalados en la norma, se estaría reduciendo el valor de la pena de multa a veinticuatro cuotas o, lo que es lo mismo, a veinticuatro millones de pesos, lo que también va en contra del principio de legalidad de la pena y de aquella fijada en la sentencia que se reporta inmodificable para el juez ejecutor y las partes. 5.4.9. Como en cualquiera de los dos eventos se presenta una evidente irregularidad de contenido sustancial que afecta el principio de legalidad de la pena pecuniaria, no hay duda que en el auto revocado la autoridad de primer grado reconoció una discrecionalidad por fuera del ámbito legal, sin embargo, una vez fue advertida la anomalía, la funcionaria a quien correspondió decidir la petición, acudió al mecanismo idóneo y expedito para remediarla y ajustarla a derecho y, por ende, su actuación resultó jurídicamente acertada y en consecuencia, los motivos de impugnación en tal sentido tampoco están llamados a prosperar. 5.4.10. Finalmente, pese a que en el numeral 6° del artículo 39 del Código Penal, no se estableció un mecanismo para acreditar la capacidad económica del condenado distinto al de su propia estimación, dicha carga, a diferencia de la obligación del Juez de respetar los términos de la ley, no comporta una modificación en

tal sentido, por tanto, corresponde al Juzgado asumirla en garantía del postulado político-criminal de no impunidad de la pena y la realidad económica del sentenciado, tomando como referencia la información suministrada por aquél sobre sus ingresos, patrimonio, remuneraciones, gastos, etc., y corroborarla u obtenerla mediante el cruce de información con entidades bancarias y financieras, o en su defecto, en caso de imposibilidad material para sufragarla en un único e inmediato acto, acudir al mecanismo procesal previsto en el artículo 41 del Código Penal, para exigir su cumplimiento en forma coactiva, tal como lo dispuso el juzgado de instancia". (CSJ, Sent. Casación N.º 41617, Sept. 11/2013. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. PENA DE MULTA COMO PRINCIPAL – **Amortización mediante trabajo.**

"(...) la pena principal de multa no está vinculada con el instituto de la reparación integral en cuanto al procesado "...ya ha colaborado ostensiblemente con la recuperación de la víctima". Igualmente, que, para el pago de la multa, el Juez de conocimiento como Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, bien puede evaluar el pago de la multa por cuotas o su amortización mediante trabajo, conforme al artículo 42 y siguientes de la ley 1407/10". (TSM. Rad. 157971 M. P. CN (RA) Jorge Iván Oviedo, 25 de junio de 2014).

Artículo 44. Conversión de la multa en arresto.

Cuando la multa hubiere sido impuesta como pena principal y única, y el condenado no la pague o amortizare de acuerdo con lo previsto en los artículos anteriores, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal diario, por cada día de arresto. En este caso, el arresto no podrá exceder de cinco (5) años.

El condenado a quien se le haya hecho la conversión de que trata el inciso anterior, podrá hacer cesar el arresto en cualquier momento en que satisfaga la parte proporcional de multa que no haya cumplido en arresto.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La Constitución prohíbe la detención, prisión o arresto por deudas, haciendo alusión a aquellas que tienen origen civil.

"El objetivo de la conversión de la pena es la reparación a la sociedad frente a la ofensa realizada por quien ha sido declarado responsable de infringir los preceptos penales, lo que genera la aplicación de la sanción correspondiente. La conversión así ordenada, es una pena supletoria ante el incumplimiento de la pena principal impuesta. La pena pecuniaria –la multa– es convertida o transformada por el legislador en desarrollo del principio de legalidad de la sanción, en una pena privativa de la libertad –el arresto–, habida cuenta del incumplimiento de la primera por quien ha sido condenado por la justicia penal. Su fundamento jurídico reside esencialmente en el incumplimiento del condenado a cumplir con la pena principal impuesta y en la necesidad social de evitar la impunidad de las conductas delictivas. La consagración de penas y sanciones constituye una competencia propia del legislador que, en principio es libre para asignar diferentes

consecuencias negativas a los comportamientos que considera reprochables e injurídicos, de acuerdo con criterios de proporcionalidad." (...) "Cuando la Constitución prohíbe la detención, prisión o arresto por deudas, se refiere concreta y particularmente a aquellas originadas en relaciones de origen civil, sin que en estas medien situaciones o hechos punibles. En el caso del precepto acusado, la multa se impone –y se convierte en arresto– no por el incumplimiento de obligaciones contractuales que es lo que prohíbe la norma superior, sino en razón del resarcimiento por la lesión que se haya inferido al orden social al no cumplirse con la pena principal impuesta –la multa–. (...) "Frente a la norma, corresponde al Juez al aplicarla, hacer una evaluación con respecto a las circunstancias que rodean la negativa del pago de la multa, donde naturalmente deberá tener en cuenta las condiciones económicas del condenado, que hubieren hecho imposible el pago oportuno de la multa impuesta como pena principal y única. Por ello, corresponderá en todo caso a dicho funcionario determinar la pena en proporción a la conducta y condiciones del sujeto". (C. Const.

Sent. C-628 de 1996, Nov 21/96 M. P. Hernando Herrera Vergara) (C. Const. Sent. C-041 de 1994).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Facultad de las autoridades judiciales de ordenar la pena de arresto para las personas que incumplan la multa.

“Solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad, por lo que a las autoridades administrativas les está vedado imponer “motu proprio” las penas correctivas que entrañen directa o indirectamente, la privación de la libertad. Esta Corte ha reiterado a lo largo de su jurisprudencia que la opción por la libertad que llevó a consagrar el monopolio de las penas privativas de la libertad en cabeza de los jueces, se fundamenta en el principio de la separación de las ramas del poder público, propio de un régimen democrático y republicano.” (...) “Resulta contrario el segmento de la disposición referida, a lo dispuesto en la Carta Política, pues repárese que la atribución conferida a las autoridades administrativas para realizar conversiones de multas en arrestos en aquellas contravenciones sancionables actualmente con dicha pena, excepto en las contravenciones especiales definidas en las leyes 228 de 1995, 23 de 1991 y 30 de 1986, en virtud de lo previsto en el artículo 28 superior, es inexecutable, ya que la facultad de ordenar la pena de arresto con relación a las personas que incumplan el pago de la multa, constituye una competencia única y exclusiva de las autoridades judiciales, las cuales son los únicos titulares para ordenar la privación de la libertad, como lo ha señalado la jurisprudencia sobre la materia”. (...) “El arresto supletorio por el incumplimiento en el pago de una multa de carácter correctivo es una institución del derecho de Policía contraria al precepto constitucional que prohíbe la detención, prisión o arresto por deudas, además de ser un medio desproporcionado de privación de la libertad respecto de la finalidad buscada, cual es la de garantizar el pago de la obligación pecuniaria pública originada en la sanción de un supuesto contravencional, porque el pago de la multa en arresto no se compadece con el valor otorgado por la Carta a la libertad personal en el orden constitucional”. (C. Const. Sent. C 626 de 1998, Nov. 4/98 M. P. Fabio Morón Díaz). (C. Const. Sent. C 628 de 1996, C. Const. Sent. C-490 de 92, C. Const. Sent. C-173/93, C. Const. Sent. C-041 de 94, C. Const. Sent. C-212 de 94, C. Const. Sent. C-270/94).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Alternativa de prorrogar el pago.

“Es posible concluir, en primer lugar, que el Estado ha dispuesto mecanismos adecuados y pertinentes para calcular el monto de la multa de conformidad con la condición económica y personal del condenado. En segundo término, la Corte concluye que cuando la capacidad económica del condenado es mínima o inexistente, el sistema jurídico ofrece una alternativa económica, consistente en la posibilidad de prorrogar el pago mientras el obligado encuentra los medios para cancelarla, y una alternativa no económica, que consiste en la posibilidad de conmutar la obligación de dar

por una obligación de hacer, consistente en el desarrollo de actividades de naturaleza e interés sociales. Lo anterior implica que la capacidad o incapacidad de pago del individuo no es irrelevante –por el contrario, es indispensable– para determinar el monto de la multa, así como su forma de pago e, incluso, la posibilidad de amortizarla mediante trabajo o, en casos extremos, de convertirla en arresto de fin de semana. Lo anterior también significa que el procedimiento de tasación de la multa no es irreflexivo, sino que, por el contrario, requiere una justificación suficiente que explique las razones por las cuales, teniendo en cuenta las condiciones del procesado, se impone una suma determinada de dinero y no otra”. (...) “No es de recibo el cargo formulado contra las mismas preceptivas que denuncia la violación de la regla constitucional que prohíbe la prisión y el arresto por deudas –Art. 28 CP.–. Y la razón –fundamentalmente– es que la naturaleza de la multa, aunque se manifieste en el mundo jurídico a la manera de una deuda, no lo es en el sentido al que se refiere la prohibición constitucional, por lo que es legítimo que el legislador haya supeditado al pago de la misma la concesión de los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena y libertad condicional. No siendo la multa una de las deudas a las que se refiere el artículo 28 superior, el legislador no quebranta la Carta al impedir que se conceda la libertad a quien se abstiene de pagarla.” (...) “La Constitución prohíbe el arresto por deudas (CP. Art. 28). La sanción pecuniaria que se convierte en arresto no tiene el carácter de deuda. La fuente de la sanción pecuniaria, convertible en arresto, se vincula al poder punitivo y correctivo del Estado, que persigue no el enriquecimiento del erario sino el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y la preservación de intereses superiores que se consideran merecedores de tutela. La naturaleza de la sanción pecuniaria, de otra parte, es puramente represiva y, precisamente, esa finalidad es la que asume el arresto cuando se muestra incapaz de servir ese cometido”. (...) “Si la pena pecuniaria no se cancela y la misma no se muta en arresto, puede perder eficacia disuasiva la sanción. El juicio de reprochabilidad de una específica conducta, corre el riesgo de tornarse en pauta no obligatoria de conducta si a la conducta desviada y a la elusión de su respectiva sanción no sigue consecuencia adversa alguna. No merece glosa constitucional que el legislador busque asegurar, mediante el arresto sustitutivo, la efectividad de su propio mandato sancionatorio”. (C. Const. Sent. C 194 de 2005 marzo 2/05 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra). (C. Const. Sent. C-628 de 1996, C. Const. Sent. C-041 de 1994 C. Const. Sent. C-316 de 2002).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Conversión de la multa en arresto cuando el condenado se hubiere abstenido de pagarla.**

“Así lo reconoció, por ejemplo, en la Sentencia C-628 de 1996, cuando declaró executable el artículo 49 del Código Penal de 1980 –Decreto Ley 100 de 1980– que consagraba la conversión de la multa en arresto cuando el condenado se hubiere abstenido de pagarla. Tal como se desprende de la cita que a continuación se transcribe, a juicio de la Corte, el no pago de la multa no constituye

incumplimiento de una obligación contractual –o, se agregaría, de una obligación civil extracontractual–, por lo que dicha circunstancia no se considera cobijada por la prohibición del artículo 28 superior: Al respecto es preciso advertir que cuando la Constitución prohíbe en el artículo 28 la detención, prisión o arresto por deudas, se refiere concreta y particularmente a aquellas originadas en relaciones de origen civil, sin que en estas medien situaciones o hechos punibles. En el caso del precepto acusado, se reitera, la multa se impone –y se convierte en arresto– no por el incumplimiento de obligaciones contractuales que es lo que prohíbe la norma superior, sino en razón del resarcimiento por la lesión que se haya inferido al orden social al no cumplirse con la pena principal impuesta –la multa–. Así mismo, el artículo 35 de la ley 599 de 2000 consagra la multa como pena principal, lo cual según ya se ha explicado a lo largo de estas consideraciones no contraría la Constitución, pues se encuentra dentro de la autonomía del legislador decidir la clase de sanción a imponer y el monto de la misma, salvo obviamente, que se trate de penas prohibidas por la Constitución. Adicionalmente, debe agregar la Corte que la sustitución de penas privativas de la libertad por multas, en lugar de infringir el ordenamiento supremo se adecua a él, pues es esta una forma de garantizar caros principios constitucionales como el de la libertad e inmunidad personales (artículo 28 CN), así como de los derechos consagrados en el artículo 29 superior. (Sentencia C-628 de 1996 M. P. Hernando Herrera Vergara). La Corte había sentado su posición al respecto y había dicho que la finalidad de dicha conversión era garantizar la efectiva imposición de la sanción por la conducta punible, conducta que podría quedar impune

si el Estado no pudiera hacer efectivo el castigo contenido en la multa. Dijo a este respecto la Corte:

“27. La Constitución prohíbe el arresto por deudas (CP. Art. 28). La sanción pecuniaria que se convierte en arresto no tiene el carácter de deuda. La fuente de la sanción pecuniaria, convertible en arresto, se vincula al poder punitivo y correctivo del Estado, que persigue no el enriquecimiento del erario sino el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y la preservación de intereses superiores que se consideran merecedores de tutela. La naturaleza de la sanción pecuniaria, de otra parte, es puramente represiva y, precisamente, esa finalidad es la que asume el arresto cuando se muestra incapaz de servir ese cometido. 28. Si la pena pecuniaria no se cancela y la misma no se muta en arresto, puede perder eficacia disuasiva la sanción. El juicio de reprochabilidad de una específica conducta, corre el riesgo de tornarse en pauta no obligatoria de conducta si a la conducta desviada y a la elusión de su respectiva sanción no sigue consecuencia adversa alguna. No merece glosa constitucional que el legislador busque asegurar, mediante el arresto sustitutivo, la efectividad de su propio mandato sancionatorio” (negritas y subrayas fuera de texto). (Sentencia C-041 de 1994, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). (Sentencia C-194 del 2 de marzo de 2005, M. P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra) (Subrayado y resaltado nuestro). **(TSM. Rad. 151754 M. P. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira, 28 de septiembre de 2009).**

Artículo 45. Separación absoluta de la Fuerza Pública.

La separación absoluta consiste en la desvinculación definitiva de la Fuerza Pública. El separado en forma absoluta no podrá desempeñar en ella cargo alguno y perderá el derecho a concurrir a sitios de recreación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tales como clubes, centros vacacionales, casinos y cámaras.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Clasificación de las penas, en principales y accesorias.

“La separación absoluta para el personal en servicio activo de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional consiste en el retiro definitivo de tales entidades, como consecuencia de la culminación de un proceso disciplinario, de un proceso penal o como una medida administrativa.” (...) “Al igual que en los demás estatutos penales, el legislador, atendiendo criterios de política criminal, estableció una serie de penas, clasificándolas en principales y accesorias. Entre las principales se encuentran la prisión, el arresto y la multa, y como accesorias están la restricción domiciliaria, la separación absoluta de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, la interdicción de derechos y funciones públicas, la prohibición de ejercer un arte, profesión u oficio, la suspensión de la patria potestad, la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas, etc., penas que también pueden imponerse como principales.” (...) “En caso de imponerse la pena de prisión, por ejemplo, el legislador contempló que esta implica la accesoria de separación absoluta de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y la interdicción de derechos y funciones públicas

“por igual tiempo al de la pena principal”, según lo dispuesto en el artículo 48 del CPM”. **(C. Const. Sent. C 240 de 1994 mayo 19/94 M. P. Carlos Gaviria Díaz).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La separación absoluta de la fuerza y su finalidad en la Policía Nacional.

“la Corporación constata que con la disposición acusada el legislador, partiendo de las formulaciones constitucionales, tomó en cuenta el carácter civil del personal de Policía y que la finalidad que persigue al incluir el arresto por delitos dolosos como causal de separación de la carrera en la Policía Nacional y no hacer lo mismo en las Fuerzas Militares, radica en la necesidad de exigir una mayor pulcritud en el comportamiento de los miembros de la Policía dada su misión relacionada con el mantenimiento, entre la sociedad civil, de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales y la convivencia pacífica. (CP., Art. 218). Al respecto debe tomarse en cuenta que la labor de la Policía es esencialmente preventiva e implica un contacto más directo con la ciudadanía, lo que obliga a extremar las medidas tendientes a proteger a la población civil”. **(C. Const. Sent.**

C 421 de 2002, mayo 20/02 M. P. Álvaro Tafur Galvis. (C. Const. Sent. C 740 de 2001, C. Const. Sent. C 952 de 2001, C. Const. Sent. C 024 de 1994).

JURISPRUDENCIA – CONSEJO DE ESTADO.

Retiro temporal del oficial. Puede eventualmente volver hacer parte de la institución. La separación del servicio debe ser temporal.

“Que de la lectura de las normas que contemplan las causales de separación absoluta y temporal del servicio, es claro que cuando el oficial o suboficial sea separado en forma absoluta no podrá volver a pertenecer a la Policía Nacional, mientras que en el retiro temporal la separación será en forma temporal por un tiempo igual al de la condena, es decir que el funcionario puede eventualmente volver a hacer parte de la Institución. De lo anteriormente relacionado es claro para esta Corporación que si bien es cierto, mediante la Resolución 01333 del 28 de mayo de 2002, acto demandado, al señor Julio Hernández Martínez Castillo, se le condenó a la pena principal de doce (12) meses de prisión, como autor del delito de peculado por uso, concediéndole el beneficio de ejecución condicional, también lo es que su retiro del servicio debía ser de manera temporal y no absoluta, pues la norma que le era aplicable a su caso era el artículo 68 del Decreto 1791 de 2000 y no el 66 como erradamente lo señaló el Director General de la Policía Nacional al proferir el acto de separación del servicio del actor. Que dadas las circunstancias del sub examine, realizar una interpretación como la que hizo la demandada atenta contra el principio de favorabilidad establecido en el artículo 29 de la Constitución Política que dispone que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Que la parte demandada al expedir el acto acusado vulneró de manera flagrante el derecho al debido proceso del peticionario por cuanto omitió darle aplicación al principio de favorabilidad en la medida que dispuso de manera errada separarlo de manera absoluta del cargo cuando como ya se dijo debió disponer la separación temporal del servicio del Sargento Segundo Julio Hernando Martínez Castillo”. **(Consejo de Estado, Sentencia 01430 de 2011. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil once (2011).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Aplicación de la pena accesoria de Separación Absoluta.**

“Respecto de las penas accesorias dejadas de imponer por el iudex a quo, considera la Sala que, por razón de la prohibición de reforma peyorativa, no es posible corregir los vicios de legalidad, porque con ello se desmejora la situación del procesado. Así, si el artículo 60 del Código Penal Militar asigna la obligación legal de imponer como penas accesorias la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción

de derechos y funciones públicas, cada vez que se imponga como principal una pena de prisión, su desconocimiento por el Juez Penal Militar no puede ser corregido en virtud del recurso por la segunda Instancia, tratándose de apelante único como en el presente caso (...) No hay duda que las penas accesorias dejadas de imponer, causarían un desmejore en la situación del condenado, pues aunque encontrándose actualmente en situación de retiro, la separación de la Fuerza Pública quedaría anotada en su hoja de vida, así mismo la interdicción conllevaría la privación de los derechos políticos reconocidos en el artículo 40 de la Constitución Política de Colombia. **(TSM. RAD. 149957, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 8 de mayo de 2008).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Separación absoluta diferencia con pérdida de empleo.**

“Pese a todo lo anterior, lo que en forma concreta encuentra la Sala es que en la sentencia, que en este caso está constituida por el pronunciamiento del 16 y el pronunciamiento del 20 de mayo del 2008, se impuso inicialmente la pena accesoria de la Separación absoluta de la Fuerza Pública prevista en el artículo 54 (no 44 como se consignó en la providencia), la cual fue reformada, para en su lugar imponer “(...) la pena principal de seis meses de pérdida del empleo, de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva”, decisión esta, como aquella, carente de motivación... (...) Fuera de lo anterior en ese nuevo pronunciamiento se incurrió en una apreciación abiertamente arbitraria en cuanto se fijó como pena accesoria la pérdida del empleo por el término de seis meses, asunto que no consulta que: 1. La pérdida del empleo es una sanción principal para el delito de favorecimiento de fuga –modalidad culposa–; 2. La pérdida del empleo es antítesis de temporalidad, y 3. La pérdida del empleo conforme al artículo 45 de la ley 599 de 2000, “además, inhabilita al penado hasta por 5 (cinco) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial”. O sea que esta última es una pena accesoria, no solamente porque se desprende del artículo 45 mencionado, sino porque el artículo con el mismo guarismo del Código Penal Militar la contempla en esta categoría y el Art. 450 del CP. no la incluye como principal. En resumen, el pronunciamiento del 20 de mayo del 2008, o reforma de la sanción accesoria impuesta inicialmente no era procedente, pues la ley no contempla esa posibilidad, contándose además con la equivocación de imponerse una pena accesoria inexistente y ajena a la legislación penal, esto es, la pérdida del empleo temporal”. **(TSM. RAD. 155112, M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo Pérez, 27 de abril de 2009).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Pena accesoria y su imposición.**

“Por lo expuesto se confirmará la sentencia apelada, excepto en lo que tiene que ver con la imposición de la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, que de oficio se revocará con fundamento en el principio de favorabilidad penal, previsto en el artículo 8 de la Ley 1407 de 2010 y teniendo en cuenta que la

citada ley sólo consagra dicha pena accesoria para los delitos que no atenten contra el servicio y cuando la pena impuesta sea superior a los dos años de prisión. En el caso concreto, se observa que, aunque la condena impuesta no hace relación con alguno de los delitos que atentan contra el servicio, la pena a imponer sí es menor a los dos años y, en consecuencia, el procesado tendría derecho a continuar al servicio de la Fuerza Pública". (TSM. RAD. 156563, M. P. TC. **Ismael Enrique López Criollo, 27 de octubre de 2010**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. *Inaplicación por principio de favorabilidad en acciones previas a la expedición de la ley.*

"Es dable su inaplicación invocando el principio de favorabilidad cuando la Ley 1407 de 2010 no la consagra para determinado tipo penal. "Conforme a lo anterior, el análisis se circunscribirá a determinar si con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal Militar y en aplicación al principio de favorabilidad es dable entrar a revocar la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública impuesta al SLP. CBA". (...) "Sobre el primer punto, debemos advertir que efectivamente las penas accesorias a la de prisión como lo son la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, se encuentran contenidas tanto en el artículo 60 de la Ley 522 de 1999 como en el artículo 51 de la Ley 1407 de 2010, distinguiéndose tan sólo en esta última cuando exime de su aplicación al procederse en delitos contra el servicio y en los que su pena a imponer no supere los dos años. Satisfaciéndose por tanto a cabalidad la primera exigencia, esto es, que la figura jurídica enfrentada tenga regulación en ambas legislaciones. Con relación a la segunda condición 'que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fácticos', se encuentra también cumplida, pues como puede observarse la imposición de las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza

Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, está supeditada en una y otra normatividad a la imposición previa de una pena de prisión. (...). "Para el caso de estudio, es dable la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 8° de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que la citada 120 Justicia Penal Militar ley consagra que las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal aplica para condenas de prisión, salvo en delitos contra el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos años de prisión, excepción que se da en este caso, por cuanto la pena impuesta fue menor a dos años; luego, al no poder condenársele a esa pena accesoria ello sin lugar a discusión es más favorable a los intereses del procesado". (TSM. RAD. 156327, M. P. MY(r) **Marycel Plaza Arturo, 18 de julio de 2011**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. *Aplicación de las penas accesorias en las dos legislaciones penales militares.*

"Las penas accesorias a la pena principal de prisión, se encuentra reglado tanto en la Ley 522 de 1999 como en la 1407 de 2010, resultando más benigna o favorable la regulada en esta última, como quiera que contiene una salvedad respecto de los delitos contra con el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión, como en el caso bajo estudio. Sucede lo mismo, en el segundo postulado, en tanto que respecto de ambas estipulaciones se predicen similares presupuestos fáctico-procesales, en efecto, en ambas legislaciones el subtema de la regulación de las que se refiere, es únicamente el de las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena principal impuesta es de prisión, luego, se trata del mismo momento procesal en ambas legislaciones". (TSM. RAD. 154817-XIV-426. MY(r). **José Liborio Morales Chinome. Agosto treinta y uno (31) de dos mil once (2011)**).

Artículo 46. Restricción domiciliaria.

La restricción domiciliaria consiste en la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio o en la prohibición de residir en determinado lugar.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. *Detención domiciliaria definición y finalidad.*

"(...) La figura de la detención domiciliaria consiste en la posibilidad de que una persona vinculada a la investigación de un hecho punible, a la cual se le ha dictado medida de aseguramiento de detención preventiva, pueda seguir vinculada al proceso, aunque la privación de la libertad se lleve a cabo en su domicilio, de manera sustitutiva. La corte ha expresado que la finalidad de la detención domiciliaria consiste en la posibilidad de que una persona vinculada a la investigación de un hecho punible, a la cual se le ha dictado medida de aseguramiento de detención preventiva, pueda seguir vinculada al proceso, aunque la privación de la libertad se lleve a cabo

en su domicilio, de manera sustitutiva. (...) El artículo 396 del Código de Procedimiento Penal se encarga de señalar los requisitos para que dicho beneficio sea concedido. En primer lugar, los hechos punibles que son objeto de investigación deben tener señalada una pena mínima de 5 años de prisión o menos, Como segunda condición, la norma procesal penal sujeta la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria, a la verificación de que "el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad comparecerá al proceso, y no coloca en peligro a la comunidad". Este requisito que se constituye en el elemento subjetivo del precepto jurídico". (C.Const. **Sentencia T 607/00, mayo 25/2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz**).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Seguimiento detención domiciliaria.

“(…) En relación con el seguimiento al cumplimiento de la detención en lugar de residencia, la norma prevé que el mismo estará a cargo del INPEC, el cual realizará un control periódico sobre el incumplimiento de la detención domiciliaria y reportará a la Fiscalía sobre sus resultados, a fin de que si se advierten violaciones a las condiciones impuestas por el juez se puedan adoptar las correspondientes acciones. Esta Corporación menciona que el legislador, estableció un trato diferenciado para quienes deben someterse a la detención preventiva, consistente en que, para los delitos señalados en el parágrafo acusado, no procede la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria, siendo lógico que quienes cometen delitos de mayor gravedad, deben afrontar un trato más severo que el de quienes incurrir en conductas de inferior trascendencia social. La Corte estableció que no es razonable que a una persona se le niegue de forma absoluta la posibilidad de solicitar y obtener un beneficio como la detención domiciliaria, con fundamento en el juez de conocimiento del delito, tampoco resulta razonable que esta posibilidad se vea truncada sólo con base en la adecuación típica de la conducta imputada. (...) Observa la Corte que tal como quedó diseñada la norma, con miras a reforzar la percepción de eficacia de la administración de justicia y el sentimiento de seguridad de los miembros de la comunidad, se adoptaron dos nuevas medidas relacionadas con la efectividad de la detención preventiva: (i) Una referida al control sobre el cumplimiento de la detención domiciliaria en los eventos en que procede, adscribiendo de manera explícita al INPEC esa labor de vigilancia periódica, en coordinación con la Fiscalía; (ii) La drástica limitación de los eventos en que procede la detención domiciliaria, excluyendo de tal posibilidad las conductas que no son procedentes de dicho beneficio. (...) El incumplimiento de las obligaciones por parte de quienes gozan de estos beneficios ha suscitado un clima de inseguridad ciudadana y de falta de eficacia en la administración de justicia, por tanto, la decisión de prohibir la sustitución de la detención carcelaria por la detención domiciliaria, en ciertos casos, resulta eficaz para dar tranquilidad y seguridad a la sociedad”. **(Corte Const. Sentencia C-318/18, abril 9/2008. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño). (Sentencia T-522 de 2001).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Detención por violación detención domiciliaria.

“(…) La corte señala que cuando una persona esté sometida a detención o prisión domiciliaria, los funcionarios del INPEC encargados del control de la medida, y los de la Policía Nacional en ejercicio de sus funciones de vigilancia, tendrán la facultad de detenerla si “está violando sus obligaciones”, pero en tal caso deberán ponerla “en el término de treinta y seis horas (36) a disposición del juez que profirió la respectiva medida para que tome la decisión correspondiente”. (...) es así como no se refiere a quién puede imponer medidas de detención domiciliaria o penas de prisión

domiciliarias, sino que les reconoce a ciertos funcionarios del INPEC y de la Policía Nacional la competencia para capturar o aprehender materialmente a quien esté sujeto, en virtud de decisión judicial, a una detención o pena de prisión domiciliaria. Ciertamente, la disposición cuestionada dice que el funcionario del INPEC encargado del control de la medida o el de la Policía Nacional en ejercicio de sus funciones de vigilancia “detendrá” inmediatamente a la persona que esté violando sus obligaciones. No obstante, la expresión “detendrá” no se refiere a una nueva competencia, en cabeza de autoridades administrativas, para imponer medidas de aseguramiento o penas privativas de la libertad, sino como un sinónimo perfectamente comprensible de las ordenes de ‘capturar’, ‘aprehender’ o ‘retener’. (...) En tal contexto, la constatación de un incumplimiento de otras obligaciones, que no sean las de permanecer en el sitio de reclusión y confinamiento, tendría que ser objeto de medidas como la consagrada en el último inciso del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, el cual dice, que el propósito de la detención domiciliaria, es “[e]l control del cumplimiento de la detención en el lugar de residencia estará a cargo del INPEC, el cual realizará un control periódico sobre el cumplimiento de la detención domiciliaria y reportará a la Fiscalía sobre sus resultados para que si advierten violaciones a las condiciones impuestas por el Juez se puedan adoptar las correspondientes acciones”. La Corte Constitucional coincide con estas opiniones y estima que la Ley no se refiere, global y comprensivamente, a la totalidad de obligaciones jurídicas que contrae una persona, sino específica, exclusiva y puntualmente a las que contrae ese individuo, precisamente por su condición procesal o penal, en tanto se encuentra sujeto a una detención o prisión domiciliaria. (...) Ahora bien, más allá de este acuerdo, en este proceso ha habido una discrepancia en torno a cuáles son, en términos precisos, las obligaciones cuya inobservancia da lugar al ejercicio de este poder administrativo de ejecución de las decisiones de detención preventiva o de reducción a pena de prisión domiciliaria. (...) La Corte procede entonces a señalar cuáles son las obligaciones de este régimen: En el caso de la detención domiciliaria, el Código de Procedimiento penal señala que quien se beneficie de esta sustitución debe suscribir un acta, en la cual se compromete a “permanecer en el lugar o lugares indicados” por el juez; a “no cambiar de residencia sin previa autorización”; a “concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido”; y de forma adicional puede contraer también la obligación de “someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez”. **(Corte Const. Sentencia C-411/15, julio 1º/2015. M. P. María Victoria Calle Correa).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Diferencia entre detención domiciliaria como sustitución de**

La pena de prisión y la restricción domiciliaria como pena accesoria.

"2. En estas condiciones y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 44 del Código Penal, solicita se le conceda "la restricción domiciliaria", esto es "la sustitución de la medida de seguridad acorde al principio constitucional de la favorabilidad", consagrado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal. 3. La restricción domiciliaria a que alude el procesado y que contempla el artículo 44 del Estatuto Penal, específicamente dentro del Título IV, De la punibilidad, Capítulo I, De las penas, constituye precisamente una de las accesorias sanciones consistente en la obligación que se impone al condenado de permanecer o no residir en un determinado lugar, es decir, que como sanción derivada de la condena, inexorablemente ella es materia sobre la cual, de concurrir los motivos que la hacen viable, debe ocuparse la sentencia. Siendo esta su naturaleza, es evidente que el memorialista ha confundido la restricción domiciliaria con la detención domiciliaria consagrada en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1.993), que en todo caso tampoco le resulta aplicable, al serlo solamente en relación con procesados y no para condenados, excepción única hecha por el artículo 369A, literal h (Adicionado por el artículo 44 de la Ley 81 de 1.993, a su vez derogado por la Ley 365 de 1.997, artículo 26), esto es, en aquellos casos de beneficios por colaboración, dentro de los cuales es dable acumular a estos la "detención domiciliaria durante el proceso o la ejecución de la condena, en delitos cuya pena mínima legal para el delito más grave, no exceda de cho (8) años de prisión", todo lo cual es claramente indicativo de que la solicitud elevada debe negarse por improcedente. (CSJ, Cas. Penal, Sent., Ago. 3/1999, Rad. 12944. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La restricción domiciliaria no puede equipararse a la prisión domiciliaria, pues como sustitutiva de la prisión tiene alcance diferente al utilizarse esta figura para la ejecución de pena privativa de la libertad.

"Sea lo primero precisar que la pena, en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por ello, se ha consagrado no sólo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir las conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia. Es así como el Código Penal Militar, en su artículo 17, señala que "La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora". (...) el recurrente ha confundido dos conceptos que difieren al pretender asimilar la prisión domiciliaria con la restricción domiciliaria, sin que tuviera en cuenta que la primera es una pena principal y la segunda es accesoria, la que requiere de una principal a la cual debe unirse. La restricción domiciliaria que consagra el artículo 45 del Estatuto Punitivo Castrense y que encuentra su

descripción en el artículo 55 ibidem, hoy artículo 47 Ley 1407 de 2010, consiste en la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado lugar o en la prohibición de residir en determinado lugar y aunque la norma no lo dice expresamente, ha de inferirse en razón de su propia naturaleza, que el municipio en que debe permanecer el condenado o fijar su residencia ha de ser diverso y más o menos distante de aquel en que residía él mismo, el sujeto pasivo o su familia o en que cometió el delito, por una parte, o la de acudir a esos lugares. No puede confundirse con la prisión domiciliaria pues esta es sustitutiva de la prisión que es una pena principal y por lo mismo tiene un alcance diferente al antes enunciado, toda vez que está consagrada para la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de la residencia del sentenciado, o en su defecto en el que el juez determine. Sigue siendo prisión, y lo único que se cambia es el lugar donde se cumple. Las penas accesorias, se caracterizan por ser privativas de otros derechos y para el caso de la restricción domiciliaria no comporta en ningún momento privación de la libertad". (TSM. Rad. 155827, M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo, 10 de mayo de 2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Reclusión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión.

"Al revisar el capítulo de las penas, hallamos que en la justicia penal militar existen dos clases, unas principales y otras accesorias; dentro de las primeras están la de prisión y la multa, en las segundas figuran: "1. Restricción domiciliaria. 2. Interdicción de derechos y funciones públicas. 3. Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio. 4. Suspensión de la patria potestad. 5. Separación absoluta de la Fuerza Pública. 6. Prohibición de porte y tenencia de armas de fuego. 7. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas". Como se aprecia, en nuestra jurisdicción especial no se consideró la pena de prisión domiciliaria, como sí se previó en la justicia ordinaria, en la que esta es una categoría de pena sustitutiva de la pena de prisión y consiste en la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del sentenciado o en el lugar que determine el juez, siempre que se cumplan determinados presupuestos. La reclusión domiciliaria instituida en el artículo 68 de la Ley 1407 de 2010, como sustitutiva de la pena de prisión, tiene lugar cuando el penado "...se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo"; para su otorgamiento será necesario que medie el concepto de un médico legista especializado. Dicho beneficio emerge claramente como un mecanismo de humanidad, con el que se busca salvaguardar la vida, la salud y la dignidad de la persona humana; por lo que de llegar a determinarse a través de prueba médica posterior que la situación que dio lugar a la medida ya no persiste y que por tanto el tratamiento sea compatible con la reclusión formal, el beneficio será revocado. Nótese que la medida es transitoria, justamente porque no tiene la categoría de pena, como sí se contempla en el Compendio Punitivo Ordinario, donde su concesión está condicionada a la acreditación de otros elementos o presupuestos y no a una puntual circunstancia como antes se refirió".

(TSM. Rad. 158171, M. P. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión, 25 de octubre de 2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Restricción domiciliaria diferencia con prisión domiciliaria.**

“El instituto a que hace relación el artículo 55 de la Ley 522 de 1999, que reprodujo el arto 46 de la Ley 1407 de 2010, corresponde a la pena accesoria de restricción domiciliaria; disposición que se encuentra ubicada dentro del Código Penal Militar en el Libro I, Título III referido a la punibilidad, Capítulo I concerniente a las penas; norma a través de la cual se define y desarrolla la pena accesoria de restricción domiciliaria enunciada por el artículo 37 del Código Penal Militar de 2010. Pena accesoria que consiste en “la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio o en la prohibición de residir en determinado lugar”. Las penas accesorias, a diferencia de las principales, corresponden a penas privativas de otros derechos, que pueden ser impuestas por parte del juez, cuando tienen relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de un derecho o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas

similares a la que fue objeto de condena. La prisión domiciliaria a que alude el defensor, por el contrario, corresponde a una pena sustitutiva de la prisión, así lo establece el artículo 36 de la Ley 599 de 2000. Mecanismo que se encuentra reglado en el artículo 38 del Código Penal, que fuera modificada por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014, señalando: “La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine...”. (...). Como se puede observar, no existe ninguna similitud entre estos dos institutos jurídicos, puesto que como ya se dijo, el primero relativo a la “restricción domiciliaria” está llamado a hacer parte de una pena accesoria, que se podrá imponer únicamente en la jurisdicción penal castrense, mientras que el otro, es decir, “la prisión domiciliaria” es una medida sustitutiva a la pena de prisión que contempla la jurisdicción ordinaria. En virtud de lo anterior, ninguna consecuencia, efecto o característica similar existe entre los dos institutos, menos aún que permitan determinar por vía de integración, la aplicación de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria en la jurisdicción foral”. **(TSM. Rad. 158250, M. P. Wilson Figueroa Gómez, 14 de abril de 2016).**

Artículo 47. Interdicción de derechos y funciones públicas.

La interdicción en el ejercicio de los derechos políticos priva al condenado del ejercicio de todos los derechos políticos reconocidos en el artículo 40 de la Constitución Política. La interdicción en el desempeño de las funciones públicas incluye el formar parte de la Fuerza Pública y de cualquier otro organismo nacional o local de seguridad y de otros cuerpos oficiales armados.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Interdicción de derechos y funciones públicas.

“(…) De conformidad con lo estatuido en el artículo 50 del Código Penal (Ley 100 de 1998), la interdicción de derechos y funciones públicas –pena accesoria, cuando no se establezca como principal, según lo establece el artículo 42 *Ibidem*– “priva de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político (subraya la Corte), función pública u oficial y dignidades que confieren las entidades oficiales e incapacita para pertenecer a los cuerpos armados de la República. El artículo 52 del mismo Código señala que la pena de prisión implica la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal, y el 55 estipula que la aludida sanción accesoria se aplicará de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ella. Cumplida la pena principal, comienza a correr el término señalado en la sentencia para la sanción accesoria”. **(Corte Constitucional. Sentencia: C- 592 de 1998, octubre 21 de 1998. M. P. Fabio Morón Díaz).**

(…) “El legislador en desarrollo de la Política Criminal del Estado, decidió que en aquellos casos en los cuales se impusiera la pena de prisión también debe imponer el juez la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas “por un tiempo igual al de la pena que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2° del artículo 51”. Es decir, que aunque el legislador permita al Juez imponer las penas accesorias bajo los parámetros establecidos por la misma ley, ello no es óbice para que el legislador sin afectar el principio de la legalidad de la pena le señale al juez que una determinada pena accesoria deba ser impuesta conjuntamente con la pena principal, en este caso, la interdicción de derechos y funciones, siempre que se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena, así como los derechos fundamentales del condenado, como de manera reiterada lo ha manifestado esta Corte. [...] En el caso de la imposición de las penas accesorias es tan cierta la preeminencia de la norma sobre la discrecionalidad del Juez que los límites temporales fijados a la pena accesoria tiene una excepción de carácter constitucional, a la cual hace referencia el inciso 2° del artículo 51 de la ley 599 de 2000, consagrada en el inciso 5° del artículo 122 de la Carta de 1991 según la cual “sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Interdicción de derechos y funciones públicas – **pena accesoria:**

de funciones públicas". **(Corte Constitucional. Sentencia: C- 393 de 2002, mayo 22 de 2002. M. P. Jaime Araújo Rentería).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. Elementos constitutivos de la pena accesoria inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

"El Código Penal del 2000. Con la letra, en este estatuto, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas está reglamentada así: a) Es una de las penas accesorias, o privativas de otros derechos (artículo 43), excepto cuando ha sido establecida como principal (artículo 52). b) Como regla general, tiene una duración entre 5 y 20 años (artículo 51). c) En todo caso, sigue a la pena de prisión, "por un tiempo igual al de la pena a que accede" (artículo 52.3), es decir, el mismo de la prisión, afirmación que exonera de cualquier necesidad de sustentar su imposición. d) El lapso anterior de inhabilitación se puede aumentar "hasta por una tercera parte más", sin exceder el máximo fijado en la ley para la interdicción, es decir, 20 años, afirmación que se hace para mantener la interpretación que primaba mientras regía el Código Penal pasado y con base en el principio de proporcionalidad de la pena, también conocido como prohibición del exceso. e) De acuerdo con el artículo 53, las penas privativas de otros derechos concurrentes con una privativa de la libertad, "se aplicarán y ejecutarán simultáneamente con esta". Y, se repite, sobre la inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas, nada se expresó como para pensar que el Fiscal General y su amplio comité de expertos hubieran optado por hacer variaciones respecto de la legislación pasada. (...) Artículo... Las penas de interdicción de derechos y funciones públicas, pérdida o suspensión de la patria potestad y prohibición del ejercicio de un arte o profesión, se aplicarán de hecho mientras dure la pena principal; cumplida esta, empezará a correr el término que se señale para ellas en la sentencia". **(CSJ, Cas. Penal, Sent., abril 26/2006, Rad. 24687. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se aplicará y ejecutará simultáneamente con la pena principal de prisión.

"Así las cosas, puede concluirse que el legislador ha dispuesto que: i) El juez penal está obligado a imponer como pena accesoria la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, siempre que se imponga la pena de prisión; ii) la imposición de esta sanción trae como consecuencia privar al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales, iii) la duración de la pena podrá ser la misma de la de la pena de prisión impuesta y hasta una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley, –es decir 20 años– sin perjuicio de lo que prevé la Constitución para el caso de la condena por delitos contra el patrimonio del Estado, iv) la imposición de la pena exige una

fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la misma, de conformidad con el artículo 59 de la Ley 599 de 2000, v) la persona condenada a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como consecuencia de haber recibido pena de prisión, puede solicitar su rehabilitación para el ejercicio de dichos derechos y funciones en los términos del artículo 92 de la Ley 599 de 2000, vi) de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 599 de 2000 la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se aplicará y ejecutará simultáneamente con la pena de prisión". **(CSJ, Cas. Penal, Sent., Feb. 6/2013, Rad. 39183. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Imposición de la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena sea mayor a dos (2) años de prisión, salvo que la condena sea sobre un delito contra el servicio, caso en el cual no aplican estas penas accesorias.

"Al comparar las dos regulaciones, a simple vista se observa que esta última norma modificó la primera, en lo relacionado con la imposición de las penas accesorias a la de prisión, pues a partir del 17 de agosto de 2010 sólo se impone la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena sea mayor a los dos (2) años de prisión, salvo que la condena verse sobre uno de aquellos delitos que protegen el bien jurídico tutelado del servicio, caso en el cual tampoco se imponen las citadas penas accesorias. De dicha comparación se extrae que esta última disposición es más favorable a los intereses de los apelantes, puesto que al haber sido condenados a la pena principal de dos (2) años de prisión, tendrían derecho a que en su contra no se impongan las penas que hoy recriminan. Por esta razón, aunque fueron condenados con fundamento en la Ley 522 de 1999 que se encontraba vigente al momento de los hechos, es válido hoy hacer el ajuste de la condena a las previsiones del artículo 51 de la Ley 1047 de 2010, precisamente porque el principio de favorabilidad se predica no sólo de procesos penales en curso, sino también a favor de quienes han sido condenados y la ejecución de la pena se encuentra en curso, conforme se desprende de la lectura del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, de la cual es posible afirmar que aunque la ley penal rige hacia el futuro y que por regla general no tiene efectos retroactivos, sí puede amparar hechos ocurridos antes de su vigencia, cuando aquella beneficie a un condenado o a un procesado". **(TSM. Rad. 155768, 29 de julio de 2011, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La improcedencia de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas en los casos en que la pena principal sea inferior a dos años.

"La ley 522 de 1999 (artículo 60) vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y la ley 1407 de 2010 (artículo 51), vigente al momento

de producirse la decisión de primera instancia, regula la imposición de las penas accesorias a la pena principal de prisión, de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas, resultando más benéfica para el procesado la última disposición, en tanto que consagra una salvedad respecto de los delitos contra con el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión, como en el caso bajo estudio. Debe precisarse, que si bien es cierto, en el caso que nos ocupa la pena impuesta es de arresto, y, la Ley 1407 de 2010 no se ocupó de la regulación de las penas accesorias a la pena principal de arresto, por sustracción de materia, también lo es que, la conducta por la cual fue investigado el aquí enjuiciado, no fue despenalizada ni descriminalizada, por lo cual, por favorabilidad resulta más benigna la pena privativa de la

libertad prevista en la Ley 522 de 1999, como quiera que, tanto el arresto como la prisión son penas privativas de libertad, no obstante, la última de las citadas, cualitativamente es más gravosa, pero, en relación con las penas accesorias, resulta a todas luces más benéfica para el procesado la regulación de la Ley 1407 de 2010, en tanto que, excluye su imposición en aquellos casos en que la pena impuesta no sea superior a dos años de prisión. Así las cosas, por favorabilidad se dará aplicación a la excepción consagrada en el artículo 51 de la ley 1407 de 2010, en tanto que la pena impuesta por el A – Quo, es de seis (6) meses de arresto, quantum muy inferior al propuesto en la citada normativa, se revocará la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (...). (TSM. Rad. 157232, M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome, 16 de agosto de 2002).

Artículo 48. Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio.

Siempre que se cometa un delito con abuso del ejercicio de un arte, profesión u oficio o contraviniendo las obligaciones que de ese ejercicio se deriven, el juez al imponer la pena podrá privar al responsable del derecho de ejercer el mencionado arte, profesión u oficio, hasta por un término de cinco (5) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – CONSTITUCIONALIDAD. Buena conducta o buen comportamiento.

“En ejercicio de su facultad de configuración, el legislador puede imponer restricciones al ejercicio de una profesión u oficio mediante el establecimiento de reglas bajo la forma de mandatos o prohibiciones, así como de inhabilidades o incompatibilidades, contándose estas últimas “entre las restricciones más comunes al ejercicio de cualquier profesión”, con “sustento en el artículo 26 de la Carta Política y en la cláusula general de competencia propia del legislador”. (...) La disposición parcialmente acusada impide el ejercicio de la profesión al abogado al que se le haya impuesto una medida de aseguramiento de aquellas que son privativas de la libertad y es de interés destacar que una prohibición semejante ya había sido recogida en el artículo 39-4 del Decreto 196 de 1971, de acuerdo con cuyas voces, no podían ejercer la abogacía, aunque se hallaran inscritos, los que estuvieran “privados de su libertad como consecuencia de auto de proceder”, excepto cuando la actuación fuera “en causa propia, sin perjuicio de los reglamentos carcelarios”, redacción que luego fue modificada por la Ley 538 de 2000, a cuyo tenor no podían ejercer la abogacía “las personas privadas de su libertad como consecuencia de resolución acusatoria”, excepto cuando la actuación fuera “en causa propia, sin perjuicio de los reglamentos penitenciarios y carcelarios”. (Corte Constitucional. Sentencia: C- 398 de 2011, mayo 18 de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – CONSTITUCIONALIDAD – ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. Profesión, abogado.

“En este caso se presenta relevancia constitucional, puesto que la discusión que se plantea gira en torno a la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso, con un impacto directo en el derecho al trabajo, pues la sanción que se impuso, afecta el ejercicio de la profesión de la accionante como abogada. Lo anterior ocurre por cuanto la exclusión, implica la cancelación de la tarjeta profesional y la prohibición de ejercer la abogacía por un término de 10 años, que pueden reducirse a cinco, en caso de que el sancionado adelante y apruebe los cursos de capacitación aprobados por el Consejo Superior de la Judicatura”. (Corte Constitucional. Sentencia: C- 316 de 2019, julio 15 de 2019. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. La imposición de la pena accesoria de la prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, debe resultar necesaria, adecuada y proporcionada frente a la conducta punible, sus circunstancias particulares y gravedad del asunto.

“El Ministerio Público acertó cuando adujo que la pena de suspensión en el ejercicio de la profesión, arte u oficio equivale en el actual Código Penal a la de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, más allá de la diferencia en cuanto a su denominación, ya que tanto el término suspensión (acción de “privar temporalmente a alguien del sueldo o del empleo que tiene”) como el de inhabilitación (“pena o castigo que priva de algunos derechos”) son, para estos efectos, sinónimos, sólo que este último resulta, desde un punto de vista técnico, más adecuado para su utilización en un texto jurídico. También es correcta la apreciación del Procurador Delegado cuando afirmó que, en el presente caso, la imposición de dicha pena refulege como necesaria, adecuada y proporcionada de

conformidad con la gravedad de la conducta punible y las circunstancias particulares que concurrieron para su realización. 6.3. No obstante, la Sala encuentra que el funcionario de primera instancia sí desconoció el principio de aplicación de la ley penal más favorable, tal como lo adujo el demandante, toda vez que, en la individualización tanto de la pena de prisión como la de suspensión o inhabilitación, partió de los mínimos señalados en la ley por él reconocida (esto es, de 24 meses de prisión y un año de suspensión, respectivamente), de manera que, al incrementar la sanción en razón del concurso de delitos, sólo aumentó la pena privativa de la libertad (para un total de 36 meses de prisión y un año de suspensión). Es decir, si la intención del juez a quo era imponer el mínimo de la sanción privativa de otro derecho, vulneró la ley sustancial al inaplicar indebidamente el artículo 329 del Código Penal anterior y al dejar

de aplicar la sanción prevista en el inciso 3° del artículo 51 de la Ley 599 de 2000, que contempla para la pena privativa de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio un mínimo de 6 meses, en lugar del mínimo más desfavorable de 12 meses previsto para la suspensión en el ejercicio de la profesión, arte u oficio del decreto ley 100 de 1980. Como el Tribunal no reparó en tal irregularidad, la Sala, en consecuencia, casará parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de modificar la sanción impuesta en contra (...) y, por lo tanto, reducirá la pena de suspensión en el ejercicio de la profesión, arte u oficio en el término de 6 meses, aclarando que la misma corresponde a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio prevista en el numeral 3 del artículo 43 de la ley 599 de 2000". (CSJ, Cas. Penal, Sent. Nov. 8/2007, Rad. 27388. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).

Artículo 49. Suspensión de la patria potestad.

La suspensión de la patria potestad consiste en prohibir al sentenciado, por un período hasta de quince (15) años, el ejercicio de los derechos que la ley reconoce a los padres sobre los hijos no emancipados.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Figura de la patria potestad.

"(...) La Corte expone que la patria potestad tiene como fundamento las relaciones jurídicas de autoridad de los padres frente a los hijos no emancipados que permiten a aquellos el cumplimiento de los deberes que la Constitución y la ley les impone, dentro de dichos poderes vale resaltar el de representarlos en todos los actos jurídicos y, con algunas limitaciones el de administrar y gozar del usufructo de los bienes que éstos posean. Los efectos de la suspensión de la patria potestad se deben a que las consecuencias son meramente temporales puesto que superadas las circunstancias que motivaron la decisión del juez de inhabilitar a uno de los padres en el ejercicio de la patria potestad, es posible que este logre su restablecimiento mediante el proceso verbal. (...) En el caso de la terminación de la patria potestad esta es definitiva, puesto que su consecuencia es la emancipación del hijo, siendo este un hecho que pone fin a la patria potestad. Considera la Sala que precisamente el principal objetivo de la medida legislativa de terminación de la patria potestad, es poner fin al ejercicio de los derechos que con fundamento en ella ejercen los padres respecto de los hijos, en aras a garantizar la prevalencia de los derechos que éstos tienen reconocidos constitucionalmente. En este sentido, la terminación de la patria potestad independientemente de la causal que se invoque efectivamente tendrá como consecuencia la separación jurídica de los hijos frente a sus padres en lo que respecta a los derechos que éstos ejercen sobre ellos. (...) La extinción de derechos que se encuentra justificada en la medida que con esa determinación se protege al menor de personas que no brindan las condiciones morales, éticas, sociales, etc., para su desarrollo integral y que por el contrario con sus conductas (acciones u omisiones) ponen en riesgo la correcta formación de las niñas y niños en un ambiente de armonía y unidad.(...) Debe tenerse en cuenta que la privación efectiva de

la libertad por su naturaleza y las particulares circunstancias de quien la afronta en muchos eventos implica una limitación al ejercicio de la patria potestad, que impide que se mantenga la unidad familiar en la que deben vivir los niños. Esta separación como se ha indicado, en manera alguna implica abandono ya que el menor a cuyos padres se les ha dado por terminada la patria potestad no sólo se les designará un guardador, sino que sus padres deberán seguir cumpliendo las obligaciones que como tales tienen para con sus hijos.(...)Por cuanto los artículos 43-4, 47, 51 y 52 del Código Penal facultan a los jueces penales para suspender la patria potestad cuando esta tenga relación directa con la realización de la conducta punible o cuando la restricción de este derecho contribuya a la prevención de conductas punibles. Considera la corte que el padre condenado se hace indigno de intervenir, desarrollar o ejercer, ya sea en el gobierno, en las actividades estatales, en el ejercicio de funciones públicas o en la representación familiar, como sería el caso concreto del ejercicio de los derechos de patria potestad sobre los hijos no emancipados. Derechos que por el mal uso que de ellos se hiciera en un momento determinado lo hace inmerecido para ostentar tales calidades. (...)En el mismo sentido, la doctrina ha definido la patria potestad como "el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. Además, debe tenerse en cuenta que la privación efectiva de la libertad por su naturaleza y las particulares circunstancias de quien la afronta en muchos eventos implica una limitación al ejercicio de la patria potestad. Ha expuesto la corte que la vía que adoptó el legislador fue la de cobijar con la causal a todos los padres que han sido condenados con pena privativa de la libertad superior a un año, pues para lograr la finalidad de apartar al menor de la criminalidad cualquiera sea su modalidad, no podría desde la óptica de la técnica legislativa, elaborar una exhaustiva lista de tipos penales puesto que con ello, eventualmente, dejaría

de regular situaciones en las cuales delitos no contenidos en dicho catálogo ameritarían también, en un caso concreto, que los padres, en razón a proteger los intereses del menor, fueran privados de la patria potestad; imponiendo a su vez un límite temporal a la protección del menor, en la medida en que cualquier cambio legislativo en materia penal implicaría necesariamente la modificación de las conductas que se relacionen en la ley civil". (**Corte Const. Sentencia C-997/04, octubre 12/2004. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño**).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La imposición de la pena accesoria de la suspensión de la patria potestad, donde afecta los derechos de paternidad y/o maternidad, debe justificarse desde la incidencia del(os) delito(s) en el seno de la familia y las finalidades de la pena.**

"La pena accesoria consistente en la suspensión de la patria potestad para su imposición no depende de ninguna principal, como si sucede con la ahora denominada inhabilitación de derechos y funciones públicas, pues, conforme lo regulaba el artículo 52 del estatuto penal anterior, su aplicabilidad dependía de la discrecionalidad del juez, limitada por los parámetros del artículo 61 ibidem. En vigencia de la legislación anterior constituía tradición en la jurisprudencia de la Corte, que hoy en día aparece integrada a la

normatividad, que la imposición de una pena accesoria como lo es la suspensión de la patria potestad debe tener una motivación específica, consistente en la demostración de una relación directa con la conducta punible, además de que su aplicación debe consultar los fines y funciones de la pena. En el presente caso, si bien el juez de primera instancia pretendió motivar la imposición de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad que xxxx y xxxx tienen sobre sus hijos, es evidente que no argumentó sobre la relación directa entre la comisión de los delitos de homicidio en grado de tentativa y hurto calificado y agravado, por los cuales fueron condenados y el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos; pues tan sólo se limitó a señalar que no iban a ser los "mejores orientadores de sus niños", lo que resulta insuficiente para afectar los derechos de paternidad, como tampoco se precisó la incidencia de los delitos en el seno de la familia y, específicamente, en relación con los menores. Así mismo, no asoma que la imposición de la pena accesoria estuviera fundamentada en el cumplimiento de las funciones y finalidades de la pena. En las condiciones expuestas, como la imposición de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad aparece como un agravio a las garantías fundamentales por no haber sido debidamente motivada, se subsanará tal irregularidad a través de la declaratoria de nulidad parcial y oficiosa". (**CSJ, Cas. Penal, Sent., May. 22/2003, Rad. 15627. M. P. Herman Galán Castellanos**).

Artículo 50. Prohibición de porte y tenencia de armas.

Cuando la utilización indebida de armas de fuego haya sido determinante en la comisión del delito, se prohibirá al sentenciado su porte o tenencia por un término hasta de tres (3) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – EXEQUIBILIDAD. **Porte de armas – Fuerza Pública.**

(...) "El uso de la fuerza y de las armas, en consecuencia, no es de carácter discrecional, sino que debe estar orientado de manera exclusiva a cumplir las finalidades constitucionales del Estado. Con todo, dicho uso debe estar inspirado en su obligación de garantizar y respetar los derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida. Por tal razón, el uso de la fuerza y de las armas debe estar regido por los principios de (i) proporcionalidad, según el cual las acciones no deben afectar los derechos humanos de una manera desproporcionada respecto del objetivo; (ii) necesidad, según el cual las acciones no deben afectar ni restringir los derechos humanos más de lo necesario; y (iii) precaución, según el cual se deben adoptar todas las precauciones posibles para asegurar que la fuerza se emplee de conformidad con el marco jurídico vigente y protegiendo el derecho a la vida en la máxima medida posible. [...] El honor militar, por otra parte, se encuentra estrechamente relacionado con la defensa de la Constitución y lo que esta ordena: respeto a la democracia y a los derechos humanos y, por lo mismo, con el adecuado uso de la fuerza y de las armas, y con los elementos normativos que rigen su uso, aunque ciertamente excede el elemento normativo pues su verdadera eficacia está enlazada de manera esencial a un elemento cultural sobre el sentido de lo que implica obrar

con honor. [...] La fuerza y las armas, sin embargo, sólo deben usarse cuando sea imperioso, es decir, cuando no exista otro medio disponible para el cumplimiento de sus funciones, y siempre bajo criterios de precaución, proporcionalidad y necesidad". (**Corte Constitucional. Sentencia: C-430 de 2019, septiembre 17 de 2019. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo**).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La pena accesoria de prohibición de porte y tenencia de armas no es de aplicación exclusiva ni excluyente del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones.**

"En ese orden, resulta necesario recoger este criterio, pues tal pena accesoria no es de aplicación exclusiva y excluyente del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, en tanto lo esencial es que se justifique su imposición estableciéndose un nexo con la conducta punible atribuida en concreto, como de forma reiterada lo tiene dicho la Sala.

(Cfr. entre otras, CSJ. SP, Nov. 30 de 2011, Rad. 37392; SP, May. 11 de 2011 rad. 34614; SP, Mar. 2 de 2011 Rad. 26422 y SP, Jun. 16 de 2006, Rad. 23724), en desarrollo de lo previsto en el artículo 52 del CP., conforme al cual "Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá

el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena". De esa forma, piénsese en una conducta sexual en la que se somete a la víctima mediante el uso de ese tipo de artefacto o en un hurto calificado en el que se emplea para asegurar su comisión, como lo precisó la Sala en otra oportunidad (CSJ. AP, Sept. 21 de 2011, Rad. 37303), al señalar: "Ahora, también se establecerá la pena accesoria de prohibición de porte o tenencia de armas en el mismo tiempo, pues pese a que la acción penal derivada del delito de porte ilegal de arma de fuego se encuentra prescrita, lo cierto es que en la comisión del punible contra el patrimonio se utilizó un revólver, circunstancia por la cual se configuró la calificación de tal comportamiento, esto es, por la violencia ejercida sobre las personas y por colocar a las víctimas en condiciones de indefensión". (Subraya fuera de texto)". (CSJ, Cas. Penal, Sent., Feb. 24/2016, Rad. 46033. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Lapso para contabilizar la prohibición de porte y tenencia.**

"Fue erróneo el rechazo de la extinción de la pena que hiciera el juez primario, toda vez que el cumplimiento de la pena de restricción de Tenencia y Porte de Armas de Fuego impuesta por tres (3) años, se empieza a contar desde el día siguiente de quedar ejecutoriada la sentencia condenatoria, para este caso desde el 9 de mayo

de 2007 que fue la fecha en que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal inadmitió la demanda de casación interpuesta por el condenado y no desde el acto administrativo que dio precisamente cumplimiento a la ejecutoria de la pena impuesta, lo que quiere decir, que desde el 10 de mayo de 2007 se comenzó a contabilizar el cumplimiento de dicha pena, que de acuerdo al término fijado por el juez de primera instancia se cumpliría el 10 de mayo del año en curso, pero como quiera que esta sanción de privación al derecho a la tenencia y porte de armas de fuego se ha venido tomando y señalado erradamente como pena accesoria cuando en realidad es una pena principal como así la fijó el legislador en el artículo 109 de la Ley 599 de 2000, por tal motivo fue que el Ad-Quo al conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional no la exceptuó de dicho beneficio, esta Sala con base a las facultades conferidas, habrá de corregir tal postura concediendo lo pedido por el apelante de extinguir la acción penal. (...). Nótese, que es el mismo legislador quien introduce dentro del tipo penal descrito anteriormente la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego como pena principal concurrente con la de prisión y la multa, sin desconocerse que si bien el artículo 45 del estatuto punitivo castrense preceptúa como pena accesoria privativa de otros derechos la prohibición de porte y tenencia de armas de fuego, remitiéndonos a lo consagrado en el artículo 59 *Ibidem* que ratifica dicha prohibición al sentenciado, la Sala encuentra que dicha pena accesoria se aplica única y exclusivamente cuando no ha sido prevista como principal por el legislador. (TSM RAD 151753, M. P. CN Carlos Alberto Dulce Pereira, 2 de marzo de 2010).

COMENTARIO

La Corte ha establecido que el Estado puede suspender o cancelar el porte o tenencia de armas a partir del uso indebido de las mismas. Es claro que quien suspende, prohíbe o cancela la tenencia o porte de armas debe ser una autoridad del Estado, esto en razón al monopolio de armas en cabeza de aquel. Así mismo, en pronunciamiento de la Corte Constitucional (Sentencia C-430/19) refiere la orientación a la que debe estar destinado el uso de las armas y como esta no debe ser discrecional de quien las usa, debe ser dirigida al cumplimiento de los fines estatales. El uso de la fuerza y de las armas debe encontrarse dirigido al respeto de la vida, y de tener que hacer uso de estas, su uso debe ser necesario, proporcional y precavido.

Artículo 51. Penas accesorias a la de prisión.

La pena de prisión impuesta a los miembros de la Fuerza Pública, implica las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal, salvo en delitos contra con el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión. Cuando se trate de delitos culposos sancionados con prisión, no habrá lugar a la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública. Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en este Código, sobre criterios para fijar la pena.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Funciones disuasiva de la pena.

(...)“La imposición de la pena, además de su carga sancionatoria y de cumplir una función disuasiva que inhiba a las personas de incurrir en conductas punibles con el fin de preservar la convivencia armónica y pacífica de los asociados, debe incorporar una dimensión resocializadora que permita reincorporar al autor del delito a la sociedad, para que pueda de nuevo ser parte activa de la misma una vez cumplida su pena, en iguales condiciones que los demás

ciudadanos.” (...) “Cuando el legislador hace uso de su potestad para configurar las penas que deben imponerse a quienes cometen algún delito, se encuentra limitado por los principios constitucionales de la dignidad de las personas y el respeto a los derechos humanos, la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad y las obligaciones internacionales contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad” (...) “El legislador ha dispuesto que: i) El juez penal está obligado a imponer como pena accesoria la de inhabilitación para

el ejercicio de derechos y funciones públicas, siempre que se imponga la pena de prisión; ii) la imposición de esta sanción trae como consecuencia privar al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales, iii) la duración de la pena podrá ser la misma de la de la pena de prisión impuesta y hasta una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley, –es decir 20 años– sin perjuicio de lo que prevé la Constitución para el caso de la condena por delitos contra el patrimonio del Estado, iv) la imposición de la pena exige una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la misma, de conformidad con el artículo 59 de la Ley 599 de 2000, v) la persona condenada a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como consecuencia de haber recibido pena de prisión, puede solicitar su rehabilitación para el ejercicio de dichos derechos y funciones en los términos del artículo 92 de la Ley 599 de 2000, vi) de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 599 de 2000 la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se aplicará y ejecutará simultáneamente con la pena de prisión.” (...) “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y que, en ese orden de ideas, puede elegir y ser elegido, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna y formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley, tener iniciativa en las corporaciones públicas, interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”. (...) “La Constitución señala que en aquellos casos determinados por el legislador se podrá suspender el ejercicio de la ciudadanía mediante una decisión judicial. La Corte llama la atención sobre el hecho que la suspensión del ejercicio de la ciudadanía autorizada directamente por la Constitución, implica que el ejercicio de los derechos políticos ligados a la misma se suspende igualmente en esas circunstancias, con lo que las prerrogativas a que alude el artículo 40 superior no podrán ser ejercidas por aquellas personas sobre las que recaiga una decisión judicial en este sentido” (...). **(C. Const. Sent. C C 329 de 2003, abril 29/03 M. P. Álvaro Tafur Galvis).** (C. Const. Sent. C-536 de 1998, Const. Sent. C-581 de 200, Const. Sent. C-393 de 2002).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Exigencia de pagar la pena accesoria de multa impuesta por el juez penal por la comisión de un delito como condición necesaria para el otorgamiento de los subrogados penales de libertad condicional y suspensión condicional de la ejecución de la pena.

“Ley 890 de 2004 que adicionó y modificó el Código Penal, en el presente proceso se demandaron unas expresiones similares pero contenidas en el Código de Procedimiento Penal. Confrontados los textos que han sido sometidos en el pasado al control constitucional y los que lo

son ahora en la demanda de la referencia, la Sala Plena encuentra que regulan la misma situación jurídico-procesal, pues hacen referencia a la exigencia de pagar la pena accesoria de multa impuesta por el juez penal por la comisión de un delito como condición necesaria para el otorgamiento de los subrogados penales de libertad condicional y suspensión condicional de la ejecución de la pena.” (...) “Así, aquello en lo que radica la discriminación, es en el hecho de que pese a las facilidades que ofrece la legislación penal en este tema, ante el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos del mecanismo sustituto, el otorgamiento del sustituto de la vigilancia electrónica sigue dependiendo de la condición económica del condenado. Y, como se dijo más arriba, ni siquiera la obligación de que el juez penal valore la condición económica del recluso matiza la discriminación hallada, pues la multa como pena accesoria ya viene fijada en su mínimo por la norma que describe el tipo penal”. “Ley 890 de 2004 que adicionó y modificó el Código Penal, en el presente proceso se demandaron unas expresiones similares pero contenidas en el Código de Procedimiento Penal. Confrontados los textos que han sido sometidos en el pasado al control constitucional y los que lo son ahora en la demanda de la referencia, la Sala Plena encuentra que regulan la misma situación jurídico-procesal, pues hacen referencia a la exigencia de pagar la pena accesoria de multa impuesta por el juez penal por la comisión de un delito como condición necesaria para el otorgamiento de los subrogados penales de libertad condicional y suspensión condicional de la ejecución de la pena”. (...) “Así, aquello en lo que radica la discriminación, es en el hecho de que pese a las facilidades que ofrece la legislación penal en este tema, ante el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos del mecanismo sustituto, el otorgamiento del sustituto de la vigilancia electrónica sigue dependiendo de la condición económica del condenado. Y, como se dijo más arriba, ni siquiera la obligación de que el juez penal valore la condición económica del recluso matiza la discriminación hallada, pues la multa como pena accesoria ya viene fijada en su mínimo por la norma que describe el tipo penal”. **(C. Const. Sent. C 185 de 2011 marzo 16/11 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).** (C. Const. Sent. C 194, C-665 y C-823 de 2005).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Inhabilidad como prohibición de tipo legal.

“El jus puniendi es un conjunto de garantías en forma de límites, cuyo primer objetivo es contener la extralimitación del poder punitivo del Estado; nacido el Estado de Derecho, su primer mérito en lo que atañe al derecho punitivo fue decirle adiós a l’Ancien régime, y construir todo un plexo de garantías del ciudadano que obrase como coraza protectora de su libertad.” (...) “tanto la Constitución (artículos 1º, 28 y 29), como la jurisprudencia constitucional, el derecho internacional y el ordenamiento jurídico, entienden que el Estado debe adoptar políticas públicas integrales, orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los penados; sin que por lo tanto resulte consecuente con tales exigencias el establecimiento de penas principales o accesorias perpetuas. En fin, el discurso resocializador es algo que se

propugna ciertamente de la pena de prisión, y de ahí la negación de la posibilidad legal de la perpetuidad por conspirar con el mismo; sin embargo, si justamente lo que se pretende es la reinserción social de quien ha sido aherrojado, todo aquello que obstaculice de manera grave y definitiva sus posibilidades de injerirse con todas sus dimensiones, en la sociedad, debe removerse. Por ello las penas accesorias –que son auténticas penas, no se dude de ello– se nutren de las mismas aspiraciones. De no, sería una evidente *contradictio in adiecto* el exigir penas finitas de encierro físico con inhabilidades perpetuas, pues, justamente el desarrollo de las potencias y capacidades de la persona humana, será lo que le permita interiorizar el conjunto de valores y principios propios de la democracia, y poder de esa manera llevar en el futuro, una vida sin delitos.” (...) “un primer grupo de estas tiene origen sancionatorio. Cometida la conducta que la ley considera reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adiciona una más –la inhabilidad– que le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad. // La segunda tipología no tiene origen sancionatorio y corresponde, simplemente, a una prohibición de tipo legal que les impide a determinados individuos ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades”. (C. Const. Sent. C 407 de 2020, Dic. 16/20, M. P. José Fernando Reyes Cuartas). Concordancia: (C. Const. Sent. C 328/16, C. Const. Sent C-280 de 1996).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La separación absoluta de la Fuerza Pública no varía en los eventos de reducción de la pena de prisión o de concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.**

“Dado que se trata de un delito doloso, el fallado, y además se impuso pena de prisión, no cabe duda de que la decisión de ordenar la separación absoluta de la Fuerza Pública, asoma completamente legal y no varía porque se reduzca la sanción aflictiva de la libertad. Por último, en atención a que el monto de pena dispuesto por la Corte, acorde con la reducción demandada por el principio de legalidad, cubre la circunstancia objetiva determinada en el numeral primero del artículo 71 del CPM., para acceder al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, debe la Sala verificar si se cumplen las demás exigencias consagradas en la norma, a fin de conceder el beneficio en cuestión. (...) Acorde con lo anotado, como se tiene claro que el delito atribuido al procesado no atenta contra la disciplina, el honor, el servicio, o se ejecutó sobre bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacionales, ni afectó la seguridad de la Fuerza Pública, como tampoco se trató de una inutilización voluntaria (numeral tercero del artículo 71 del CPM.), y además se advierte que las modalidades del hecho y la personalidad del procesado hacen innecesario aplicar tratamiento penitenciario (ordinal segundo de la norma en trato), la Corte otorga a xxx xxx xxx Villanueva, el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por un período de prueba de tres años, a efectos de lo cual deberá signar nueva diligencia de compromiso, garantizada

con la suma de dinero (trescientos mil pesos) depositada para acceder a la libertad provisional una vez le fuera resuelta su situación jurídica. (...) RESUELVE: (...) 2. En consecuencia, modificar la pena impuesta a los acusados xxx xxx y xxx xxx, que será de tres (3) años de prisión para el primero, reduciéndose en igual lapso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y permaneciendo vigente la separación absoluta de la Fuerza Pública; respecto del segundo de los nombrados, este deberá cumplir pena de setenta y nueve (79) meses de prisión y multa en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, así como las sanciones accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de cinco años y separación absoluta de la Fuerza Pública...”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., Oct. 21/2009, Rad. 31458. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **No refomatio in peius en materia de penas accesorias.**

“Respecto de las penas accesorias dejadas de imponer por el Iudex A-quo, considera la Sala que, por razón de la prohibición de reforma peyorativa, no es posible corregir los vicios de legalidad, porque con ello se desmejora la situación del procesado. Así, si el artículo 60 del Código Penal Militar asigna la obligación legal de imponer como penas accesorias la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cada vez que se imponga como principal una pena de prisión, su desconocimiento por el Juez Penal Militar no puede ser corregido en virtud del recurso por la segunda Instancia, tratándose de apelante único como en el presente caso... (...) No hay duda que las penas accesorias dejadas de imponer, causarían un desmejore en la situación del condenado, pues aunque encontrándose actualmente en situación de retiro, la separación de la Fuerza Pública quedaría anotada en su hoja de vida, así mismo la interdicción conllevaría la privación de los derechos políticos reconocidos en el artículo 40 de la Constitución Política de Colombia. De manera que si el Juez de conocimiento dejó de aplicar las mismas como era su obligación, ya en esta instancia no es posible enmendar el error en la forma que lo propone el Ministerio Público ad quem, reiterándose, que la dificultad estriba en que hay un apelante único y al darse cumplimiento a estas, se haría más gravosa la situación del condenado”. (TSM. RAD. 149957-5640, M. P. TC. Ismael López Criollo, 8 de mayo de 2008).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Imposición de la pena accesoria.**

“Pues bien, para el Homicidio culposo el Art. 109 de la ley 599 de 2000 señala una pena de 2 a 6 años de prisión, y multa de 20 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Al mismo tiempo prevé que cuando la conducta sea cometida utilizando armas de fuego, se impondrá la privación del derecho a la tenencia

y porte de armas, de 3 a 5 años. Entre tanto, la ley 1407 del 17 de agosto de 2010 –Nuevo Código Penal Militar– señala, como también se acota en la ley 522 de 1999 (Art. 60-2), que en tratándose de delitos culposos no habrá lugar a la pena accesoria de Separación absoluta de la Fuerza Pública. En relación con la prohibición del porte y tenencia de armas, prescribe la misma ley 1407, una duración hasta de 3 años (Art. 50), que es de igual contenido al Art. 59 de la Ley 522 de 1999. Teniendo en cuenta lo anterior, y en razón a la no discriminación de circunstancias de agravación punitiva contempladas en la acusación, la pena a imponer será la mínima de 2 años de prisión y la multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Además, en virtud del principio de favorabilidad en relación con la pena relacionada con la prohibición de la tenencia y porte de armas –pena accesoria con base en la ley penal militar–, se impondrá esta, en una duración de 2 años. Lo anterior tiene su fundamento no solamente por la necesaria ubicación de la punibilidad en el cuarto mínimo, ante la no existencia de circunstancias de agravación, sino las mismas circunstancias de la misma conducta culposa, concretamente la reacción del procesado ante la huida y la exhibición del arma por parte de la hoy víctima, que mediaron en la realización del disparo con que se impactó su humanidad”. (TSM. RAD. 155931-10466-XIII-80 M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo P, 31 de octubre de 2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Principio de favorabilidad en penas accesorias.**

“Aplicados los presupuestos reseñados por la Corte al caso bajo examen, se tiene que la primera condición se cumple cabalmente, en tanto que el instituto, disposición o figura jurídica de la regulación de las penas accesorias a la pena principal de prisión, se encuentra reglado tanto en la Ley 522 de 1999 como en la 1407 de 2010, resultando más benigna o favorable la regulada en esta última, como quiera que contiene una salvedad respecto de los delitos contra con el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión, como en el caso bajo estudio. Sucede lo mismo, en el segundo postulado, en tanto que respecto de ambas estipulaciones se predicen similares presupuestos fáctico-procesales, en efecto, en ambas legislaciones el subtema de la regulación de las que se refiere, es únicamente el de las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena principal impuesta es de prisión, luego, se trata del mismo momento procesal en ambas legislaciones. Finalmente, de cara al último de los postulados, la aplicación favorable de la disposición contenida en la ley 1407 de 2010, en relación con las penas accesorias a la pena principal de prisión, en nada resquebraje el sistema procesal de la Ley 522 de 1999, en tanto que sólo se trata de la eliminación de estas condenas anexas a la principal de privación de la libertad, sin que su aplicación impida la ejecución de la restrictiva de la libertad. Así las cosas, por favorabilidad se dará aplicación a la excepción consagrada en el artículo 51 de la ley 1407 de 2010 y como quiera que la pena de prisión impuesta por el A – Quo es de seis (6) meses de prisión, quantum muy inferior al propuesto en la citada normativa, se revocará

lo dispuesto en el numeral tercero de la sentencia condenatoria impugnada, respecto de las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas”. (TSM. RAD. 153983 M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome. 27 de septiembre de 2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El arresto y las penas accesorias en la nueva legislación penal militar.**

“En consecuencia, la petición del recurrente se despachará desfavorablemente, pero, debe precisar el Colegiado que se confirmará de manera parcial la sentencia, en razón a que por el delito Del Centinela que se invoca y sobre el cual se impuso pena de arresto no procede la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, mas si lo que se pretende es que en la liberalidad del Juez se fije dicha pena, tampoco la sustentó de manera adecuada, ni planteó argumento alguno del por qué la establecía, lo que en principio llevará a revocarla. Pero si lo anterior fuera poco ha reiterado este Tribunal[1] y la Corte Suprema de Justicia[2], que la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente y en ella el Legislador, en el artículo 51, ha dispuesto que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, no procede en delitos como el que nos ocupa, es decir, en punibles contra el servicio; norma que por prevalencia del principio de favorabilidad, y ante la verificación de transición y concurrencia Legislativa, impone aplicar en este asunto, amén que es mucho más benigna al procesado. No deja la Sala en llamar la atención al juzgador primario para que en adelante tenga el cuidado que corresponde cuando se hacen afirmaciones, como las que expresa en el acápite de la punibilidad, que no consultan, en rigor dogmático, al programa de Derecho Penal dispuesto en la Constitución Política ni a una construcción seria de la teoría del delito en Colombia, esto es, debe recordarse al A quo que el derecho penal militar en nuestro país, no se soporta exclusivamente en normas subjetivas de determinación, es decir, no regula meras expectativas normativas, desatención o incumplimiento de la norma, sino, que aquel tutela bienes jurídicos, lo que permite inferir una edificación soportada en normas objetivas de valoración y, en veces en una tesis dual, en normas subjetivas de valoración pero siempre y cuando, reiteramos, se afecten bienes jurídicos tutelados y no en expectativas normativas”. (TSM. RAD. 049-156393-7017-XIV-379-PNC. M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, 25 de noviembre de 2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La rehabilitación de la pena accesoria.**

“Conforme a lo anterior, y de cara a las formas en que se pueden rehabilitar los derechos y funciones públicas afectados por una pena privativa de los mismos al ser impuesta como accesoria, habrá de rememorarse lo que preceptúa el pluricitado artículo 86 del Estatuto Punitivo Castrense, mismo en cuyo primer inciso se establece que cuando en la sentencia se conceda la suspensión

condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y no se exceptúe de la misma a la pena accesoria -como aconteció en el presente evento-, tal pena accesoria “se extinguirá con el

cumplimiento del período de prueba fijado en el respectivo fallo”. (TSM. Rad. 159438-0315-I-0390-PNC. M. P. CN(r) Julián Orduz Peralta, 27 de mayo de 2021).

Artículo 52. Cómputo de la detención preventiva.

El tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Detención Preventiva.**

“(…) La sala expresa que, en cuanto a la duración de la detención preventiva, se establecen las figuras del cómputo de la detención preventiva, la suspensión de la detención preventiva y la detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio. Estima la Corte, sin embargo, que es necesario precisar que, en relación con el cómputo de la detención preventiva, es un deber ineludible de las autoridades judiciales en cada caso, evitar que la medida se prolongue más allá de un lapso razonable. Por ello, aunque la norma es constitucional, se debe insistir en que la finalidad de la detención preventiva no es remplazar el término de la pena, y que la posibilidad del cómputo previsto en la ley, no genera el poder para la autoridad judicial de disponer de la libertad del sindicado hasta que se cumpla el tiempo que dura la pena, ya que de admitirse esa circunstancia, se vulneraría flagrantemente la presunción de inocencia y el debido proceso, ya que se cumpliría anticipadamente una sanción sin haberse declarado judicialmente la culpabilidad del sindicado.(…) Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por la conducta punible que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele, Se considerará que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla”. (Corte Const. Sentencia C-054/03. Enero 30/2003. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Término de detención preventiva.**

“(…) La sala expone que la detención preventiva como medida de aseguramiento, dada su naturaleza cautelar, “...se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado...”.(…)El término de detención preventiva se computará desde el momento de la privación efectiva de la libertad. Cuando simultáneamente se sigan dos o más actuaciones penales contra una misma persona, el tiempo de detención preventiva cumplido en uno de ellos y en el que se le hubiere absuelto o decretado cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, se tendrá como parte de la pena cumplida en el que se le condene a pena privativa de la libertad. (...) En cuanto se refiere a la detención, la Carta Política distingue claramente entre ella y la pena.

En cuanto a la primera y exige, para que pueda llevarse a cabo, se dispondrá mandamiento escrito de autoridad judicial competente, impartido y ejecutado con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. En la segunda se refiere, que plasma la presunción de inocencia a favor de toda persona, estatuyendo, para que pueda imponerse una pena, el previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso. (...) Así, una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley. No obstante, lo anterior, la ley permite que el tiempo de detención sea computado como parte de la pena, lo que se convierte en un dictado de justicia y de equidad”. (Corte Const. Sentencia C-774/01. Julio 25/2001. M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil). (Sentencia C-622/03).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Eventos donde la detención preventiva será tenida en cuenta como parte de la pena.**

“De otro lado, es claro –como lo señala el abogado defensor– que el tiempo que la persona permanece en detención preventiva hace parte de la pena que eventualmente se le impondrá; para ello no es necesario acudir a normatividad foránea, basta leer el artículo 37 del Código Penal que dispone: La prisión. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas: 1. ... 2. ... 3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena. Sin embargo, también de la literalidad de la norma se desprende que la detención preventiva a tener en cuenta como parte de la pena, es aquélla sufrida en el mismo proceso en el cual se impone la condena, pues, en principio, no resulta lógico que se compute doblemente el lapso en prisión preventiva por investigaciones que no guardan relación con los hechos juzgados que culminan con la imposición de sanción privativa de la libertad. No obstante, el artículo 361 de la Ley 600 de 2000, permite que la detención preventiva sufrida en un asunto, se abone a la pena impuesta en otro proceso en el que se fije privación de la libertad contra la misma persona:

“Cómputo. El término de detención preventiva se computará desde el momento de la privación efectiva de la libertad. Cuando simultáneamente se sigan dos (2) o más actuaciones penales contra una misma persona, el tiempo de detención preventiva cumplido en uno de ellos y en el que se le hubiera absuelto o decretado cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, se tendrá como parte de la pena cumplida en el

que se le condene a pena privativa de la libertad.” Sólo frente a estas tres situaciones, (absolución, cesación de procedimiento o preclusión) es posible que la detención preventiva cumplida en un proceso, se tenga en cuenta como parte de la pena en otro que se adelante simultáneamente”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., nov. 20/2014, Rad. 42799. M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

Artículo 53. Cumplimiento de penas accesorias.

Las penas de interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad y prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, se aplicarán de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad, concurrente con ellas; cumplida esta, empezará a correr el término que se señale para ellas en la sentencia, salvo lo dispuesto en el artículo 63 de este Código. La pena de separación absoluta de la Fuerza Pública se aplicará una vez ejecutoriada la respectiva sentencia.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Sanción Penal – **Cumplimiento de la sanción accesoria.**

(...) “Así las cosas, puede concluirse que el legislador ha dispuesto que: i) El juez penal está obligado a imponer como pena accesoria la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, siempre que se imponga la pena de prisión; ii) la imposición de esta sanción trae como consecuencia privar al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales, iii) la duración de la pena podrá ser la misma de la de la pena de prisión impuesta y hasta una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley, –es decir 20 años– sin perjuicio de lo que prevé la Constitución para el caso de la condena por delitos contra el patrimonio del Estado”. [...] De acuerdo con el artículo 53 del mismo Código la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se aplicará y ejecutará simultáneamente con la pena de prisión que haya sido impuesta” (...) (Corte Constitucional. Sentencia: C- 329 de 2003, abril 29 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis).

que la especifique o restrinja, debe comprender las sanciones contempladas en el estatuto punitivo, incluidas las penas privativas de otros derechos a las cuales alude el artículo 52 inciso 1º de la Ley 599 de 2000. Ello, claro está, a menos que de la norma se desprenda otra cosa, como sucede con el inciso 3º del último precepto acerca de la inhabilitación para ejercer cargos públicos en tanto sea accesoria de la prisión. Pero cuando las penas privativas de otros derechos están contempladas como principales en ciertos tipos (por ejemplo, las sanciones de los artículos 109 inciso 2º, 121 o 397 del Código Penal), o cuando el juez las impone a modo de accesorias siguiendo los parámetros del artículo 52 inciso 1º, emerge como consecuencia directa del principio de estricta legalidad dividir «el ámbito de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo», así como observar los demás parámetros previstos en el artículo 61. Esta última norma, por lo demás, figura en el capítulo II del Código Penal, denominado «de los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad», que a su vez hace parte del Título IV, intitulado «de las consecuencias jurídicas de la conducta punible». Y preceptos como los del artículo 52, que trata de las penas privativas de otros derechos, así como los referidos tanto a las penas principales como a las accesorias, al igual que las que restringen la libertad y las de naturaleza pecuniaria (artículos 34 a 42), están comprendidos dentro de ese mismo Título, en su capítulo I: «de las penas, sus clases y sus efectos». Es decir, el capítulo II es el que contiene todos los parámetros de dosificación que se deben observar para cualquier sanción abarcada por el capítulo I”. De hecho, el inciso 2º del artículo 52 de la Ley 599 de 2000 dispone de manera explícita que «[e]n la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59». Y el artículo 59 ordena que «[t]oda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena». De estas disposiciones deviene en tan obligatorio como necesario circunscribirse a los fundamentos del artículo 61 del Código Penal, los únicos dentro de los cuales sería posible determinar las sanciones privativas de otros derechos desde una perspectiva cuantitativa. (...) En este caso los falladores acudieron al sistema de cuartos para cuantificar la pena de prisión, pero no procedieron de igual forma respecto de la sanción de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, pues impulsieron el extremo punitivo máximo, lo cual denota

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La aplicación del sistema de cuartos para el proceso de dosificación punitiva para penas principales y accesorias; inclusión del fundamento cualitativo y cuantitativo en la sentencia.**

“El legislador de la Ley 599 de 2000 no distinguió, ni la Corte tampoco tiene por qué hacerlo, entre la dosificación de las penas privativas de la libertad ni las restrictivas de otros derechos, ni entre la individualización de las penas principales (prisión, multa y privaciones de otros derechos señaladas en forma específica en tipos penales) y las accesorias (distintas a la inhabilitación que va aparejada con la de prisión). En efecto, el rótulo jurídico del artículo 60 del Código Penal, que contiene la aplicación del sistema de cuartos para el proceso de dosificación punitiva, es «fundamentos para la individualización de la pena»; no dice «fundamentos para la individualización de la pena de prisión», ni «fundamentos para la individualización de las sanciones principales». En otras palabras, la expresión «pena», al no ir acompañada de otra

que desconocieron el principio de legalidad, garantía de stirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Código Penal, al amparo de la cual los funcionarios judiciales están obligados a determinar las sanciones dentro de los límites cuantitativos establecidos en la ley, circunstancia que impone a la Corte acometer oficiosamente dicha ponderación y efectuar la respectiva enmienda". (CSJ, Cas. Penal, Sent., Oct. 21/2015, Rad. 44367. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Explicación jurisprudencial del funcionamiento del artículo 53.**

"Sin embargo, el artículo 86 de la Ley 1407 de 2010, que aborda ampliamente el tema de la rehabilitación, donde precisamente concurre una pena privativa de la libertad con una pena privativa de otros derechos, debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 53 de la misma Ley 1407 de 2010, norma especial aplicable al presente asunto que señala que una vez se cumpla con la pena intramural impuesta en la sentencia, empezará a ejecutarse la pena accesoria privativa de otros derechos, sanción que en el presente caso no se ha cumplido. Sobre el tema en particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a través del Radicado N.º 24687 del 26 de abril de 2006, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, al analizar la redacción de artículo 55 del Decreto 100 de

1980 y el artículo 53 de la Ley 599 de 2000 que regulan el cumplimiento de las penas accesorias, concluyó que las dos normas son iguales y por consiguiente: "Para las personas que desde el 25 julio del 2001 hayan cometido delitos sancionados con prisión, está prevista como obligatoria la inhabilitación, que se cumple de hecho, es decir, fuera del derecho, mientras se paga la de prisión, y, culminada esta, comienzan a correr los términos fijados para ella en la sentencia, hasta por un plazo máximo de veinte (20) años" Bajo ese entendido, si bien el peticionario dio por terminada la pena principal de prisión el 28 de noviembre de 2017, fue a partir de esa fecha que comenzó a ejecutarse, en derecho, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de diez años, es decir, que a la fecha sólo ha descontado aproximadamente tres años y tres meses del término fijado. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la excepción al cumplimiento de las penas accesorias de que trata el primer inciso del artículo 53 de la Ley 1407 de 2010, resulta innecesario realizar dicho análisis de cara a la situación del AG(r) Yépez Morán, en la medida que no fue beneficiado con la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 del actual estatuto punitivo castrense, dado que la pena de prisión que le fue impuesta superó el término exigido para acceder al citado subrogado". (TSM. RAD. 121329-272-XIV-348-PONAL, M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, dieciséis (16) de febrero dos mil veintiuno (2021).

Artículo 54. Suspensión de pena por enfermedad.

Si pronunciada la sentencia sobreviniere al condenado enfermedad mental, el Juez Penal Militar de Ejecución de Penas suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad y se le enviará a establecimiento especial o clínica adecuada de acuerdo con la legislación vigente.

Cuando el condenado recobrar la salud, continuará cumpliendo la pena en el lugar respectivo, debiéndose abonar el tiempo que hubiere permanecido en cualquiera de los establecimientos a que se refiere el inciso anterior como parte cumplida de la pena.

COMENTARIO

Se puede colegir de la Jurisprudencia recopilada de la Corte Suprema de Justicia y normatividad vigente, que la Ley 1407 de 2010, Código Penal Militar, clasifica las penas en principales (prisión y multa), según se atribuyan de manera autónoma, a consecuencia de una infracción penal, y accesorias (restricción domiciliaria; interdicción de derechos y funciones públicas; prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio; suspensión de la patria potestad; separación absoluta de la Fuerza Pública; prohibición de porte y tenencia de armas de fuego; y prohibición de consumir bebidas alcohólicas), cuando suponen una pena principal a la cual se adhieren.

El anterior Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, contemplaba el arresto como pena principal, hoy en día desaparece esta figura y conserva las mismas penas accesorias estipuladas con antelación. Es de resaltar que la multa puede convertirse en arresto cuando el condenado no pudiese pagar o amortizarla y se trate de una pena principal y única.

La Corte Suprema de Justicia en sus múltiples análisis refiere la obligación del funcionario judicial de aplicar el sistema de cuartos para el proceso de dosificación punitiva tanto para penas principales como para las accesorias con inclusión del fundamento cualitativo y cuantitativo en la sentencia, como límite al poder judicial.

La Corporación señala igualmente que la separación absoluta de la Fuerza Pública, como pena accesoria, no varía en los eventos de reducción de la pena de prisión o de concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y por ende permanece vigente. De igual manera enfatiza que la imposición de la pena accesoria de la prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio debe resultar necesaria, adecuada y proporcionada frente a la conducta punible, sus circunstancias particulares y gravedad del asunto; y de similar modo respecto de la pena accesoria de la suspensión de la patria potestad, cuya justificación se analiza desde la incidencia del (os) delito(s) en el seno de la familia y las finalidades de la pena.

La Corte también reitera que en el proceso de dosificación punitiva, cuando se presenta un concurso de conductas punibles, exige que se cumplan las siguientes fases: i) Que se dosifique la pena por cada uno de los delitos concursados, (ii) una vez dosificadas las penas por cada conducta punible, el juez debe escoger la pena que resulte más grave, (iii) aumentar la pena del delito más grave hasta en otro tanto, sin que, (i) sea el doble de la pena en concreto del delito más grave y (ii) supere la suma aritmética de las que correspondan a cada uno de los delitos en concurso. Además señala que de conformidad con el artículo 61 - 2 de la Ley 599 de 2000, debe seleccionar para cada delito que constituye el problema jurídico a resolver el cuarto de punibilidad aplicable, seleccionando solamente uno de los determinados en la pena fraccionada en cuatro cuartos, cada uno de ellos con mínimo y un máximo de pena, elección que hará considerando únicamente las circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad de que tratan los artículos 55 y 58 del Código Penal, las cuales deben estar claramente impuestas.

CAPÍTULO II DE LOS CRITERIOS Y REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PUNIBILIDAD

Artículo 55. Mayor y menor punibilidad.

Además de las atenuantes y agravantes consagradas en otras disposiciones, regirán las siguientes.

Artículo 56. Circunstancias de menor punibilidad.

Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. La buena conducta anterior.
2. La carencia de antecedentes penales.
3. El obrar por motivos nobles o altruistas.
4. El obrar en estado de emoción, pasión excusable, o de temor intenso.
5. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.
6. Haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto.
7. Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias.
8. Reparar voluntariamente el daño ocasionado, aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con la conducta punible.
9. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.
10. La falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
11. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
12. Obrar motivado por defensa del honor militar o policial.
13. Ejecutar antes o después de cometida la conducta punible una acción distinguida de valor por razones del servicio, o que enaltezca la imagen de la Fuerza Pública.
14. Cuando la conducta se haya cometido como consecuencia de influencias excesivas en la utilización de medios de corrección por el superior.
15. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Reglas jurisprudenciales sobre preacuerdos que reconocen las circunstancias de menor punibilidad.

“(…) El artículo 56 del Código Penal reza que “[e]l que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de **marginalidad, ignorancia o pobreza extremas**, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la

respectiva disposición”. De una interpretación exegética de la norma se advierte que el reconocimiento de alguna de estas circunstancias se realizará en los eventos en que: (i) el procesado se encontraba en ‘profundas’ situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (ii) estas situaciones influyeron directamente en la ejecución del delito; y (ii) las mismas no tenían la entidad suficiente para excluir la responsabilidad. Esto último indica que se trata de circunstancias que “si bien tienen incidencia en la capacidad de agencia del condenado o en la necesidad de la pena, resultan insuficientes para excluir su responsabilidad penal”. Las circunstancias que se

describen en esta disposición tienen incidencia directa en los extremos punitivos y se traducen en disminuciones punitivas cuantitativamente mayores a las previstas para otras situaciones que trae el Código Penal e inciden en la graduación del injusto penal, como la complicidad o la tentativa. Según la Universidad Externado de Colombia, este tratamiento punitivo benigno para quien ha enfrentado contextos de extrema pobreza y marginalidad, tiene justificación en razón a que “quien padece las referidas circunstancias de marginalidad goza de un ámbito de libertad menor al de la generalidad de los individuos o de una menor capacidad para comprender la ilicitud de su comportamiento”. (...) Las anteriores reflexiones permiten advertir que disposiciones como el artículo 56 del CP. tienen la finalidad de aminorar el rigor de la respuesta penal frente a los sectores que han sufrido la mayor marginación, como una forma de reducir el déficit democrático del régimen punitivo. Además, en respaldo de la postura de la Universidad Externado, se observa que la legitimidad de la aplicación de estas circunstancias está ligada a que se aplique en casos en los que efectivamente las mismas sean comprobadas, por lo que reconocerla a quien no la ha padecido resultaría materialmente injusto y desacreditaría el espíritu y los propósitos de la institución de los preacuerdos”. **(Corte Const. Sentencia SU-479/19, octubre 15/2019, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).**

CORTE CONSTITUCIONAL – JURISPRUDENCIA.
Libre configuración normativa del legislador en materia de establecimiento de normas penales y de agravantes punitivos.

“(…) En el ámbito penal, el Legislador goza de un amplio margen para determinar el contenido concreto del derecho punitivo. De tal suerte que en ejercicio de esta competencia le corresponde determinar: i) Las conductas punibles; ii) el quantum de las penas correspondientes; y iii) las circunstancias que las disminuyen o aumentan. En ese orden de ideas, la Corte ha establecido que:“(…) el legislador puede entonces adoptar diversas decisiones, como las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, entre otros, siempre y cuando con ello no comprometa la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución”.

Libertad de configuración normativa en la determinación de las causales de agravación y atenuación. (...) Dentro del proceso de creación de normas penales que realiza el Legislador en ejercicio de libertad de configuración normativa, uno de los aspectos más relevantes es la determinación de la pena aplicable a cada delito, puesto que dicha facultad debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad—Así las cosas, la dosimetría penal es un asunto librado a la definición legal, pero limitado por los principios mencionados porque: “(...) la calidad y la cantidad de la sanción

no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP. Arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato, pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP. Art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos” Lo anterior exige que el establecimiento de las penas aplicables a las conductas reprochables, deban atender a criterios objetivos tales como la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y el orden social, entre otros En ese orden de ideas, este Tribunal ha manifestado que: (...) “El ámbito de control en esta sede, se reduce entonces a realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva. Sobre el punto, la jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). La Corte ha concluido entonces que “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”. Igualmente la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando “se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”. (...) **Concepto de reincidencia penal. Previamente se había advertido que la reincidencia constituye una reacción social frente a la recaída en el delito materializada en el incremento de la pena. Según el diccionario de la Real Academia Española reincidencia significa: i) Reiteración de una misma culpa o defecto; o ii) Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa—En resumen, la reincidencia es una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito. **Naturaleza jurídica.** El concepto de reincidencia penal expuesto previamente, advierte que la naturaleza jurídica de esta figura es la de agravar la pena impuesta al delincuente que recae en el delito, por tal motivo se trata de una causal de agravación punitiva.**

Esta Corporación en **Sentencia C-060 de 1994**, expuso que la reincidencia es una causal de

agravación de la pena impuesta, debido a que (...) es al legislador a quien corresponde expedir los ordenamientos legales que rijan el sistema penal; en este evento, el legislador colombiano juzgó oportuno darle relieve a la reincidencia, como una forma más eficaz de desestimular conductas socialmente censurables". Posteriormente, en Sentencia **C-077 de 2006**, esta Corporación expresó: "La reincidencia es una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos penales y, más ampliamente, en algunos ordenamientos sancionatorios, en virtud de la cual se agrava la sanción impuesta al infractor cuando ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones". Se tiene entonces que la reincidencia es una circunstancia que agrava la pena. La comprensión del término agravante puede partir desde su origen etimológico, vinculado a las acepciones latinas *circum* que significa cerca de, en torno a, alrededor de, y *stare* que significa estar. Para la Real Academia de la Lengua Española, el término circunstancia significa "Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho." (...) En consecuencia, la reincidencia como una forma de agravación punitiva supone un elemento accidental y accesorio a la pena y al delito en sí mismo considerado, pues no condiciona la existencia de ambos elementos dogmáticos. Además, se erige como la objetivación de una circunstancia personal actual del actor, puesto que la demostración de su ocurrencia se realiza a través de una serie de presupuestos de naturaleza objetivo-formal, más no subjetivos, puesto que se encuentra prescrita cualquier clase de exploración sobre la personalidad del reo". (**Corte Const. Sentencia C-181/16, abril 13/2016., M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado**).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Buena conducta o buen comportamiento.
Buena conducta-indeterminación-. Concepto jurídico por estar contenido en la ley.

"El concepto de "buena conducta", no obstante su indeterminación, cuando está contenido en una ley, es un concepto jurídico, y que por consiguiente su aplicación no refiere al operador a ámbitos metajurídicos como el de la moral, o extrajurídicos como el propio de ordenamientos religiosos o privados, cualquiera que sea su naturaleza, sino que debe hacerse a la luz de los valores, los principios y las reglas de derecho contenidas en el ordenamiento y que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está incorporado el concepto jurídico indeterminado." (...). El alcance del concepto de "buena conducta" en nuestro ordenamiento jurídico. - Los conceptos de buena conducta o de buen comportamiento tienen distintos ámbitos de aplicación y han sido ampliamente utilizados por el legislador. Así, por ejemplo, los mismos constituyen la base del buen nombre, tienen aplicación en el campo disciplinario, en materia crediticia, en asuntos laborales, en los establecimientos educativos, en los centros penitenciarios, en relación con obligaciones tales como las alimentarias, etc. Cuando son empleados por el legislador tienen, por lo general, el carácter de lo que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, esto

es, aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales estas refieren ... una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado. Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante, su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse". (...) "(...) En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiendo por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales. Agregó la Corte que en estos casos un "...mínimo de justicia material se concreta en el derecho a una decisión suficientemente fundamentada que justifique el sacrificio o la restricción a un derecho fundamental" (...). "(...) La obligación de observar buena conducta se traduce, entonces, en deberes jurídicos cuyo incumplimiento acarrea las sanciones que en cada caso hayan sido previstas por el ordenamiento. No se trata, pues, de una decisión subjetiva del operador jurídico, a partir de su propia apreciación sobre lo que debe entenderse por buena conducta, sino que, en cada caso, es necesario acreditar las infracciones a los deberes jurídicos que puedan considerarse como manifestaciones de mala conducta, situación que impone una valoración objetiva, a partir del propio ordenamiento" (...)". (**Corte Constitucional. Sentencia: C- 371 de 2002, mayo 14 de 2002., M. P. Rodrigo Escobar Gil**).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Certificado Judicial – **Antecedentes judiciales:**

"(...) Antecedentes penales-naturaleza. Ha sido el Poder Judicial el instituido por casi todos los ordenamientos jurídicos modernos para llevar a cabo las etapas de un proceso penal e imponer las respectivas sanciones. Siendo, por lo tanto, la única posibilidad de existencia de antecedentes penales. Se desecha así, la idea de que las otras ramas del poder público, como la legislativa (aunque presenta algunas excepciones), puedan sancionar penalmente a un individuo, produciendo los antecedentes penales, en razón a que iría frontalmente contra los principios antes enunciados, desvirtuando no sólo la función especial del poder judicial, sino violando los derechos fundamentales y resquebrajando el orden jurídico que consagra la separación de poderes y su especificidad de funciones" (...)."(...) Vale la pena recordar lo que debe entenderse por antecedentes, cuya definición ha sido dada por la Enciclopedia Jurídica Ormeba como "Los hechos y circunstancias relativos a una persona, anteriores a un momento dado, constituyen sus antecedentes. Referidos a la totalidad de la vida, representan su biografía; así es frecuente hablar de sus antecedentes sanitarios, morales, profesionales, familiares, etc. Sus antecedentes

penales estarán circunscritos a los castigos que hayan sido judicialmente impuestos a ese individuo como sanción de delitos o infracciones por él cometidos". En tratándose de estos últimos, de los antecedentes penales, estos han sido igualmente definidos por el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales como la "Reunión de datos relativos a una persona en los que se hace constar la existencia (o también la inexistencia) de hechos delictivos atribuibles a la misma y que se aportan a los autos de un juicio criminal para determinar la mayor o la menor responsabilidad del inculpado, en caso de ser condenado en el delito que se le imputa". (...) (...) Ya definido lo que constituye antecedentes penales, se puede colegir que son dos las características esenciales que los delimitan y determinan, compuestos por los denominados condena y sentencia, estableciendo un cuerpo interdependiente, donde la falta de un elemento significa la inexistencia del conjunto como tal. El primer elemento es la presencia de un castigo o más precisamente de una sanción producto de un delito o una infracción. Couture define la condena como la "determinación judicial de la conducta debida por un litigante, al que se impone la obligación de dar, hacer u omitir algo, bajo amenaza implícita y eventual de coacción". Se requiere así, que la conducta del sujeto tenga la capacidad suficiente para producir la reacción del Estado con el fin de imponerle una pena y que la movilización estatal sea de tal grado que genere dicha reacción y no se quede simplemente en los actos previos, v.gr. una etapa procesal con el lleno de los requisitos establecidos en las leyes procedimentales, pero sin un pronunciamiento, que fue precisamente lo acontecido en el caso sub examine" (...). **(Corte Constitucional. Sentencia: C- 023 de 1993, enero 29 de 1993., M. P. Jaime Sanín Greiffenstein).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales debe analizarse desde la perspectiva de una sentencia ejecutoriada proferida con anterioridad a los hechos sub iudice de la dosificación punitiva.**

"Allí sólo se anotó: "Dado que en la resolución de acusación se endilgó al procesado PP la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, sin que concurra ninguna circunstancia de menor punibilidad de las previstas en el artículo 55 ibidem, el quantum punitivo ha de fijarse en el cuarto máximo". Es cierto, sí, que al momento de verificar la posibilidad o no de otorgar al acusado el subrogado de prisión domiciliaria, se mencionó que "...este no es el primer proceso que afronta el exgobernador por el manejo de los recursos públicos del departamento del Casanare. En su contra pesa sentencia condenatoria por los delitos de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, ambos en concurso homogéneo sucesivo". Lo transcrito advierte cómo esos delitos a los cuales se hace relación, no son verificados por el fallador como antecedentes penales, sino a manera de compulsión criminal del procesado, que impide efectuar un pronóstico positivo, en lo subjetivo, respecto del beneficio de atemperación del rigor intramural. De esto se desprende, así mismo, que

en la sentencia impugnada nada se dice acerca de las razones por las cuales no se toma a favor del procesado la causal de menor punibilidad referida a la carencia de antecedentes penales, sin que, por esto mismo, se introduzca alguna postura sobre el tema. La completa ausencia de pronunciamiento en el fallo, respecto del tópico, obliga tomar en consideración del acusado la causal en mención, en tanto, aparece inmotivada y carente de soporte objetivo la afirmación que en contrario se hace allí. (...) A este respecto, importa destacar que las sentencias en cuestión fueron proferidas el 13 de marzo de 2013, el 27 de noviembre de este mismo año y en el año 2018, acorde con lo que sobre el particular consigna, el fallo atacado. Los hechos que diseñan los cargos aceptados en este caso por el acusado, ocurrieron en el año 2006. Entiende la Sala, respecto de la naturaleza y alcances de la causal de menor punibilidad contemplada en el numeral primero del artículo 55 del CP., que el mayor reproche surgido de la reiteración en el delito, para fincar en la ausencia de antecedentes la posibilidad de acceder a menor pena en concreto, se soporta en el mecanismo disuasivo que, debe entenderse, ha de representar para una persona el hecho de haber sido objeto de una condena penal, para efectos de que no incurra de nuevo en el delito. Y si lo hace, se rebajan sus beneficios, o mejor, accede a una mayor pena por la vía de no tomar en cuenta la carencia de antecedentes penales. Pero, si los varios delitos se ejecutan de forma coetánea, así conduzcán a diferentes sentencias, unas anteriores que otras, la aplicación del reproche en cuestión emerge inane y pierde su necesario efecto disuasivo, simplemente, porque no era conocida la sentencia por el acusado, para el momento en el cual ejecutó la otra conducta. Por lo demás, emerge un despropósito examinar la cuestión a la luz exclusiva del elemento cronológico –que unos fallos sean anteriores a otros–, dado que con ello se facultan consecuencias como que, de romperse la unidad del proceso, así se trate de hechos conexos, efectivamente pueda hacerse valer la materialidad de la primera sentencia para eliminar la causal de menor punibilidad en la segunda o posteriores. Desde luego, no puede ser el mero avatar procedimental -que determinados procesos terminen antes que otros-, el factor por el cual se guía la aplicación o no de la aminorante punitiva. Es por ello, que la interpretación de lo que el legislador quiso referenciar de cara al mecanismo en examen, necesariamente obliga advertir que el antecedente penal, en cuanto, sentencia ejecutoriada, al cual se alude en la norma, debe haberse proferido con anterioridad a los hechos que signan el proceso en el cual se realiza la dosificación punitiva". **(CSJ, Cas. Penal, Sent., enero 29/2020, Rad. 51795, M. P. Jaime Humberto Moreno Acero).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – AUTO INTERLOCUTORIO. **La circunstancia de menor punibilidad de obrar por motivos nobles o altruistas refiere a un comportamiento concomitante a la conducta punible.**

"En segundo lugar, los argumentos expuestos por el demandante no desarrollan los presupuestos de las referidas circunstancias de atenuación al restringirse a señalar que su representado se hace merecedor a su reconocimiento porque,

de manera voluntaria, procuró resarcir el daño causado al someterse a la justicia y prestar ayuda a los familiares de la víctima aportando los documentos del vehículo para que se hiciera efectivo el SOAT y se le prestaran los servicios médicos. Esos planteamientos no tienen relación con la hipótesis fáctica de la circunstancia de atenuación contenida en el numeral 2 de la norma aludida (obrar por motivos nobles o altruistas), pues refiere a un comportamiento concomitante a la conducta y no posterior a ella. Y, con respecto al del numeral 5 (procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias), por evidenciarse que ninguna incidencia tienen en orden a desvirtuar los fundamentos expuestos por el juzgador para apartarse de imponer la pena mínima del cuarto de dosificación indicado” [...)].» (CSJ, Cas. Penal, Auto Interlocutorio, Sep. 28/2016, Rad. 46833, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La circunstancia de menor punibilidad de obrar con el temor intenso, estado de emoción o pasión excusable, no puede confundirse con el miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad.**

“[L]a legislación colombiana no tiene tradición en la previsión del miedo como causal excluyente de responsabilidad, pero sí como circunstancia atenuante de la punibilidad, así, por ejemplo, el Código Penal de 1936 incluía en el artículo 38-3 como circunstancia de menor peligrosidad “el obrar en estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor o temor, o en ímpetu de ira provocada injustamente”; por su parte, el artículo 64-3 del decreto 100 de 1980, incluía como circunstancia de atenuación punitiva “el obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso”, y en el Nuevo Código Penal [Ley 599 de 2000], artículo 55-3, se reitera como circunstancia de menor punibilidad “el obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso”. “[E]l temor intenso, estado de emoción o pasión excusable, contemplado en nuestra codificación como circunstancia de menor punibilidad [Ley 599 de 2000, artículo 55-3]... no puede confundirse con el miedo insuperable, que consagra el Nuevo Código Penal como causal de ausencia de responsabilidad en el artículo 32-9, bajo la fórmula de que no habrá lugar a responsabilidad cuando “se obre impulsado por miedo insuperable”. “En la exposición de motivos al Proyecto de ley número por el cual se expidió el Nuevo Código, se afirma la necesidad de su regulación “toda vez que tal situación, que desde el punto de vista psicológico está muy cercana a la insuperable coacción ajena, no queda comprendida en esta por la exigencia de una conducta proveniente de un tercero”. “El miedo al que aquí se alude [Ley 599 de 2000, artículo 32-9] es aquel que aun afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero sí lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término “insuperable” ha de entenderse como “aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros”. Por lo tanto, no puede

admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito. La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad. “La Sala... encuentra que para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es necesario que converjan los siguientes presupuestos esenciales: “a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal. “b) El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres. “c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse. “d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., Dic. 12/2002, Rad. 18983, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Atendiendo a la intensidad de la emoción y de su condición clínica puede constituirse en una causal de inimputabilidad, circunstancia de menor punibilidad o causal de disminución de la pena por ira e intenso dolor; diferencias de las figuras normativas.**

“No es igual la rabia, o el enfado, o el enojo, constitutivo de una condición clínica emocional que puede llevar al ser humano a comportarse violentamente, que la ira grave e injustamente provocada, pues esta implica una cualificación jurídica que reclama estricta verificación en el recaudo probatorio. El primer conjunto de situaciones emocionales, pueden producir efectos jurídicos diversos. Por ejemplo, erigirse en circunstancia genérica de menor punibilidad, que opera al momento de tasar la sanción en concreto, en los términos del numeral 3° del artículo 55 del Código Penal vigente: “El obrar en estado de emoción, pasión excusable, o de temor intenso”. E inclusive, dependiendo de su intensidad, es factible que la emoción llegue a la inimputabilidad, si ello se determina pericialmente. En cambio, la disminución de la pena por ira o intenso dolor que contemplaba el artículo 60 del Código Penal anterior, equivalente al artículo 57 del régimen vigente (Ley 599 de 2000), tiene lugar exclusivamente cuando ese estado emocional es grave e injustamente provocado por quien padece las consecuencias. En este evento, no es la alteración del tono afectivo aisladamente considerada la que autoriza la rebaja de la pena, sino la constatación probatoria de que a este estado emotivo llegó el implicado después de ser grave e injustamente provocado”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., May. 19/2004, Rad. 14548, M. P. Édgar Lombana Trujillo).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. Las circunstancias de menor punibilidad son aplicables por subsidiaridad expresa del legislador.

“Resta señalar que el artículo 55 del Código Penal establece, entre otras circunstancias genéricas de menor punibilidad, “la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible” y la “indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible”, las cuales, de una parte, no deben tener el carácter de profundas y extremas y, de otra, únicamente son aplicables, por expreso mandato del legislador (subsidiaridad expresa), “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”, es decir, no concurren con las situaciones previstas en el artículo 56 del estatuto penal. Además, no tienen la virtud de modificar los extremos de pena establecidos por el legislador, en cuanto únicamente sirven para ubicar el cuarto de movilidad punitiva dentro del cual deberá efectuarse la dosificación de la sanción, en la medida que concurren con otras circunstancias de mayor y/o menor punibilidad (artículo 61 de la Ley 599 de 2000)”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., Dic. 4/2019, Rad. 50525, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. Las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas. Son situaciones alternativas que no necesariamente deben ser concurrentes, pues basta una de ellas para que proceda la rebaja de pena, lo cual no descarta su coexistencia en determinado caso. Criterios para establecer si es atenuante o causal de ausencia de responsabilidad.

“Como en los referidos reproches se planteó básicamente que si en la visita-diagnóstico a la mina, las autoridades no reprocharon a los procesados la conservación de los explosivos, ellos asumieron ser ajenos a un comportamiento ilegal, es decir, se encontraban inmersos en “una ignorancia cultural que conlleva el reconocimiento en su favor de la disminución punitiva contemplada en el artículo 56 del Código Penal”, o bien, aplicar dicha norma en razón de su marginalidad e ignorancia por ser mineros de tradición o ancestrales, en cuanto su oficio no clasifica dentro de las actividades comerciales, ni hay una ley que lo regule y además, carecen de conocimientos jurídicos, procede la Sala a desarrollar los alcances del artículo 56 del Código Penal y a pronunciarse sobre los citados argumentos. (...) Esta norma desarrolla el artículo 13 de la Constitución Política en el cual se reconoce el derecho fundamental a la igualdad, al disponer no únicamente que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, sino que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos

discriminados o marginados, protegiendo a quienes por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. No se trata de circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza en su ámbito simple y llano, pues el legislador las cualificó, al disponer que deben ser “profundas” y “extremas”, esto es, de aquellas con especiales connotaciones de entidad. Son situaciones alternativas que no necesariamente deben ser concurrentes, pues basta una de ellas para que proceda la rebaja de pena, lo cual no descarta su coexistencia en determinado caso. Por corresponder al marco fáctico tienen incidencia en la calificación jurídica y, por tanto, afectan los extremos punitivos, según sucede con otros institutos como la complicidad, la tentativa y el estado de ira o de intenso dolor, de manera que para ser ponderadas en la dosificación punitiva deben ser incluidas en la imputación o en los preacuerdos, pues no pueden ser alegadas tardíamente en el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2000. La **marginalidad**, también llamada marginación, marginamiento o marginalización, etimológicamente atañe a una situación en el límite, justo dentro del lindero, en la frontera. Aunque inicialmente el término se acuñó cuando después de la Segunda Guerra Mundial aparecieron en los suburbios asentamientos poblacionales en precarias condiciones, ya en la década de los sesenta cuando tales comunidades se encontraban en el centro de las ciudades, la expresión perdió su contexto geográfico periférico, para únicamente referirse a grupos humanos en situaciones desventajosas. En el ámbito del desarrollo de las sociedades se ha identificado la coexistencia de un sector moderno y uno tradicional, vinculando la marginalidad al segundo, esto es, como sector no integrado al progreso social actual. Sin embargo, se reconoce que hay diversas clases de marginalidad (económica, ideológica, cultural, educativa, laboral, familiar, etc.), así como diferentes intensidades. En el marco social que es el aquí abordado, la marginalidad denota una persona o un grupo que por voluntad propia (automarginación) o ajena (heteromarginación) se ha colocado o ha sido ubicado en un extremo de la comunidad, lejos de lo ordinario y corriente, en la periferia, todo lo cual puede determinar una diferente comprensión de las reglas sociales y, por supuesto, del alcance de las normas penales. Aunque la marginalidad puede ser producto de desventaja económica, profesional, política, de estatus social o también, de diversidad ideológica, no necesariamente se encuentra asociada a dificultades monetarias, que si bien pueden conllevar cierta clase de marginalidad, no es presupuesto de esta la pobreza, en cuanto puede ocurrir que tratándose de organizaciones subculturales, una agrupación decida replegarse de los valores mayoritarios de cultura dominante, como en su momento ocurrió con las comunas de hippies, sucede con personas adictas a las drogas o alcohólicas ubicadas en ciertos sectores conocidos de las ciudades, habitantes de la calle que duermen bajo los puentes o canales y puede pasar con grupos de ancianos, los eremitanos e inclusive, algunas comunidades indígenas, sin que sea la falta de dinero el motivo de cohesión o el alejamiento de la comunidad y sin que baste tal condición para que proceda la disminución de pena, en cuanto es necesaria **su incidencia efectiva en la comisión del delito**. Claro está, si tal marginación profunda y extrema con

injerencia en el punible, configura una causal de inimputabilidad por “diversidad sociocultural” (Art. 33 del Código Penal), el autor o partícipe tendrá la condición de inimputable y a partir de ello no le será aplicable el artículo 56 de la Ley 599 de 2000, el cual corresponde a una disminución del juicio propio de la culpabilidad, categoría dogmática que no es objeto de ponderación tratándose de inimputables, quienes únicamente realizan conducta típica y antijurídica. A su vez, para que proceda la aplicación del artículo 56 del estatuto punitivo, es necesario que la marginalidad profunda y extrema, tampoco sea suficiente para estructurar una causal excluyente de responsabilidad. La **ignorancia** corresponde a la falta de conocimientos respecto de un ámbito específico, es decir, no se conoce algo o no se comprende. Desde luego, en el contexto del artículo 56 del Código Penal y por expresa voluntad del legislador, el desconocimiento no debe ser de tal magnitud que, por ejemplo, configure un error de prohibición capaz de sustentar la exclusión de responsabilidad. A su vez, no se trata de cualquier falta de conocimiento, sino de aquél profundo y extremo en el caso concreto, con incidencia en la comisión de la conducta delictiva, como que por regla general no se tiene la condición de ignorante absoluto, pues el desconocimiento puede recaer en un ámbito específico del saber. Piénsese por ejemplo en la ama de casa que desconoce las exigencias de la contratación pública, pero tiene amplios y calificados conocimientos culinarios. Cuando se alude a la pobreza se debe distinguir entre aquella situación en la cual se consiguen los recursos económicos necesarios para subsistir, de la miseria (pobreza extrema o indigencia), en la que media total incertidumbre acerca de la satisfacción mínima de las necesidades básicas (salud, alimentación, vivienda, vestido, agua potable, aseo y asistencia sanitaria, educación, electricidad, entretenimiento, etc.), siempre que, a la luz del artículo 56 del Código Penal, no configure una causal de exclusión de responsabilidad, por ejemplo, un estado de necesidad disculpante. En tal sentido y para mejor ilustración, recientemente el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) reveló que de un poco más de 48.2 millones de personas en Colombia, 13 millones son consideradas pobres al tener ingresos mensuales inferiores a \$257.433 y que en pobreza extrema se encuentran 3.5 millones con menos de \$117.605 por mes. La pobreza extrema puede conducir a la marginación, aunque como ya se advirtió, aquella no es supuesto de esta. La marginalidad y la pobreza son de carácter objetivo en cuanto son aprehensibles por los sentidos, mientras que la ignorancia corresponde a un estado subjetivo respecto de un ámbito del conocimiento. Entonces, en la medida que la marginación, la ignorancia o la pobreza conllevan unas diversas valoraciones sociales de los individuos inmersos en tales circunstancias diferentes de las mayoritarias de la sociedad, no hay duda que corresponde al Estado, dentro del imperativo de respeto por la dignidad humana y en especial por su diferencia, además de materializar el principio de igualdad, reconocer que si tales situaciones, en cuanto sean “**profundas**” y “**extremas**” tienen injerencia decidida en la comisión de un delito, es preciso aminorar el juicio de reproche que individualiza el juez en sede de la categoría dogmática de la culpabilidad, pues dichas circunstancias

restringen el ámbito de libertad del autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, en orden a motivarse conforme a la disposición legal y, a partir de ello, también deberá ser disminuida la sanción imponible. En efecto, si en la culpabilidad se pondera la motivación de la norma respecto del comportamiento de la persona, es claro que el artículo 56 del Código Penal viene a recoger unas situaciones en las cuales se advierte que por la influencia de un mayor determinismo y consecuente con él, un menor libre albedrío, el juicio de reproche correspondiente a la culpabilidad pierde intensidad, sin llegar a ser inexistente como para enervar tal categoría pero sí, en desarrollo del principio de proporcionalidad en la relación culpabilidad-pena, se impone aminorar la sanción, esto es, reducir los extremos punitivos conforme al quantum definido por el legislador, “no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la pena señalada en la respectiva disposición” y, dentro de ellos, realizar el correspondiente proceso de dosificación de la pena. En suma, pueden sintetizarse los requisitos para la aplicación del artículo 56 del Código Penal, así: (i) La realización de una conducta punible. (ii) Que al momento de su comisión, el autor se encuentre en circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza, siempre que sean “profundas” y “extremas”. (iii) Que tales situaciones tengan relación e incidencia directa en la ejecución de la conducta. (iv) Aunque profundas y extremas, es necesario que no sean capaces de configurar una causal de exclusión de la responsabilidad, como podría ocurrir con la ignorancia que da cabida a un error de prohibición directo, o la pobreza capaz de configurar un estado de necesidad disculpante. Resta señalar que el artículo 55 del Código Penal establece, entre otras circunstancias genéricas de menor punibilidad, “la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible” y la “indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible”, las cuales, de una parte, no deben tener el carácter de profundas y extremas y, de otra, únicamente son aplicables, por expreso mandato del legislador (subsidiariedad expresa), “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”, es decir, no concurren con las situaciones previstas en el artículo 56 del estatuto penal. Además, no tienen la virtud de modificar los extremos de pena establecidos por el legislador, en cuanto únicamente sirven para ubicar el cuarto de movilidad punitiva dentro del cual deberá efectuarse la dosificación de la sanción, en la medida que concurren con otras circunstancias de mayor y/o menor punibilidad (artículo 61 de la Ley 599 de 2000)”. (CSJ, Sent. Casación N.º 50525, Dic. 4/2019. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **El arrepentimiento como circunstancia de menor punibilidad, en contraste con la tentativa desistida.**

“Pero para efectos de la aplicación de la atenuante, debe considerarse además si la modalidad de desistimiento deja o no subsistente

un delito remanente, porque en caso negativo lo correcto es predicar la impunidad en el actuar del agente, tal como sucede en la tentativa desistida tradicional, como lo imponen los principios de acto y culpabilidad. En cambio, si subsistiere delito remanente, la pena imponible en caso de desistimiento voluntario será la señalada en el referido inciso 2° del artículo 27 del nuevo Código Penal. Por lo demás, queda a salvo la hipótesis donde la falta de consumación se produce no por factores ajenos a la voluntad del agente, sino exclusivamente por su propia injerencia, caso en el cual no se presentaría un fenómeno de tentativa propiamente dicha frente a la conducta punible perseguida, pues es requisito esencial del instituto la existencia de una causa extraña a la voluntad del agente que impida el resultado buscado. En este caso, el agente responderá penalmente por la conducta que se hubiese consumado antes del desistimiento. Finalmente, no se puede confundir el desistimiento con el arrepentimiento, puesto que este sólo opera cuando el comportamiento ya ha sido consumado, caso en el cual el sujeto se hará beneficiario de algunas atenuantes o eximentes punitivas, según el caso. Es lo que sucede cuando el autor “procura voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias” (artículo 55, numeral 5°, del Código Penal); o “reparar voluntariamente el daño” (numeral 6° ídem); o cuando en el secuestro, en un término no superior a quince días, la víctima es dejada “voluntariamente en libertad” (artículo 179, numeral 7° ídem); o cuando en la injuria y la calumnia el autor o partícipe se retracta voluntariamente (artículo 225 ídem)”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., jul. 17/2003, Rad. 18768, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La reparación del daño comporta una circunstancia de menor punibilidad con incidencia en la individualización de la sanción.**

La inconformidad de la recurrente radica en la decisión del Tribunal de imponer la pena máxima posible que era la del extremo superior del primer cuarto, ya que no tuvo en cuenta la reparación del daño, el arrepentimiento del procesado, su colaboración con la justicia, sus condiciones personales como discapacitado y desplazado por la violencia y el cumplimiento de las obligaciones que tiene con la hija que procreó con la víctima. Tales aspectos en criterio de la recurrente debieron considerarse con el fin de que la conducta fuera sancionada con una pena inferior a la del extremo máximo del primer cuarto punitivo. (...) Se tiene que el segundo inciso del artículo 61 del Código Penal establece como “Fundamentos para la individualización de la pena” la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que esta ha de cumplir en el caso concreto. Es cierto como lo indica la censora que el Tribunal no tuvo en cuenta que el acusado indemnizó integralmente a la ofendida a través del pago de dos millones de pesos. De esta circunstancia dio cuenta la propia víctima, cuando en la audiencia

de verificación de preacuerdo manifestó que había recibido esa suma de dinero por concepto de reparación del daño. El silencio del fallador de segundo grado frente a dicha circunstancia se originó en el olvido de apreciar lo atestado por la señora FQ ante el juez de primer grado, de tal manera que incurrió el Tribunal en la violación indirecta de la norma sustancial por falso juicio de existencia por omisión. Este yerro de apreciación de la prueba resulta trascendente ya que la reparación del daño comporta una circunstancia de menor punibilidad con incidencia en la individualización de la sanción, habida cuenta que dicha eventualidad está incluida en el numeral 6° del artículo 55 del Código Penal como circunstancia de menor punibilidad, y estas a su vez son criterio a tener en cuenta en la fijación de la pena judicial. El sentenciador de segundo grado, si bien tuvo en cuenta aspectos válidos y razonables para incrementar la pena respecto del mínimo, también tenía que considerar la reparación del daño como pauta que impedía la imposición del máximo castigo, de modo que la pena correspondiera a un reproche proporcional frente a la gravedad de la conducta, pero también respecto de la actitud del condenado en querer compensar con dinero el daño generado”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., Sept. 5/2018, Rad. 51551, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La determinación del monto de los posibles perjuicios que se hubieren irrogado con el comportamiento por cuya realización se formula la acusación, no sólo le resulta útil a la víctima o al perjudicado con la infracción, sino al propio procesado.**

“En ese orden, aunque pudiese ser cierto que en la parte considerativa de la resolución de acusación, en referencia al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales pudo haberse estimado la posibilidad de que el contratista hubiese cumplido los compromisos adquiridos con el departamento, no puede dejarse de considerar que asimismo el pliego enjuiciatorio alude también a un presunto delito de peculado por apropiación en favor de terceros, con cuya realización, como es apenas obvio, eventualmente se pudieron haber causado perjuicios a la administración departamental, con lo cual la determinación de la cuantía de los detrimentos que pudieron haberse generado, resulta de gran utilidad para los fines del establecimiento de la verdad de lo ocurrido, conforme viene de sostenerse por la Sala. Pero la determinación de dicho monto no es en manera alguna facultad exclusiva de la víctima o de la parte civil, como equivocadamente pareciera ser el entendimiento de la defensa técnica, con fundamento en una lectura fuera de contexto de lo dispuesto por los artículos 45 y siguientes de la Ley 600 de 2000. Olvida que la instrucción y por supuesto el juicio tiene como finalidad, entre otras, la de determinar los daños y perjuicios de orden moral y material que causó la conducta punible, como expresamente lo dispone el artículo 331-6 de la Ley 600 de 2000, por ende, es deber legal del funcionario judicial ordenar y practicar las pruebas necesarias para alcanzarla. Además, deja de considerar que en el marco del mencionado sistema la determinación del monto de los posibles perjuicios que se hubieren

irrogado con el comportamiento por cuya realización se formula la acusación, no sólo le resulta útil a la víctima o al perjudicado con la infracción, sino al propio procesado en el evento en que se debiere acudir a su cuantificación para efectos de proceder a su pago en orden a obtener los beneficios que el propio ordenamiento prevé. Tal el caso de las posibilidades de extinción de la acción penal por indemnización integral en los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas sin las circunstancias de agravación punitiva previstas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en las conductas delictivas contra los derechos de autor y en los procesos por ilícitos contra el patrimonio económico, con excepción de los de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección, según previsión al respecto establecida en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000. Pero la situación favorable para el procesado en la determinación del monto de los perjuicios que pudiere haber causado con su comportamiento materia de investigación y juzgamiento, no para en los casos que vienen de ser mencionados por la Sala, pues igualmente la ley sustancial (Art. 401 del Código Penal) prevé como circunstancia de atenuación punitiva para los delitos de peculado en todas sus modalidades, la disminución de la mitad de la pena que habría de corresponderle para el caso de ser hallado penalmente responsable, si antes de iniciarse la investigación, el autor, de manera directa o por interpuesta persona, hace cesar el mal uso, repara lo dañado, corrige la aplicación oficial diferente, o reintegra lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses. Señala la ley que, si el reintegro se efectúa antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuye en una tercera parte, y si el reintegro es tan sólo parcial, la disminución se efectúa de manera proporcional en una cuarta parte. (...) Asimismo, tampoco puede dejarse de considerar, que el artículo 55.6 del Código Penal de 2000 establece como circunstancia de menor punibilidad para el caso de llegarse a sentencia de condena, siempre que no haya sido prevista de otra manera, la reparación voluntaria del daño ocasionado aunque no sea en forma total, e igualmente si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con la conducta punible, de suerte que también por dicho aspecto la sinrazón de la protesta del defensor resulta manifiesta. Y aún si lo anterior no fuere suficientemente ilustrativo de los eventuales beneficios que para el procesado podría traer el que a falta de solicitud de parte, en la fase de juicio el juez oficiosamente disponga determinar por medio de peritos el monto de los eventuales perjuicios que pudieren haberse ocasionado con la realización de la conducta materia de investigación y juzgamiento, pertinente se ofrece recordar que si el proceso avanza hasta sentencia y esta resulta adversa a los intereses del acusado, el haber reparado los perjuicios le puede representar la posibilidad de suspender condicionalmente la ejecución de la pena a voces del artículo 65.3 del Código Penal de 2000, o la de otorgarle la libertad condicional a términos del artículo 64 ejusdem. Así las cosas, por el lado que se observe, sea desde la perspectiva de las facultades del juzgador o del presunto perjuicio que a los intereses del acusado pudiere resultar

de la decisión oficiosa del funcionario judicial al disponer la prueba pericial en orden a determinar los eventuales perjuicios que la conducta punible hubiere ocasionado, sin dificultad se ofrece plausible afirmar la manifiesta falta de razón de la defensa al interponer el recurso que mediante este proveído se resuelve". (CSJ, Auto. Rad. N.º 00021, Oct. 14/2020, M. P. Ariel Augusto Torres Rojas).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Reparación en delitos contra el patrimonio económico. No se tiene en cuenta lo pagado por un seguro tomado por la víctima.**

“Para la obtención del beneficio es menester que se restituya el objeto materia del delito o su valor y, además, que se indemnicen los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado. En el caso sub judice, la restitución era una situación de imposible satisfacción, puesto que el carro fue recuperado pocos momentos después de haber sido hurtado, por lo que bastaba que el procesado indemnizara a la víctima, para ser acreedor a la rebaja. Tal indemnización debe ser total, plena o suficiente, comprendiendo el perjuicio material, incluidos el daño emergente y el lucro cesante, y el daño moral, lo que no fue cumplido por el procesado. Así, un valor equivalente al 70% del daño material fue cubierto por la compañía de seguros y un 30% por aquél, según se infiere del contenido del documento suscrito por el ofendido, en el que se lee “... que el señor Pedro Enrique Vargas Rivera nos ha hecho la reparación del daño en forma parcial en consideración a que la compañía aseguradora El Libertador S.A. cubre el 70% del valor asegurado” Como se ve, la indemnización no fue plena, pues no comprendió el quantum total de la lesión material, ni el lucro cesante, es decir, las sumas que se dejaron de percibir durante el lapso en que el vehículo de servicio público estuvo sometido a reparación y, por ende, inmovilizado, ni tampoco el daño moral, siendo preciso aclarar que lo cubierto por la compañía de seguros no puede tenerse como indemnización a favor del procesado, pues fue la víctima quien pagó la prima del seguro, resultando ilógico que el pago hecho por esta sea una fuente de beneficio a favor del victimario. Para tener derecho a la disminución, el responsable del punible contra el patrimonio debe pagar el valor total del perjuicio, y si este es cubierto en todo o en parte por un tercero, que no cancela a nombre del procesado, tal reembolso no se puede considerar como indemnización a favor de este, que estará obligado a devolverle a ese tercero lo pagado, para que se pueda considerar que ha indemnizado. En el mismo sentido, si el objeto material no es recuperado y un tercero, como la compañía de seguros, paga su valor, ese pago no se puede imputar a favor del procesado, para efectos del artículo 374, a menos que devuelva lo pagado a ese tercero. La compañía de seguros, como lo ha sostenido la Sala, adquiere la obligación de pagar el daño a quien con ella ha celebrado el contrato de seguro, pero no tiene ninguna obligación con el procesado, cuya fuente de la obligación de indemnizar es precisamente el delito. Por tanto, cuando el asegurador paga no está cumpliendo con la obligación extracontractual emanada del delito, a cargo del responsable, sino con la obligación contractual emanada del contrato de seguro. Ha

dicho la Sala: "... pues las obligaciones que surgen del seguro provienen del negocio jurídico en virtud del cual la aseguradora ha asumido la reparación prestando el equivalente pecuniario en las condiciones, límites y modalidades señaladas en las distintas cláusulas del contrato. El contrato de seguro, por consiguiente, cumple en un sentido jurídico y económico con una función reparadora consistente en que la compañía asume los riesgos cuando se presenta el evento por el valor convenido en la póliza correspondiente, previo el pago de una prima, obligación que es ajena a la que compete al responsable y eventualmente al tercero civil dentro del proceso penal como efecto del hecho delictivo; mientras que la responsabilidad del procesado es directa y la del tercero civil colateral o indirecta frente a las consecuencias patrimoniales del delito por la producción del daño, el asegurador no es de ningún modo responsable de ese daño...". (Casación N.º 10.589, diciembre 16/98. M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote). Por otra parte, y en cuanto a que la indemnización del perjuicio debe ser total, ha sostenido la Sala: "Pero a más de esta restitución natural o por equivalencia, que era suficiente, como ya se anotó dentro de las previsiones del Código Penal de 1936, para obtener la rebaja de pena, el actual estatuto exige que también se indemnicen todos los perjuicios causados a la víctima. No basta, pues, la restitución (natural o por equivalencia): hay que pagar, además, todos los perjuicios causados con el delito a pesar de esta" (Sent. Nov. 21/88). En otra ocasión manifestó: "... la indemnización que exige también la norma (CP., Art. 374) debe ser plena o suficiente, en el sentido de tal concepto, para que produzca el efecto indicado. Y en este caso, señalados únicamente los perjuicios materiales del perito, con prescindencia de los morales, el juez sin precisar estos conforme a sus facultades o anotar tal vacío, dio como suficiente la indemnización, para disponer la reducción referida cuando faltaba este requisito, sin el cual no podría entenderse atendido debidamente el precepto". (Sent., Jun. 22/88). En las condiciones anteriores se ha de concluir que la indemnización se hizo en tiempo oportuno, es decir, antes de la sentencia de primera instancia, pero como no fue total, sino apenas parcial, no procede la rebaja pedida". (CSJ, Sentencia Rad. N.º 9833, Feb. 5/1999. M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Circunstancias de menor y mayor punibilidad. Motivo fútil. Concepto. Condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.**

"Veamos. Según la Real Academia de la Lengua Española, fútil (del latín *futilis*), es la palabra asignada a algo de "poco aprecio o importancia". Significa esto que el homicidio agravado por la futilidad es aquel que se realiza por motivos tan insignificantes que debe sancionarse con mayor severidad al autor por la desproporción existente entre su acción y la situación que se presentó. La valoración depende, obviamente, del contexto histórico y social, que es el que permite reputar algo como normal en la sociedad y por contraste como desproporcionado a esa "normalidad"

o uno, en el que esté ausente un precedente explicativo del hecho de la víctima que genera la acción del victimario. Las situaciones descritas en la norma en cita giran en torno a la causa o fin buscado con el hecho que develan un dolo más intenso y un mayor grado de culpabilidad que deben castigarse con mayor rigor. Dada su naturaleza esencialmente subjetiva se dificulta su demostración en casos particulares, lo que hace que en muchas ocasiones se corra el riesgo de imponer el agravante a partir de juicios moralistas, al margen del daño relacionado con la intensidad de la conducta o el motivo que se persigue, como se advierte en el sub examine dada la condición de minoría de edad de la víctima. Es por ello que el funcionario judicial debe establecer el motivo y posteriormente verificar si el mismo es de tan poca relevancia que el sujeto activo orientó su voluntad y obtuvo un resultado cuya respuesta por parte del Estado debe ser mayor. Resulta lógico sostener que todo homicidio se comete por una causa que razonablemente lo explique, aunque no lo justifique. Sin embargo, es en la insignificancia de la causa frente al delito cometido, donde radica la racionalidad de la imposición de una mayor sanción punitiva que le permita al juez sostener que se trata de la agravante descrita en el numeral 4º del artículo 104 del Código Penal. El funcionario judicial que conoce el caso debe realizar un esfuerzo y un proceso comparativo con los modelos existentes en la sociedad para establecer la trascendencia de las circunstancias, ya que la norma no ofrece elementos para determinar que comportamiento es fútil. Esta labor requiere agotar una carga argumentativa fuerte, no fundada en razones de estricto contenido moral, para evidenciar que la acción del sujeto activo se debe desvalorar en mayor grado, dada su absoluta desproporción frente al daño al bien jurídico que infligió. Para ello es necesario que la prueba ofrezca elementos suficientes que conduzcan a demostrar el elemento subjetivo que determinó al agente a cometer la conducta. En la casación 22106 del 26 de enero de 2006, esta Corporación al tratar el tema de la futilidad, expuso: "...aunque en la resolución de acusación no se dedicó un capítulo específico al estudio de la circunstancia deducida, su imputación fáctica refulge con diáfana claridad no sólo del contexto de las argumentaciones esbozadas, sino especialmente del motivo, que se dijo, desencadenó la acción homicida de los procesados, a quienes en estado de embriaguez les había dado por dirigirse contra los tres ocupantes de la motocicleta que transitaban pacíficamente por el lugar, tratándolos de "maricas", insulto que los últimos se limitaron a devolver en los mismos términos, generando ello la desproporcionada arremetida en contra de sus humanidades, circunstancias a las cuales se hizo expresa alusión en las argumentaciones de la Fiscalía, quien las encontró plenamente probadas. Si de acuerdo con el diccionario de la Lengua Española, abyecto es aquello despreciable, vil en extremo; y fútil aquello que carece de aprecio o importancia, es claro que el motivo aducido como desencadenante de la acción homicida se identifica plenamente con este último adjetivo, pues obrar por motivos fútiles no puede ser otra cosa que realizar el

hecho delictivo por una causa tan insignificante, tan nimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho. Matar por vindicar la contestación, en los mismos términos, de un insulto que no provocó la víctima, es un acto acompañado de un motivo fútil, por lo insignificante". En más reciente decisión, CSJ SP., Mar. 16 de 2016, Rad. 37504, si bien la agravante fue suprimida por cuestiones de congruencia fáctica, de todas formas, sobre su contenido la Corte sostuvo: «Ciertamente, en cuanto al agravante por motivos abyectos o fútiles previsto en el artículo 104, numeral 4 del Código Penal, es claro que dicho motivo aducido como desencadenante de la acción homicida se debe identificar plenamente, pues en manera alguna pueden catalogarse como situaciones idénticas o similares, ya que, como lo señala la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación, mientras que el motivo abyecto se relaciona con aquello que es bajo y vil, en cuanto está determinado por razones que causan repudio general y que expresan una particular depravación y bajeza de ánimo, que suscita repugnancia en toda persona de moralidad media, el motivo fútil es aquel que reviste poca importancia, es matar sin que exista una razón de peso, por cuestiones baladíes o triviales, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho». También debe destacarse lo decidido por esta Sala en radicado 48976 del 27 de febrero de 2019, donde de manera diáfana se estableció que, para lograr una condena con el agravante de la futilidad, siempre debe precisarse cuál fue la causa que condujo al homicidio, de manera tal que por muy deleznable que parezca la acción, sin ese móvil deviene en simple la sanción. En aquella oportunidad la situación fáctica se verificó en el homicidio de un joven de 18 años que se encontraba en estado de indefensión por haber ingerido sustancias embriagantes y quien no esperaba un ataque dado que fue sorpresivo y a altas horas de la noche. Precizando el fallo que: "De lo anterior deriva nítido, que el comportamiento reprochado a T.S., consistente en haber atacado a la víctima sin mediar razón alguna o discusión, no estructura el motivo fútil. En ese contexto, si la Fiscalía no precisó cuál fue la causa nimia o insignificante por la cual se ejecutó el homicidio, es imposible deducir la causal y, por consiguiente, hizo bien el Tribunal en disponer su exclusión". De estas breves reseñas jurisprudenciales se extraen las siguientes reglas para poder encajar una conducta punible en un homicidio agravado por el motivo fútil: (i) Siempre debe establecerse cuál fue la causa o la razón que movió la voluntad del actor, (ii) posteriormente debe mirarse si la misma se encuentra demostrada en el proceso, y (iii) finalmente debe el funcionario judicial hacer un estudio muy ponderado, dependiendo de las circunstancias sociales y la personalidad del agente, para establecer si ese móvil resulta insignificante o no. Frente a este último punto, resulta claro que en un conglomerado social muchas actuaciones pueden catalogarse de insignificantes mientras que en otro es probable que esa acción sea de vital importancia, sin excluir la posibilidad de que en uno u otro pueda resultar una acción ofensiva de manera par. Así por ejemplo escupir en la cara a una persona

puede resultar humillante en cualquier parte del país. Igual el tocar las partes íntimas de una persona, sin perjuicio de que para ciertos sujetos esa acción resulte insignificante. (CSJ, Sentencia. Rad. N.º 51186, Mar. 3/2021, M. P. Hugo Quintero Bernate).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Las circunstancias de mayor punibilidad deben estar expresamente incluidas en la acusación.**

"La Sala ha precisado la necesidad de la inclusión de circunstancias de mayor o menor punibilidad en la imputación o en la acusación, siempre que no hayan sido previstas de otra manera, tiene clara trascendencia, no sólo por su necesaria discusión y contradicción para establecer el equilibrio de las partes, sino porque ellas se reflejaran en el proceso de dosificación de la pena previsto en la Ley 599 de 2000, pues fijados los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover el juez teniendo en cuenta las circunstancias modificadoras de tales extremos punitivos (v. gr. causales de agravación específicas del delito), establecerá según la concurrencia de circunstancias de mayor o menor punibilidad, el cuarto o cuartos dentro de los que deberá determinar en concreto la pena a través de la ponderación de los factores concernientes a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el específico caso. Ni la 52405 Código Penal, ni su definición fueron mencionadas en la acusación ni mucho menos expuestas en la audiencia de formulación respectiva. Tampoco medió un recuento fáctico revelador que el propósito de la Fiscalía hubiera sido atribuirla a los inculcados, por lo mismo, en el juicio no fue abordada y sólo el juez de primer grado al dictar sentencia la dedujo para ubicarse en los cuartos punitivos medios. En efecto en el fallo se anotó: "...estimando que concurren circunstancias de atenuación, como el hecho de no tener antecedentes penales y de agravación punitiva, como la consagrada en el artículo 58-10 CP. por coparticipación criminal y la atenuante del artículo 55-1 CP. como quiera que los procesados no cuentan con antecedentes penales, así entonces el sentenciador se moverá dentro del primer cuarto medio...". Bajo esta óptica, la sentencia desbordó los términos y alcances de la acusación por sorprender a los procesados con la inclusión de una circunstancia de mayor punibilidad no conocida a tiempo por ellos, yerro trascendente toda vez que para la tasación de cada uno de los delitos los juzgadores se ubicaron en el segundo cuarto punitivo". (CSJ, Sent. Casación N.º 52405, Dic. 5/2018, M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La sola existencia de circunstancias de menor punibilidad no conlleva imponer la sanción mínima.**

“A todo lo anterior cabe agregar que el defensor, en el cometido de cuestionar el monto de la pena impuesta (...), parte de una premisa errada, porque no es cierto que la sola existencia de circunstancias de menor punibilidad conlleve a imponer la sanción mínima y tal intelección no se desprende del pronunciamiento de esta Corporación que cita como sustento. Basta revisar los parámetros consagrados en el artículo 61 del Código Penal, para advertir que dicho presupuesto, sólo autoriza al juzgador a moverse dentro del cuarto mínimo de movilidad. En relación con la pena a imponer, el mismo precepto contempla para el funcionario judicial, la obligación de ponderar varios aspectos, entre ellos, la gravedad y el daño real o potencial creado, lo cual, según se vio, es el soporte que motivó a la juez, avalada por el Tribunal, a apartarse del monto inferior mínimo de 16 meses de prisión e imponer una pena de 28 meses de prisión, sin que por ello haya incurrido en algún yerro de hermenéutica, en cuanto corresponde a los parámetros legalmente previstos para el efecto”. (CSJ, Auto. Casación N.º 54110, Sept. 6/2019, M. P. Eyder Patiño Cabrera).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Menor punibilidad retroactiva.**

Artículo 57. Ira e intenso dolor.

El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causada por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **definición de ira y de dolor.**

“Al respecto advierte la Corte que como ya lo ha señalado, del título del artículo 57 del Código Penal “ira o intenso dolor”, así como de su contenido, esto es, “El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor” se deduce que se trata de dos institutos diferentes: La ira según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, corresponde a una pasión del alma que causa indignación y enojo; la acción de padecer; cualquier perturbación o afecto desordenado del ánimo; un enfado vehemente contra una persona o contra sus actos; el movimiento del ánimo que causa molestia, pesar, agravio, ofensa, contra una persona. Por su parte, el dolor es un sentimiento de pena y congoja; angustia y aflicción del ánimo, cuidado, consternación o sentimiento interior grande; temor opresivo. Como ese dolor debe ser “intenso”, debe tener la condición de vehemente, de una fuerza impetuosa, ardiente y lleno de pasión. La ira apunta a una reacción más o menos momentánea, en tanto que el dolor, dada su “intensidad”, comporta un carácter de permanencia en el tiempo. Para que se estructure tal circunstancia de disminución punitiva se requiere: (i) Un acto de provocación grave e injusto, (ii) la reacción del agente bajo un estado anímico alterado –ira o intenso dolor–, y (iii) una relación causal entre ambas conductas”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., Dic. 2/2020, Rad. 51642, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

“Así que, imbuidos en la dosificación, de acuerdo al artículo 59 de la Ley 1407 de 2010, que deviene en este aspecto en norma favorable, toda vez que esta nueva legislación fija preceptos mucho más técnicos y consecuentemente más justos para individualizar la pena, atendiendo los factores de menor o mayor punibilidad (modelo de los cuatro cuartos) que deben ser argumentados con suficiencia por el juzgador, con “fundamentación explícita”, tanto cualitativa como cuantitativamente, y no como acontecía en la Ley 522 de 1999 que en su arto 65 generaba una discrecionalidad absoluta al juez, conllevando a veces al desborde del principio de legalidad de la pena y del criterio de prevención especial, por exceso o defecto... Ahora bien, como quiera que, respecto de los procesados, Sí. (r) HAAS y PT. WJAP, en la acusación y su sustentación en el juicio de corte marcial, no se presentaron por la Fiscalía, ni fue objeto de discusión, circunstancias específicas de mayor punibilidad y antes por el contrario concurren situaciones de menor punibilidad, como es la carencia de antecedentes y ser padre cabeza de familia, es por lo que la Sala se ubica en el primer cuarto y dentro de él se aplicará la sanción mínima”. (TSM. RAD. 157373, M. P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, 20 de marzo de 2013).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Elementos configurantes de la ira e intenso dolor como circunstancia de atenuación.**

“La ira e intenso dolor no surgen de cualquier agresión que, simplemente, anteceda al comportamiento típico. Dicho aspecto, apenas, podría constituir un elemento objetivo para valorar si tal actitud implica un comportamiento ajeno grave e injustificado. La otra cara de la moneda es precisamente el estado interno en que se comete la conducta, pues si aquél no se verifica, mal podría hablarse de ira o intenso dolor, estado que justifica disminuir la respuesta punitiva por un aminorado grado de culpabilidad. Sin ese factor, la fragmentaria referencia a situaciones externas queda en el vacío, sin que puedan dar lugar al reconocimiento de la diminuyente señalada en el artículo 57 del Código Penal. La jurisprudencia ha clarificado cómo se estructura la ira e intenso dolor, causal que se focaliza en el estado emocional del sujeto activo y en la que las circunstancias ajenas a él deben articularse para verificar si se produjo o no la alteración síquica que impulsa un reaccionar violento. Al respecto, en la SP10274-2014, la Sala puso de presente los elementos necesarios para configurar la ira o intenso dolor, a saber, que el acto delictivo: i) Se cometa como consecuencia de un impulso violento; ii) provocado por un acto grave e injusto, de lo que iii) surge necesariamente la relación causal entre uno y otro comportamiento. Es por ello que, si la atribución de la ira o intenso dolor únicamente se hace depender de una

circunstancia ajena al sujeto activo, sin la verificación de su estado emocional, por ende, sin el correspondiente nexo causal entre la ofensa y la disminución de la capacidad intelectual y volitiva del -inicialmente- agraviado, la formulación de hechos jurídicamente relevantes es insuficiente. Es que, como precisa la jurisprudencia (CSJ SP346-2019, Rad. 48.587), la atemperación de la pena por la vía de la ira o el intenso dolor no sólo exige la verificación de circunstancias objetivas, externas, correspondientes a un comportamiento ajeno grave e injustificado, sino que se haya producido una alteración subjetiva emocional en el sujeto activo, que influye en la realización de la conducta típica. (...) En primer lugar, si bien no se exige concomitancia entre el comportamiento grave e injusto provocador de la alteración emocional a que se refiere el Art. 57 del CP., también es verdad que sí ha de existir un nexo directo entre la ofensa y la reacción del sujeto activo de la conducta punible. Mas en el presente caso, hay varias situaciones que impiden afirmar la requerida perturbación emocional por ausencia de conexión entre el altercado previo y la agresión mortal, a saber: i) El aspecto temporal y ii) la insuficiente gravedad del comportamiento atribuido a la víctima". (CSJ, Cas. Penal, Sent. Agos. 19/2020, Rad. 54039, M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación.**

"Respecto de los elementos que estructuran la atenuante, la Corte ha enseñado (CSJ SP, 30 Jun. 2010, Rad. 33.163): «Según lo tiene dicho en forma reiterada esta Sala, los elementos de la atenuante de ira e intenso dolor son los siguientes: a. Conducta ajena, grave e injusta. b. Estado de ira e intenso dolor. c. Relación causal entre la provocación y la reacción. Y es precisamente respecto del primero de tales presupuestos, en lo que tiene ver de manera específica con el desarrollo de una conducta grave de parte de la víctima, que no se encuentra satisfecha la disminuyente, sobre lo cual pertinente resulta evocar el criterio de la Sala, en el entendido de que: "...la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como por ejemplo, su situación psicoafectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias, los sentimientos, el grado de educación, el nivel social y económico" (subraya fuera de texto)». La Sala igualmente ha dicho (CSJ SP., 9 May. 2007, Rad. 19.876): «2. Como lo ha dicho la Corte, para reconocer el estado de ira, resulta indispensable que los elementos probatorios tengan la capacidad de demostrar que efectivamente el acto delictivo se cometió a consecuencia de un impulso violento, provocado por un acto grave e injusto de lo que surge necesariamente la existencia de la relación causal entre uno y otro comportamiento, el cual debe ejecutarse bajo el estado anímico alterado. No se trata entonces, como atinadamente lo enseña la doctrina, de actos que son el fruto exclusivo de personalidades impulsivas, que bajo ninguna provocación actúan movidas por su propia voluntad. Y en el caso de que el acto

sea origen de un estado emocional como los celos, es necesario diferenciar la existencia previa del acto reprochable, ultrajante y socialmente inaceptable por parte de la víctima de aquel que se origina en una responsabilidad predispuesta a sentirlos sin ningún motivo real. Recuérdese que la provocación consiste en una conducta para mortificar o suscitar protesta, desagrado o inconformidad en una persona determinada, originando un estado de excitación que además de producir alteraciones orgánicas visibles o perceptibles, ocasiona pérdidas de control y obnubilación u ofuscación inocultables. De esa manera, el estado emocional del inculpatado debe ser directamente provocado por un comportamiento grave e injusto, siendo estas últimas verdaderas cualificaciones jurídicas que el legislador impuso a la provocación. Habrá gravedad cuando el comportamiento tiene capacidad para desestabilizar emocionalmente al procesado y será injustificado cuando la persona no está obligada a soportar la ofensa que conlleva una situación insoportable por vulnerar sentimientos o conceptos que para el ofendido son importantes y valiosos y, de otra parte, quien la hace no cuenta con autorización, privilegio o permisibilidad para hacerla. Por ello, la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como por ejemplo, su situación psicoafectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias (tiempo, modo lugar, oportunidad, tono, expresión corporal y oral etc.), los sentimientos (honor, dignidad y auto estima), la formación (moral, cultural), el grado de educación, el nivel social y económico. De lo expuesto se infiere que no toda provocación es grave e injusta y que sólo los estados de ánimos originados por comportamientos con estas últimas connotaciones quedan amparados por la disminuyente de la ira o dolor examinada, siempre que la provocación provenga de quien padece las consecuencias». (CSJ, Cas. Penal, Sent., Agos. 13/2014, Rad. 43190, M. P. José Luis Barceló Camacho).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Elementos normativos de la ira e intenso dolor.**

En conclusión, la ausencia de antecedentes personales, sociales, familiares, la buena conducta anterior del procesado referida por los testigos, entre ellos, el S. R. J y el SLR. S quien definió a P. como un buen Soldado, respetuoso, cumplidor de las órdenes; conllevan considerar que no existe, por el momento, necesidad de ejecución de la pena, por lo que se dispondrá la suspensión condicional de la sanción, fijando como período de prueba el lapso de tres años. Consecuentemente, se ordenará que el condenado otorgue caución juratoria en la que se comprometerá a cumplir las obligaciones consagradas en el arto 65 de la Ley 1407 de 2010. Respecto a la solicitud orientada al reconocimiento del estado de ira e intenso dolor, como disminuyente punitivo en favor del procesado, estima el Colegiado que tal petición es improcedente en razón a que, como se ha señalado con antelación, la

conducta del enjuiciado P. R. no es resultado de comportamiento ajeno, inesperado, provocado, grave e injusto, todo lo contrario, conforme las razones expuestas en anteriores glosas, no existe relación entre el presunto agravio y la reacción

extrema del acusado, motivo por el cual la petición no está llamada al éxito". (TSM. RAD. 156970, M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, 27 de julio de 2011.

Artículo 58. Circunstancias de mayor punibilidad.

Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. Ejecutar la conducta punible en estado de guerra exterior o de conmoción interior, frente al enemigo, o frente a delincuentes.
2. Cometer la conducta punible delante de la tropa reunida para los actos del servicio.
3. Haber obrado por motivo abyecto, innobles, fútiles, o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.
4. El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución de la conducta punible, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal o bienes, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente.
5. La preparación ponderada de la conducta punible.
6. El mayor grado, autoridad o mando del actor o del ofendido, cuando este haya sido determinante en la comisión de la conducta.
7. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechamiento de circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.
8. Abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido.
9. Ejecutar la conducta con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de subalternos o inimputables.
10. Obrar con complicidad de otro.
11. Ejecutar la conducta aprovechando calamidad, infortunio, o emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.
12. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a este padecimiento innecesario para la ejecución del delito.
13. Abusar de la credulidad pública o privada.
14. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible.
15. Cometer la conducta en presencia o con el concurso de subordinados.
16. Abusar de cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima.
17. Haber cometido conducta para ejecutar u ocultar otra o para asegurar para sí o para otra persona el producto, el provecho, el precio o la impunidad de otro hecho punible.
18. Ejecutar la conducta sobre objetos expuestos a la confianza pública, o custodiados en dependencias oficiales o pertenecientes a estas, o destinados a la utilidad, defensa o reverencia colectivas.
19. Tratar de desviar la investigación descargando la responsabilidad en terceros.
20. Cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales.
21. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva.
22. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Los agravantes por reincidencia competen al legislador.

“La Corte Constitucional ha dicho que, aunque la procedencia de las agravantes por reincidencia es objeto de viva discusión doctrinal, la Constitución no se ha matriculado en ninguna de esas corrientes y que, por tanto, corresponde al legislador el poder de establecerlas o no. Ahora bien, si la agravación por reincidencia está permitida por la Constitución y depende del legislador su implementación, la norma del

artículo 12 de la Ley 1153 de 2007 no puede ser objetada”. (C. Const. Sent. C 185 de 2011 marzo 16/11, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Las circunstancias de agravación violan el principio de “non bis in ídem”.

(...) Como se deriva de lo expuesto, si bien existen casos en los que la violación del principio non bis in ídem se deriva del carácter imperativo de varias normas jurídicas que le imponen al juez la doble

o múltiple valoración de una misma conducta, como sucedió en el precedente incorporado en la Sentencia C-521 de 2009, en donde el legislador estableció simultáneamente como elemento de los tipos penales previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal y como elemento para agravar la sanción derivada por esos punibles, la misma circunstancia de hecho, esto es, que la víctima sea una persona menor de 14 años; lo cierto es que también pueden presentarse otras hipótesis, en las que la autoridad judicial puede solucionar directamente la aparente vulneración del citado principio, con ocasión de la existencia de casos en los que se aprecia una supuesta aplicación coetánea de la ley penal, que al no exigirse de manera forzosa, le permiten al juez acudir por vía interpretativa al uso de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, para resolver los problemas derivados del proceso de adecuación típica, en los términos descritos en el numeral anterior". **(Corte Const. Sentencia C-164/19, abril 10/2019, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Estado de indefensión.

(...) "La Corte ha señalado que el estado de indefensión existe cuando una persona ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, que ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses. Así, la posible situación de indefensión en la que se encuentra una persona debe ser evaluada por el juez constitucional de cara al caso concreto, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares y los derechos fundamentales que están siendo objeto de amenaza o vulneración, por cuenta del ejercicio de la posición de poder que ostente la persona o el grupo de que se trate". **(Corte Constitucional. Sentencia: C- 024 de 1994, enero 27 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Niños en condición de vulnerabilidad.

"(...) La Corte Constitucional, en la sentencia C-203 de 2006, abordó lo relativo a la situación de los niños y adolescentes que son víctimas de los conflictos armados y que son reclutados y utilizados por los grupos armados irregulares. [...]La existencia de dos normas penales vigentes que dependen simultáneamente por el establecimiento de conductas punibles relacionadas con el reclutamiento y utilización de menores en conflictos armados, sólo puede responder al interés del legislador de asegurar a través de ellas, la tipificación de todas las conductas posibles y ajenas a la protección de los niños y las niñas en tales circunstancias, que han sido reconocidas en el derecho internacional. De ahí que para la Sala, tanto en el derecho interno como en el internacional, lo que se penaliza es que los niños, niñas o adolescentes sirvan (utilización) o tomen parte en esos grupos (participación), con independencia de las tareas que realicen en ellos, toda vez que la participación o utilización directa o indirecta de los menores en el conflicto,

se subsume en el concepto de admisión o ingreso de los menores a los grupos armados irregulares, en que el ingreso significa la participación en las actividades del grupo, sin que se especifique si se hace en calidad de combatiente o no, lo que amplía aún más la protección que el derecho internacional plantea para los niños o niñas, ya que cualquier menor que forme parte de los grupos armados, independientemente del tipo de actividades que realice en ellos, esto es que actué directamente en las hostilidades o sirva de correo, mensajero, cocinero, etc., queda protegido por esta disposición. De otra parte y atendiendo a los elementos del delito de reclutamiento ilícito tipificado en los artículos 14 de la Ley 418 de 1997 y 162 del Código Penal (Ley 599 de 2000), la Corte considera que la conducta prohibida por las normas internacionales, de utilización de niños con ocasión de un conflicto armado, esto es, la participación directa o indirecta de los menores en hostilidades o en acciones armadas, aún de manera voluntaria, encaja perfectamente en las hipótesis previstas en los citados preceptos penales, pues el legislador, asegurando el interés superior del menor, penalizó el reclutamiento y la inducción al ingreso de los menores, independientemente de que tales conductas sean producto de una decisión voluntaria del menor o de una acción forzada, ya que tales elementos, ni están en el tipo penal, ni fueron tenidos en cuenta por el Congreso, por lo que no son necesarios para la tipificación del reclutamiento o la inducción referida, además que en la legislación nacional, los menores no tienen capacidad para obligarse estrictamente en decisiones que generen efectos jurídicos, por lo que la voluntad de admisión o ingreso no puede ser considerada un motivo de atipicidad, menos cuando ni siquiera está previsto en la norma." **(Corte Constitucional. Sentencia: C-240 de 2009, abril 1º de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Reclutamiento de menores y reclutamiento ilícito.

"[...]Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica 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. [...] el cómplice es aquel que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho". **(Corte Constitucional. Sentencia: C- 015 de 2018, marzo 14 de 2018, M. P. Cristina Pardo Schlesinger).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– DISCRIMINACIÓN. **Mayor Punibilidad – Identidad de Género.**

"(...) Normalmente en los homicidios LGBTI hay señales de sevicia, ensañamiento, tratos crueles y tortura, lo que demuestra que, en términos generales, la actividad delictiva no sólo está orientada a la supresión de la vida, que la violencia excede la finalidad homicida y que, en

últimas, la víctima constituye un instrumento para transmitir mensajes sobre la necesidad de eliminar la diferencia, y para intimidar e infundir terror y miedo a los individuos que hacen parte de este grupo. [...] la sevicia se da en los casos en los que existe una "crueldad excesiva" que, además de la intención de matar, causa la muerte "haciendo sufrir atrozmente a la víctima con padecimientos innecesarios a la realización del fin". (...). **(Corte Constitucional. Sentencia: C-257 de 2016, enero 27 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – CONSTITUCIONALIDAD. **Policia Judicial. Abuso de autoridad.**

"(...)En un Estado social de derecho, el uso del poder de Policía –tanto administrativa como judicial–, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la Policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de Policía. El ejercicio de la coacción de policía para fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico puede constituir no sólo un problema de desviación de poder sino incluso el delito de abuso de autoridad por parte del funcionario o la autoridad administrativa". (...) **(Corte Constitucional. Sentencia: C-024 de 1994, enero 27 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Se incurre en violación al non bis in ídem cuando se aplica el aumento de la pena por una circunstancia genérica de agravación y ya se ha considerado la agravante específica de la conducta.**

"Si se comparan el contenido y alcance de la causal de agravación establecida en el numeral 4° del artículo 104 de la Ley 599 del 2000 para el homicidio, con la circunstancia de mayor punibilidad dispuesta en el numeral 2 del artículo 58 ibidem, razonablemente se infiere que ambas se estructuran a partir de una misma circunstancia fáctica. Quinta. Esa doble imputación contraría el amplio, sempiterno, general y ecuménico principio conocido como non bis in ídem, en su modalidad o especie de imposibilidad de doble o múltiple valoración, y más cercanamente, el artículo 29 de la Constitución Política y uno de sus desarrollos, el artículo 58 de la ley 599 del 2000, de acuerdo con el cual las circunstancias de mayor punibilidad allí regladas permiten el aumento de la pena, pero siempre que no hayan sido previstas de otra manera. Y como, repítese, el mismo motivo ha sido erigido como causal específica de agravación de la pena, no podía ser atendido a título genérico para el caso concreto. Obsérvese más. El N.º 2 del artículo 58 del Código Penal, dispone: Son circunstancias de mayor punibilidad. [...] 2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria. El N.º 4 del artículo 104 del mismo

Estatuto, incrementa la pena para el homicidio, de 25 a 40 años, cuando se comete: 4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil. Como se ve, no es viable repetir el mismo factor para aumentar la pena concretamente frente al homicidio y, luego, genéricamente para el mismo delito. La prohibición Constitucional y legal es expresa y nítida. (...) Lo anterior evidencia, además, que, al momento de estimar los cuartos de movilidad punitiva, el A quo partió del último, atendiendo la circunstancia genérica de agravación ya mencionada, que, como se dijo, había estimado antes, a título de agravante específica del numeral 4 del artículo 104 del Código Penal. Como debía dosificar la pena dentro del cuarto mínimo, y lo hizo dentro del máximo basado en el yerro señalado, el incremento punitivo indebido es más que notorio". **(CSJ, Cas. Penal, Sent. Jul. 5/2007, Rad. 26315, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La esencia de la preparación ponderada del hecho punible se denota en la dificultad de la reacción de la víctima, y no en el número de personas que participaron en el delito.**

"(...) el fundamento de la censura radica en que, si ocho personas se reunieron para cometer el hurto, pluralidad que se encuadra en la segunda parte de la circunstancia del numeral 10 del artículo 351 del Código Penal, y asumieron las tareas que cada una debía cumplir, ese hecho por sí mismo implica la preparación ponderada del ilícito, prevista en el numeral 4 del artículo 66 que, por esta razón, se subsume en aquel. Igual sucede con la agravante genérica contemplada en el numeral 3 de dicho artículo 66, porque imponer una mayor sanción a quien dificulte la defensa del ofendido es lo que también pretende el legislador al consagrar las circunstancias específicas de los ordinales 9 y 10 del artículo 351 del estatuto punitivo. Con relación al primer aspecto, el cargo debe ser desestimado porque, como lo expuso la Sala en la sentencia del 24 de octubre de 1989 (M. P. Rodolfo Mantilla Jácome, Rad. 3599): "... no es de la esencia de la preparación ponderada del hecho punible la presencia de dos o más personas reunidas o acordadas para cometer el delito, la agravante genérica se puede predicar de un sólo individuo, al tiempo que la referencia a varias personas apunta a resaltar punitivamente la participación criminal, que por el sólo hecho del mayor número de personas, hace más innoble el delito, más difícil la reacción de la víctima, siendo estos valores suficientes para sancionar más drásticamente tal comportamiento colectivo, sin que sea menester para ello precisar su premeditado diseño y su realización ponderada, por el contrario, cuando una y otra cosa se unen, se está en presencia de las dos circunstancias de agravación, la genérica del 66-4 y la específica del 351-10, que deben por ello ser simultáneamente aplicadas, como ocurrió en el presente caso". En realidad, se trata de fenómenos diferentes que no tienen relación, no se presuponen y pueden concurrir o no, pues la intervención de más sujetos en la realización del ilícito no implica su ponderada preparación, ni esta se hallaría indefectiblemente ausente cuando la autoría fuera individual. Por completo independiente una de otra, la razón para que

se consagrara mayor punición en caso de existir sujeto activo plural tuvo que ver con la situación de mayor peligro en que en tal evento se encontraba la víctima y sus más precarias condiciones para oponer resistencia. (CSJ, Cas. Penal, Sent. nov. 2/2000, Rad. 12.938, M. P. Nilson E. Pinilla Pinilla).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La circunstancia de mayor punibilidad que trata el Art. 58.7 Código Penal Militar se aplica en el evento que el tipo penal sub iudice no la incluya en sus ingredientes normativos.**

“Estas circunstancias en que el hecho tuvo realización, a más de corresponder a la definición típica del delito de tentativa de homicidio en persona protegida, se enmarcan en el contenido del artículo 58.5 del Código Penal, en cuanto resulta evidente que el número de autores armados, entrenados especialmente para el combate, denotaba manifiesto abuso de las condiciones de superioridad numérica y de armamento frente a la víctima civil desarmada, quien además les había puesto de presente que no representaba ningún peligro para el desenlace de la operación en curso y que no obstante ello recibió varios impactos de arma de fuego propinados con intención de segar su vida, poniendo en evidencia la mayor reprochabilidad social y jurídica que este tipo de conductas amerita. (...) De esta suerte, como aparece nítido que el tipo penal aplicado al caso no incluye la circunstancia de mayor punibilidad de que trata el artículo 58.5, pues el homicidio en persona protegida no necesariamente se debe ejecutar mediante ocultamiento, o con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando las circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o participe, a la Corte le resulta evidente que cuando la conducta se lleva a cabo al amparo de una o varias de dichas previsiones, es claro que la configuración de la circunstancia de mayor punibilidad se hace manifiesta, pudiendo ser no sólo imputada, sino tomada en consideración al momento de la individualización judicial de la pena, como con acierto se procedió en este caso por la Fiscalía y los juzgadores de instancia, según también se pone de presente por el Procurador Delegado”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., feb. 15/2017, Rad. 34982, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Concepto jurídico de inferioridad.**

“Respecto del último motivo de mayor punibilidad, cabe precisar que la norma hace referencia a cuatro situaciones que surgen diferentes: (I) Se puso a la víctima en situación de indefensión, (II) se la puso en situación de inferioridad, (III) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (IV) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima. Se dice que los cuatro supuestos son disímiles por cuanto la indefensión comporta falta de defensa (acción y efecto de defenderse, esto es, de ampararse, protegerse,

librarse), y una cosa es que el agresor haya puesto a la víctima (colocarla, disponerla en un lugar o grado) en esas condiciones, y otra diferente a que la víctima por sus propias acciones se hubiese puesto en esa situación, de la cual el agente activo se aprovecha (le saca provecho, utiliza en su beneficio esa circunstancia). Por su parte, la inferioridad es una cualidad de inferior, esto es, que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad, que está sujeta o subordinada a otra, y, por lo ya dicho, no equivale a lo mismo que una persona haya sido puesta en condiciones de inferioridad por el agresor, o que, estándolo por sus propios medios, el agente hubiese sacado provecho de tal circunstancia”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., Nov. 26/2014, Rad. 44.817, M. P. José Luis Barceló Camacho).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **El número de autores armados, entrenados especialmente para el combate, denotaba manifiesto abuso de las condiciones de superioridad numérica y de armamento frente a la víctima civil desarmada.**

No obstante, no puede desconocerse la forma en que se intentó ocasionarle la muerte, pues no siendo discutidos los hechos declarados probados en el fallo, se tiene claro que DJLR no portaba arma alguna, que pese a haber alzado sus manos y levantado su camisa para mostrarle a los militares que lo requirieron que no representaba ningún peligro para ellos, en su contra le propinaron varios disparos con arma de fuego y después los autores de la conducta pretendieron impedir que fuera trasladado a un centro asistencial para recibir ayuda médica que salvara su vida. Estas circunstancias en que el hecho tuvo realización, a más de corresponder a la definición típica del delito de tentativa de homicidio en persona protegida, se enmarcan en el contenido del artículo 58.5 del Código Penal, en cuanto resulta evidente que el número de autores armados, entrenados especialmente para el combate, denotaba manifiesto abuso de las condiciones de superioridad numérica y de armamento frente a la víctima civil desarmada, quien además les había puesto de presente que no representaba ningún peligro para el desenlace de la operación en curso y que no obstante ello recibió varios impactos de arma de fuego propinados con intención de segar su vida, poniendo en evidencia la mayor reprochabilidad social y jurídica que este tipo de conductas amerita. [...] como aparece nítido que el tipo penal aplicado al caso no incluye la circunstancia de mayor punibilidad de que trata el artículo 58.5, pues el homicidio en persona protegida no necesariamente se debe ejecutar mediante ocultamiento, o con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando las circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o participe, a la Corte le resulta evidente que cuando la conducta se lleva a cabo al amparo de una o varias de dichas previsiones, es claro que la configuración de la circunstancia de mayor punibilidad se hace manifiesta, pudiendo ser no sólo imputada, sino tomada en consideración al momento de la individualización judicial de la pena, como con acierto se procedió en este caso por la Fiscalía

y los juzgadores de instancia, según también se pone de presente por el Procurador Delegado. **(CSJ, Cas. Penal, Sent., Feb. 15/2017, Rad. 34982, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. Manifiesto abuso de las condiciones de superioridad numérica y de armamento frente a las víctimas.

“Aunado a lo anterior, no encuentra la Sala en las consideraciones del fallo del Tribunal reparos a la determinación adoptada en relación con las circunstancias de mayor punibilidad imputadas y por las que se condenara a los procesados, artículo 58 numerales 5 y 10 del Código Penal, pues resulta evidente que el número de autores armados, entrenados especialmente para el combate, denotaba manifiesto abuso de las condiciones de superioridad numérica y de armamento frente a las víctimas civiles desarmadas, quienes les habían puesto de presente que no representaba ningún peligro, no obstante ello recibieron varios impactos de arma de fuego propinados con intención de segar su vida, poniendo en evidencia la mayor reprochabilidad social y jurídica que este tipo de conductas amerita”. **(CSJ, Cas. Penal, Sent., Nov. 21/2020, Rad. 56784, M. P. Eugenio Fernández Carlier).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. La intervención plural de agentes en el hecho como criterio de dosificación punitiva, independiente de la calidad de determinante, autor material o cómplice.

Por último, tampoco resulta jurídicamente admisible el cuestionamiento que está referido a la afirmada aplicación indebida de la agravante prevista en el num. 7 del Art. 66 del CP., esto es, “obrar con complicidad de otro”, so pretexto de haber sido condenado L.R. como coautor de dicha conducta, como si este hecho generara la incompatibilidad frente a la agravante, pues fuera de carecer del más mínimo sustento, no puede la propuesta ser más inconsecuente. Evidentemente, la causal de agravación en comento, castiga con mayor rigor punitivo la “complicidad preordenada” como la llamara Ferri, esto es, la plural intervención de varios agentes en la realización de la conducta punible, en la medida en que independientemente de que cada uno de los sujetos deba responder por su participación delictiva a título de autor o de cómplice y que dada dicha condición esté fijada la medida punitiva de su responsabilidad, la circunstancia mayormente peyorativa añade un plus de reproche al momento de la cuantificación de la pena, bajo el entendido que cuando actúan en la realización del hecho varias personas, no solamente se obra sobre seguro, ampliando en un mayor grado la eficacia y seguridad del propósito delictivo, sino que la cooperación colectiva preordenada hacia la producción del resultado finalmente perseguido, configura un atentado en el que se pone en mayor riesgo al bien jurídico protegido, con evidentes repercusiones de mayor impacto en los asociados. Bien se ha dicho, por eso, que unas son las consecuencias de la conducta individual según el grado de

participación que se ha tenido y otra la mayor incidencia negativa que desde el punto de vista de la sanción penal se deriva, por la circunstancia de concurrir varios individuos en la realización del hecho delictivo.

Así, comparte desde luego la Sala, las glosas que en este particular anota el Procurador Delegado, cuando señala: “La expresión ‘obrar en complicidad con otros’, debe entenderse como la voluntad del legislador para establecer un criterio de dosificación punitiva a partir de la intervención plural de agentes en el hecho, independientemente de que éstos tengan, para efectos de su responsabilidad, la calidad de determinadores, autores materiales o cómplices. El vocablo cómplice, en el lenguaje ordinario, define al ‘participante o asociado en crimen o culpa imputable a dos o más personas’, por lo que tiene íntima referencia al número de sujetos que intervienen en la comisión de un delito, particularidad que el legislador ha relevado como un factor en el incremento de la pena, en razón al mayor peligro o posibilidad de detrimento del bien jurídico, pues a mayor número de atacantes, menor posibilidad de protección del mismo, logrando de este modo una mayor probabilidad en su vulneración y de ahí, que el estado convenga una mayor reacción con medidas más elevadas para la protección del bien jurídico. Si al término complicidad se le diera un sentido estrictamente jurídico penal, la circunstancia genérica aludida incrementaría la sanción exclusivamente para el autor del hecho y a condición de que él hubiera sido ayudado por un cómplice, dejando por fuera de estos parámetros a los coautores simples –quienes obran sin el auxilio de cómplices–, quienes bajo esta interpretación, serían penados en quantum inferior al del autor que se vale de un cómplice, a pesar de tener un mayor compromiso en el hecho punible, lo cual sería realmente un contrasentido”. **(CSJ, Cas. Penal, Sent., oct. 24/2002, Rad. 11536, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Los supuestos de imputación de circunstancias agravantes de la pena, genéricas o específicas, que las mismas deben atribuirse fáctica y jurídicamente, en forma completa, inequívoca y expresa al procesado, toda vez que sólo pueden ser tomadas en cuenta en la sentencia aquellas expresamente imputadas. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad.

“5. De cara a la anterior constatación resulta oportuno reiterar la doctrina de esta Corporación según la cual el principio o garantía de congruencia entre sentencia y acusación, constituye base esencial del debido proceso, pues el pliego de cargos se erige en marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no puede ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir, amén de que con base en la acusación obtiene la confianza de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa resolución. La precisión de la acusación impide al juez agravar la

responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas en la acusación o incluir agravantes no contempladas en ella, so pena de infringir el denominado principio de congruencia integrado por la correspondencia entre lo imputado, lo juzgado y lo sentenciado. En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas, y que su atribución en el pliego de cargos esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico-probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquellas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer. Por su parte, respecto a las causales genéricas de mayor punibilidad contempladas en el artículo 58 de la Ley 599 de 2000 (antes Art. 66 Decreto-Ley 100/80), superado como se encuentra el criterio de que su valoración es exclusiva del fallador al dosificar la pena, lo mismo que la distinción doctrinal entre “objetivas” y “subjetivas”, es consenso en la jurisprudencia en cuanto a que aquellas deben ser atribuidas en el acto complejo de acusación de manera expresa, tanto fáctica como jurídicamente sin que esto se traduzca en convertir en presupuesto de la imputación la enunciación numérica del texto legal, como quiera que para ello es suficiente la valoración objetiva y subjetiva de la circunstancia de mayor intensidad punitiva mediante racionios que no permitan la duda acerca de su atribución a efectos de que puedan ser consideradas en el fallo, ya que, de lo contrario, al computarlas el juzgador atentaría contra el principio de congruencia”. **(Rad 41734 de 2013). (CSJ, Sentencia. Rad. N.º 54245, May. 13/2020, M. P. Gerson Chaverra Castro).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **La posición distinguida como causal de agravación para los miembros de la Fuerza Pública. Distinción entre oficiales, suboficiales y soldados profesionales. Criterio Funcional.**

“Ahora, como quiera que la primera instancia se ubicó en los cuartos medios para efectos de dosificar la sanción a imponer, en razón de haberse atribuido a los acusados una circunstancia genérica de mayor punibilidad (La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio) y una de atenuación (la carencia de antecedentes), antes de definir la pena a imponer, corresponde analizar el segundo de los aspectos contenidos en el cargo admitido, esto es, si resulta factible o no invocar respecto de los sentenciados la mencionada circunstancia genérica de mayor punibilidad, dada su condición de integrantes del Ejército Nacional, tópico respecto del cual la razón está del lado del impugnante. En efecto, el numeral 9 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000 consagra como circunstancia de mayor punibilidad la

posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio. La concurrencia de una cualquiera de tales calidades en el procesado traduce una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades individuales y sociales, lo cual explica que el delito cometido se considere más grave. En términos de la Corte Constitucional, esta causal de agravación no es “gratuita” sino que surge “a partir de diferencias relevantes que precisamente llevan a considerar que, dentro de la sociedad, los individuos de quienes se trata son precisamente los “distinguidos”, eso es, los que sobresalen por cualquiera de los factores enunciados, colocándolos en un nivel privilegiado frente a los demás. Es precisamente de ellos –a quienes más se ha dado– de quienes más se espera en lo relativo a la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico” (Sentencia C-038 de 19/02/98.) En consecuencia, tiene razón el defensor cuando sostiene que la calidad de soldado o suboficial del Ejército Nacional, no apareja de manera automática una posición social distinguida, como tampoco un nivel jerárquico que determine gran reconocimiento social, ni en forma alguna genera una posición privilegiada. La verdad es que pertenecer al Ejército Nacional como soldado o suboficial, conlleva una gran responsabilidad para los integrantes de la Institución, pero de ahí no puede deducirse indiscriminadamente que por ese sólo hecho se suscite la agravante en consideración, toda vez que el grado aludido no otorga per se ninguna preeminencia a la persona. Normalmente, según lo afirma el Ministerio Público, el grado de Soldado y aun el de suboficial del Ejército, en modo alguno implica una condición distinguida, pues quienes la tienen ordinariamente son gentes humildes, de origen campesino, que por lo mismo en el seno de la sociedad no ostentan una posición de privilegio, la cual ni siquiera adquieren por su vinculación a la Fuerza Pública. Por manera que, era preciso que el sentenciador marginara de la dosificación punitiva esa circunstancia de mayor punibilidad erróneamente incluida en la resolución acusatoria respecto del Soldado Profesional (...), toda vez que en su caso no cabe hablar de posición distinguida, motivo por el cual la censura planteada por el demandante está llamada a prosperar. No obstante, si bien es cierto la demanda de casación en relación con este tópico sólo fue presentada en nombre del procesado mencionado, por tratarse de un aspecto relacionado con el quebrantamiento de una garantía fundamental, los efectos de esta decisión se hacen extensivos a los demás acusados no demandantes, toda vez que se vieron afectados en la misma medida por el fallo judicial impugnado, esto es, los Soldados Profesionales (...). Diferente es la situación del Mayor (...), el Capitán (...) y el Teniente Carlos (...), toda vez que en su condición de oficiales del Ejército Nacional, tienen como tarea principal ejecutar, conducir y liderar las diversas operaciones llevadas a cabo, es decir, conforman el nivel directivo de la institución, calidad que les otorga la posición distinguida en la sociedad exigida normativamente para derivar en su contra la agravante punitiva que les fuera atribuida en la acusación y en la sentencia”. **(CSJ, Sentencia. Rad. N.º 38999, Jun. 8/2016, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Un elemento o circunstancia, no puede ser sometido a más de una valoración desfavorable, esto es, como elemento del tipo legal de que se trate, y también como agravante.

“Ahora, en el pliego de cargos se dedujeron como circunstancias, de menor punibilidad, la carencia de antecedentes penales –Art. 55, ordinal 1º del C. Penal de 2000–, y de mayor punibilidad, la posición distinguida que por su cargo –Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cartagena– el procesado ocupaba en la comunidad de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 58, numeral 9º idem. En relación con esta última circunstancia genérica de agravación punitiva o de mayor punibilidad si bien mayoritariamente la Sala ha venido sosteniendo su procedencia en eventos como el que aquí se examina, en virtud de la “misión protagónica” dentro de la comunidad que el Estado le encomienda al funcionario judicial para la solución imparcial de los conflictos sociales, situación privilegiada que facilita la comisión del delito en cuanto se aprovecha de su investidura o función para contrariar el ordenamiento e irrogar de esta manera un mayor daño social porque, “amén de agredir bienes jurídicos, rompe la independencia y la jurisdiccionalidad que son dos preciados valores institucionalmente dispuestos para enfrentar el choque social (...)”, un nuevo escrutinio de tales fundamentos orientado al respeto del debido proceso sancionatorio reclama un replanteamiento del tema, pues al infractor mal se le puede colocar en la posición de tener que expiar sucesivamente su falta por el mismo hecho, sin que ello entrañe violentar el principio de prohibición de doble valoración, o lo que es lo mismo, la inobservancia del principio non bis in ídem. En efecto, dicho postulado de raigambre constitucional –Art. 29 de la Carta Política– tiene por finalidad evitar que el individuo pasible de pena en virtud de comportamiento contrario a derecho, sea castigado más de una vez por el mismo hecho. El principio de determinación del hecho y de la pena conlleva la exigencia de que lo prohibido bajo conminación sancionatoria se halle claramente establecido en la ley, de modo tal que su fijación no quede librada al arbitrio del

juez, como quiera que el ciudadano debe saber de antemano las consecuencias que caben derivarse de su conducta. Por consiguiente, la punibilidad debe estar sujeta a los criterios de legalidad previa, estricta y cierta, lo cual significa que la ley ha de señalar inequívocamente la naturaleza de la pena y el marco dentro del cual puede moverse el juez al aplicarla. Un factor, téngasele por elemento o circunstancia, no puede ser sometido a más de una valoración desfavorable, esto es, como elemento del tipo legal de que se trate, y también como agravante. La prohibición de doble valoración por este aspecto, dice relación con el hecho propiamente tal y sus circunstancias relevantes; dicho de otro modo, factores que sean valorados como elementos configurantes del delito, no pueden apreciarse simultáneamente como circunstancias agravantes del mismo, y a su vez de la punibilidad. Fue el propio legislador quien dispuso respecto de las agravantes –Art. 66 del C. Penal anterior– o circunstancias de mayor punibilidad –Art. 58 de la Ley 599 de 2000– que ellas proceden “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”. (CSJ, Sentencia. Rad. N.º 19762, Feb. 23/2005, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez). Sent. 06/04/05, Rad. 22099; Sent. 30/03/06, Rad. 23972. Sent. 30/05/12, Rad. 27339

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD. No son las circunstancias de agravación específica del delito.

“Revela confusión frente a las circunstancias de agravación específica, de una parte, y las circunstancias de mayor punibilidad, por la otra. Unas y otras son disímiles y, sin que se viole el principio non bis in ídem, pueden converger, siempre que estas no hayan sido previstas de otra manera (artículo 58 de Código Penal). Así, mientras las primeras integran el tipo básico determinado y allí se recogen, por lo que afectan directamente la pena dispuesta para la conducta punible, las últimas inciden en la elección de los cuartos punitivos, es decir, sólo se valoran en el momento de la dosificación”. (CSJ, Sentencia. Rad. N.º 48453, Agos 3/2016, M. P. Eyder Patiño Cabrera).

COMENTARIOS

La Corte Constitucional hace referencia a la potestad con la que cuenta el poder legislativo de clasificar la punibilidad de las conductas estableciendo para estos niveles de gravedad y modificando la cuantificación de las penas según la variabilidad de las condiciones bajo las cuales se desarrolla la conducta punible.

Los estados de excepción desafían al Estado Colombiano a una inestabilidad en los diferentes aspectos de la vida del país, por lo que la seguridad del Estado, la normal convivencia ciudadana y muchos otros aspectos pueden verse afectados de manera directa. Es lógico entonces que se constituya como circunstancia de mayor punibilidad la conducta que sea ejercida por funcionarios públicos en el momento de proclamarse el estado de excepción, pues se entiende en el común de sus funciones la protección del ordenamiento público, el cumplimiento de sus obligaciones se presenta con mayor premura en una circunstancia de excepción.

La comisión de la conducta punible por parte de un agente del Estado es reprochable, sin embargo, presenta una mayor gravedad la realización de la misma frente a la tropa, por motivos contrarios al deber constitucional, por recompensa o remuneración, por el hecho mismo de que el agente que realiza la actuación se encuentra representando la corporalidad de la institución, su actuación deja de ser propia y se convierte en una actuación institucional irrumpiendo con el honor militar y presentando a la tropa una conducta indebida frente al deber constitucional que les corresponde como lo es la defensa del país.

Frente al estado de indefensión, la Corte Constitucional lo ha identificado como una persona incapaz de repeler las agresiones físicas o jurídicas cuando sus bienes jurídicamente tutelados son puestos en peligro o lesionados. Es esta la razón por la que el poder legislativo ha establecido esta causal como circunstancia de mayor punibilidad, pues no sólo se agrede un bien jurídicamente tutelado, además abusa del estado de la persona que se entiende víctima.

La credulidad pública o privada conlleva la confianza de la sociedad en las actuaciones que estos desarrollan por lo que es lógico que con el abuso de la confianza depositada por los particulares en las actuaciones de las instituciones públicas y como privadas, se dé una mayor punibilidad. En particular la fe pública, que se encuentra en cabeza de los notarios y que, como su nombre lo indica, da fe de que las actuaciones desarrolladas por estas son legítimas y el abuso de esta credibilidad, por ejemplo, con el delito de estafa por bien inmueble que no es propiedad del tercero que lo vende, pero que la ley permite su venta por tercero no propietario y que es autenticado mediante notaría vulnera la confianza puesta en esta institución y lesiona la confianza de la sociedad.

Las consecuencias de la conducta punible generalmente se encuentran limitadas al objetivo primario de la actuación, es decir, el homicida busca con su actuación la pérdida de la vida, sin embargo, es diferente; por lo tanto, necesitan mayor atención aquellas acciones que aumentan el gravamen de la conducta como la actuación que se desarrolla en el comportamiento analizado por la Corte Constitucional, en la que no se busca únicamente la muerte de una persona identificada con la comunidad LGBTBI, sino que, se busca hacer daño a su integridad física, dejando rastro de este para marcar un hito en la comunidad de discriminación y violencia en su contra.

En cuanto hace relación al conflicto armado en Colombia, es claro que de manera continua y permanente se utilizan a menores como una herramienta que les da superioridad frente al enemigo. Los menores son reclutados bajo engaños o haciendo uso de las condiciones precarias en las que se desenvuelve su vida. Por ende, es lógico que dentro de las circunstancias de mayor punibilidad se encuentren los artificios u engaños en relación a subalternos o menores para la comisión de delitos pues se abusa de una posición de superioridad o credibilidad.

El honor militar es pilar de la profesión militar, por tal motivo, cometer conductas punitivas en presencia de subalternos o con la concurrencia de estos atenta la grandeza del honor militar del sujeto que la comete y de la institución en sí misma.

La motivación de incorporar esta situación a las circunstancias de mayor punibilidad es la de mantener las instituciones de la Fuerza Pública y el cumplimiento de su deber constitucional.

La Corte Constitucional también hace referencia a las limitaciones que existen a partir de la concesión de autoridad que se da a los agentes del Estado, esto con la finalidad de evitar cualquier clase de abuso de poder o autoridad. Las limitaciones son las contempladas en la Constitución, la ley y el ordenamiento internacional y reitera la prohibición del uso de explosivos sin permiso de la autoridad, aunque las Fuerzas Públicas tienen la potestad de usar armas y explosivos dentro del monopolio que maneja. Es claro que la discrecionalidad del uso no se encuentra dentro de la potestad que da el Estado.

La razón de incluir el uso de explosivos, veneno u otros instrumentos en las circunstancias de mayor punibilidad está relacionada con el hecho mismo de que son actuaciones ponderadas que se realizan con el conocimiento del riesgo en que se coloca el bien jurídicamente tutelado.

Artículo 59. Motivación del proceso de individualización de la pena.

Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **El debido proceso sancionatorio está integrado por el respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena, el seguimiento de los lineamientos legales para la individualización de la sanción y el acatamiento del deber de motivar suficientemente el procedimiento de dosificación.**

“La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en sostener que la adecuada motivación de las sentencias constituye una garantía que integra el debido proceso, pues ella permite conocer las razones que condujeron al juzgador a decidir en uno u otro sentido, el valor que dio a las pruebas, las inferencias y los juicios lógicos sobre los cuales se edificó la determinación, todo lo cual posibilita a los sujetos procesales ejercer su derecho de defensa y habilitar el de réplica. (Cfr. CSJ SP, 29 de julio de 2008, Rad. 24143). Con tal propósito, el

artículo 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración, contempló que «[l]as sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales» y, en desarrollo de ese mandato, el precepto 162 del Código de Procedimiento Penal de 2004, establece que los autos y sentencias deben contener una «fundamentación fáctica, probatoria y jurídico con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral». 2. La sanción, como respuesta punitiva del Estado, que integra la sentencia, debe también estar debidamente fundamentada y responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, de donde emerge su legitimidad. (Cfr. CSJ SP015-2018, Rad. 50023). El Código Penal establece, en el artículo 59, que «[t]oda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena» y, en el 3º, prevé que su imposición responderá a los principios de

Artículo 60.

Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables.

Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, esta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, esta se aplicará al máximo de la infracción básica.
3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, esta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
4. Si la pena se aumenta, en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.
5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

Además de los criterios señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y en el concurso, el número de hechos punibles.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Principio de Taxatividad.

“El principio de taxatividad penal implica no sólo que las conductas punibles deben estar descritas, inequívocamente, sino que las sanciones a imponer deben estar también previamente predeterminadas, esto es, tiene que ser claro cuál es la pena aplicable, lo cual implica que la ley debe señalar la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos, así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer en concreto el castigo”. (C. Const. Sent. C 1080 de 2002, Dic. 5 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis). (C. Const. Sent. C 300 de 1994, C. Const. Sent. C 177 de 2001).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Límites constitucionales de la potestad punitiva del Estado.

“Esta Corporación ha señalado que los límites constitucionales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado pueden ser explícitos e implícitos. Como límites explícitos se han identificado la prohibición de la pena de muerte (Art. 11); el no sometimiento a desaparición forzada, torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 12); la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (Art. 34); entre otras. En cuanto a los límites implícitos, se ha destacado que el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. (C. Const. Sent. C 108 de 2017, Feb. 23 de 2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL

– DOSIMETRÍA PENAL. Principio de proporcionalidad y discrecionalidad legislativa.

“(…) Como lo ha admitido la jurisprudencia de esta Corte no existen criterios objetivos que permitan sostener que ha determinado delito corresponde, como sanción proporcionada, una determinada clase y medida de pena, comoquiera que la correlación entre estos dos extremos se establece a partir del consenso alcanzado en el debate democrático, y por consiguiente es el producto contingente de una decisión legislativa auspiciada por consideraciones ético-políticas y de oportunidad. 5.2. Sin embargo, el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’, deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales) [34], prescribe al legislador unos imperativos mínimos al fijar los marcos punitivos atendiendo a: (i) La importancia del bien jurídico tutelado; (ii) la gravedad de la amenaza o ataque a ese bien jurídico; (iii) el ámbito diferenciado (dolo o culpa) de responsabilidad subjetiva del infractor; (iv) la actitud procesal del imputado. Sobre el particular la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando “se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros” 5.3. Adicionalmente, el respeto del principio de proporcionalidad (en abstracto) le impone al legislador el deber de configurar el sistema de penas de tal forma que permita al juez ajustar la sanción de acuerdo con las variaciones que puedan concurrir en el caso concreto tanto en lo relativo al grado de afectación del bien

jurídico tutelado, como en lo concerniente a los elementos para la estructuración de la responsabilidad". (**Corte Const. Sent. C-108 /17, Feb. 23/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva**).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables son directrices para la aplicación correcta de los fundamentos reales modificadores de los extremos punitivos.**

En efecto, los "parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables" consagrados en el artículo 60 de la Ley 599 de 2000, son reglas que operan respecto de la pena que en abstracto considerada por el legislador para los comportamientos por él definidos como delitos, cuando quiera que en relación con la conducta concurren igualmente circunstancias previstas por aquel con incidencia en la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, o en los grados o formas de participación, bien para intensificar o menguar la sanción, es decir, son directrices para la aplicación correcta de los fundamentos reales modificadores de los extremos punitivos, en abstracto, valga la repetición, antes de que el juzgador proceda a individualizar el castigo en el correspondiente asunto. De ahí la imposibilidad de establecer una correspondencia analógica de aplicación de las aludidas reglas respecto de la figura de la "Reparación" consagrada en el artículo 269 *ibidem*, la cual constituye un comportamiento posdelictual (y no concomitante con la ejecución del injusto), y por razones de política criminal del Estado, atendida la naturaleza del bien jurídico (patrimonio económico) que se pretende proteger con la amenaza de una pena, el legislador dentro de su libertad de configuración otorgó al operador jurídico la potestad de morigerar el castigo una vez individualizado con una significativa rebaja "de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia el responsable restituyere el objeto material del delito, o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado)". (**CSJ, Sentencia. Rad. N.º 39401, Oct. 10/2012, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. DOSIFICACIÓN PUNITIVA. **Concurrencia de rebajas de pena por causales objetivas y subjetivas.**

"Conforme la norma en cita, es evidente y así se observa del estudio realizado al plenario, que el

procesado S.C.S. se presentó a la unidad militar dentro del término establecido en la mencionada disposición, toda vez que al hacer un recuento de la consumación del hecho punible, tenemos que este tuvo ocurrencia el 24 de septiembre de 2007 y a partir de esta fecha es que comienza a contarse los ocho (8) días que exige la norma; apreciándose claramente que el conscripto hizo su presentación el 29 de septiembre del mismo año, es decir, dentro del término dispuesto por la ley para la rebaja punitiva de que trata el Digesto 130 *ibidem*, por lo que deberá reconocérsele dicha atenuación punitiva en aras del principio de legalidad. En este orden de ideas, y como se hace el acreedor el procesado a diversas reducciones en cuanto a su pena, seguiremos el siguiente orden: primero, se establecerá el límite mínimo y máximo en que nos podemos mover para la individualización de la sanción para fijar la pena en concreto y a partir de ahí se aplicaran las reducciones a que haya a lugar. Tenemos entonces que el artículo 128 del CPM., consagra para el delito de desertión, una pena de 6 meses a dos años de arresto y el artículo 130 de la misma codificación, una reducción hasta en la mitad cuando el responsable se presentare voluntariamente dentro de los ocho días siguientes. Siguiendo las reglas que para tal efecto contempla el Código Penal en su artículo 60-3, a falta de norma que así nos lo indique la legislación penal castrense, cuando la pena se aumenta o disminuye hasta en una proporción determinada, esta se aplicará al mínimo la infracción básica. O sea que el mínimo de la pena, esto es 6 meses de arresto, se puede disminuir en concreto, en una proporción que fluctúa entre un día y 3 meses de la pena privativa de la libertad. Así las cosas, el nuevo marco punitivo quedaría contemplado de 3 meses a 2 años de arresto. Al haber considerado el A Quo para el caso en concreto que no concurrían agravantes genéricos partía de la mínima, pudiéndosele sumar a ese argumento, que como atenuantes genéricas tenemos su buena conducta anterior, lo que nos permite ubicarnos en el mínimo contemplado para el ámbito punitivo, esto es, 3 meses de arresto, siguiendo los parámetros del artículo 70 de la Ley 522 de 1999.

Fijada la pena en concreto, procederemos a dar aplicación a la rebaja de la sexta parte de que habla la Ley 1058 de 2004 por aceptación de cargos. Luego, al quedar la pena imponible determinada de 3 meses de arresto, la rebaja mencionada quedaría en 15 días, que, aplicada al anterior guarismo, nos daría una pena final de 2 meses y 15 días de arresto". (**Rad. 155003, M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo, 30 de octubre de 2009**).

Artículo 61. Fundamentos para la individualización de la pena.

Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

Parágrafo. *El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre el Fiscal Penal Militar y la Defensa.*

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Reincidencia. Dogma penal constitucional –
**Tipicidad – Función y fines de la pena – Fines
constitucionales de la pena – Dosificación
punitiva.**

“La dosificación punitiva de la pena de prisión, comprende circunstancias que pueden modificar la pena, o aquellas que le permiten al juez graduar la pena de acuerdo los límites punitivos representados en el sistema de cuartos. Una de las causales para la ubicación en el cuarto mínimo de punibilidad es la ausencia de antecedentes penales como forma de valoración de la reincidencia penal, circunstancia de atenuación punitiva que ha sido identificada por la Corte Suprema de Justicia, como un análisis del juez para establecer su menor punibilidad, a partir de las situaciones personales del reo al momento de la ejecución de la conducta, más no de un estudio sobre la personalidad proclive al delito del mismo, pues tal situación no es un parámetro para fijar la pena conforme al artículo 61.3 del Código Penal. En otras palabras, la presencia de antecedentes penales no es un criterio de valoración sobre la antijuridicidad, la culpabilidad o para fijar la punibilidad, pues no es un criterio de agravación de la pena privativa de la libertad, sin embargo, su ausencia, es una situación de atenuación de la sanción penal.[...] La dosificación punitiva en materia de privación de la libertad responde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena, puesto que permite graduar la sanción que debe imponer la autoridad judicial competente.[...] En el proceso de medición de la pena, el intérprete debe tener en cuenta aquellas situaciones que modifican los límites de la pena, cuyos efectos consisten en variar los marcos punitivos, bien en su mínimo o máximo, cómo serían las situaciones de ira e intenso dolor. De otra parte, también debe tener en cuenta aquellas situaciones que no modifican los límites de la pena, pero le permiten al juzgador la graduación de la sanción en cada caso. Entre estas últimas se encuentran las circunstancias de menor o mayor punibilidad contenidas en los artículos 55 y 58 del Código Penal. [...] Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.[...] la presencia de antecedentes penales no es un criterio de valoración sobre la antijuridicidad, la culpabilidad o para fijar la punibilidad, pues no

*es un criterio de agravación de la pena privativa de la libertad, sin embargo, su ausencia, es una situación de atenuación de la sanción penal.[...] la presencia de antecedentes penales no es un criterio de valoración sobre la antijuridicidad, la culpabilidad o para fijar la punibilidad, pues no es un criterio de agravación de la pena privativa de la libertad, sin embargo, su ausencia, es una situación de atenuación de la sanción penal”.
(Corte Constitucional. Sentencia: C- 181 de 2016, abril 13 de 2016. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).*

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Procesos de
dosificación punitiva. Fases.**

“La doctrina de la Corte tiene dicho que las circunstancias de agravación o atenuación punitiva llamadas a tener en cuenta en el proceso de determinación del cuarto o cuartos dentro de los cuales debe fijarse la pena, son las previstas en los artículos 55 y 58 del Código Penal, y no las consagradas en la parte general o especial del código que implican variación de los extremos punitivos, puesto que estas ya han sido tenidas previamente en cuenta en la fijación de los límites mínimo y máximo de la pena aplicable para el delito. Oportuno es recordar que el proceso dosimétrico comprende cuatro fases, claramente diferenciadas por el código, que se cumplen progresivamente. La primera, de determinación de los extremos o límites punitivos del delito, reglamentada en el artículo 60 del Código Penal, en la que el juez debe establecer la pena mínima y máxima aplicable, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, que modifiquen estos límites. La segunda, de división del ámbito punitivo de movilidad en cuartos, proceso que reglamenta el inciso primero del artículo 61 ejusdem y que implica dividir la pena comprendida entre los límites mínimo y máximo en cuatro partes iguales, llamados cuartos (uno mínimo, dos medios y uno máximo), y en fijar cuantitativamente los montos que delimitan cada uno de ellos. La tercera, de selección del cuarto de movilidad dentro del cual el juez tasaré la pena, labor que el juez debe realizar siguiendo las directrices establecidas en el inciso segundo ejusdem, que ordena hacerlo teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, entendidas por tales las de menor o mayor punibilidad previstas en los artículos 55 y 58 del Código. Y la cuarta, de determinación de la pena en concreto, dentro de los límites de movilidad del cuarto seleccionado, que reglamenta el inciso tercero del precepto,

en la que deben ponderarse factores como la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena, la función que cumple, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito en las acciones tentadas y el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda en los eventos de complicidad”. (CSJ, Sentencia. Rad. N.º 35350, Ene. 23/2013. M. P. José Leonidas Bustos).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **El ámbito punitivo de movilidad que dispone el juzgador.**

“Ahora bien, con el propósito de constatar si le asiste la razón o no al recurrente, la Sala traerá a colación lo que pacífica y reiteradamente ha sostenido sobre la forma de interpretar y aplicar las normas que regulan las diferentes etapas que debe agotar el fallador para establecer la sanción, del siguiente tenor (CSJ SP, 30 Nov. 2006, Rad. 26227; CSJ AP, 29 Sept. 2010, Rad. 34939; y CSJ SP, 9 Oct. 2013, Rad. 39462, entre otros pronunciamientos): «...[l]o primero que ha de hacer el juez es fijar los límites mínimos y máximos de la pena, establecidos en el tipo penal por el que se procede, disminuidos y aumentados en virtud de las circunstancias modificadoras de punibilidad concurrentes, que se aplican con base a las reglas que prescribe el artículo 60 del Código Penal, conformándose de esta manera el llamado marco punitivo. Enseguida procede establecer el ámbito punitivo de movilidad, para lo cual se ha de dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, determinados con base en los fundamentos no modificadores de los extremos punitivos, esto es, las circunstancias de menor y mayor punibilidad señaladas en los artículos 55 y 58 ídem, ámbito que viene a servir de barrera de contención para limitar la discrecionalidad judicial, pues el juez sólo podrá ejercer su arbitrio en la dosificación dentro del tracto formado por los respectivos cuarto. Pero a pesar de que el método para obtener el ámbito punitivo de movilidad ordena dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 61 sólo existen tres (3) ámbitos de movilidad: el primero, conformado con el cuarto mínimo, “cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva”, el segundo, con los dos cuartos medios “cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva” y, el tercero, con el cuarto máximo “cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”. Obtenidos esos tres tractos de movilidad, el inciso 3º del artículo 61 ídem dispone que el juzgador impondrá la pena dentro del cuarto o cuartos que corresponda, ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Además, en los casos de tentativa, se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda”. (CSJ, Cas. Penal,

Sent., May. 28/2014, Rad. 43524, M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La importancia y necesidad de sustentar con precisión y suficiencia el monto de la sanción.**

“(…) la adecuada motivación del proceso de dosificación punitiva es un elemento total para predicar la legitimidad de la imposición de una determinada pena. El sistema punitivo adoptado por el Código Penal colombiano concibe un proceso de tasación que parte de montos mínimos de sanción prefijados legislativamente, como expresión de compensación (general y abstracta) del injusto culpable. Así mismo establece límites máximos que el juez no puede sobrepasar, so pena de violar la legalidad y desconocer la prohibición de exceso. Dentro de tal margen de apreciación reglado, al sentenciador no le es dable escoger arbitrariamente un monto que bien le parezca para sancionar. N.º Partiendo del respectivo tope mínimo a aplicar dentro del cuarto pertinente, aquél está en el deber de argumentar por qué se aparta de la mínima sanción prevista legislativamente e incrementa, en el caso concreto, el monto de pena. Si existe un deber de motivación en caso de aplicación de rebajas punitivas (CSJ AP 24.07.2013, Rad. 41.041), a fortiori, el juez está obligado a motivar los aumentos. En tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera ius fundamental del condenado. Así como un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento en el ámbito legislativo deviene en inconstitucional (CSJ SP 27.02.2013, Rad. 33.254), esta misma consecuencia es predicable de la imposición concreta de una pena, que inmotivadamente se aparta de los límites mínimos. La motivación del proceso de individualización de la pena –en lo cuantitativo y lo cualitativo– no puede desarrollarse de cualquier manera. La fundamentación explícita de que trata el Art. 59 del CP. ha de abordar los criterios a ponderar, establecidos en el Art. 61 incisos 3º y 4º ídem. La simple alusión a estos, sin un concreto razonamiento probatorio que los articule con el asunto sub júdice es del todo insuficiente. Como también se ofrece incompleta una motivación carente de conexión con las funciones que la pena ha de cumplir en el asunto particular (CSJ SP, Jun. 24 2015, Rad. 40382). Y es que en el presente caso ni siquiera se mencionaron las pautas que fija el inciso tercero del artículo 61 de la norma penal, desconociéndose por completo el motivo que tuvo el ad quem para imponer el máximo de la sanción que podía irrogar, tornándose tal postura en arbitraria, puesto que no atiende principios de razonabilidad y necesidad al imponer la mayor pena posible sin ninguna causa. Es indiscutible que la motivación del proceso de individualización de la pena se torna indebido, habida cuenta que fue inexistente el obligado estudio de la gravedad de la conducta, de la magnitud del daño causado y de la intensidad del dolo como criterios para soportar una pena superior al mínimo legal posible. Ello concurre a la vulneración del debido proceso sancionatorio y devela que el Tribunal se entendió facultado para individualizar la pena a su arbitrio, sin al menos mencionar, mucho menos analizar, los aspectos previstos en el

artículo 61 inciso 3° del Código Penal. En este orden de ideas, la Sala en aras de restablecer el derecho al debido proceso, casará parcialmente y de oficio el fallo del Tribunal Superior de Barranquilla e impondrá como sanción a G.R y A.E, la de 12 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término como responsables del delito de falsedad en documento privado, teniendo en cuenta que este es el extremo mínimo dentro del primer cuarto de movilidad, rango que corresponde aplicar a este asunto, toda vez que sólo concurre la circunstancia de menor punibilidad de la carencia de antecedentes penales de los procesados”. **(CSJ, Cas. Penal, Sent., Sep. 16/2015, Rad. 46485, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – DOSIFICACIÓN PUNITIVA.

Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

“Teniendo en cuenta que el artículo 59 de la Ley 1407 de 2010 prescribe que ‘toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena’, y conforme las voces de los cánones 60 y 61 idem, se han de fijar los límites de la pena principal que comporta la privativa de la libertad y la consecuente multa, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 114 de la Ley 599 de 2000. Así, prevé el Legislador de tres (3) a ocho (8) años de prisión, es decir, de treinta y seis (36) a noventa y seis (96) meses de prisión. En cuanto hace a la multa se establece de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para definir los cuatro cuartos de movilidad es necesario tener en cuenta que entre el máximo y el mínimo de la sanción hay sesenta (60) meses, lo cual quiere significar que cada cuarto es de quince (15) meses. La adecuada operación matemática arroja el siguiente resultado:

Primer cuarto:
De 36 a 51 meses. (Cuarto mínimo)

Segundo cuarto:
De 51 a 66 meses. (Cuarto medio)

Tercer cuarto:
De 66 a 81 meses. (Cuarto medio)

Cuarto cuarto:
De 81 a 96 meses. (Cuarto máximo)

(...). En cuanto hace a la multa, consecuente con la pena mínima asignada y el imperativo fijado por el Legislador en el artículo 114 idem, se tasarán en veintiséis (26) salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que deberá cancelar el condenado en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario del Juzgado Penal Militar de Conocimiento, en el plazo que determinará el a quo, conforme los lineamientos del artículo 51 de la Ley 522 de 1999. En cuanto hace al subrogado de la suspensión condicional de la pena, encuentra la Sala que en este acápite también ha de ser modificada la sentencia, habida cuenta que la pena privativa de la libertad, el delito por el que se procede y los factores subjetivos que caracterizan

al procesado, posibilitan su reconocimiento, de acuerdo a lo prescrito en el canon 63.1 de la Ley 1407 de 2010, norma aplicable al caso en estudio por favorabilidad, la cual viabiliza la concesión del mecanismo sustitutivo. En conclusión, la ausencia de antecedentes personales, sociales, familiares, la buena conducta anterior del procesado referida por los testigos, entre ellos, el S. R. J y el SLR. S quien definió a P. como un buen Soldado, respetuoso, cumplidor de las órdenes; conllevar a considerar que no existe, por el momento, necesidad de ejecución de la pena, por lo que se dispondrá la suspensión condicional de la sanción, fijando como período de prueba el lapso de tres años. Consecuentemente, se ordenará que el condenado otorgue caución juratoria en la que se comprometerá a cumplir las obligaciones consagradas en el artículo 65 de la Ley 1407 de 2010”. **(Rad. 156970, 27 de julio de 2011, M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Tasación de la pena, la dosificación de la pena en los delitos culposos.**

“(…) En cuanto hace a la dosificación punitiva, razón le asiste al Ministerio Público para afirmar que la pena se encuentra indebida e injustamente tasada. El a quo para tasar la pena partió de los límites impondibles, esto es, tres a ocho años de prisión y multa de 26 a 36 salarios mínimos legales mensuales, en consideración a la prevalencia del tipo complementario aplicable, vale decir, el inciso segundo del artículo 114 del Código Penal. De igual forma, dio aplicabilidad al artículo 120 ibidem que dispone que en tratándose de delito culposo, la pena se disminuye de las cuatro quintas a las tres cuartas partes; pero es aquí donde se equivoca la Juez, toda vez que cae en errada interpretación, al confundir el porcentaje rebaja, con el monto de pena a imponer, ya que fijó como pena veintinueve (29) meses, veinticuatro (24) días de prisión, siendo que esta es el monto de rebaja a reconocer. (...) La adecuada comprensión de las normas que se aducen infringidas indican que, siendo la pena privativa de libertad para la modalidad dolosa de Lesiones Personales de 2 a 7 años de prisión, equivalente en meses de 24 a 84, su diferencia de 60 distribuida en los cuartos de movilidad permite conformar el primero de 24 a 39 meses, de modo que al aplicarle la disminución por la modalidad culposa el intervalo oscilaría entre 4 meses, 24 días y 9 meses, 22 días. Ahora bien, como el juzgador indicó que la pena a imponer partiría del básico, esto es 24 meses de prisión y a ella le disminuiría el máximo por tratarse de delito culposo, significa que el correcto entendimiento de la norma lo obligaba a tasar la pena en 4 meses y 24 días, más como eso no sucedió y a cambio impuso 9 meses (...). Para tasar adecuadamente la pena ha de tenerse en cuenta:

Límites de pena a imponer:
3 a 8 años de prisión.

Límites expresados en meses
36 a 96 meses de prisión.

Diminuyente artículo 120 CP.
4/5 a 3/4.

Cómputo de rebaja límites imponibles

$$36 \times 4 = 144 - 5 = 28.8$$

$$96 \times 3 = 288 - 4 = 72$$

La pena imponible, como quiera que no se predicaron agravantes corresponde a: 36 meses de prisión.

Diminuyente punitivo dispuesto por el artículo 120 del CP., partiendo del mínimo: 28 meses 8 días.

Pena a imponer =

$$36 - 28.8 = 7.2, \text{ o lo que es, siete (7) meses, dos (2) días.}$$

En consecuencia, la pena a imponer es siete (7) meses, dos (2) días, por lo que la Sala modificará parcialmente la sentencia, sólo en lo atinente a la pena de prisión, ya que la multa se mantendrá incólume (...). **(Rad. 155313, 16 de julio de 2009, M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. El proceso de tasación judicial no constituye un acto discrecional o caprichoso del juez.

"(...) En este orden de ideas, si el Estado quiere hacer efectiva su facultad punitiva –ius puniendi–, todas sus actuaciones y sus decisiones deben estar sujetas al respeto y observación del principio de legalidad, esto es, acatando las normas que regulan tanto el procedimiento, los delitos y las penas, sin que el operador judicial le sea permitido salirse de los límites punitivos consagrados en la norma. (...) Si bien es cierto la Ley 599 de 2.000 establece unos criterios y reglas que llevan al operador judicial a delimitar el ámbito de movilidad dentro del cual debe moverse el operador judicial para dosificar la pena, dentro de los extremos señalados para el delito correspondiente y dentro de los cuales, conforme a las circunstancias que lo modifican o amplían, dividirlo en cuartos y dentro de éstos ubicarse en el límite punitivo, teniendo en cuenta los factores de ponderación para fijar la pena a imponer, la Ley 522 de 1999 –Código Penal Militar–, otorga al Juez una discrecionalidad más amplia en esta materia, no obstante no la deja de manera absoluta, dado que establece de manera inequívoca los criterios para la concreción de la pena y axiomáticamente establece cuando se deben aplicar los mínimos y los máximos. Instituye el artículo 65 del Código Penal Militar que, "Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, la personalidad del procesado, el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación y agravación...". A su turno el artículo 70 dispone que, "Sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo cuando concurren exclusivamente circunstancias de atenuación, sin perjuicio de los criterios para fijar la pena...". Resulta claro entonces, que el Juez Penal Militar no cuenta con una discrecionalidad absoluta al momento de realizar la dosificación de la pena a imponer, sino que debe realizar una ponderación valorativa entre la gravedad y modalidades del hecho punible, la personalidad del procesado, el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación y agravación

punitiva, tanto generales como específicas, examen que deberá realizarse bajo el entendido que para aplicar el umbral máximo, sólo deben concurrir circunstancias de agravación y para aplicar el mínimo, sólo deben concurrir circunstancias de atenuación punitiva, contexto este, que debe estar en congruencia con la imputación jurídica realizada en la resolución de acusación. En este orden de ideas, debe señalarse que el proceso de tasación judicial de la pena no constituye un acto discrecional o caprichoso del juez, sino que es un procedimiento reglado que le impone al Juez conforme a las reglas de la sana crítica, bajo los postulados arriba señalados, realizar una ponderación de las circunstancias en que ocurrió el comportamiento reprochado punitivamente, para inferir de manera razonado el quantum de la pena a imponer, dentro de los límites máximos y mínimos establecidos en la norma que describe el comportamiento abstracto reprochado punitivamente, por el que se procede en cada caso concreto, contexto que además llevará al fallador, a determinar de manera concreta las rebajas y beneficios que debe conceder. Cuando la pena de multa prevista por el legislador, entendida como la exigencia al condenado de cancelar a favor del tesoro nacional una determinada suma de dinero a partir de un mínimo y un máximo señalados en la parte especial del código, aparece como acompañante de la pena privativa de la libertad, no como sustitutiva de la restricción personal, el operador judicial encargado de su imposición, deberá sujetar su dosificación entre el mínimo y máximo señalados por la misma ley, en cada tipo penal en concreto, debiendo moverse dentro de esos topes legales atendiendo los diversos criterios fijados en el artículo 50 del Código Penal Militar, como la gravedad del hecho punible, el grado y situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al hecho y las demás circunstancias que indiquen la posibilidad de pagar, pero en manera alguna podrá imponer multas por debajo del mínimo, salvo las rebajadas expresamente contempladas en la ley". **(Rad. 155348, M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome, 23 de marzo de 2010).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. No se pueden exceder los límites mínimos y máximos fijados por el legislador.

"Por manera que, al momento de tasar las penas, necesariamente deben hacerlo dentro de los parámetros señalados por la normatividad, siendo claro que bajo ninguna circunstancia pueden deducir penas por fuera de los mínimos o máximos legales, dejar de aplicar las consagradas por el legislador o imponer penas prohibidas o no contempladas en la ley. La competencia que la Carta Política les otorga a los jueces de la República se insiste, sólo les permite obrar dentro del marco del derecho, y no puede sustituirlo arbitrariamente por sus propias concepciones. La igualdad en la aplicación de la ley está íntimamente ligada a la seguridad jurídica que descansa en la existencia de un ordenamiento universal y objetivo, que con idéntica intensidad obliga a todos, autoridades y ciudadanos. Cuando el juez impone una pena que no está establecida en la ley (en cuanto a sus límites mínimos y máximos, naturaleza, etc.),

desconoce de entrada el Estado de Derecho y la esencial función del legislador, entrando a suplirlo con la sentencia, generando anarquía y causando la quiebra del orden establecido. Ese juez que así actúa se aparta del Estado de Derecho, se convierte en legislador y juez, inducido por la arrogancia y la arbitrariedad de sus actos. Esas decisiones así concebidas, jamás podrán estar ajustadas al principio de legalidad". **(Rad. 156212, M. P. MY. Noris Toloza González, 28 de febrero de 2011).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – DOSIFICACIÓN PUNITIVA EN EL PECULADO POR APROPIACIÓN.

Reintegro de lo apropiado.

"(...) El juicio de reproche recae en el punible de peculado por apropiación, descripción comportamental prevista en el artículo 397 del Código Penal, al que se llega por remisión del canon 195 de la Ley 522 de 1999 o 171 del hoy Digesto Punitivo Castrense –Ley 1407 de 2010–, que prevé una pena de seis (6) a quince (15) años de prisión. Así que, imbuidos en la dosificación, de acuerdo al artículo 59 de la Ley 1407 de 2010, que deviene en este aspecto en norma favorable, toda vez que esta nueva legislación fija preceptos mucho más técnicos y consecuentemente más justos para individualizar la pena, atendiendo los factores de menor o mayor punibilidad (modelo de los cuatro cuartos) que deben ser argumentados con suficiencia por el juzgador, con "fundamentación explícita", tanto cualitativa como cuantitativamente, y no como acontecía en la Ley 522 de 1999 que en su artículo 65 generaba una discrecionalidad absoluta al juez, conllevando a veces al desborde del principio de legalidad de la pena y del criterio de prevención especial, por exceso o defecto. Consecuente con lo anterior, se invocarán retroactivamente los cánones 59, 60 y 61 de la Ley 1407 de 2010 para fijar los límites de la pena de privación de libertad, los cuales son de seis (6) a quince (15) años de prisión, pero que en armonía con lo consagrado en el primer inciso del artículo 401 del Código Penal, se ha de precisar como límite de pena imponible de tres (3) a siete años y medio (7.5), o lo que es treinta y seis (36) a noventa (90) meses. Luego, para definir los cuatro cuartos de movilidad es necesario tener en cuenta que entre el máximo y el mínimo de la sanción hay cincuenta y cuatro (54) meses, lo cual significa que cada cuarto es de trece meses punto cinco (13.5). La adecuada operación matemática arroja el siguiente resultado:

Primer cuarto:
De 36 a 49.5 meses. **(Cuarto mínimo)**

Segundo cuarto:
De 49.5 a 63 meses. **(Cuarto medio)**

Tercer cuarto:
De 63 a 76.5 meses. **(Cuarto medio)**

Cuarto cuarto
De 76.5 a 90 meses. **(Cuarto máximo)**

Ahora bien, como quiera que, respecto de los procesados, SÍ. (r) HAAS y PT. WJAP, en la acusación y su sustentación en el juicio de corte marcial, no se presentaron por la Fiscalía, ni fue objeto de discusión, circunstancias específicas

de mayor punibilidad y antes por el contrario concurren situaciones de menor punibilidad, como es la carencia de antecedentes y ser padre cabeza de familia, es por lo que la Sala se ubica en el primer cuarto y dentro de él se aplicará la sanción mínima. Consecuente con ello, la redosificación de la pena por imponer será de cuarenta (40) meses de prisión, dado el acreditado fenómeno de la coautoría, los cuales cumplirán los condenados en el Centro de Reclusión para miembros de la Policía Nacional. En cuanto a la pena pecuniaria tasada, atendiendo a que el salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos era de trescientos sesenta y nueve mil quinientos pesos (\$369.500), la atenuación expuesta precedentemente la impacta y conlleva igualmente a redosificarla, por lo que la multa se readecua en nueve millones doscientos treinta y siete mil quinientos pesos (\$9.237.500.00) moneda corriente...". **(Rad. 157373, M. P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, 20 de marzo de 2013).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS – Ley 1058 de 2006.

El descuento es de una sexta parte y no de la mitad en virtud del momento procesal en que se presenta.

"Como puede verse, la aceptación de cargos está prevista únicamente para el procedimiento especial y exclusivamente dentro de la oportunidad señalada al inicio de la correspondiente audiencia de Corte Marcial, correspondiendo un descuento único y fijo de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. Situación que difiere ostensiblemente de la regulación que al respecto trae la Ley 1407 de 2010, en la que dependiendo de la etapa en que se realicen los acuerdos, se conceden descuentos punitivos diferentes. Y precisamente, como el caso bajo estudio ha estado ceñido al procedimiento de la Ley 1058 de 2006, es con esta normatividad que se debe fijar el descuento a que tiene derecho el acusado por haber aceptado cargos. De esta forma, en la providencia objeto de debate, el a quo se ceñió a los parámetros de dosificación punitiva de los artículos 60 y 61 de la Ley 1407 de 2010, por lo que tomando los límites punitivos previstos en el artículo 108 ibidem, esto es entre uno (1) y tres (3) años de prisión para el delito imputado, tomó la pena mínima correspondiente a doce (12) meses y a partir de esta descontó 1/6 parte por aceptación de cargos, fijando la pena en definitiva en diez (10) meses de prisión. Decisión que para la Sala resulta legal y acertada, no siendo posible la aplicación del artículo 493 de la Ley 1407 para conceder una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible por aceptación de cargos, según la pretensión demandada por la defensa, teniendo en cuenta que en el procedimiento de la Ley 1058 de 2006, la aceptación de cargos se produce una vez instalada la audiencia de Corte Marcial, como claramente así lo expresa el reformado artículo 579, inciso 6 de la Ley 522 de 1999 (...). Por lo tanto, una nueva interpretación conforme al pensamiento unificado del Tribunal Superior Militar a este respecto determina el convencimiento que, de todas maneras, en uno u otro caso, el descuento será de una sexta parte de la pena. (...) Conforme a lo anterior, la posición unánime del Tribunal Superior Militar

se fundamenta en la imposibilidad de reconocer la aplicación de la rebaja punitiva prevista en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, y no al contrario como lo dio a entender el Ministerio Público en su concepto. Posición que ciertamente fue revaluada, pues en un principio algunas decisiones accedieron al descuento de la mitad de la pena, siendo una de ellas la citada por el apelante; sin embargo, este respetable criterio ha sido transformado por esta Corporación, quien ha unificado de manera armónica y homogénea dicha postura al interior de las Salas de decisión para reconocer en este tipo de casos una rebaja de la sexta parte de la pena y no de la mitad. Por demás, fulgura el desconocimiento que tiene el apelante de los pronunciamientos posteriores a la reseñada jurisprudencia que citó en su escrito, advirtiéndose que se ha fortalecido un único pensamiento acerca de la inaplicabilidad de la mentada disposición". (Rad. 157995, M. P. CR. Ismael Enrique López Criollo, 26 de marzo de 2015).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – CONCURRENCIA DE REBAJAS PUNITIVAS. **Confesión y aceptación de cargos. Tasación de la pena.**

"Esta Corporación judicial ha venido afirmando que es viable el reconocimiento de las dos rebajas punitivas dentro del procedimiento penal militar especial, cuando en dicho rito concurren las figuras de confesión y de aceptación de culpabilidad dentro de la audiencia de acusación y aceptación de cargos; ello por considerar que no existe norma al interior de la ley especial que restrinja dicho beneficio, pero además porque se compagina con el espíritu del legislador de propender por un procedimiento tendiente a lograr economía procesal y celeridad en pro de lograr la descongestión de los despachos judiciales. Se trata de dos institutos distintos – en cuanto a su producción y presupuestos–, y por ello cada figura desde su independencia y autonomía contiene sus propias consecuencias procesales, que de no concederlas vulneraría el debido proceso por afectación al principio de legalidad, máxime cuando, se itera, no existe norma que las excluya. 8.3 Ahora bien, bajo los supuestos establecidos en la sentencia recurrida –conurrencia de aceptación de cargos y confesión–, se equivoca la apelante en su pretensión de sumar las reducciones punitivas por concurrir estos institutos y aplicarlos a la pena resultante del concurso de los delitos de Desobediencia y Abandono del Servicio, tal como acertadamente lo hizo saber el procurador judicial ante esta instancia. Un correcto entendimiento de las disposiciones en cita y de los fundamentos para la individualización de la pena, conllevan establecer que primero el juez debe proceder a particularizar la pena en concreto que le corresponde a cada uno de los delitos, atendiendo los factores de medición establecidos por el tipo penal endilgado –mínimos, máximos, circunstancias específicas de agravación o atenuación y demás concurrentes– que lo llevarán a determinar el cuarto de movilidad aplicable, y posteriormente, con carácter progresivo aplicar las reducciones de carácter posdelictual sobre los saldos, pues contrario a lo dicho por la recurrente, desde una perspectiva teleológica de las normas que contienen las circunstancias modificatorias de punibilidad,

sin dificultad se advierte que tiene por finalidad, de una parte, establecer la autonomía de los beneficios y, de otra, la compatibilidad de las rebajas correspondientes en caso de confesión y aceptación de responsabilidad. 8.4 En este orden de ideas, la Sala encuentra que el A quo realizó la dosificación punitiva como correspondía. Partió estableciendo el cuarto de movilidad para el delito de Desobediencia, concretando que la pena sería de 720 días de prisión –24 meses–; a ella le redujo 1/6 parte por confesión –120 días–, otorgándole como resultado 600 días –20 meses–, a los cuales le resto otra 1/6 parte de aceptación de cargos –100 días–, obteniendo en consecuencia como pena para ese punible 500 días de prisión. Para el delito de Abandono del Servicio realizó la misma operación. Determinado el cuarto de movilidad estableció una pena de 360 días de prisión –12 meses– a la que le resto 1/6 parte por confesión –60 días–, resultando 300 días, a los que le redujo otra 1/6 parte por aceptación de cargos –50 días– concretando la pena en 250 días de prisión. Aplicando la regla de los concursos partió de la pena más grave de 500 días de prisión –Desobediencia– y consideró aumentarle como "otro tanto" 60 días, obteniendo como resultado final para la pena imponible 560 días de prisión, de manera que el juzgador interpretó y aplicó correctamente la ley sobre rebaja de pena en caso de confesión y sentencia anticipada, razón por la cual la transgresión que la apelante alega carece de fundamento y por ende naufraga su pretensión. 8.5 No puede la Sala dejar de recordar que para reconocer la rebaja punitiva por confesión se debe tener en cuenta los siguientes requisitos: i) Que el procesado no haya sido hallado en flagrancia, ii) que en su primera versión ante el juez haya confesado y, iii) que la confesión verse sobre todos los elementos de la conducta punible –tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad–. Sin embargo, la Corte en desarrollo de su línea jurisprudencial ha venido decantando que además de la confesión simple existe la confesión calificada, la cual no requiere para su configuración la aceptación de la conducta punible, sino sólo exige confesar la autoría o participación en los hechos, tal como se redactó en el artículo 283 de la Ley 600 de 2000, lo cual implica señalar, que se aborda el estadio de la tipicidad, mas no se requiere la aceptación de los otros dos elementos que integran el delito (antijuridicidad y culpabilidad). En ese sentido se ha permitido aceptar la confesión calificada, siempre que sea útil para la investigación, fundamento de la sentencia, y por supuesto con ello se logre la realización de ese preciado bien de la justicia. (...)". (Rad. 158626 M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, 25 de julio de 2017).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

CSJ –Sala de Casación Penal– radicado 20642, sentencia del 27 de mayo de 2004, M. P. Alfredo Gómez Quintero; Tribunal Superior Militar radicado 158082, sentencia del 16 de octubre de 2014, M. P. CR Fabio Enrique Araque Vargas. Cfr. Radicado 155120 del 7 de julio de 2008 M. P. MY. Maricel Plaza Arturo; Radicado 155365 del 26 de noviembre de 2008 M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana; Radicado 156353 del 24 de febrero de 2010 M. P. MY. (RA) Maricel Plaza Arturo; Radicado 158022 del 20 de febrero de 2015

y 158056 del 10 de marzo de 2015 M. P. TC. Noris Tolosa González; Radicado 158293 del 8 de septiembre de 2015 M. P. CN. Julián

Orduz Peralta y Radicado 158438 del 29 de septiembre de 2016 M. P. CR. (RA) Fabio Enrique Araque Vargas.

Artículo 62. Comunicabilidad de circunstancias. Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurren en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y sólo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido.

Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurren en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN – DELITOS ESPECIALES.
Teorías de la ruptura del título de imputación y de la comunicabilidad de circunstancias.

“El dilema surge de la necesidad de reconocer que en los delitos especiales, en los que sólo puede ser autor, el que reúne la cualidad exigida en el tipo penal (intrañei o intraneus) –a diferencia de los punibles comunes en los que cualquiera puede ser autor–, puede darse la concurrencia de varios sujetos inscritos en esa cualidad personal y de otros que no la tienen –extraneñei o extraneus–, los cuales contribuyen a la comisión del ilícito como partícipes –determinadores o cómplices– o, según lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, como verdaderos autores –con dominio del hecho– sin la cualidad exigida en el tipo, los que en nuestro ordenamiento penal fueron identificados como intervinientes (inciso 4° del artículo 30 del Código Penal). En este punto, es oportuno resaltar que, el asunto no ha sido pacífico, en la medida que, algunos doctrinantes y sistemas punitivos se inclinaron por aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la comunicabilidad de circunstancias, en la que, tratándose de delitos especiales impropios, los intrañei serían los únicos que podrían ser juzgados por el delito especial, mientras los extraneñei habrían de hacerlo por el reato común semejante. Así, en el supuesto de un delito de peculado, el intrañei con dominio del hecho sería autor de este punible, mientras el extraneñei podría ser autor o cómplice. Al contrario, es decir, si el extraneñei es el que tiene el dominio, este respondería como autor del hurto y el intrañei como partícipe de peculado. Por su parte, si se estuviera ante un delito especial propio, la impunidad se abriría paso bajo la citada teoría, respecto del extraneus, porque no habría un tipo penal subyacente en el que pudiera adecuarse la conducta. Tal dificultad, sumada a que, dicha teoría rompe el postulado de accesoriadad porque, en los supuestos de dominio del hecho por el intrañei, la responsabilidad del extraneus no depende del delito especial, sino de uno común no ejecutado verdaderamente y viceversa, permitió avanzar a un modelo que se afianza en la unidad del título de imputación, teoría adoptada en el Código Penal colombiano de 2000, por lo menos parcialmente, como enseguida se precisará. En efecto, la corriente dominante de la doctrina se ha mantenido en la idea de que, en esta clase de punibles, todos los extraños que participen en la ejecución de la conducta, tengan o no el dominio del hecho, no pueden ser autores inmediatos, mediatos o coautores, sino simplemente partícipes de la infracción, de modo

que, si actúan induciendo al intrañei a cometer el punible, serán determinadores, si, en cambio, sólo le prestan una colaboración en el delito serán cómplices, pero si, aún, materialmente, actúan con dominio funcional, por acuerdo previo con el intrañei, o instrumentalizando al sujeto activo cualificado, no podrán ser coautores o autores mediatos, respectivamente, sino cómplices, por cuanto, el extraneñei jamás podría tener la cualidad subjetiva que demanda el tipo penal especial. No obstante, ante lo artificial de que, un verdadero autor, con pleno dominio del hecho –por supuesto, sin la cualidad establecida para el sujeto activo– de la conducta de un delito especial –extraneus–, respondiera como cómplice, en Alemania –párrafo 1° del artículo 28 del Código Penal– se acudió a la fórmula de establecer una cláusula legal dirigida a atenuar punitivamente al extraño que no es partícipe sino materialmente autor, solución importada en el Código Penal de 2000, al consagrar la figura del interviniente, descrita en el inciso final del artículo 30, según la cual, “al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”. Aunque una primera lectura de ese precepto se orientó en el sentido de señalar que dicho interviniente podía ser solamente partícipe –determinador o cómplice– y beneficiarse en el caso de este último de una doble rebaja: La de cómplice –de una sexta parte a la mitad– más la de interviniente –una cuarta parte–, una segunda aproximación a la norma, –la cual se ha mantenido invariable– concluyó que, aquel es un coautor que, teniendo el dominio objetivo y positivo de la acción, carece de la cualidad subjetiva del tipo especial, el cual, por tener un menor grado de injusto –o no estar sometido a una infracción de deber–, tiene que responder por la pena menguada equivalente a la del autor intrañei, menos la cuarta parte. En la línea de pensamiento inicial, se inscribe la sentencia CSJ, SP, 25 de abril de 2002, Rad. 12.191, en la que, tras recordar que dicha figura opera en los delitos especiales cuando concurren varios sujetos bajo cualquier modalidad de autoría (Art. 29) o de participación (Art. 30 incisos 1°, 2° y 3°), se asevera que el interviniente no corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino a un concepto de referencia respecto a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el tipo penal, toman parte en su ejecución, compartiendo roles con el sujeto calificado y siendo beneficiarios de una atenuación punitiva para el extraneus, como consecuencia de no haber infringido ningún deber jurídico especial derivado del bien jurídico protegido. En ese orden, la Corte admitió que,

se puede ser “interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (Art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)”, siempre y cuando alguno de los concurrentes, que toman parte en su realización, ostente la calidad especial y, por supuesto, “infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique”. De ahí que, a efecto de conservar la unidad de imputación, la distinción entre formas de intervención principales y accesorias, y el principio de proporcionalidad, de cara a la intensidad del injusto, se sostuvo que, el extraneus, sea este autor directo, mediato, coautor, miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, o determinador (instigador) o determinado (instigado), es merecedor de la rebaja punitiva propia del interviniente del artículo 30 del Código Penal; pero, si se trata del extraño que participa en calidad de cómplice, debía ser beneficiario de la doble disminución punitiva señalada atrás.

No obstante, a partir de la sentencia CSJ, SP, 9 jul. 2003, radicado 20.704, la Corte revaluó su criterio para significar que el determinador y el cómplice no integran el supuesto normativo del inciso final del artículo 30 del Código Penal, habida cuenta que, en el delito propio, no requieren de calidad alguna. Precisó, además que, cuando dicho precepto utiliza la expresión “intervinientes” no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que “congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible”, sino que emplea «un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación», pues puede suceder que haya sujetos que no reúnan las calidades y, aun así, “concurran a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor”. Para fortalecer su argumento, en clave del derecho a la igualdad, la Corporación destacó que (...) no se entendería porqué razón a un determinador de un delito como peculado se le beneficiaría con una rebaja punitiva de la cuarta parte de la pena, mas no así a un instigador de un delito de hurto, o por qué a un cómplice de concusión se le rebajaría en principio la pena de una sexta parte a la mitad, y luego en una cuarta más por no ser servidor público. Más aún, tampoco se entendería porqué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público cómplice del mismo delito no se le haría sino la primera, cuando ciertamente su condición nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia. Es así como, la Sala concluyó que la rebaja punitiva del interviniente no es aplicable a ningún partícipe. En otras palabras, “al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”. De esta forma, bajo la tesis que actualmente prohija la Corte, es claro que, si el extraneus coejecuta con el intraneus el delito especial, conservando el dominio del hecho, responderá a modo de interviniente –coautor desprovisto de la cualidad subjetiva–, pero si su participación es accesorial,

en tanto no tiene ningún dominio de la acción, podrá ser objeto del reproche jurídico penal, bien como determinador –si su colaboración fue instigadora– o cómplice –si su ayuda no fue de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita–. Esta tesis, no sólo ha sido reiterada de manera invariable por la Corte (CSJ, AP 15 de agosto de 2007, radicado 27.712, CSJ AP 23 de enero de 2008, radicado 28890, CSJ, SP 12 May. 2010, Rad. 33.319, CSJ, SP 9 Mar. 2016 Rad. 46483, CSJ SP, 5 Abr. 2017 Rad. 47974, CSJ AP 29 Nov. 2017, Rad. 47741, CSJ AP, 1º Feb. 2018 Rad. 50969, CSJ AP 27 Jul. 2018, Rad. 52553, CSJ SP 27 Ago. 2019, Rad. 52001, CSJ, SP 12 Sep. 2019, Rad. 52.816, CSJ AP 30 Oct. 2019, Rad. 55244, entre otras), advirtiendo cómo “el servidor público y el particular, en la órbita de las acciones naturales se consideran coautores, pero en el campo normativo y a la luz del régimen penal, no son propiamente coautores, sino que el servidor público es autor y el particular, interviniente, en los términos del inciso final del artículo 30 del Código Penal” (CSJ SP, 17 Sep. 2008, Rad. 26410), sino que fue avalada por la Corte Constitucional en las sentencias CC C-1122 de 2008 y CC C-015 de 2018, al efectuar el control de constitucionalidad, respecto del inciso 4º del artículo 30 ejusdem. En la última de ellas, acudiendo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, esa Corporación señala que el interviniente es aquel que, en concurso con el autor, realiza como suya la conducta descrita en el verbo rector sin tener la condición especial exigida en el tipo penal, “y es él el único destinatario de la disminución punitiva prevista para el extraneus, la cual, por consiguiente, no beneficia, ni al determinador, ni al cómplice”. Por lo tanto, sostiene ese órgano de justicia, la figura del interviniente únicamente opera frente a los delitos especiales, y la sanción penal, en abstracto, para los partícipes de un delito especial no se ve afectada por el hecho de que tengan o no, las condiciones especiales exigidas en el tipo penal. Y en cuanto al determinador, la pena será la misma que para el autor, tanto en delitos especiales, como en delitos comunes, “y en ningún caso puede ser objeto de la disminución punitiva del interviniente”. Finalmente, respecto de la interpretación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que, “el concepto de interviniente, contenido en la Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso 4º, se refiere exclusivamente a los “coautores” extraneus de un delito especial”, considera que se ajusta al derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable. En todo caso, recuerda que el hecho de que la Corte Constitucional se haya pronunciado sobre esta interpretación en concreto no limita la potestad de la Corte Suprema de Justicia, “de interpretar el derecho penal colombiano, incluida la disposición en comento, de una forma diferente, dentro de los límites del respeto a los principios constitucionales y aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad”. (CSJ, Cas. Penal, Sent., Sep. 16/2015, Rad. 51444 M. P. Eyder Patiño Cabrera).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Rad: 12191 | Fecha: 25/04/2002 | Tema: Interviniente – Evolución jurisprudencial: interpretación y aplicación de la figura jurídica Rad: 20704 | Fecha: 9/7/2003 | Tema: Interviniente – Evolución jurisprudencial:

interpretación y aplicación de la figura jurídica Rad: 27712 | Fecha: 23/1/2008 | Tema: Interviniente - En delitos especiales o de sujeto activo calificado: responde como coautor cuando se acreditan los elementos de esa figura jurídica Rad: 28890 | Fecha: 12/5/2010 | Tema: Interviniente - En delitos especiales o de sujeto activo calificado: responde como coautor cuando se acreditan los elementos de esa figura jurídica Rad: 33319 | Fecha: 9/3/2016 | Tema: Interviniente - En delitos especiales o de sujeto activo calificado: responde como coautor cuando se acreditan los elementos de esa figura jurídica Rad: 52816 | Fecha: 12/9/2019 | Tema: Delitos Especiales - Interviniente: Lo relevante es que se encuentre probada la concurrencia de un autor intraneus en la comisión de la conducta y el aporte del particular extraneus.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. Los agravantes o atenuantes bien sean de carácter personal o de índole material, se hacen extensivos a los partícipes que las hayan tenido presentes.

“Ahora, no es cierto que el anterior proceder hubiese vulnerado la prohibición de reformatio in pejus, toda vez que las circunstancias específicas agravantes del homicidio son distintas a las genéricas contempladas en el precepto citado en precedencia, concibiéndose estas últimas para ubicar la pena imponible en los cuartos de punibilidad (CSJ SP, 23 Ene. 2013, Rad. 35350). Así mismo, el legislador en el artículo 62 ibidem, al regular el instituto de la comunicabilidad no hace distinción alguna acerca de si su operatividad es específica o genérica, sólo precisa que las agravantes o atenuantes, bien sean de carácter personal o de índole material, se hacen extensivos a los partícipes que las hayan tenido presentes. Fenómeno que se dio en el sub examine, pues el juez de primera instancia destacó cómo el rol de militares ostentado por los acusados (...) era conocido por (...) previo a la ejecución de los hechos, por cuenta de la asistencia que en otrora les había prestado, al igual que el designio criminal concomitante a su materialización: “Lejos de poder absolverse, su presencia constante, discreta pero permanente, su colaboración, el acuerdo previo y el conocimiento pleno que tenía de lo que iba a suceder, junto con los encuentros tempranos en

el municipio de Aquitania, la benevolencia para con los coautores regalándoles cerveza apenas llegaron, la asistencia posterior a la realización del hecho al recogerlos cuando se quedaron varados, el reconocimiento económico que les hizo, el préstamo del lugar de domicilio como punto de encuentro y en general la colaboración que estaba presto a entregar y entregó, son circunstancias que sin lugar a dudas estabilizaron e intensificaron la resolución para la comisión de la conducta punible esperando a que se diera el resultado final de cuyo dominio carecía, pero al cual aspiraba [...]”. (CSJ, Sentencia. Rad. N.º 44197, Feb. 24/2016. M. P. José Luis Barceló Camacho.)

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. Alcance: no es posible frente a la calidad del sujeto activo calificado.

“Así las cosas, al determinador de un delito con sujeto activo calificado, tenga o no las condiciones exigidas, le corresponde la pena prevista para la infracción. Al cómplice de un punible con sujeto activo calificado, concurren o no en él tales calidades, se le sanciona con la pena prevista en la norma, disminuida de una sexta parte a la mitad. Resta señalar que no opera la comunicabilidad de circunstancias, pues la condición de sujeto activo calificado hace parte de la estructura óptica del delito, sin que corresponda a una circunstancia específica de agravación o atenuación, por ejemplo, cuando el homicidio recae en el padre del victimario. Es decir, tener el carácter de servidor público, deudor alimentario, apoderado o mandatario, empleado o director de una institución financiera o de cooperativas, en los ejemplos propuestos, no corresponde a una circunstancia que pueda comunicarse. En suma, la Corte, dentro de su función propedéutica y de unificación de la jurisprudencia precisa: Es interviniente quien, careciendo de las calidades especiales (jurídicas, profesionales o naturales) dispuestas por el legislador en el tipo para el sujeto activo, realiza actos de coautor material (propio o impropio), caso en el cual será sancionado con la pena dispuesta en la respectiva norma punitiva, disminuida en la cuarta parte”. (CSJ, Sentencia. Rad. N.º 54125, Nov. 6/2019, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

COMENTARIO

Para la dosificación punitiva de la pena de prisión deben analizarse las circunstancias que pueden modificar la pena, como lo es el caso de los agravantes o atenuantes de los que se habla en el art. 62 C.P. M.. De igual manera tener en cuenta las circunstancias personales: Aquellas relacionadas directamente con el sujeto activo (condiciones, cualidades y/o características) como por ejemplo: El parentesco del sujeto activo con la víctima, la posición que el sujeto tenga en una sociedad y las circunstancias materiales: Aquellas que atañen los aspectos temporales, modales o espaciales.

Respecto de la dosificación punitiva y los principios de proporcionalidad y razonabilidad existe una relación estrecha con el art. 62 C.P. M., pues en este se delimita la dosificación punitiva a las circunstancias personales y materiales de los sujetos procesales entendidos como autores y partícipes y la diferenciación de esta cuando se presentan las diferentes circunstancias.

El art. 62 C.P. M. hace referencia a la comunicabilidad de las circunstancias (atenuantes o de agravación) que concurren con las personales o materiales y que modifican la dosificación punitiva respecto del autor y los partícipes.

Al respecto, la Corte Constitucional hace referencia al derecho de la igualdad respecto de un actuar delictivo donde los sujetos activos participan en el delito bajo diferentes calidades y reflexiona acerca de la necesidad de dar tratos diferentes respecto de la situación que rodea a cada uno de los sujetos activos en relación con su condición en la realización de la conducta.

La Corte Suprema de Justicia ha decantado el tema de las circunstancias de menor punibilidad y ha esgrimido que estas no pueden confundirse con otras figuras de ausencia de responsabilidad y/o amplificadores del tipo, tal y como sucede entre la circunstancia de "obrar con el temor intenso, estado de emoción o pasión excusable" y la ausencia de responsabilidad de "el miedo insuperable"; o entre la circunstancia de menor punibilidad del numeral 7° "Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias", entendida como "el arrepentimiento", en contraste con la tentativa desistida.

Corolario a lo anterior, la Corporación ha recalado en sus providencias sobre la flagrante violación a la *non bis in idem* cuando se aplica el aumento de la pena por una circunstancia genérica de agravación y esta, ya ha sido apreciada como agravante específica de la conducta.

Ha de señalarse que respecto de las circunstancias de mayor y menor punibilidad contempladas en el Código Penal Militar distan varias de las contempladas en el Código Penal, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha enfocado sus pronunciamientos en las causales más concurrentes como es el caso de las abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, obrar en coparticipación criminal, que es diferente a la coautoría y posición distinguida del procesado ya que para los miembros de las Fuerzas Armadas señaló los eventos en que no se configura esta circunstancia.

Ahora bien, respecto a la postura frente a la comunicabilidad de circunstancias se extrae que la Corte afinca al concepto de accesoriadad, cuando los partícipes acceden íntegramente al injusto, las circunstancias sujetas a comunicación no forman parte del injusto sino de la punibilidad, independientemente de que se pueda predicar que algunas de ellas atañen al injusto o a la culpabilidad.

Se extrae además que el artículo 62 CPM conserva idéntico contenido que el contemplado en el artículo 62 del CP manteniendo los criterios que permiten su aplicación diferenciándose respecto de los sujetos entre quienes opera y las circunstancias materiales. Frente al criterio personal entiende que la comunicabilidad de circunstancias opera del autor al partícipe, cada uno de ellos responderá en la medida en que haya realizado la conducta. Dicho de otra forma, las circunstancias de carácter personal, sin atender a su carácter de agravantes o atenuantes, siempre que concurren en el autor, a pesar de que no se comunican a los partícipes, sí pueden atenuar o agravar la responsabilidad de estos últimos, siempre y cuando las hayan conocido. Los materiales, solamente se comunican a los partícipes cuando las han conocido en el momento de la planeación o ejecución del delito.

Ahora bien, el Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, contempló unas circunstancias de menor y mayor punibilidad examinadas de manera residual, no avistadas en otras disposiciones de manera taxativa, con el propósito de determinar los mínimos y máximos aplicables durante la individualización de la pena en sentencia, decisión que deberá colegir los fundamentos cualitativos y cuantitativos en pro del derecho de defensa.

Verificando el anterior Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, las circunstancias de menor punibilidad fueron denominadas como circunstancias que atenúan la pena, y en sus numerales se hacía énfasis al "hecho" para sistematizarlas con el concepto de "hecho punible", situación que difiere con el nuevo código penal militar -Ley 1407 de 2010- donde se refiere a "conducta punible", para reafirmar que se trata de un derecho penal de acto y no de autor, donde la voz del "hecho" puede discurrir en fenómeno natural, y "conducta" a un acto de hombre.

La Ley 1407 de 2010, incluyó en su artículo 56, como nuevo numeral "la carencia de antecedentes penales", también contemplado en la Ley 599 de 2000, Código Penal y que, en esencia podría equipararse con "la buena conducta", ya abarcado en el anterior código castrense, donde de acuerdo con lo signado por la Corte Suprema de Justicia, deberá verificarse a partir de una sentencia ejecutoriada proferida con anterioridad a los hechos *sub judice* de la dosificación punitiva, pero no posterior. Es relevante apuntar que la inexistencia de antecedentes disciplinarios no tiene relevancia en el ámbito punitivo partiendo de que su naturaleza resulta disímil a la penal.

Así mismo, la Ley 1407 de 2010 consignó los numerales 13 y 14 del artículo 56 como nuevas circunstancias de menor punibilidad, no contempladas en el anterior Código Penal Militar, cuando se pretende considerar situaciones del servicio tales como una acción valerosa o patriótica o un exceso durante la corrección disciplinaria por parte del superior como causales atenuantes en la tasación de la pena.

Con respecto a las circunstancias de mayor punibilidad, los numerales 20, 21 y 22 son causales nuevas respecto del anterior código castrense.

CAPÍTULO III DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Artículo 63.

Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.

2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible. Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.

3. Que no se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, el honor, la seguridad de la Fuerza Pública, la Administración Pública, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, salvo los delitos culposos.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– **Subrogado Penal. Factores subjetivos de la suspensión condicional.**

“Los subrogados penales son mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que se conceden a los individuos que han sido condenados, siempre y cuando cumplan los requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el legislador. Según lo dispuesto en el Código Penal, los subrogados penales son la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional.” (...) “La libertad condicional tiene un doble significado, tanto moral como social; lo primero, porque estimula al condenado que ha dado muestra de su readaptación, y lo segundo, porque motiva a los demás condenados a seguir el mismo ejemplo con lo cual se logra la finalidad rehabilitadora de la pena.” (...) “Para que el juez pueda conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional, debe verificar tanto factores objetivos que se refieren, en ambos casos, al quantum de la pena y al cumplimiento parcial de aquélla en el evento de la libertad condicional, como factores relacionados básicamente con antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado así como la modalidad y gravedad de la conducta, en un caso, y la buena conducta en el establecimiento carcelario en el otro, que le permitan deducir o sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena o de una parte de ella. De manera que, una vez demostrados los requisitos correspondientes, al condenado le asiste un verdadero derecho al subrogado penal, y su otorgamiento, por tanto, no podrá considerarse como una gracia o favor que dependa del simple arbitrio del juez.” (...) “El fundamento que inspira estos subrogados penales es el derecho que tiene todo condenado a su resocialización, pues como ya lo ha expresado esta Corporación “lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en la sociedad”.”. (C. Const., Sent. C 806 de 2002, octubre 3/2, M. P. Clara Inés Vargas Hernández) (C. Const., Sent. C-430 de 1996, C. Const., Sent. C-746 de 1998, Const., Sent. C-087 de 1997, Const., Sent. C-022 de 1996).

“El legislador ha hecho aplicación de los criterios de proporcionalidad y racionalidad. Pues, parte de considerar que si el juez, al momento de resolver la situación jurídica del procesado, tuviese que dictar fallo condenatorio, y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, la pena a imponer no superará los topes máximos señalados en el numeral 1 del artículo 68 del Código Penal y, en consecuencia, procediera a conceder la suspensión condicional de la sentencia, sería absurdo mantener al sindicado privado de la libertad, mientras transcurre el proceso, y esperar a que este culmine, para concederle ahí sí el subrogado penal.” (...) “Los tratados internacionales de derechos han declarado expresamente que los acusados por delitos y los condenados pueden obtener su libertad bajo las condiciones y garantías que les exija el Estado.” (...) “En este orden de ideas, es evidente que ni la Constitución ni los tratados internacionales citados por el actor, prohíben la restricción del derecho a la libertad. Por el contrario, permiten su limitación en los casos expresa y taxativamente señalados por el legislador, siempre que se cumplan las exigencias constitucionales antes reseñadas y no se vulneren derechos fundamentales. (...) La consagración por parte del legislador de causales en las que no procede la libertad provisional, no puede considerarse lesiva del derecho a la libertad, pues la restricción de esta garantía deriva de la comisión de hechos ilícitos, que la Constitución no debe permitir y, mucho menos, amparar.” (...) “Las restricciones previstas en este artículo, tienen que ver, en últimas, con la duración de la pena privativa de la libertad, y no con garantías procesales que permitan al sindicado del delito de secuestro su defensa. Limitar o eliminar estas últimas hasta desconocer la presunción de inocencia, sí violaría la Constitución, concretamente el artículo 29. Pero, una cosa son las penas, las más graves de las cuales tienen que corresponder a los peores delitos; y otra las garantías procesales encaminadas a permitir la defensa del sindicado, garantías que no pueden eliminarse o recortarse hasta hacerlas ineficaces, con mayor razón si ello se hace en perjuicio de quienes, por estar acusados de la comisión de los delitos más graves, enfrentan la posibilidad de las penas mayores”. (C. Const., Sent. C 622 de 2003. Julio 29/3, M. P. Álvaro Tafur Galvis). (C. Const., Sent. C-762 de 2002, C. Const., Sent. C - 213 de 1994, C. Const., Sent. C-392 de 2000 C. Const., Sent. C- 774 de 2001).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Facultad del juez al conceder el subrogado penal.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

“En ejercicio de la potestad de configuración y de diseño de la política criminal, el legislador puede determinar cuándo es necesario privar de la libertad a una persona responsable de haber cometido una conducta punible. Para ello, puede definir cuáles conductas son socialmente reprochables y cuáles han dejado de serlo, puede determinar cuándo procede la privación de la libertad y cuándo es necesario imponer sanciones menos gravosas, o también establecer beneficios o subrogados penales cuando a pesar de tratarse de conductas socialmente reprochables que en principio dan lugar a la pérdida temporal de la libertad personal, existen circunstancias que señalan que es innecesaria la reclusión en un establecimiento carcelario. Es en ejercicio de dicha potestad que el legislador estableció la figura de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Esta figura constituye un beneficio que otorga la ley penal a quienes, habiendo sido condenados a una pena de prisión no superior a los tres años, cumplan con las condiciones establecidas en ella. Este beneficio no opera de manera automática, pues el juez debe evaluar los antecedentes del condenado y la gravedad de la conducta para determinar si es o no necesaria la ejecución de la condena de privación de la libertad.” (...) “La revocatoria no constituye una sanción que comporte el desconocimiento del principio de non bis in ídem, pues al condenado no se le impone una sanción adicional por el mismo hecho que originó la condena, ni se agrava el quantum de su condena. La revocatoria de la suspensión de la ejecución condicional de la pena es la consecuencia jurídica prevista por el legislador para el evento de incumplimiento y no tiene por fin sancionar al condenado, sino garantizar el cumplimiento de las condiciones establecidas para poder gozar de dicho beneficio”. (C. Const., Sent. C-006 de 2003, enero 21/03 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa). (C. Const., Sent. C-559 de 1999, C. Const., Sent. C-420 de 2002, C. Const., Sent. C- C- 843 de 1999).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Improcedencia de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad cuando la condena sea por delitos contra la Administración Pública.**

“El factor objetivo, exigido en el artículo 63 original del Código Penal, no se cumple en este proceso, dado que el monto de la pena a imponer supera los 3 años de prisión. Tampoco se satisfacen los presupuestos del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, por cuanto la pena a imponer es superior a los 4 años y se trata de un delito contra la administración pública, razón suficiente para negar este subrogado, sin que sea necesario entrar en el análisis del factor subjetivo [...] Tampoco se concederá a MEFM el mecanismo sustitutivo de la pena citado en el epígrafe, pues aunque no se discute que este reúne el requisito objetivo demandado en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, vigente al momento de los hechos, la Sala ha referido que en esta clase de comportamientos no procede un diagnóstico favorable del factor subjetivo, como quiera que la defraudación de la expectativa social en cuanto se

ha confiado a determinados servidores públicos el correcto desempeño de la función pública, genera recelo en la comunidad y, en particular, por el rol derivado del cargo de alcalde municipal. Se busca difundir confianza en la colectividad haciéndole ver que conductas de esta entidad tienen tratamiento penitenciario, con el fin de disuadir el quebranto de los postulados normativos precisamente encaminados a velar por su protección. De ahí que no haya lugar a la concesión del instituto, pues la laxitud en este tipo de eventos propagaría un estado de peligro en la ciudadanía”. (CSJ, Sent. Casación N.º 45058, marzo 13/2019. M. P. José Luis Barceló Camacho).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La gravedad de la conducta y la suspensión de la ejecución de la pena.**

“2.1. No demostró en el primero el error de interpretación que le atribuye al fallador respecto del artículo 63 del Código Penal. Esta disposición consagra la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia de primera, segunda o única instancia, por un período de dos (2) a cinco (5) años, siempre que concurren los siguientes requisitos: (i) Que no exceda de tres (3) años, y (ii) que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecutarla. Claramente el denominado factor subjetivo del análisis judicial orientado a establecer si procede o no el mecanismo sustitutivo de la pena, comprende el examen de “la modalidad y gravedad de la conducta punible”. Y en ninguna parte de la norma se expresa, ni la jurisprudencia lo ha hecho, que la conclusión acerca de la necesidad de ejecución de la pena no pueda surgir de la sola consideración de ese elemento. Basar en la gravedad del hecho la no concesión de la condena condicional, por consiguiente, en manera alguna se percibe como un error de juicio jurídico. Esta Sala, de hecho, por ejemplo, en lo atinente a atentados contra la administración pública, ha establecido que “la gravedad de la conducta indica que la ejecución de la pena es necesaria”. (CSJ, Sent. Casación N.º 38216, abril 18/2012. M. P. Javier Zapata Ortiz).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La suspensión de la ejecución de la pena es una figura jurídica diferente a la prisión domiciliaria.**

“Es que mientras la prisión domiciliaria, es una modalidad de pena sustitutiva (Ley 599 de 2000, Libro Primero, Título IV, Capítulo Primero) que implica la restricción efectiva y real del derecho de libertad, la suspensión condicional de la ejecución de la pena (ídem, Capítulo Tercero) es uno de los mecanismos previstos por el legislador como sustitutivos de las sanciones que acarrear la pérdida temporal de ese derecho (el otro es la libertad condicional), de ahí que con fundamento en los artículos 38 y 63 del Código Penal cada uno de esos institutos se halle supeditado a condicionamientos o presupuestos que responden a la naturaleza de las respectivas figuras. Según se desprende

del contenido de las citadas normas el aspecto objetivo está soportado en diferente quantum punitivo: en lo atinente a la primera, que la condena sea por un delito cuya pena mínima prevista en la ley no exceda de cinco (5) años de prisión y que la víctima del mismo no pertenezca al grupo familiar del sentenciado, en tanto que en la segunda, la exigencia se reduce a que la sanción efectivamente impuesta no sea superior a tres (3) años de prisión. El requisito subjetivo también difiere, pues en la pena sustitutiva de prisión domiciliaria se ha de analizar el entorno personal, laboral, familiar o social del sentenciado a fin de deducir sería y fundadamente que no colocará en peligro a la comunidad, ni evadirá el cumplimiento de la pena, esto es, que según los ámbitos en los cuales se desenvuelve es doble la ejecución de la pena en el lugar de su residencia, mientras que para advertir lo innecesario que resulta en el caso concreto la ejecución de la pena privativa de la libertad, (sea esta intramural o domiciliaria), se han de sopesar los antecedentes personales sociales y familiares del procesado, así como la gravedad y modalidad de la conducta punible. Ahora bien, es evidente que las referidas instituciones únicamente guardan similitud en lo que tiene que ver con la valoración de las condiciones subjetivas del condenado (valga decir, el desempeño o antecedentes en lo personal, social o familiar), y precisamente en la doctrina judicial invocada por el a-quo la Corte se ocupó de estudiar tal circunstancia condicionante de la prisión domiciliaria desde la perspectiva de las funciones de "retribución justa" y "prevención general" de la pena, merced a lo cual concluyó, en ambos casos, que con sujeción a las variables fácticas de cada suceso no podía deducir fundadamente que el procesado no pondría en peligro a la comunidad ni evadiría el cumplimiento de la pena en vía de ejecución. Sin embargo, impera destacar que en el asunto analizado el juzgador de primer grado, al contrario de lo constatado en los aludidos eventos, expresamente declaró acerca de ese mismo aspecto del requisito subjetivo, esto es, en cuanto a los antecedentes personales, sociales y familiares de la acusada, que el pronóstico era favorable para el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Al parecer, la intención del sentenciador de primera instancia era exaltar la "modalidad y gravedad" de los delitos desde la perspectiva de los señalados fines de la pena, como justificación para negar el subrogado en cuestión, empero, si ese era el propósito, palmario resulta que la disertación o análisis ilustrativo de ello no podía quedar agotado, como quedó en el fallo censurado, en la abstracta alusión de los respectivos conceptos, ni en la invocación genérica del incumplimiento de los deberes ordinarios como ciudadano o los funcionales y de lealtad inherentes a la vinculación de la procesada con la respectiva entidad Estatal, pues ese reproche es consustancial a las acciones delictivas correspondientes. Y tampoco resultaba suficiente exaltar el daño efectivo causado a los bienes jurídicamente tutelados por la utilización de los documentos privados espurios y la efectiva apropiación de dineros públicos, dado que el primer aspecto es requisito sin el cual no se cristaliza la hipótesis normativa, y el segundo está comprendido en la imposición de la sanción por un delito agotado y no en grado de tentativa". (CSJ, Sent. Casación N.º 35572, Febr. 22/2012, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).

Sentencias Concordantes. Rad: Sentencia 16161, Fecha: 12/11/2003; Rad: Sentencia 13466, Fecha: 26/09/2000; Rad: Sentencia 12408, Fecha: 26/2/2001; Rad: Sentencia 13228, Fecha: 3/5/2001; Rad: Sentencia 27158, Fecha: 18/11/2010; Rad: Sentencia 27109, Fecha: 5/5/2010; Rad: Sen 25306, Fecha: 8/4/2008; Rad: Sen 34617, Fecha: 15/5/2008; Rad: Sen. 29617, Fecha: 9/6/2008.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **La aplicación de la ejecución de la pena requiere estar privado de la libertad.**

"Si se trata de suspensión de la ejecución de la pena, la acepción del término implica solución de continuidad en el cumplimiento de la misma, en tanto se de alguna de las causas legales previstas en el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, por ello la Sala, con Ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, auto de abril 2 de 1.998, ha sido del criterio que "la suspensión de la detención preventiva o de la ejecución de la pena implican como hecho condición que el procesado o condenado se encuentre privado efectivamente de su libertad", de modo que "cuando el procesado o el condenado ... no se encuentra privado de la libertad resulta impropio y absurdo plantear la aplicación del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal. Sencillamente porque frente a quien permanece en libertad física es irrealizable el sentido de la norma, que, como se dijo, es la sustracción al rigor de la cárcel del enfermo grave, de la mujer que va a dar a luz o que lo ha hecho recientemente o del anciano respecto del cual la medida se haga aconsejable luego de evaluar su personalidad y la naturaleza y modalidad del hecho punible". Sin embargo, es también claro para la Sala, que el artículo 507 ídem, a diferencia de lo previsto en el precepto 407, plantea dos supuestos diferentes en la medida en que además de la suspensión, señala igualmente el aplazamiento, pues en aquél se dispone que "el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar a la Dirección General de Prisiones el aplazamiento o la suspensión de la ejecución de la pena". En ese orden, si la suspensión implica solución de continuidad en el cumplimiento de la sanción y por lo mismo exige la privación efectiva de libertad del condenado, el aplazamiento no supone similares requerimientos, pues este implica simplemente el acto de diferir, dilatar, retardar la ejecución de la pena, luego es posible afirmar su procedencia aún en el evento en que la sanción no ha empezado a ejecutarse". (CSJ, Sent. Casación N.º 18017, enero 25/2001. M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Cumplimiento de los requisitos para otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena.**

"Frente al particular, el Código Penal Militar expresamente determina los eventos en los que el Juez castrense puede establecer la necesidad de la pena como aspecto para fundamentar la imposición de la sanción punitiva, eventos entre los cuales están: (...) 2. En el evento de que trata el numeral 2 del artículo 63 del Código Penal Militar, para la aplicación de la suspensión

condicional de la ejecución de la pena, como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. 3. Para conceder la libertad condicional como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad condicional, en la medida que el Juez pueda suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena, conforme lo establecido en el artículo 64 del Código Penal Militar. La aplicación del principio de necesidad de la pena, frente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena como para la libertad condicional, se efectúa no en el momento de la imposición de la pena sino en desarrollo de su ejecución. (...) Frente al particular esta Sala de Decisión, desde ahora fijara su postura en el sentido de confirmar lo resuelto por la primera instancia al determinar como improcedente la aplicación del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al condenado, en virtud de lo establecido por el numeral 3 del artículo 63 del Código Penal Militar, que proscribiera el otorgamiento de dicho beneficio cuando se trata de delitos que atentan contra el servicio, como corresponde a los delitos por los cuales se procesó al enjuiciado referidos al delito del centinela y deserción. **(Rad. 158204, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, Tercera Sala de Decisión del 24 de junio de 2015).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Procede en los delitos de peculado culposo, cuando se trata de armas de defensa personal.**

“Desde ya, la Sala estima que procede acoger en su integridad los respetables argumentos esbozados por la apelante y avalados por el ilustre Representante del Ministerio Público dr. I.E.P.C, para conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional solicitada por la defensa, por cuanto le asiste razón a la impugnante en su juiciosa argumentación respecto a las características del revólver extraviado, que esta es un arma de defensa personal conforme a lo dispuesto en el ordenamiento legal que consagra el Decreto 2535 de 1993, en su artículo 11, no hace parte de las señaladas para la defensa y seguridad nacional. Además, que de la prueba recaudada y de la aceptación de cargos por parte del procesado y la defensa, la pérdida del arma materia de esta investigación fue como consecuencia directa de la actitud negligente que asumiera el enjuiciado, al no adoptar las medidas extremas de seguridad para su custodia o guarda, es decir por la culpa y no de dolo por parte de este. Cabe resaltar que al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha sido clara y enfática en señalar que hacen parte de las armas para la defensa y seguridad del Estado, aquellas superiores a los 9.652 mm (38 pulgadas) y el arma materia de la causa que nos ocupa, según oficios N.º 126 (fl. 22), listado por marca de armamento (fl. 59) y acta que trata de la revista fiscal de material de guerra asignado a la Estación de Argelia (Fl. 101), se trata de un revólver Smith & Wesson 4”, calibre .38 largo, de 6 alvéolos, de dotación personal asignada al policial encartado conforme a los testimonios del personal policial que obran en el plenario, que no

está contemplada en el artículo 8º del Decreto 2535 de 1993, como arma de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública, como lo arguye el a quo, al negarle el beneficio de la condena de ejecución condicional al enjuiciado.

Así mismo ha pregonado la alta Corporación citada en precedencia, con relación a este tema lo siguiente: “Esta síntesis permite ver que para determinar si un revólver o pistola es de defensa personal o de uso privativo de las Fuerzas Armadas, son aspectos esenciales, de una parte, el calibre, sea que tenga uno inferior, igual o superior a 9.652 mm, (.38 pulgadas), y de otra, el mecanismo de funcionamiento: de repetición, semiautomáticas o automáticas”. “Precisamente, tomando el calibre del arma como punto de partida de esa definición, la Sala se vio en la necesidad de interpretar lo que ocurría con las armas de calibre inferior a 9.652 mm (.38 pulgadas) que no reúnan todas las características que describe el literal a) del citado artículo 11 del Decreto 2535/93, por cuanto, el entendimiento literal de esa norma conduciría a convertir en arma de uso privativo de la Fuerza Pública armas cuyas peculiaridades en nada concuerdan con las armas de guerra y con la finalidad que estas últimas tienen”. (M. P. doctor Juan Manuel Torres Fresneda). Es por lo anterior, que la Sala acogiendo al respetado concepto del Ministerio Público ante esta instancia y a la juiciosa argumentación planteada por la defensa y al reunirse los requisitos establecidos en el artículo 71 del Código Penal Militar, se concederá al encartado el subrogado de la condena de ejecución condicional, por el lapso de dos (2) años, previa caución juratoria y la suscripción de las obligaciones contempladas en el artículo 72 ibidem, que inexplicablemente omitió el a quo reconocer en la parte motiva, pero que de igual forma no dispuso su aceptación en la parte resolutive, por tal motivo no se revocará e beneficio sino que se otorgará por parte de la Sala”. **(Rad. 153975, M. P. TC Ismael Enrique López Criollo, Sala Primera de decisión, 24 de julio de 2008).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Comporta tanto las principales y las accesorias, cuando no se determina en el fallo, respecto de cuál opera el subrogado.**

“(…) cuando en la sentencia el funcionario no especifica respecto de qué penas opera el precitado subrogado penal, se debe entender que cobija, no sólo la pena principal, sino también las accesorias, bajo la comprensión, de que la suerte de lo principal, la corre lo accesorio, tal como en este mismo sentido lo afirmó la Honorable Corte Suprema de Justicia, en el fallo de tutela con radicado T-38645, del 30 de septiembre de 2008, siendo su Ponente, el Magistrado Javier Zapata Ortiz. Similar situación ocurre entonces en el presente caso, en el que si bien por este Tribunal, se confirmó la pena accesorio de separación absoluta de la Fuerza Pública del condenado MD, atendiendo las voces del artículo 60 de la Ley 522 de 1999; también lo es que se revocó el numeral tercero del fallo de primer grado que le negaba la concesión del prenombrado sustituto penal, para en su lugar otorgárselo, sin que se hubiera especificado por esta Sala, respecto de cuál de las penas operaba; motivo por el que,

como con acierto lo decidió el a quo, se entiende que las penas en su totalidad se encuentran en suspenso. Esta determinación no puede entenderse, como lo hace la apelante, como un desacato y oposición a lo que por este Colegiado se ordenó; por el contrario, sólo es fruto de su observación y acatamiento, en su calidad de ejecutora de la pena. **(Rad. 155777, M. P. MY Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión, 26 de agosto de 2011).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La Vigilancia electrónica no es mecanismo sustitutivo de la pena de prisión en la Ley 1407 de 2010.

“(…) está claro que los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como la prisión domiciliaria y la vigilancia electrónica no están regulados en la legislación penal militar, y están acordes con la jurisprudencia de la Corte Constitucional por mandato del artículo 221 de la Carta Política es autónoma e independiente, toda vez que cuenta con un régimen punitivo especial completo tanto en lo sustantivo como en lo procesal, que regula sus propias instituciones, siendo de resaltar que en la Ley 522 de 1999 ni en la 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar se contemplaron dichos instrumentos jurídicos como sustitutos de la pena privativa de la libertad, pues esta última en el artículo 63 únicamente señaló como tal la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siendo de puntualizar que en el artículo 465.b (1) de la citada ley, la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica sólo fue instituido como una modalidad de las medidas de aseguramiento. Aunque en este caso no se trata de comparar dos conductas punibles iguales contempladas en estatutos penales diferentes, sí se ventila el tema de un sustituto de la prisión intramuros que está previsto en la legislación penal ordinaria para los ciudadanos comunes, pero no en el código punitivo castrense para los miembros de la Fuerza Pública, de donde nacería la diferencia de trato de que se duele la impugnante; de tal suerte, que en punto al porqué de esa disparidad, resulta ilustrativa de alguna manera, la sentencia C-361 de 2001, por cuanto en este caso, no obstante el delito por el que se procede es común este fue cometido por un sujeto activo cualificado (miembro activo de la Fuerza Pública), y en una circunstancia especial relacionada con el servicio, lo cual genera un manejo más severo (…).” **(Rad. 156165, M. P. TC Jacqueline Rubio Barrera, Cuarta Sala de Decisión, 22 de marzo de 2012).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Diferencias entre suspensión y aplazamiento de la pena.

“No obstante, hay que aclarar que una cosa es la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, y otra bien distinta su aplazamiento; por suspensión de la pena de prisión debe entenderse entonces una cesación de la confinación intramural del condenado, es decir, ‘una sustracción al rigor de la cárcel’, de lo cual se sigue, por lógica, como una condición para su operancia, que el sentenciado esté privado de su libertad y que como consecuencia del

advenimiento de una cualquiera de las causales previstas en el canon 535 del CPM., el juez ejecutor de la pena, pueda considerar, por razones de humanidad, la aplicación de dicha medida, que trae como una consecuencia jurídica, solución de continuidad en el cumplimiento de la pena impuesta. Contrariamente, por aplazamiento de la ejecución de la pena se debe entender un diferimiento, prórroga o retardo en la ejecución de la pena, de cuya comprensión se desprende indefectiblemente que el sentenciado aún no ha empezado a purgar la sanción penal, y que se encuentra en libertad; razón por la cual, cuando se concede este beneficio, no se puede entender que hay solución de continuidad, por la sencilla razón que el sentenciado aún no ha empezado a purgar su pena y se encuentra en libertad. Cosa distinta acontece con el instituto de la suspensión, en la cual, como ya se anotó, la persona ciertamente se encuentra privada de su libertad en un centro destinado para tal fin y en tal condición se mantendrá, pero ya no en un penal, sino en su lugar de residencia, clínica u hospital, lugar de trabajo o en el de estudio, bajo unas determinadas condiciones, como son: ‘...permanecer en el lugar o lugares indicados, que no podrá cambiar sin previa autorización y a presentarse al juzgado cuando fuere requerido’, que son garantizadas mediante caución; obligaciones que son similares a las que se adquiere cuando se otorga el beneficio de la condena de ejecución condicional de la pena”. **(Rad. 149106, M. P. MY. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión, 7 de octubre de 2011).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Con base en el principio de favorabilidad, deben examinarse los presupuestos del instituto en la Ley 1407 de 2010 si se trata de hechos ocurridos antes de la vigencia de esta misma.

“(…) el Ministerio Público y la Fiscalía Penal Militar, expresaron que al procesado debía otorgársele el subrogado de la condena de ejecución condicional, ya que las características del arma de fuego, según el Decreto 2535 de 1993, está catalogada como arma de defensa personal. Al respecto en la sentencia del Juez a quo, desmotivadamente se limitó a expresar que se trataba ‘sin lugar a dudas son destinadas para la seguridad y defensa nacional’ y por ende no tendría lugar al subrogado. Así las cosas, la sola falta de motivación del Juez de instancia ameritaría a la Sala para revocar la decisión y en su lugar otorgar el subrogado; pero no solamente por ello, sino que durante el trámite del proceso penal no se hizo verificación de las características del arma de fuego, excepto su marca, de la cual se dice que corresponde a calibre 9 mm. Con ello, se hace imposible llegar a la conclusión acerca de si se trata de un arma de las que están categorizadas en el artículo 11 (armas de defensa personal) o en el artículo 8° (armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública) del Decreto 2535 de 1993. Pero, por si fuera poco, el Juez de instancia tampoco dio una lectura a las previsiones del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, específicamente el numeral tercero, que resulta más favorable al procesado, en cuanto dentro de los presupuestos para el otorgamiento de la ejecución condicional de la pena, no está incluida su limitación para los delitos culposos en general

ni tampoco incluye los delitos en los que estén vinculados bienes del Estado destinados para la Seguridad y defensa Nacional. (...). (Rad. 157698, 2 de julio de 2013, M. P.: CN(r) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Inviabilidad en delitos típicamente militares.**

"Al respecto tenemos que el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010 –de contenidos similares a los señalados en el artículo 71 de la Ley 522 de 1999–, establece los requisitos para que un condenado pueda acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, indicando en su numeral 3 que no procederá para delitos que atenten contra la "disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria", de modo que, siendo el abandono de

puesto un delito contra el "Servicio", no procede el subrogado en mención. Huelga recordar que el tema ya fue tratado por la Corte Constitucional al analizar el inciso 3º del artículo 71 de la Ley 522 de 1999, concluyendo que el legislador no vulneró el derecho a la igualdad, en tanto lo que buscó fue desestimular la comisión de delitos propios de los miembros de la Fuerza Pública que atentaban contra bienes jurídicos especialmente valorados, por lo cual procedió a declararlo exequible. Sumado lo anterior, la misma Corporación indicó que no se cuenta en el Código Penal con una conducta que cabalmente corresponda a la establecida en el Código Penal Militar y siendo así, falta el término de comparación que hasta aquí ha servido para apreciar si se vulnera o no el principio de igualdad, lo cual puede llevar a sugerir que no existe parangón posible y que, por ende, la exclusión del subrogado de la condena de ejecución condicional se encuentra plenamente justificada en tratándose de delitos militares como el que hoy concita la atención de este Colegiado". (Rad. 158852 del 23 de mayo de 2018, M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, Primera Sala de Decisión).

COMENTARIO

Ha de entenderse de acuerdo a la doctrina por subrogados penales la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional. Además cuentan con unos requisitos subjetivos y objetivos establecidos por el legislador, según el código penal, Ley 599 de 2000, sin olvidar que dentro de la jurisdicción castrense no procede la suspensión condicional para los delitos que "atenten contra la" disciplina, contra el servicio, contra el honor, contra los bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria".

Artículo 64. Libertad condicional.

El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Política criminal –subrogados penales – libertad condicional.

[...] "En lo que tiene que ver con el subrogado de libertad condicional, este tiene un doble significado, tanto moral como social; lo primero, porque estimula al condenado que ha dado muestra de su readaptación, y lo segundo, porque motiva a los demás convictos a seguir el mismo ejemplo, con lo cual, se logra la finalidad rehabilitadora de la pena.[...]. De conformidad con el precedente de la Corporación los subrogados penales son medidas sustitutivas de las penas de prisión y arresto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el legislador. De acuerdo con la legislación, los subrogados penales son: 1) La suspensión condicional de la ejecución de la pena, 2) la libertad condicional, 3) reclusión hospitalaria o domiciliaria, y prisión domiciliaria.[...] El principal argumento para que esta figura haya sido incorporada dentro de nuestra legislación es la resocialización del condenado, "pues si una de las finalidades de la pena es obtener su readaptación y enmienda y

está ya se ha logrado por la buena conducta en el establecimiento carcelario, resultaría innecesario prolongar la duración de la ejecución de la pena privativa de la libertad. En este sentido, puede afirmarse que la libertad condicional es uno de esos logros del derecho penal, que busca evitar la cárcel a quien ya ha logrado su rehabilitación y por lo tanto puede reincorporarse a la sociedad". Dicha norma consagra que, el juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a quien haya cumplido los siguientes requisitos: 1) Que la pena impuesta sea privativa de la libertad; 2) que el condenado haya cumplido las 3/5 partes de ella; 3) que su buena conducta en el sitio de reclusión permita colegir al funcionario judicial que es innecesario seguir ejecutando la pena y 4) que se demuestre arraigo familiar y social.[...] Ahora bien, en relación con la necesidad de analizar la conducta en el sitio de reclusión, de conformidad con lo señalado en el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, junto con la solicitud de libertad condicional se debe allegar la resolución favorable del Consejo de Disciplina o en su defecto, del director del establecimiento carcelario, en el que se evalúe el comportamiento en el sitio de reclusión,

documento que se anexa a la petición y que califica la conducta. Se advierte que dicha acreditación no es suficiente para valorar si se concede o no el subrogado penal solicitado, pues debe cotejarse el comportamiento del condenado en el lugar de privación de la libertad con la necesidad de continuar o no con la ejecución efectiva de la pena, y a partir de ello se sustentan los motivos para acceder o negar la libertad demandada. [...] En sentencia C-194 de 2005, la Corte precisó que el juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ejerce una función valorativa que resulta determinante para el acto de concesión del subrogado penal. El juez no puede apartarse del contenido de la sentencia condenatoria al momento de evaluar la procedencia del subrogado penal. Esta sujeción al contenido y juicio de la sentencia de condena garantiza que los parámetros dentro de los cuales se adopta la providencia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se ha restringido, es decir, no pueda versar sobre la responsabilidad penal del condenado. “El funcionario deberá tener en cuenta la gravedad del comportamiento punible, calificado y valorado previamente en la sentencia condenatoria por el juez de conocimiento, como criterio para conceder el subrogado penal”. Adicionalmente, el juicio que adelanta el Juez de Ejecución de Penas tiene una finalidad específica, cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado. Y la prueba está, como lo dice la Corte Suprema de Justicia, en que la decisión judicial que deniega el subrogado penal no aumenta ni reduce el quantum de la pena, sino que se limita a señalar que la misma debe cumplirse en su totalidad. La Ley 1453 de 2011, que modificó la Ley 890 de 2004, consagró que el juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso, su concesión estará sujeta al pago total de la multa y de la reparación a la víctima o se asegure el pago de ambas mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo de pago”. **(Corte Constitucional. Sentencia: T-019/17, enero 20 de 2017, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).**

**JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad – Libertad condicional.**

[...] “En primer lugar es necesario concluir que una norma que exige que los jueces de ejecución de penas valoren la conducta punible de las personas condenadas para decidir acerca de su libertad condicional es exequible a la luz de los principios del non bis in idem, del Juez Natural (CP. Art. 29) y de separación de poderes (CP. Art. 113). Por otra parte, dicha norma tampoco vulnera la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno (CP. Art. 93), pues no desconoce el deber del Estado de atender de manera primordial las funciones de resocialización y prevención especial positiva de la pena privativas de la libertad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 10.3 y Convención Americana de Derechos Humanos Art. 5.6). Sin embargo, sí se

vulnera el principio de legalidad como elemento del debido proceso en materia penal, cuando el legislador establece que los jueces de ejecución de penas deben valorar la conducta punible para decidir sobre la libertad condicional sin darles los parámetros para ello. Por lo tanto, una norma que exige que los jueces de ejecución de penas valoren la conducta punible de las personas condenadas a penas privativas de su libertad para decidir acerca de su libertad condicional es exequible, siempre y cuando la valoración tenga en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean estas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional. Finalmente, la Corte concluye que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad deben aplicar la constitucionalidad condicionada de la expresión “previa valoración de la conducta punible” contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, en todos aquellos casos en que tal condicionamiento les sea más favorable a los condenados.[...] Además, explicó que para conceder la libertad condicional el juez debe revisar el cumplimiento de los requisitos objetivos exigidos por la norma demandada, a saber, haber reparado a la víctima, haber cumplido las tres quintas partes de la pena y haber pagado la multa impuesta. Igualmente, la interviniente señaló que también se deben cumplir los requisitos subjetivos que emanan del estudio de las condiciones propias del solicitante del subrogado penal”. **(Corte Constitucional. Sentencia: T-757/14, octubre 15 de 2014. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. El cumplimiento de las tres quintas partes de la pena no implica la concesión automática de la libertad condicional, ni significa una prolongación ilícita de la privación de la libertad – improcedencia del habeas corpus.

“Desde la fecha de la captura del señor A.P. han transcurrido 3 años y 8 días, luego entonces no aparece evidente el cumplimiento total de la pena. Lo que sí se percibe es el transcurso de tiempo superior a las tres quintas partes de la sanción (que equivalen a 31 meses y 12 días). Sin embargo, esto no implica que, necesariamente y de manera automática, la libertad condicional deba ser concedida, ya que el descuento de la sanción en la proporción indicada es sólo uno de los requisitos previstos por el artículo 64 del Código Penal para la procedencia del subrogado. Adicionalmente, el precepto exige que, previa valoración de la conducta punible, se determine: “2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena”. Y, “3. Que demuestre arraigo familiar y social”. Y la emisión de un juicio sobre esos aspectos le corresponde en forma privativa al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Incluso, una vez producida decisión favorable por parte del juez de la especialidad la liberación tampoco es inmediata porque antes de la expedición de la boleta de libertad el penado debe prestar la caución que se le exija y suscribir diligencia de compromiso con las obligaciones impuestas por el artículo 65 del Código Penal. En ese orden de ideas, no puede

afirmarse que en el caso bajo examen exista prolongación ilícita de la privación de la libertad y, consiguientemente, el habeas corpus no podía ser concedido, como acertadamente lo determinó la primera instancia. Por ende, su decisión será confirmada". (CSJ, Sent. Casación N.º 55781, Jul. 22/2019 M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. No procede en los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional y contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria.

"La institución castrense se encuentra estructurada jerárquicamente y, tiene como soporte inmodificable e insustituible de la vida militar aspectos como la disciplina, el servicio y el honor, entendidos, como condiciones esenciales de toda fuerza militar que le permiten actuar como garante para la defensa de las instituciones. Estas condiciones han sido reprimidas por la ley como delitos, es así, como el Código Penal Militar consagra como hechos punibles, la insubordinación, la desobediencia en sus distintas modalidades, los ataques o amenazas a superiores e inferiores, el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la desertión, el delito del centinela, la inutilización voluntaria, la cobardía, entre otros. Respecto de los delitos citados, considero el legislador que dada su condición de elemento esencial sobre la cual se estructura toda la institución castrense, y, bajo la consideración de que trata de tipos penales que se encuentran directamente relacionados con las funciones propias de los miembros de la Fuerza Pública, gozaran de una especial protección al bien jurídico tutelado, negando "con un propósito disuasivo y merced a la importancia del bien protegido, Sent. C-445/98 M. P. Fabio Morón Díaz, la procedencia del beneficio de la condena de ejecución condicional.(...) Así las cosas, el legislador al excluir del beneficio de la ejecución condicional de la sentencia, de la libertad provisional, de exceptuar de la posibilidad de prestar caución juratoria o prenda y de establecer la procedencia de la detención preventiva para los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional y contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria, buscó como finalidad desestimular la comisión de estos delitos en los miembros de la Fuerza Pública, dada la misión constitucionalmente otorgada a las Fuerzas Militares, la cual exige una alta calidad operativa, de suerte que se puedan verificar los fines esenciales del Estado como son, entre otros, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. No encuentra la Corte que las normas acusadas resulten discriminatorias, ni que se violen los principios de proporcionalidad y racionalidad, como lo afirma el actor, como quiera que los objetivos de las normas cuestionadas se encuentran ajustados plenamente a los fines constitucionales para cuya efectividad se encuentran instituidas las autoridades de la República (Art. 2º CP.). La diferencia de trato entre los delitos intrínsecamente militares y los tipos penales comunes que también pueden ser

cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en relación con el servicio, no puede ser analizada solamente desde el aspecto punitivo como lo hace el demandante, pues dada la complejidad que pueden alcanzar los asuntos de la defensa nacional, imponen al legislador la observancia de otros aspectos o circunstancias como lo señaló la Corte en la sentencia C-361 de 2001, ya citada. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la procedencia de los beneficios penales en los delitos comunes en que pueden incurrir los militares requiere que la sanción impuesta sea de arresto o bien que no supere determinado tiempo de prisión (2 o 3 años), lo que significa que el legislador atendiendo precisamente la gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, restringe la procedencia de los subrogados penales también para esta clase de delitos". (Rad. 153647, M. P. MY(r) Imelda Triviño Lopera, 31 de julio de 2007). (Rad. 147874, M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo, 29 de junio de 2007).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Diferencia condena de ejecución de la pena y libertad condicional.

"(...) es palpable la confusión presentada por el a quo en cuanto a los subrogados: Condena de Ejecución Condicional y la Libertad Condicional; en la providencia inicialmente manifiesta taxativamente que "el artículo 71 del Código Penal Militar, permite al Juez de Oficio o a petición del interesado que se le otorgue el beneficio de la Condena de Ejecución Condicional a la persona o al procesado en caso de que se reúnan los requisitos para tal fin, sin embargo, expresamente prohíbe esta norma en el numeral tercero conceder el citado beneficio a los delitos que atenten contra el servicio"; pero posteriormente teniendo en cuenta una ponencia del "TC(r) José Uriel Rojas Gutiérrez en el que concedió la Libertad Condicional a un condenado por el delito de soldados voluntarios o profesionales a la pena de un año de arresto (...)", y citando la sentencia C-806 del 03 de octubre de 2002 M. P. Clara Inés Vargas Hernández, enuncia que el SLR. H. A. J. F. "se hará acreedor a recibir el subrogado o beneficio de la condena de ejecución condicional (...)" confirmando dicho pronunciamiento en el numeral segundo de la misma sentencia. Por lo anteriormente expuesto, esta Sala considera ineludible dilucidar la confusión en la que ha incurrido el a quo, es así como partimos de la exposición del concepto de Libertad Condicional, la cual es una institución sucedánea de la pena privativa de la libertad impuesta, actúa en beneficio del sentenciado que ha cumplido parte de la condena, pues le permite recobrar la libertad de manera provisional durante un periodo de prueba en el que debe cumplir ciertas exigencias, y satisfechas estas, obtiene su liberación definitiva; se trata, en realidad, de un lapso de transición entre la prisión y la reincorporación a la vida en sociedad, de un "aprendizaje de la vida en libertad". Partiendo del concepto anteriormente descrito, considera la Sala que se le debe otorgar al procesado el beneficio de la Libertad Condicional, pues la Corte en la sentencia C-709 de 2002 M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, se pronunció al conocer de la demanda de inexecutable contra los artículos 71, numeral 3, 527 parcial, 529, numeral 2 y 539, numeral 1, parcial de la Ley 522 de 1999".

(Rad. 154732, M. P. CN Carlos Alberto Dulce Pereira, 30 de mayo de 2008).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Requisitos y competencia para la concesión de la libertad condicional.

“Bajo ese entendido, encuentra la Sala que el inconformismo planteado por el censor se refiere a que la providencia apelada no acreditó los requisitos objetivos y subjetivos descritos en el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010, para concederle el beneficio de la libertad condicional al SLR. JFPV. (...) Ahora bien, para conceder el subrogado penal de la libertad condicional corresponde al juez de primera instancia de esta jurisdicción con funciones de ejecutor de penas y medidas de seguridad, en primer lugar, verificar si la conducta motivo de condena fue considerada ostensiblemente grave por el legislador en el código penal militar, superado este filtro de gravedad, el funcionario debe determinar si es procedente conceder el subrogado, por lo que se impone verificar el cumplimiento del requisito objetivo exigido por el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 –norma aplicable actualmente en su aspecto sustantivo a los procesos penales que tramita esta jurisdicción–, el cual corresponde al cumplimiento de las 3/5 partes de la pena, al pago total de la multa y la reparación de la víctima. Sobre la acreditación del requisito objetivo, es importante mencionar que el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) prevé que los condenados cuentan con la posibilidad de redimir parte de la pena impuesta en la sentencia a través de trabajo, estudio y enseñanza conforme a los criterios fijados por los artículos 82, 97 y 98 de la citada normatividad. La certificación del tiempo realizado por parte de los condenados en tales actividades le corresponde al centro carcelario respectivo según lo refieren los artículos 81 y 96 de la Ley 65 de 1993”. **(Rad. 159204 del 10 de febrero de 2020, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez).** (Sentencia Concordante. Corte Constitucional, Sentencia C- 358-97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. El pago de multa para acceder a la libertad condicional.

“(…) 4. Para el efecto, es necesario recordar que la libertad condicional corresponde a un subrogado penal a través del cual quien se encuentra cumpliendo una pena de prisión, por haber sido declarado penalmente responsable por la comisión de un delito, puede recobrar su libertad antes del cumplimiento total de la pena impuesta previa observancia de unos requisitos del orden objetivo y subjetivo relativos al tiempo de pena cumplida, la buena conducta desarrollada durante el lapso de privación de la libertad, entre otras. El subrogado penal de la libertad condicional se encuentra regulado en el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 O Código Penal Militar y en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 O Código Penal, esta última modificada por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2004. Normas que no guardan identidad frente a los requisitos exigidos para el otorgamiento del beneficio punitivo, puesto que mientras la norma ordinaria además de establecer el cumplimiento de las

tres quintas (3/5) partes de la pena privativa de la libertad y la buena conducta registrada durante el tratamiento penitenciario para el otorgamiento del subrogado penal, incluye la demostración del arraigo familiar y social, dicho aspecto no lo contiene la norma especial, empero esta última supedita el otorgamiento de la libertad condicional al pago total de la multa, exigencia que precisamente eliminó la Ley 1709 de 2014 del ordenamiento ordinario.(...) Ahora bien, habrá de remembrarse que la frase: “En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima” que supeditaba la libertad condicional al cumplimiento de dicho requisito en la jurisdicción penal ordinaria, como lo hace hoy en la penal militar, introducida por modificaciones la Ley 890 de 2004 y la Ley 1453 de 2011 que modificaron el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, fueron objeto de control constitucional por parte del órgano supremo, habiendo sido declaradas ajustadas a la Carta. Política colombiana, así: En el año 1996, el Tribunal Constitucional Colombiano dejó establecido que, aunque el artículo 28 de la Carta Política había señalado que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas debía tenerse en cuenta que la multa no registraba la naturaleza de una deuda u obligación pecuniaria, sino que, por el contrario, correspondía a una pena originada en la conducta punible, lo que perfectamente condicionaba la libertad personal al cumplimiento de dicha obligación dineraria. Posteriormente, en sentencia C-194 de 2005, la Corte Constitucional analizó el artículo 64 del Código Penal, en lo relacionado a la exigencia del pago de la multa como requisito para acceder a la libertad condicional. Señalando para el efecto, que la multa era consecuencia de la configuración de una conducta punible, es decir, tenía un carácter sancionatorio y, por lo tanto, su exigencia se debía entender como cumplimiento de una pena, sin que ello conllevará como finalidad discriminar a personas de bajos recursos, por lo que precisó, que la norma penal brindaba alternativas para el cumplimiento de su pago. Dicha posición fue reiterada en la sentencia C-665 de 2005 que analizó el pago de la multa para acceder a la libertad condicional y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a la luz de los artículos 471 y 474 de la Ley 906 de 2004, decisión en la que se reiteró que la finalidad de la multa era la de castigar infractor de que, en consecuencia, dado ese carácter sancionatorio era perfectamente posible que el derecho a la libertad personal se viera condicionado por el cumplimiento de la obligación dineraria constitutiva de multa. Posición que fue reiterada en la sentencia C-823 de 2005. Finalmente la sentencia C-185 de 2011, en la que se analizó constitucionalidad del mecanismo de vigilancia electrónica, en relación con la: “Exigencia de pago de multa para cumplir pena privativa mediante el sistema sustitutivo de vigilancia electrónica declaró el requisito como exequible, en el entendido que: En caso de demostrarse ante el Juez de Ejecución de penas y Medidas de Seguridad la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la multa no impedirá la concesión del subrogado de vigilancia electrónica Mecanismo, que se aclara, no se encuentra previsto en la Jurisdicción Penal Militar y dista de equipararse a los subrogados de libertad condicional y suspensión condicional de la pena que prevé el ordenamiento punitivo castrense. No obstante, la mentada decisión

puntualizó respecto del pago de la multa para acceder a la libertad condicional, que si bien era cierto, tenía carácter sancionatorio, razón por la cual se podía establecer que la multa no era una deuda sino una obligación dineraria producto de una responsabilidad penal, pues se trataba de un castigo que se debía ejecutar tal como se cumplía cualquier otra condena penal, nada tenía que ver el hecho de que su exigencia también se hiciera para acceder a los subrogados penales, en tanto, no se trataba de justificar ni la improcedencia de las multas ni las exenciones para su pago, sino de determinar la constitucionalidad de su exigencia para acceder a beneficios punitivos

17 como igualmente expresó que la presente sentencia tampoco implica nada en relación con el valor jurisprudencial de lo decidido en sentencias 94, C-665 y C 823 de 2005, en el sentido que la presente providencia no altera por supuesto, la configuración de la Cosa Juzgada derivada de lo decidido en ellas, pues siendo sustitutos distintos regulados en normas distintas y estudiados en su constitucionalidad en momentos distintos, los aspectos constitucionales desprendidos de su alcance a este respecto son distintos". (Rad. 158340, M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, 17 de febrero de 2021). Corte Constitucional C-628 de 1996, C-185 de 2011.

COMENTARIO

Como se ha dicho la libertad condicional es una de las formas en las que se subroga la pena. La Corte Constitucional ha tenido varios pronunciamientos respecto al tema, en los cuales ha identificado que, con la libertad condicional así como con los otros subrogados, se busca estimular al condenado a su resocialización, resultando necesario el cumplimiento de los requisitos para adquirir tal beneficio y quien debe concederlo es un juez de ejecución de penas tras un análisis de su comportamiento, sin que este se convierta en un segundo juicio, por lo que se obliga al juez a limitarse a lo relacionado con la libertad condicional.

La libertad condicional es un beneficio que debe ser solicitado por el condenado, esta solicitud debe encontrarse acompañada de una resolución favorable por el concejo disciplinario o el director del establecimiento carcelario.

Artículo 65. Obligaciones.

El reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional comporta las siguientes obligaciones para el beneficiario:

1. Informar todo cambio de residencia.
2. Observar buena conducta.
3. Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.
4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello.
5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– ALCANCE. **Suspensión de la ejecución de la pena.**

"[...] La suspensión de la ejecución de la pena es una figura que permite a la persona condenada a una pena privativa de la libertad que se suspenda esta por un lapso de tiempo. Es decir, permite que aquel sujeto que ha sido condenado a una pena privativa de la libertad no sea llevado de manera inmediata a un establecimiento carcelario, sino que puede gozar por un tiempo de su libertad". (Corte Constitucional. Sentencia: T-265/17, noviembre 27 de 2019. MS. Alberto Rojas Ríos).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– CONSTITUCIONALIDAD. **Penas – Principio de necesidad de la pena – subrogado penal de suspensión condicional de ejecución de la pena.**

(...) "La suspensión condicional de la ejecución de la pena, también denominada condena

condicional o condena de ejecución condicional, tiene la virtud de suspender durante cierto lapso la ejecución de la pena ya impuesta, para lo cual, el juez debe tener en cuenta que esta sea de prisión y no exceda de tres (3) años, y efectuar una valoración en relación con los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado y la modalidad y gravedad de la conducta punible, a fin de establecer si son indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena en cada caso particular. Concedido el derecho, el favorecido deberá cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 65 del Código Penal, que consisten en informar todo cambio de residencia; observar buena conducta; reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo; comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello; y, no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena. Estas obligaciones se deberán garantizar

mediante caución. Transcurrido el período de prueba sin que el condenado incumpla las obligaciones impuestas, la condena queda extinguida, y la libertad se tendrá como definitiva, previa resolución judicial que así lo determine (CP. Art. 67). En caso contrario, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada (CP. Art. 66). Así pues, se observa, el legislador consideró que los condenados a pena de prisión que no exceda de tres años podrían no requerir reclusión en un establecimiento carcelario, pues estimó que bajo determinadas circunstancias no era necesaria la ejecución de la pena para conseguir su resocialización. Por ello, quiso contar con la voluntad del condenado otorgándole un período de prueba, por fuera del establecimiento carcelario, para que, en caso de ser superado satisfactoriamente, se entendiera conseguida su rehabilitación disponiendo como consecuencia la extinción de la condena". **(Corte Constitucional. Sentencia: C- 806 de 2002, octubre 3 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– CONSTITUCIONALIDAD. **Buena conducta o buen comportamiento.**

"[...] Buena conducta en suspensión condicional de ejecución de pena y libertad condicional –Precisión de concepto para la aplicación. "No se está ante una decisión discrecional del funcionario judicial, sino frente a un concepto indeterminado, que puede y debe ser precisado para su aplicación, lo que implica, primero, acreditar que ha habido una infracción del deber de buena conducta, segundo, mostrar la manera y la medida en que dicha infracción resulta relevante para el derecho penal y, finalmente, como consecuencia de lo anterior, mostrar por qué esa infracción hace que el juez cambie su percepción en torno a la necesidad de la pena en el caso concreto.[...] La obligación de observar buena conducta se traduce en deberes jurídicos cuyo incumplimiento acarrea las sanciones que en cada caso hayan sido previstas por el ordenamiento. No se trata, pues, de una decisión subjetiva del operador jurídico, a partir de su propia apreciación sobre lo que debe entenderse por buena conducta, sino que, en cada caso, es necesario acreditar las infracciones a los deberes jurídicos que puedan considerarse como manifestaciones de mala conducta, situación que impone una valoración objetiva, a partir del propio ordenamiento. [...] La imposición de la obligación de observar buena conducta al condenado es, por otra parte, "... coherente con la finalidad de los subrogados penales – servir de estímulo a la readaptación voluntaria y de la protección familiar".[...] El deber genérico de observar buena conducta, y sus manifestaciones particulares en distintos campos del ordenamiento, encuentra así sustento en los artículos 4º, 6º y 95 de la Constitución, en la medida en que conforme al primero, es deber de toda persona "... acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"; de acuerdo con el artículo 6º, a su vez, "[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", y, finalmente, en el artículo 95

se dispone que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, que comportan el deber de toda persona de cumplir la Constitución y las leyes. Entre los deberes de la persona previstos en el artículo 95 se destaca, para el caso, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, así como el de propender al logro y mantenimiento de la paz.[...] Por otra parte, el examen de la constitucionalidad de una norma que consagra una obligación, a partir de un concepto jurídico indeterminado y de cuya aplicación pueda resultar una limitación para derechos constitucionales fundamentales, debe hacerse a la luz de las consecuencias que el ordenamiento atribuya al incumplimiento de la correspondiente obligación. En el presente caso, el incumplimiento del deber de observar buena conducta se traduce en la revocatoria de un beneficio, lo cual comporta una afectación de la libertad personal.[...] Si como se deriva del tenor literal de la norma, el compromiso de observar buena conducta es genérico y se predica de manera indiscriminada en los campos individual, familiar y social, sin que la posible consecuencia privativa de la libertad está condicionada en función de la naturaleza del delito y de los fines de la detención preventiva, tal compromiso resulta inconstitucional". **(Corte Constitucional. Sentencia: C- 371 de 2002, mayo 14 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Revocatoria de detención y prisión domiciliaria por incumplimiento de obligaciones impuestas.

"[...] Existen dos supuestos: (i) Que el beneficiario de la medida haya sido requerido para presentarse personalmente ante la autoridad judicial que vigila el cumplimiento de la pena y (ii) que la persona no haya acudido a este requerimiento. Así las cosas, para que un agente pueda detener por esta causa, debe tener la información de que el juez solicitó la comparecencia del beneficiario y que se dio un incumplimiento.

[...] Si bien en algunos casos el incumplimiento de estas obligaciones podría implicar la comisión de un delito, como cuando la persona huye y con ello incurre en una fuga de presos, existen muchos eventos en los cuales el desconocimiento de una obligación no constituye per se un delito, como cuando no se observa buena conducta, no se reparan los daños, no se comparece ante la autoridad judicial o no se cumple con condiciones específicas de seguridad determinadas por el INPEC". **(Corte Constitucional. Sentencia: C- 411 de 2015, julio 1º de 2015 M. P. María Victoria Calle Correa).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– CONSTITUCIONALIDAD. **Mecanismo alternativo a la pena privativa de la libertad.**

"El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones generará la ejecución inmediata de la sentencia en lo que haya sido suspendida y se hará efectiva la caución prestada". **(Corte Constitucional. Sentencia: C- 328 de 2016, noviembre 27 de 2019, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La obligación de observar buena conducta respecto de un condenado al cual se le ha otorgado el subrogado de la libertad condicional implica asumir comportamientos sociales, familiares e individuales conformes a la Constitución y la ley.**

“Es decir, se trata de una obligación prevista directamente por el legislador, entre las cuales está la de observar buena conducta, la cual constituye un deber del condenado, derivado de la Carta Política, sin que, per se, sea contraria a esta, tal como lo determina la Corte Constitucional: (...) La lectura integral de la sentencia de constitucionalidad citada permite concluir lo siguiente: (i) Existe razonabilidad en la consecuencia atribuida a la infracción del compromiso en referencia, esto es, pérdida de la libertad. (ii) Una persona sancionada con privación de la libertad personal, que comporta la más severa restricción de sus derechos fundamentales, está en condición de acceder a un derecho previsto en la ley y no es desproporcionado que como condición para el disfrute de este se le imponga, como deber especial, la observancia de buena conducta, la cual, de manera general, resulta demandable de todos los ciudadanos, con el ingrediente de que, en este caso, su infracción tiene como efecto la pérdida del derecho y, por consiguiente, de su libertad. Esa carga es sustancialmente inferior, pues permite atender las razones que dieron lugar a la condena. (iii) Las obligaciones del artículo 65 del Código Penal no pueden tomarse como un gravamen que, ex novo, se impone a una persona, pues son las condiciones que el ordenamiento jurídico considera aplicables a quien ha sido afectado por una condena penal, en aquellos eventos en los cuales una valoración en concreto permita concluir que no requiere tratamiento penitenciario. (iv) Si para conceder el subrogado de libertad condicional se valora una buena conducta en el establecimiento carcelario, de quien ha sido sustraído del entorno social, en virtud de una condena penal, resulta razonable que, cuando se reinserte en la sociedad, le sean exigibles un mínimo de condiciones, entre las cuales, está la de observar buena conducta. (v) La decisión judicial no recae sobre la sanción que se impuso a quien infringió la ley penal, en cuanto tal, sino sobre la ejecución de la misma, por lo que tiene carácter provisional mientras se mantenga en el juez la convicción según la cual el condenado no requiere tratamiento penitenciario por cumplir las obligaciones impuestas. (vi) A pesar de la indeterminación del concepto –buena conducta–, su análisis debe hacerse relacionado con los elementos que el propio ordenamiento suministre para su precisión y atendiendo que se impuso en reemplazo de la pena intramural fijada en la sentencia, en procura de la resocialización del condenado. Lo anterior indica que la revocatoria de la libertad condicional no es una decisión discrecional, sino que implica: (i) La acreditación de la infracción del deber de buena conducta; (ii) mostrar la manera y la medida en que dicha infracción resulta relevante para el derecho penal; y, finalmente, como consecuencia de ello, mostrar por qué esa infracción hace que el juez cambie su percepción en torno a la necesidad del tratamiento penitenciario en el caso concreto. Es decir, en criterio de la Corte Constitucional, no es una simple constatación

objetiva acerca de la infracción de un deber cualquiera de buena conducta, sino que es necesario, además, que se ponga de presente, de manera razonada y con contradicción, la forma como dicha transgresión incide en la valoración acerca de la necesidad de la pena. Así lo ha entendido esta Corporación al determinar que para los efectos de revocar la libertad condicional otorgada con base en el incumplimiento de la obligación de observar «buena conducta», es indispensable demostrar: «(i) La violación del deber; (ii) su relevancia para el caso; y, (iii) la necesidad que surge de ejecutar efectivamente la pena; analizado el comportamiento del condenado desde la arista de quien aún tiene con la sociedad un compromiso, dado que la pena no se ha extinguido» (CSJ AP6743-2017, rad. 51119). Para esta Sala, la obligación de observar buena conducta respecto de un condenado al cual se le ha otorgado el subrogado de la libertad condicional implica la asunción de comportamientos sociales, familiares e individuales conformes a la Constitución y la ley cuyos estándares debe evaluar el juez de manera diversa en relación con los exigibles a los demás individuos. Lo anterior por cuanto la situación jurídica que lo cobija implica que el incumplimiento trascienda penalmente, «al punto de evidenciar la necesidad de que la pena se ejecute efectivamente, único evento en el cual procede la revocatoria del sustitutivo penal» (CSJ AP6743-2017, Rad. 51119) por el quebrantamiento de la buena conducta a la que se comprometió - que no se limita al hecho de ser condenado como autor de delitos”. (CSJ, Sent. Casación N.º 55312, Dic. 9/2019. M. P. Eyder Patiño Cabrera).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Las obligaciones para el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional deberán plasmarse en acta compromisoria, que por motivos de pandemia mundial se podrá utilizar los medios tecnológicos y uso de las TIC.**

“Agréguese que no se vulneran los derechos de la víctima del delito de acceder a la reparación efectiva del daño, toda vez que la suspensión de la pena de prisión no riñe con la obligación del penalmente responsable de reparar el agravio; por el contrario, comporta una medida eficaz para dicho propósito, ya que la libertad de locomoción del penado queda condicionada al pago efectivo de los perjuicios. Para la concesión del subrogado, el sentenciado prestará caución juratoria. Así mismo, deberá suscribir acta compromisoria en donde se plasmen las obligaciones señaladas en el artículo 65 del Código Penal. El acta será rubricada ante el funcionario de primer grado o el de ejecución de penas y medidas de seguridad, para lo cual, podrán utilizarse los medios electrónicos, o con aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones pertinentes, de llegar a producirse en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en todo el territorio nacional, a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020”. (CSJ, Sent. Casación N.º 52492, Jun. 30/2020. M. P. Jaime Humberto Moreno Acero).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Alcance y obligaciones de la condena de ejecución condicional.**

“Si se impone de manera general, comprende tanto las penas principales, como las accesorias. “En extenso se ha querido reproducir este texto jurisprudencial, con el fin de clarificar que, frente a delitos culposos, es perfectamente viable la imposición de la pena de inhabilitación o interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Así mismo, que cuando se impone como subsidiaria, ella sigue la suerte de la pena principal, salvo que el juez de conocimiento expresamente haya considerado y dispuesto su ejecución. Ahora bien y frente al caso concreto, debe analizarse que, en el delito de peculado culposo, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas se impone como pena principal y no como subsidiaria, siguiendo el principio de legalidad de las penas, por estar así prevista en el artículo 182 del Código Penal Militar. Ello impone analizar el caso desde la comprensión de que las penas pueden ser privativas y no privativas de la libertad. En este sentido, una lectura sistemática de los artículos 71 y 72 del Código Penal Militar,

conlleva a afirmar que, en términos generales, la condena de ejecución condicional puede recaer sobre todas las penas que se llegaren a imponer en la sentencia, salvo sobre aquellas que expresamente queden exceptuadas de ese beneficio. Si el Juez de conocimiento no hace ninguna salvedad o mención expresa, debe entenderse que la condena de ejecución condicional comprende todas las penas impuestas, tanto las privativas y no privativas de la libertad, sean principales o accesorias. Por el contrario, si el Juez de conocimiento quisiera hacer exigible el cumplimiento de alguna pena, a pesar de concederse el beneficio de la condena de ejecución condicional, debe expresamente manifestarlo en la parte resolutive, indicando la pena que se excluye del beneficio, es decir, aquella que en su criterio debe hacerse exigible. Así se colige luego de una lectura del artículo 72 del Código Penal Militar, que en su texto reza “Artículo 72. Obligaciones. Al otorgar la condena de ejecución condicional, el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes”. (Rad. 155129, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 29 de junio de 2010).

COMENTARIO

La suspensión condicional de la pena no es una decisión discrecional del funcionario judicial, por el contrario, se relaciona con el cumplimiento de requisitos y obligaciones propias de la figura, entre las cuales se encuentra la buena conducta, respecto de la cual ha expresado la Corte que es una obligación social que emana de la Constitución Política, por lo que es importante reconocer que en los subrogados penales se incorpora como una obligación propia para mantener el beneficio.

El buen comportamiento debe encontrarse dirigido a todos los ámbitos en que se desarrolle el individuo favorecido por la subrogación, en el área familiar, laboral y social; de lo contrario se plasma el incumplimiento de la obligación y se tiene como consecuencia la realización de la pena. Si bien no se ahonda respecto a la obligación de informar el cambio de residencia, aclara las situaciones en que estas se pueden presentar y reitera las obligaciones a cumplir para que se mantenga la suspensión condicional de la pena y que incumplida esta obligación el juez revoca el derecho y se reincorpora al individuo al cumplimiento de la pena en condiciones normales.

Comparecer ante la autoridad judicial es una obligación de todas las personas, aun más de aquellas que cuentan con una sanción penal que los obliga a mantener un buen comportamiento y en caso de incumplir esta obligación existen dos consecuencias, la primera de ellas, que se comete un delito y la segunda que se pierde el beneficio.

Respecto a la prohibición de salir del país, es claro que lo que se busca es mantener a la persona bajo el régimen judicial del país para que la pena sea cumplida de la manera acordada y no exista abuso de las prerrogativas dadas por el legislativo.

Artículo 66. Revocación de la suspensión de la ejecución condicional de la pena y de la libertad condicional.

Si durante el período de prueba el condenado violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada.

Igualmente, si transcurridos noventa días contados a partir del momento de la ejecutoria de la sentencia de la cual se reconozca el beneficio de la suspensión condicional de la condena, el amparado no compareciere ante la autoridad judicial respectiva, se procederá a ejecutar inmediatamente la sentencia.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Los subrogados penales. Concepto.**

“Los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos que han sido condenados a estas penas, siempre y cuando cumplan los requisitos

establecidos por el legislador. De acuerdo con la legislación, los subrogados penales son: 1) La condena de ejecución condicional y 2) la libertad condicional. Los subrogados penales son un derecho del condenado siempre y cuando se verifiquen los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido. Si aquellos

no se cumplen, es evidente que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no puede conceder tales beneficios, pues su competencia está limitada por lo dispuesto en la ley.” (...) “Es claro que no existe violación alguna del derecho a la libertad, si ante el incumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos contemplados en los artículos 68 y 72 del Código o de las obligaciones a que se refieren los artículos 69 y 73 del mismo estatuto, el juez niega o revoca el subrogado penal a un condenado, con base en prueba indicativa de la causa que origina la decisión pues, en ese evento, falla la condición en cuya virtud era posible suspender la ejecución de la pena o conceder la libertad condicional y, en consecuencia, la condena de arresto o prisión prevista en la ley, debe cumplirse”. (C. Const., Sent. C-679 de 1998, Nov. 19/98 M. P. Carlos Gaviria Díaz).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **La revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena, no tiene fin sancionatorio.**

“La revocatoria no constituye una sanción que comporte el desconocimiento del principio de non bis in ídem, pues al condenado no se le impone una sanción adicional por el mismo hecho que originó la condena, ni se agrava el quantum de su condena. La revocatoria de la suspensión de la ejecución condicional de la pena es la consecuencia jurídica prevista por el legislador para el evento de incumplimiento y no tiene por fin sancionar al condenado, sino garantizar el cumplimiento de las condiciones establecidas para poder gozar de dicho beneficio”. (C. Const., Sent. C-006 de 2003, enero 21/2003 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) (C. Const., Sent. C 559 de 1999, C. Const., Sent. C-843 de 1999, C. Const., Sent. C-420/02).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Violar las obligaciones consignadas en el acta de compromiso para el otorgamiento de la libertad condicional y/o la suspensión condicional de la pena genera la revocatoria del subrogado y se hará efectiva la pena privativa de la libertad.**

“(…) En efecto, la obligación citada [de buena conducta] hace referencia al compromiso de un proceder de buena fe en los diversos ámbitos de la vida, que incluye no sólo el nivel personal y familiar, sino, además, trasciende estos en tanto la persona es miembro de una sociedad, circunstancia que genera vínculos con esta, dentro de los cuales surge la necesidad de respetar valores sociales y bienes jurídicos protegidos. (...) En el presente caso, como bien refirió el Ministerio Público, AN propuso, en el año 2014, una fórmula para pagar la multa impuesta, esgrimiendo su precaria condición económica, la cual fue atendida por la Unidad de Atención y Reparación Integral a Víctimas. Fue un acto libre y voluntario que

denotaba en apariencia, para ese momento, el buen propósito de cumplir con una de las sanciones principales de la condena, dirigido al funcionario que estaba adelantando el proceso de cobro coactivo –Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas para la Atención y Reparación Integral–, el cual fue acogido por esta entidad bajo el presupuesto de la buena fe. (...) Es en este aspecto en el que se censura el comportamiento del condenado dado el ardid al que acudió para lograr que se expidiera el acto administrativo a su favor, toda vez que este se fundamentó en la presunta insolvencia económica, la cual él mismo se encargó de controvertir pues, a escasos días de gozar del subrogado –5 de mayo de 2015–, realizó transacciones comerciales suntuosas –22 de julio de 2015–, lo cual evidencia un proceder alejado del compromiso asumido de observar buena conducta. (...) En efecto, esta Corporación tiene dicho que la obligación de observar buena conducta exigible de un condenado, a quien se le ha otorgado el subrogado de libertad condicional, debe analizarse en el contexto social, familiar e individual orientados a los fines y valores de la Carta Política y la ley, cuyos estándares ha de evaluar el juez de manera distinta a los del resto de individuos, especialmente, por la situación jurídica que los rige, siendo menester que el incumplimiento de esa obligación trascienda penalmente al punto de evidenciar la necesidad de que la pena se ejecute efectivamente, único evento en el cual procede la revocatoria del sustituto penal. Por lo anterior, las circunstancias que rodearon los hechos puestos en conocimiento por el Ministerio Público, y demostrado el ardid en el que incurrió HHAN para engañar a la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad para la Atención Integral y Reparación a Víctimas, constituye la prueba de un mal comportamiento social, en el ámbito de la relación de AN para con la administración, esta judicatura y la misma sociedad, el cual no es intrascendente, como lo reclama su apoderado judicial, por cuanto vulnera el principio de buena fe que debe regir todas las actividades públicas y privadas de los coasociados. Recuérdese que, en el contexto del ordenamiento jurídico, además de principio general del derecho, es un postulado constitucional, –sin dejar de lado los hechos que dieron lugar a su captura en febrero de 2018 por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito, en pleno periodo de prueba–. (...) Lo expuesto por cuanto ese comportamiento (i) violó un deber, consignado en un acta de compromiso en los términos analizados, pues fue la condición para otorgar la libertad condicional durante un periodo de prueba, bajo la obligación de observar buena conducta. Se repite el deber de buena conducta comporta los aspectos personal, familiar y social, aristas desde las cuales se ha de analizar el comportamiento de quien lo incumple, el cual, en el presente caso tiene referentes concretos de análisis”. (CSJ, Sent. Casación N.º 55312, Dic. 9/2019. M. P. Eyder Patiño Cabrera).

COMENTARIO

Si el condenado no cumple con las obligaciones contempladas en la ley, el juez podrá revocar el subrogado penal, lo que no constituye violación al principio de *non bis in idem*, pues al condenado no se le impone una sanción adicional por el mismo hecho que originó la condena, sino es una consecuencia jurídica de su incumplimiento.

Artículo 67. Extinción y liberación.

Transcurrido el periodo de prueba sin que el condenado incurra en las conductas de que trata el artículo anterior, la condena queda extinguida, y la liberación se tendrá como definitiva, previa resolución judicial que así lo determine.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. La extinción de la sanción se encuentra per se vinculada al ámbito de ejecución del subrogado penal.

“Ello, por cuanto el artículo 67 de la Ley 599 de 2000 dispone que una vez transcurrido el periodo de prueba sin que el sentenciado viole cualquiera de las obligaciones fijadas al momento de conceder alguno de los mecanismos sustitutivos, bien la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ora la libertad condicional, la “condena queda extinguida”. De tal manera, declarar que ha operado el fenómeno jurídico de la extinción de la sanción, cuando esta se ha producido en el marco del otorgamiento de la libertad condicional, impone al funcionario judicial verificar el acatamiento de los compromisos adquiridos a la luz del artículo 65 ibidem para el goce del sustituto, lo cual significa que, en este caso específico, la extinción de la sanción se encuentra inescindiblemente vinculada al ámbito de ejecución del beneficio, pues una vez constatado su cabal cumplimiento deviene la “extinción y liberación” definitiva”. (CSJ, Sent. Casación N.º 54322, Feb. 6/2013, M. P. José Francisco Acuña Vízcaya).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. Con el vencimiento del plazo del periodo de prueba sin que se revoque la libertad condicional, el juez de ejecución de penas deberá dictar la declaratoria de la extinción de la condena.

“Es claro que, en principio, de acuerdo con lo relatado por el promotor de esta acción constitucional, lo que está en discusión es si fue privado de la libertad de manera ilegal, ante la eventual extinción de la sentencia con fundamento en la cual fue capturado. Frente a tal situación vale la pena señalar que la concesión y permanencia de los subrogados penales, tal y como ordena la ley, está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos. En punto de la permanencia, tanto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como de la libertad condicional, existe un periodo de prueba en el que deben cumplirse una serie de condicionamientos de los cuales depende el mantenimiento de la excarcelación. (...) De suerte que, vencido el plazo del periodo de prueba sin que se revoque la libertad condicional, no le queda al juez que vigila la ejecución de la pena opción diferente que la declaratoria de extinción, tal como lo ordenan de manera categórica los

artículos 66 y 67 del Código penal (...) Tal actividad de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones del condenado que disfruta de libertad condicional, tienen como término máximo el del periodo de prueba; de manera que con dicho límite temporal precluye cualquier posibilidad para ocuparse de un eventual incumplimiento. Dicha frontera la marca el Legislador de varias maneras: -Con el inciso final del artículo 64 transcrito, según el cual debe coincidir el periodo de prueba con el tiempo de la pena aún no cumplido efectivamente. -Con los también transcritos artículos 66 y 67 del Código Penal que limitan al periodo de prueba como la oportunidad para vigilar la satisfacción de las obligaciones impuestas al condenado para gozar del subrogado. -También con el artículo 89 ibidem, que advierte: “La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años.” (...) Una interpretación como la que avala el a quo, esto es, que la duración del periodo de prueba de la libertad condicional no supone límite temporal a efectos de comprobación del cumplimiento de las obligaciones impuestas al liberado condicionalmente, es contraria al Estado Social de derecho, toda vez que deja al capricho del juez la determinación del momento de verificación de las obligaciones impuestas al condenado, la cual no puede estar librada ad infinitum pues se contraría la dignidad humana toda vez que, un condenado no puede permanecer sub iudice indefinidamente en esa situación de condena que comporta la ejecución de la misma, cuando precisamente es el propio legislador quien establece los límites temporales de la sanción y las consecuencias jurídicas que deben operar a partir de su cumplimiento, bien porque se agota su término en reclusión por parte del penado o porque se extingue como resultado de la expiración del periodo de prueba que se establece en la providencia mediante la cual se concede el subrogado de la libertad condicional como ocurre en este caso. Esto, además de contrariar el precepto constitucional según el cual no habrá penas imprescriptibles (Art. 28), y de atentar contra la seguridad jurídica y la certeza de los derechos, presupuesto político de los derechos subjetivos. (...) Así las cosas, se concluye que la privación de la libertad de que fue objeto (...) fue ilegal, y por tanto se observa procedente su protección, mediante la orden inmediata e incondicional de su liberación”. (CSJ, Sent. Casación N.º 39298, Jun. 26/2012, M. P. José Leonidas Bustos Martínez).

Artículo 68. Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave.

El Juez Penal Militar de Ejecución de Penas podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el Inpec, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.

Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.

El Juez Penal Militar de ejecución de penas ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.

Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Subrogados Penales.**

"[...] De conformidad con el precedente de la Corporación los subrogados penales son medidas sustitutivas de las penas de prisión y arresto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el legislador. De acuerdo con la legislación, los subrogados penales son: 1) La suspensión condicional de la ejecución de la pena, 2) la libertad condicional, 3) reclusión hospitalaria o domiciliaria, y prisión domiciliaria". (Corte Constitucional. Sentencia: T-019/17, enero 20 de 2017. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Subrogados Penales – Derechos del procesado.**

"Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave: (...) La legislación penal colombiana permite que, cuando la persona privada de la libertad presente una enfermedad grave, se autorice el traslado a su domicilio o un centro hospitalario, donde se continuará con la ejecución de la pena privativa de la libertad. Este subrogado penal se encuentra contemplado en el artículo 68 de la Ley 599 de 2000. Los requisitos para acceder a este mecanismo sustitutivo son los siguientes: (i) La enfermedad que padece la persona privada de la libertad debe ser considerada como "muy grave"; (ii) su tratamiento ha de ser incompatible con las condiciones del centro de reclusión; y (iii) por último, debe existir un concepto de medicina legal". (Corte Constitucional. Sentencia: T-265/17, abril 28 de 2017. MS. Alberto Rojas Ríos).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Subrogados Penales – Derechos del procesado.**

"[...] la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave permite que el juez pueda autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia de penado o en el centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso de que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave que sea incompatible con la vida en reclusión formal. Para conceder este

beneficio se requiere concepto médico legista especializado, y durante su cumplimiento, el juez ordenará exámenes periódicos para determinar si la enfermedad que dio origen a la concesión de la institución aun continua en términos de gravedad. Según lo expuesto, la pena privativa de la libertad impuesta a un condenado puede ser objeto tanto de una medida alternativa como la prisión domiciliaria, como de mecanismos sustitutivos de la misma como la ejecución condicional de la pena, la libertad condicional o la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave. [...] Según lo expuesto, la pena privativa de la libertad impuesta a un condenado puede ser objeto tanto de una medida alternativa como la prisión domiciliaria, como de mecanismos sustitutivos de la misma como la ejecución condicional de la pena, la libertad condicional o la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave. Estos beneficios le permiten al condenado tener alternativas diferentes a la ejecución de la pena de prisión, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley, con la finalidad de alcanzar finalidades constitucionalmente válidas como se verá a continuación". (Corte Constitucional. Sentencia: C-328/16, junio 22 de 2016. MS. Gloria Stella Ortiz Delgado).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Acción de Tutela contra Providencias Judiciales - Subrogados Penales – **Sustitución de Prisión en Centro Carcelario por Prisión Hospitalaria en Ejecución de la Pena.**

(...) "Siguiendo las máximas de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad consagradas en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, la detención preventiva en establecimiento carcelario puede sustituirse por la de lugar de residencia, cuando, entre otros, el imputado o acusado este en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales, evento en el cual el juez determinará si la persona debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital (Código de Procedimiento Penal, artículo 314, numeral 4º, modificado por el 27 de la Ley 11442 de 2007). De igual forma, según el artículo 68 del Código Penal, cuando el condenado padezca una enfermedad muy grave que sea incompatible con la vida en reclusión formal, el juez podrá autorizar la ejecución de

la pena privativa de la libertad en el domicilio del penado o en el centro hospitalario que establezca el Instituto Nacional Penitenciario (INPEC), previo concepto de médico legista especializado y caución. [...] Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha precisado: "(...) [E]n el ámbito punitivo, cuando el condenado se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, dispone el Art. 68 del CP., el juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o en centro hospitalario determinado por el INPEC. Para la concesión de este beneficio, continúa la norma, debe mediar concepto de médico legista especializado y se exigirá que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Art. 38-3 ídem. El juez, resáltase, habrá de ordenar exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste. En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida". (**Corte Constitucional. Sentencia: C-035/13, junio 22 de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.**)

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La concesión del beneficio concepto de la reclusión domiciliaria u hospitalaria debe ser soportada mediante dictamen de un médico legista especializado donde se indique que el padecimiento debe ser incompatible con la vida en reclusión.**

"Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado. Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38. El Juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste. En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida. Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción. Del tenor de la norma transcrita se establece que no es cualquier enfermedad o estado de salud graves, los que habilitan al juez de ejecución de penas a autorizar que la sanción privativa de la libertad se cumpla en la residencia del condenado o en un centro hospitalario, pues, además, el padecimiento médico debe ser incompatible con la vida en reclusión, sin dejar de lado, claro está, que tales situaciones deben ser valoradas por un médico legista especializado. De manera que no le asiste razón al recurrente cuando cuestiona el trabajo del galeno del Instituto Nacional de Medicina Legal, argumentando que el estado de salud de su representado a cambio de mejorar ha empeorado, pues se trata de afirmaciones sueltas sin ningún sustento científico, que intenta oponer a la valoración médica del experto en la materia. Tampoco es de recibo el argumento de que el magistrado de garantías sustituyó la detención preventiva en establecimiento carcelario, por su domicilio, ante el evidente

estado grave de salud de su representado, pues la decisión adoptada en esa etapa procesal tuvo como sustento la valoración realizada por un médico del CTI, en la que se relacionaron las patologías padecidas por FCC, pero no conceptuó sobre el sufrimiento de una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión. De otra parte, el mismo artículo 68 citado, dispone la práctica de exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste, o, por el contrario, ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, lo que indica que no es una medida que opere en forma automática para la totalidad de la pena de prisión, sino que depende del progreso o deterioro de la salud del beneficiado. Específicamente, el juzgado negó la reclusión domiciliaria u hospitalaria a FCC, porque el último dictamen forense de estado de salud, realizado el 2 de mayo de 2018, concluyó que no presenta estado de salud grave por enfermedad, concepto que siendo emitido por un médico legista descarta que el sentenciado, como lo expone el defensor, no pueda cumplir la pena impuesta en un establecimiento carcelario. No implica lo anterior que la judicatura desconozca que CC padece de diferentes enfermedades diagnosticadas desde hace más de diez años, sólo que, de acuerdo con el concepto del experto, ninguna de ellas es incompatible con la vida en reclusión, claro está, siempre que se garantice el suministro ininterrumpido de los medicamentos y el cumplimiento de los controles ordenados por los médicos que lo vienen tratando. En consecuencia, la Sala confirmará lo resuelto por la primera instancia en el sentido de ordenar el traslado del sentenciado al establecimiento penitenciario de Santa Marta, en donde continuará cumpliendo la pena privativa de la libertad". (**CSJ, Auto Interlocutorio N.º 53601, sep. 18/2018. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.**)

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La reclusión domiciliaria como mecanismo de humanidad.**

"La reclusión domiciliaria instituida en el artículo 68 de la Ley 1407 de 2010, como sustitutiva de la pena de prisión, tiene lugar cuando el penado "...se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo."; para su otorgamiento será necesario que medie el concepto de un médico legista especializado. Dicho beneficio emerge claramente como un mecanismo de humanidad, con el que se busca salvaguardar la vida, la salud y la dignidad de la persona humana; por lo que, de llegar a determinarse a través de prueba médica posterior, que la situación que dio lugar a la medida ya no persiste y que por tanto el tratamiento sea compatible con la reclusión formal, el beneficio será revocado. Nótese que la medida es transitoria, justamente porque no tiene la categoría de pena, como sí se contempla en el Compendio Punitivo Ordinario, donde su concesión está condicionada a la acreditación de otros elementos o presupuestos y no a una puntual circunstancia como antes se refirió. Pues bien, en el mismo sentido como se expresó en pasajes anteriores, con relación a la ausencia de otorgamiento del beneficio de la suspensión de

la ejecución de la pena frente a determinados delitos, ocurre con la ausencia de regulación de la detención domiciliaria; no se trata pues dicha, si se quiere, omisión legislativa, de una determinación de configuración que atente contra el derecho a la igualdad y que por tanto deba ser suplida por vía de integración de las normas que disciplinan la materia en la Justicia Ordinaria, a la Justicia Penal Militar; no, pues, como se refirió, la regulación aquí es expresa y completa y obedece a principios de autonomía legislativa y políticas criminales, tal como en este sentido así lo ha manifestado la Jurisprudencia Constitucional referida precedentemente". (Rad. 158171 M. P. TC. (RA) Noris Toloza González, 25 de octubre de 2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **¿Es factible sustituir la prisión intramural por la reclusión domiciliaria, dada la enfermedad que actualmente dice padecer el condenado, sin necesidad de acudir a la valoración médico legista que ordene el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad?**

"(...) Tal y como lo afirmara el A quo, en la legislación penal militar como en la ordinaria se estableció la "reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave" como uno de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que es factible otorgar por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ante el diagnóstico de una enfermedad muy grave que sufra el condenado incompatible con la vida en reclusión intramural. Lo que se busca con ello es proteger a la persona en la salud y la vida, independientemente de su situación jurídica, para que la reclusión no ponga en peligro la integridad física al no recibir oportunamente un tratamiento requerido o, en algunos casos, cuando las condiciones de salud del examinado requieren atención, manejo y cuidados especiales, sobre las cuales advertirá el médico perito, y que a juicio de la autoridad, no podrían proveerse adecuadamente en el establecimiento carcelario donde se encuentra el recluso. Al respecto de este tema ha dicho la Corte Constitucional que se trata de una obligación del Estado de velar por la salud del interno, sin que sea necesario para ello que esté afectado de tal manera que la situación involucre urgencia o peligro para la vida, sino que comprenda también la atención en salud en dolencias de otra índole, en medicina preventiva, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria; el derecho al diagnóstico y a la atención idónea cuando existan dolores intensos u otras condiciones que vulneren el principio del respeto a la dignidad humana. Para ello, corresponde al perito médico establecer o confirmar el diagnóstico, evaluar la situación de salud actual del examinado y determinar en forma genérica qué tipo de tratamiento requiere y cuáles son las condiciones que deben garantizarse para la recuperación o preservación de la salud, determinando, además, si dicho tratamiento debe ser intrahospitalario o puede ser ambulatorio, condiciones de manejo y cuidado necesarias para la atención adecuada y digna de las circunstancias particulares de salud del examinado, y si estas se requieren de manera permanente o transitoria. Tal dictamen busca ofrecer elementos de juicio a la autoridad judicial que tenga a su cargo el asunto penal, sobre la atención en salud que debe recibir el

examinado para establecer si el sitio de reclusión donde se encuentra la persona cumple o no las condiciones mencionadas por el perito médico o si su permanencia en él puede comprometer la salud y la propia vida o la dignidad del enfermo. El examen del médico legista es un presupuesto que trae la propia norma para conceder el beneficio de la reclusión domiciliaria u hospitalaria, pues no basta con que el diagnóstico de la enfermedad que sufre el paciente sea grave sino que se requiere, además, establecer las condiciones de salud específicas del paciente en sus circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar a efectos de concluir si se encuentra en un estado grave generado por la enfermedad que padece, en tanto una enfermedad catalogada como grave puede no constituir en determinada persona, en un momento dado y bajo ciertas circunstancias, un estado grave por enfermedad. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a través de la resolución 000524 del 15 de abril de 2009, estableció que en estos eventos el perito médico debe elaborar una historia clínica y realizar un examen clínico completo y, de ser necesario, solicitar por intermedio de la autoridad competente los exámenes paraclínicos o interconsultas con especialistas, en aras de establecer, aclarar o confirmar el diagnóstico, el pronóstico y determinar las condiciones medioambientales, de tratamiento y/o manejo requeridas por el examinado para conservar o recuperar su salud, conclusiones que deberá comunicar de forma clara a la autoridad judicial a cuyo conocimiento este asignado el caso para que tome la decisión de conceder o no el correspondiente beneficio legal. Bajo las consideraciones precedentes se confirmará la decisión apelada, dado que es necesario que un perito del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses o un médico oficial que haya recibido capacitación y entrenamiento específico en el tema y siga los lineamientos técnico forenses establecidos en la reglamentación correspondiente, conceptúe sobre la incompatibilidad de la vida en reclusión por sufrir el condenado hipertensión arterial y afecciones síquicas que dice ha venido padeciendo". (Rad. 158374 del 20 de junio de 2017, M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, Primera Sala de Decisión).

Conc. Ley 1407 de 2010, artículo 68, Ley 599 de 2000, artículo 68, Sentencias: T-530 de 1999, T-606 de 1998, T-366 de 1999, T-775 de 2002, T-535 de 1998, T-606 de 1998, T-233 de 2001, T-1499 de 2000).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La reclusión domiciliaria no es igual que prisión domiciliaria.**

"Bajo todo lo expuesto, es claro que en nuestra jurisdicción especial no se consideró la pena de prisión domiciliaria como sí se previó en la justicia ordinaria, en donde esta es una categoría de pena sustitutiva de la de prisión y consiste en la ejecución de la sanción privativa de la libertad en el lugar de residencia o morada del sentenciado o en el sitio que determine el juez, siempre que se cumplan determinados presupuestos. Ello para dar claridad que erró la juez en la parte resolutoria del auto apelado, al concederle al condenado "prisión domiciliaria como

sustitutiva de la prisión". Ahora bien, otro tema es el concerniente a la reclusión domiciliaria, instituido en el artículo 68 de la Ley 1407 de 2010 como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, la cual tiene lugar cuando el penado "(...) se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo.", previo concepto de un médico legista especializado. (...) Tanto en la legislación penal militar como en la ordinaria se estableció la "reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave" como uno de los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, que es factible otorgar por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ante el diagnóstico de una enfermedad muy grave que sufra el condenado incompatible con la vida en reclusión intramural. Lo que se busca con ello es proteger a la persona en la salud y la vida, como ya se dijo, independientemente de su situación jurídica, para que la reclusión no ponga en peligro la integridad física al no recibir oportunamente un tratamiento requerido o, en algunos casos, cuando las condiciones de salud del examinado requieren atención, manejo y cuidados especiales, sobre los cuales advertirá el médico perito, que a juicio de la autoridad no podrían proveerse adecuadamente en el establecimiento carcelario donde se encuentra el recluso. Al respecto de este tema ha dicho la Corte Constitucional que se trata de una obligación del Estado de velar por la salud del interno, sin que sea necesario para ello que esté afectado de tal manera que la situación involucre urgencia o peligro para la vida, sino que comprenda también la atención en salud en dolencias de otra índole, en medicina preventiva, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, el derecho al diagnóstico y a la atención idónea cuando existan dolores intensos u otras condiciones que vulneren el principio del respeto a la dignidad humana. Para ello, corresponde al perito médico establecer o confirmar el diagnóstico, evaluar la situación de salud actual del examinado y determinar en forma genérica qué tipo de tratamiento requiere y cuáles son las condiciones que deben garantizarse para la recuperación o preservación de la integridad física y/o psíquica, determinando, además, si dicho tratamiento debe ser intrahospitalario o puede ser ambulatorio, condiciones de manejo y cuidado necesarias para la atención adecuada y digna de las circunstancias particulares del examinado, y si estas se requieren de manera permanente o transitoria. Tal dictamen busca ofrecer elementos de juicio a la autoridad judicial que tenga a su cargo el asunto penal, sobre la atención en salud que debe recibir el examinado para establecer si el sitio de reclusión donde se encuentra la persona cumple o no las condiciones mencionadas por el perito médico, o si su permanencia en él puede comprometer la salubridad, la propia vida o la dignidad del enfermo. **(Rad. 158488, M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, 11 de diciembre de 2018).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Presupuestos para la reclusión domiciliaria u hospitalaria.

"(...) para que se le concediere a este la reclusión domiciliaria u hospitalaria regulada en el artículo 68 de la Ley 1407 de 2010, lo procedente era que el juzgado executor de penas verificara previo a la adopción de la decisión y como enseñan el precedente constitucional y el del órgano de cierre de esta jurisdicción foral: i) Si la prenombrada patología presentaba la connotación de grave o muy grave, según el caso, e independientemente de ser así, o no, determinar el tratamiento que resultaba incompatible con la reclusión formal, pues de continuar privado de la libertad en el establecimiento carcelario se generarían riesgos para su integridad física, su salud o su vida, al no recibir oportunamente los tratamientos requeridos; y iii) si la infraestructura y las capacidades del antes citado centro de reclusión, por el contrario, habida cuenta de la patología presentada por el SLR. Mejía Hernández y del tratamiento a seguir, garantizaba la recuperación o preservación de la salud de este, con mayor razón cuando el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a la salud y prestar el servicio médico y tratamiento adecuado de las patologías físicas o mentales de las personas privadas de la libertad, lo cual se cumple a través del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) adscrita al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), con la afiliación al Régimen Subsidiado de la población carcelaria que no pertenezca al régimen contributivo, regímenes de excepción o especiales, lo que implica garantizar necesidades de tipo quirúrgico, hospitalarias y farmacéuticas (entre otras), sin que haya lugar a alegar la existencia de problemas financieros, administrativos o de cualquier índole. Y una vez determinado sin hesitación alguna lo anterior -dado que no es cualquier enfermedad o estado de salud graves los que habilitan al juez de ejecución de penas a autorizar que la sanción privativa de la libertad se cumpla en la residencia del condenado o en un centro hospitalario, pues, además, el padecimiento médico debe ser incompatible con la vida en reclusión- sí adoptar la correspondiente determinación, ello con la salvedad que en el evento del instituto deprecado por el abogado del penado, las anteriores circunstancias deben ser valoradas y certificadas por un médico legista especializado según lo normado en el artículo 68 de la Ley 1407 de 2010 y en tratándose del dispuesto por la juez de ejecución de penas en el presente trámite lo había de ser por un médico oficial, debiendo en ambos casos corresponderse con lo que prescribe el "Reglamento Técnico para la Determinación Médico Forense de Estado de Salud en Persona Privada de Libertad" del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y sin que fuere exigible al operador judicial en un evento como el que se ventila en autos, añada la Sala, establecer adicionalmente si para el cumplimiento de los fines previstos para la pena (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado) es suficiente la reclusión en el lugar de residencia, en tanto no lo exigen las preceptivas aplicables y, además,

SENTENCIAS CONCORDANTES.

T-530 de 1999, T-606 de 1998, T-366 de 1999, T-775 de 2002, T-535 de 1998, T-606 de 1998, T-233 de 2001, T-1499 de 2000.

ellos ya debieron ser analizados y ponderados en el momento del fallo". (Rad. 159261, M. P. CN(r) Julián Orduz Peralta, 28 de agosto de 2020).

SENTENCIAS CONCORDANTES:

Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-535 de 1998, T-606 de 1998, T-524 de 1999, T-1474 de 2000, T-233 de 2001, T-1168 de 2003, T-085 de 2003, T-161 de 2007, T-324 de 2011, T-175 de 2012, T-266 de 2013, T-244 de 2015 y T-193 de 2017 y asimismo Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia octubre 19 de 2006, radicación N.º 25724, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón- Resolución 000524 del 15 de abril de 2009 Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.

El examen del médico legista como uno de los presupuestos para conceder la reclusión domiciliaria u hospitalaria. "Para ello, corresponde al perito médico especializado establecer o confirmar el diagnóstico, evaluar la situación de salud actual del examinado y determinar en forma genérica qué tipo de tratamiento requiere y cuáles son las condiciones que deben garantizarse para la recuperación o preservación de la salud, determinando, además, si dicho tratamiento debe ser intrahospitalario o puede ser ambulatorio, condiciones de manejo y cuidado necesarias para la atención adecuada y digna de las circunstancias particulares de salud del examinado, y si estas se requieren de manera permanente o transitoria. Dicho dictamen busca ofrecer elementos de juicio a la autoridad judicial que tenga a su cargo el asunto penal, sobre la atención en salud que debe recibir el examinado para establecer si el sitio de reclusión donde se encuentra la persona cumple o no las

condiciones mencionadas por el perito médico o si su permanencia en él puede comprometer la salud y la propia vida o la dignidad del enfermo. El examen del médico legista especializado es un presupuesto que trae la propia norma para conceder el beneficio de la reclusión domiciliaria u hospitalaria[15], pues no basta con que el diagnóstico de la enfermedad que sufre el paciente sea grave sino que se requiere, además, establecer las condiciones de salud específicas del paciente en sus circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar a efectos de concluir si se encuentra en un estado grave generado por la enfermedad que padece y si esta condición es incompatible con la vida en reclusión, porque puede suceder que en un determinado caso el condenado padezca una enfermedad grave pero no necesariamente que esta sea incompatible con su permanencia en reclusión, bajo determinadas circunstancias. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a través de la resolución 000524 del 15 de abril de 2009[16], estableció que en estos eventos el perito médico debe elaborar una historia clínica y realizar un examen clínico completo y, de ser necesario, solicitar por intermedio de la autoridad competente los exámenes paraclínicos o interconsultas con especialistas, en aras de establecer, aclarar o confirmar el diagnóstico, el pronóstico y determinar las condiciones medioambientales, de tratamiento y/o manejo requeridas por el examinado para conservar o recuperar su salud, conclusiones que deberá comunicar de forma clara a la autoridad judicial a cuyo conocimiento este asignado el caso para que tome la decisión de conceder o no el correspondiente beneficio legal". (Rad. 154378, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, 4 de febrero de 2021).

SENTENCIAS CONCORDANTES

T-530 de 1999, T-606 de 1998, T-366 de 1999, T-775 de 2002, T-535 de 1998, T-606 de 1998, T-233 de 2001, T-1499 de 2000.

COMENTARIO

En esta ocasión la Corte Constitucional se refiere a las penas subrogadas analizando los principios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad en relación con la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave. Es clara la necesidad de la pena bajo la comisión de un delito, sin embargo, se evalúa la adecuación y razonabilidad de esta cuando el individuo sobre el cual recae la pena sufre de una enfermedad de alta gravedad, recluírlo en un centro carcelario podría agravar su situación e irrumpiría con el principio de la dignidad humana por el que se rige el derecho penal.

Igualmente, ha dejado claro que la subrogación de la pena debe realizarla un juez, y que esta debe estar acorde a lo expresado por el INPEC, en relación con el lugar donde se cumplirá la pena. Es de entender que esta subrogación sólo se da cuando el interno cuenta con una enfermedad grave y se mantiene siempre que la enfermedad continúe, por lo que el juez puede ordenar la realización de exámenes periódicos. La Corte Constitucional establece los requisitos para la prerrogativa de reclusión domiciliaria u hospitalaria entendiendo estos como: La enfermedad que padece la persona privada de la libertad debe ser considerada como muy grave, el tratamiento ha de ser incompatible con las condiciones del centro de reclusión, debe existir un concepto de medicina legal.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha dejado entrever en su jurisprudencia que el examen jurídico para conceder el subrogado penal de la libertad condicional debe realizarse con la observancia de los requisitos legales signados, con particular valoración de la conducta del condenado al interior del establecimiento penitenciario, según la resolución favorable del Consejo de Disciplina o del director del establecimiento. Se debe resaltar que el estudio *sub judice* no es dable considerar la gravedad o no del delito, número de conductas punibles y/o antecedentes penales del reo.

La Ley 599 de 2000, en su artículo 68 A, indica una serie de causales que generan la exclusión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; y de otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública y otros tipificados en su articulado; sin embargo, la Ley 1407 de 2010 contempla unas causales taxativas de exclusión de subrogados conexos al ámbito castrense, tal y como son los delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, el honor, la seguridad de la Fuerza Pública, la Administración Pública, salvo los delitos culposos.

CAPÍTULO IV DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Artículo 69. Medidas de seguridad.

Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Existencia de dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal.

“El estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible tienen la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva (CP. Art. 29). De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que, al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas sino medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento sea culpable, sino que basta que sea típico, antijurídico, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que, en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, “esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge

como conducta típica, antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”. (C. Const., Sent. C 297 de 2002, abril 24/2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Qué se entiende por medida de seguridad.

“La medida de seguridad es la privación o restricción del derecho constitucional fundamental a la libertad, que impone judicialmente el Estado a la persona que luego de cometer un hecho punible es declarada inimputable, con base en el dictamen de un perito siquiátrico, y por medio de la cual se busca la curación, tutela y rehabilitación del acusado. Según el artículo 69 del Código Penal son medidas de seguridad: “1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, 2. La internación en casa de estudio o trabajo y 3. La libertad vigilada” “(...) las funciones de las medidas de seguridad son la protección, curación, tutela y rehabilitación del inimputable. Por lo anterior, queda claro que se excluye de las funciones de la medida de seguridad la retribución por el acto cometido”. (Corte Constitucional. Sentencia C-107 de 2018, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018). M. P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Concordancia : C-744 de 2001, C 960 de 2014, C- 462 de 2013 , C-330/13 C-176 de 1993, C-394 de 1995, C-297/02,

Artículo 70. Internación para inimputable por trastorno mental permanente.

Al inimputable por trastorno mental permanente, se le impondrá medida de internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, en donde se le prestará la atención especializada que requiera.

Esta medida tendrá un máximo de duración de veinte (20) años y el mínimo aplicable dependerá de las necesidades de tratamiento en cada caso concreto. Cuando se establezca que la persona se encuentra mentalmente rehabilitada cesará la medida.

Habrà lugar a la suspensión condicional de la medida cuando se establezca que la persona se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverà su vida.

Igualmente procederà la suspensión cuando la persona sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente.

En ningùn caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrà exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Inimputable por trastorno mental permanente.

“[...] Dispone nuestro Estatuto Fundamental que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (Art.1º). Así mismo, en el artículo 2º se tiene como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. De igual forma, “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, (Art. 2-2 CP.).

“[...] La calidad de inimputables la otorga la normatividad penal a aquellas personas que “en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuvieron la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”. (Art. 33 Código Penal – Ley 599 de 2000).

De la norma penal citada se infiere que el legislador clasificó la inimputabilidad de acuerdo a la conducta punible desplegada por sujetos con inmadurez psicológica, trastorno mental y diversidad sociocultural o estados similares. De donde se tiene que de acuerdo a la clase de inimputabilidad de que se trate, así mismo será el tratamiento que debe dárseles.

La calidad de inimputables no sustrae a las respectivas personas del deber que tiene el Estado de investigar sus conductas punibles y de imponer las medidas correspondientes, pues para ellos, de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes, se presenta una dualidad en su tratamiento[2]: de un lado son sujetos pasivos de la facultad investigativa y sancionadora estatal por la conducta punible realizada, y de otro, dada la condición en la que se encontraban al momento de incurrir en la misma, deben ser objeto de especial protección estatal.

“[...] De la misma manera, “el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. (CP. Art. 47). (Corte Constitucional. Sentencia C-1045 de 2002. (28) de noviembre 28/2002. M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. La medida de seguridad para los inimputables se funda en la necesidad del tratamiento y rehabilitación del reo.

“Esta decisión no repercute en el término máximo de la medida de seguridad de internación en establecimiento psiquiátrico impuesto en la sentencia (10 años) por las siguientes razones: (i) Las funciones de esa clase de “sanciones penales” son la protección, curación, tutela y rehabilitación (Art. 5º CP.), no la retribución por el delito; (ii) el plazo mínimo de esa medida se mantiene incólume dado que, por mandato legal (Art. 70 CP.), dependerà de las necesidades del tratamiento y rehabilitación del condenado, no de la calificación jurídica de la conducta punible realizada; y, (iii) la fijación del término de 10 años la sentencia se fundó en el “diagnóstico de psiquiatría forense” sobre el trastorno mental permanente que padece el sancionado.

A más de lo anterior, en ese cálculo el juzgador aplicó el máximo previsto en el artículo 71 del CP en el que se contempla la medida de “internación para el inimputable por trastorno mental transitorio con base patológica” hasta por un monto de 10 años; siendo que el supuesto indiscutible del proceso y declarado en la sentencia es el de un “trastorno mental permanente”, por lo que la norma relevante era el artículo 70 que dispone un término que no puede superar los 20 años. Esa aplicación indebida de la ley sustancial favoreció al acusado porque la duración de la medida se estableció con base en un límite máximo que equivale a la mitad del que rige el asunto; sin embargo, en virtud del principio de no agravación (Art. 215 CPP-2000) se respetará la fijada en la sentencia”. (CSJ, Sent. Casación N.º 41622, Dic. 5/2016. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. La suspensión condicional de la medida de seguridad.

“La prosperidad del ataque implica sustituir la pena por una medida de seguridad que sea apropiada al motivo que genera el estado de inimputabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 y siguientes del Código Penal. En el presente caso se está frente a un retardo mental permanente, que amerita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70 ejusdem, medida de internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, por un tiempo no superior a 20 años. Teniendo en cuenta, sin embargo, que (...) puede ser tratado ambulatoriamente, como ya venía haciéndolo, y que si atiende las prescripciones médicas puede adaptarse sin dificultades al medio social en que vive, la Corte dispondrá la suspensión condicional de la medida de seguridad y ordenará que quede bajo la custodia de su progenitora, quien se obligará a continuar el tratamiento médico, a ejercer la vigilancia correspondiente, y a rendir los informes que le solicite el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Para tales efectos, deberá

suscribir diligencia de compromiso y otorgar una caución prendaria equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo previsto en el artículo 465 de la Ley 906 de 2004. Prestada la caución y suscrita la diligencia de

compromiso, se dispondrá la libertad inmediata del procesado, si no es requerido por otra autoridad en virtud de proceso diferente”. (CSJ, Sent. Casación N.º 34867, Jun. 5/2013. M. P. José Leonidas Bustos Martínez).

COMENTARIO

La Corte Constitucional en sus pronunciamientos ha expresado que la dignidad humana es un principio constitucional por el que se debe regir cualquier actuación del Estado, incluso la relacionada con el tema criminal, pues su potestad punitiva no se ve limitada por la falta de capacidad de quien comete la conducta, por eso se mantiene la investigación y juzgamiento del delito, teniendo medidas particulares según la circunstancia como es el caso de los trastornos mentales.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado en sus providencias que la medida de seguridad para los inimputables se funda en la necesidad del tratamiento y rehabilitación del reo, igual manera es dable la suspensión condicional de la medida de seguridad en casos de tratamientos ambulatorios, previa suscripción de la diligencia de compromiso y otorgar caución prendaria, en atención al principio de igualdad con los imputables.

De otro lado, se observa que el legislador en el Código Penal Militar deja de lado el tratamiento para el individuo con “trastorno mental transitorio sin base patológica”, aunque sí lo desarrolla el Código Penal cuando señala la “inimputabilidad proviene exclusivamente de trastorno mental transitorio sin base patológica, no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad”.

Artículo 71. Internación para inimputable por trastorno mental transitorio con base patológica.

Al inimputable por trastorno mental transitorio con base patológica, se le impondrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, en donde se le prestará la atención especializada que requiera.

Esta medida tendrá una duración máxima de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de tratamiento en cada caso concreto. La medida cesará cuando se establezca la rehabilitación mental del sentenciado.

Habrá lugar a la suspensión condicional de la medida cuando se establezca que la persona se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá su vida.

Igualmente procederá la suspensión cuando la persona sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Medida de seguridad no procede «en el evento del trastorno mental transitorio con base patológica cuando esta desaparezca antes de proferirse sentencia**

“...realizó el injusto impulsado por un trastorno mental que le impidió adecuar su comportamiento conforme a la comprensión acerca de su ilicitud, tal como se sostuvo a lo largo de la presente providencia, y como además no concurre a su favor causal de ausencia de responsabilidad alguna (artículo 9 inciso 2º del Código Penal), lo declarará autor penalmente responsable, en calidad de inimputable, de la conducta punible de homicidio agravado contemplado en los artículos 103 y 104 numeral 1 de la Ley 599 de 2000. Adicionalmente, como quiera que el procesado estuvo al cuidado de la Clínica Nuestra Señora de la Paz desde el 2 de noviembre de 2004 hasta el 27 de noviembre de 2008, y que de acuerdo con el último informe médico que al respecto obra en el expediente llevaba «más de un año sin síntomas que alteren de manera significativa su actividad cotidiana, el funcionamiento y el desempeño social», y que persisten unos síntomas de su trastorno que «no constituyen un riesgo para la sociedad o para él»

, no habrá lugar a la imposición de medida de seguridad alguna. Lo anterior, con fundamento en el inciso 2º del artículo 75 del Código Penal, de acuerdo con el cual dicha medida no procederá «en el evento del trastorno mental transitorio con base patológica cuando esta desaparezca antes de proferirse sentencia”. (CSJ, Sent. Casación N.º 33837, Mar. 18/2015. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **El medio probatorio para determinar si al momento de ejecutar la conducta el individuo no tenía la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, es el dictamen pericial psiquiátrico, sin perjuicio, claro está, del principio de libertad probatoria.**

“Ahora, de manera recurrente esta Sala ha expresado que el medio probatorio para determinar si al momento de ejecutar la conducta el individuo no tenía la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, es el dictamen

pericial psiquiátrico, sin perjuicio, claro está, del principio de libertad probatoria, según el cual toda circunstancia puede demostrarse a través de cualquier medio de convicción, siempre que su apreciación resulte razonable(...) Sobre la regulación de la prueba pericial contenida en la Ley 906 de 2004, según la jurisprudencia de la Sala Penal, se ha resaltado la necesidad de que, para cumplir con los cometidos del artículo 417 de la Ley 906 de 2004, en el trámite del interrogatorio cruzado, los expertos convocados por las partes expliquen suficientemente los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis; el grado de aceptación de los mismos; los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso; y, la aclaración sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza (...)" **(CSJ, Sent. Casación N.º 49047, Ene. 23/2019. M. P. Patricia Salazar Cuéllar).**

AUTO. FISCALÍA PENAL MILITAR ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La internación como medida de seguridad.

"No obstante lo anterior, y como ya se había indicado, el dictamen de Medicina Legal concluyó que se trató de un trastorno mental transitorio y en esa medida, de no haberse mencionado por parte de la perito la necesidad que el encartado sea sometido a un tratamiento intrahospitalario por el riesgo suicida alto que presenta, hasta cuando sea dado de alta por los médicos tratantes, requiriendo además continuar luego de ello con un control ambulatorio por un tiempo no menos de seis (6) meses con farmacoterapia y psicoterapia, quedaría descartada con

fundamento en el inciso 2º del artículo 38 ibidem, la posibilidad de imponer cualquier medida de seguridad al inimputable transitorio de autos, ni existiría por ello tampoco la viabilidad de llevarlo a juicio para allí llegar exactamente a la misma conclusión, que es lo que en esencia podría desprenderse de los planteamientos contenidos en el recurso de apelación que trajo el proceso a la segunda instancia. Sin embargo, y en el caso del aquí procesado, la situación cambia radicalmente, en la medida en que además de haberse establecido que su inimputabilidad provino de trastorno mental transitorio, sí se advierte la eventual necesidad de que haya lugar a la imposición en su caso de una medida de seguridad, que podría ser la consagrada en el artículo 97 de la Ley 522 de 1999, y ello conforme a las accesorias conclusiones a las que llegara Medicina Legal, de las que se desprende que el aquí procesado quedó con algunas perturbaciones mentales que ameritan un tratamiento intrahospitalario por el alto riesgo suicida que presenta cuya duración estaría determinada hasta cuando los médicos tratantes decidan darlo de alta, haciéndose por ello necesario confirmar el llamamiento a juicio que le hiciera nuestro homólogo de la primera instancia frente al delito de abandono del servicio, para que sea en la etapa del juicio que se determine si hay o no lugar a imponerle una de las medidas de seguridad consagradas en el artículo 95 ibidem, lo cual dependerá de que se demuestre o no, si ha recuperado su normalidad psíquica, pues como arriba quedara dicho, nuestro régimen penal no establece penas para los inimputables, sino que consagra medidas de seguridad que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación...". **(TSM. Rad. 14360 de 6 de septiembre de 2013, TC(r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).**

COMENTARIO

La Ley 1346/2009 aprobó la «Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad» adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006; por tanto, integra el bloque de constitucionalidad, según lo previsto en el artículo 93, inc. 1, superior. En concordancia con aquella, por medio de la Ley Estatutaria 1618/2013 se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, quienes tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás.

Mediante la Resolución número 002324 de 2016, el Ministerio de Salud y Protección Social adopta los estándares de calidad para la atención en salud en los establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente a la privación de la libertad. Asimismo, el Decreto número 040 de 2017, adiciona un nuevo Capítulo al Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, con el cual reglamentan los Centros Especiales de Reclusión a que se refieren los artículos 23A, 24 y 25 de la Ley 65 de 1993 modificados por los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 1709 de 2014.

Artículo 72.

La internación en casa de estudio o de trabajo.

A los inimputables que no padezcan trastorno mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación, adiestramiento industrial, artesanal, agrícola o similar.

Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de asistencia en cada caso concreto.

Habrará lugar a la suspensión condicional de la medida cuando se establezca que la persona que se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá su vida.

Igualmente procederá la suspensión cuando la persona sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida, podrá exceder al máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICÍA. **Tiempo de la imposición de la medida de seguridad de internación cuando no hay trastorno mental.**

“El Código Penal Militar ha previsto como medida de seguridad para los inimputables diferente al trastorno mental permanente o transitorio, medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola, entendida ésta de acuerdo a lo consagrado en el artículo 95 numeral 2 de la misma normativa, como la internación en casa de estudio o trabajo que corresponde a los que siendo inimputables sufran de inmadurez psicológica. La misma codificación establece como duración para el cumplimiento de la medida, que en ningún caso podrá permanecer recluida en un establecimiento psiquiátrico por más del tiempo máximo de pena fijado para el respectivo hecho punible. La legislación penal ordinaria sobre este particular establece que para la internación en casa de estudio o trabajo esta no podrá exceder de diez años sin superar el máximo de pena privativa de la libertad fijado para el respectivo delito, y el mínimo dependerá de las necesidades asistenciales del imputado”. (Rad. 154995, 8 de octubre de 2008, M. P. CN Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de decisión.)

Artículo 73. Libertad vigilada.

La libertad vigilada podrá imponerse como accesoria de la medida de internación, una vez que esta se haya cumplido, consiste en:

1. La obligación de residir en determinado lugar por un término no mayor de tres (3) años.
2. La prohibición de concurrir a determinados lugares hasta por un término de tres (3) años.
3. La obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades encargadas de su control hasta por tres (3) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **El inimputable por trastorno mental permanente, se hará acreedor en el curso del proceso al beneficio de “libertad vigilada”, cualquiera sea el término cumplido en internación preventiva, cuando el psiquiatra forense determine que su afección psíquica ha alcanzado cierto grado de evolución satisfactoria que le permita reintegrarse a la sociedad sin representar un peligro para sí mismo o para los demás.**

“El legislador, en desarrollo del mandato constitucional del art. 28 inciso final, en virtud del cual “En ningún caso podrá haber... penas y medidas de seguridad imprescriptibles”, y en acatamiento del “reconocimiento de la libertad”, principio rector del procedimiento penal consagrado en el artículo 4, previó también para los inimputables la posibilidad de suspender el tratamiento intramuros a que pueden ser legalmente sometidos, ya como sumariados -internación preventiva, art. 424 del

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Inmadurez psicológica.**

“Consecuente con lo anterior, la Sala no ve alternativa diferente que revocar el fallo atacado de la fecha atrás indicada y en su lugar Declarar que Torres Cortés Cristian Camilo es responsable penalmente del delito de desertión, en calidad de inimputable, y por tanto se le impondrá una medida de seguridad. Como de la experticia médico legal se conoce que Cristian Camilo Torres Cortés no padece un trastorno mental sino una inmadurez psicológica, la medida de seguridad que se le impondrá será la de internación en establecimiento público o privado, según corresponda, a través del Subsistema de Salud para las Fuerzas Militares – Armada Nacional, tal como está dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1407 de 2010, con miras a que al enjuiciado se le brinde “...intervención terapéutica por psicología que le facilite la introspección sobre sus rasgos en los que tiene pobre capacidad de análisis de situaciones por deficiencias cognitivas...” La medida de seguridad impuesta no podrá exceder los dos años, que es el máximo de la pena fijada para el delito de desertión, tal como está regentado en el inciso final del canon 72 en armonía con el artículo 109 de la codificación atrás comentada. (TSM. RAD. 158610-XVII-2078-465-ARMADA, TC. (RA)Noris Toloza González, veintiuno (21) de junio de dos mil diecisiete (2017).

C. de P. P.-, ora como condenados -medidas de seguridad, arts. 93 y ss. del CP-. Ahora bien: El artículo 427 del Código de Procedimiento Penal consagra la “libertad vigilada para inimputables por trastorno mental permanente”, y exige, para su otorgamiento, dos presupuestos: a). Cumplimiento del tiempo mínimo de la medida de seguridad impuesta, y, b). Concepto favorable del perito médico oficial. De estos dos presupuestos sólo puede exigirse el cumplimiento del segundo, habida cuenta que tanto científica como jurídicamente resulta inaplicable el primero, por las siguientes razones: 1). Los fines de “curación, tutela y rehabilitación” que según el artículo 12 del Código Penal, persiguen las medidas de seguridad, de ser posible alcanzarlos, lo serían en un lapso impredecible, –dependiendo de las características individuales del inimputable, de la naturaleza del trastorno mental y su carácter eminentemente complejo, propio de estas afecciones gnoseológicas, y de la eficacia del tratamiento a que sea sometido-, por lo que no resulta científicamente válido pronosticar un término mínimo en el cual la medida de seguridad

lograría su cometido. 2). La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-176 del 8 de mayo de 1993, declaró la inexecutable de los términos mínimos fijos y máximos indeterminados establecidos para las medidas de seguridad en los artículos 94 inciso 2° -internación para enfermo mental permanente-; 95 inciso 2° internación para enfermo mental transitorio y 96 inciso 2° del Código Penal internación para inimputable que no padezca enfermedad mental, quedando de contera, sin respaldo legal, la posibilidad de exigir el cumplimiento de esta condición como presupuesto para la liberación del inimputable. Significa lo anterior que el inimputable por trastorno mental permanente, se hará acreedor

en el curso del proceso al beneficio de libertad vigilada, cualquiera sea el término cumplido en internación preventiva, cuando el psiquiatra forense determine que su afección psíquica ha alcanzado cierto grado de evolución satisfactoria que le permita reintegrarse a la sociedad sin representar un peligro para sí mismo o para los demás. Esta concesión podrá ser revocada por el funcionario de conocimiento, de oficio o a solicitud de parte, cuando el procesado incumpla las obligaciones adquiridas o cuando el perito médico oficial aconseje la continuación de la medida de internación (art. 427 inciso final del C. de P. P.). (CSJ, Sent. Casación N.º 10612, Jul. 11/1996. M. P. Fernando Arboleda Ripol).

Artículo 74. Cómputo de la detención preventiva.

El tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad, o de la respectiva medida de seguridad, si la persona ha estado sometida al tratamiento o régimen especial que le corresponda.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Cómputo de la detención preventiva para cumplimiento de la Pena

Al respecto resulta pertinente recordar las consideraciones hechas en la Sentencia C- 774 de 2001 en la que se examinaron diversas normas relativas a la detención preventiva y en la que en relación con las normas que regulan el cómputo de la misma y la aplicación de algunas de las causales de libertad provisional (numerales 4 y 5 del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal) la Corte hizo las siguientes precisiones:

Los artículos 406, 407 y 409 del Decreto 2700 de 1991 y los artículos 361 y 362 de la Ley 600 de 2000, se establecen las figuras del cómputo de la detención preventiva, la suspensión de la detención preventiva y la detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio fueron demandados por su conexidad con la detención preventiva sin que el actor formule frente a ellos cargos específicos distintos. Por tal razón la Corte declarará su constitucionalidad, en los términos en los que la misma se declara para las demás disposiciones que configuran la institución de la detención preventiva.

Estima la Corte, sin embargo, que es necesario precisar que en relación con el cómputo de la detención preventiva (artículo 406 del Decreto 2700 de 1991 y artículo 361 de la ley 600 de 2000), es un deber ineludible de las autoridades judiciales en cada caso, evitar que la medida se prolongue más allá de un lapso razonable. (Corte Constitucional . Sentencia C-622 de 2003 **Corte Constitucional (29) de julio de 2003. M. P. Dr. Alvaro Tafur Galvis**).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Constitucionalidad – Derecho Fundamental – Libertad – Detención Preventiva

"[...]La Corte ha indicado que la detención preventiva de una persona acusada de un delito restringe su derecho a la libertad personal, con el propósito de garantizar otros fines constitucionales. Sin embargo, también ha precisado que los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que se persista en

la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que, además, de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena, pues se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva y terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la sanción, con evidente menoscabo del principio de presunción de inocencia. Ha sostenido también, en el anterior sentido, que la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los responsables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial. La detención temporal es una medida cautelar, pero, innegablemente, "trasciende sus efectos procesales y repercute negativamente en la esfera de la libertad personal del inculcado", lo cual revela la importancia de señalar términos máximos de su duración." (Corte Constitucional. Sentencia: C-221/17, abril 19 de 2017. M. P. José Antonio Cepeda Amarís).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. "La finalidad de la detención preventiva no es reemplazar el término de la pena".

En cuanto al cómputo de la detención preventiva, dispuso que es deber inevitable de las autoridades judiciales, impedir, en cada caso, que dicha medida cautelar se prolongue más allá de un lapso razonable. Desde esa óptica, reiteró que la finalidad de la detención preventiva no es reemplazar el término de la pena, y que la posibilidad del cómputo previsto en la ley no genera el poder de disponer la libertad del sindicado hasta que se cumpla el tiempo que dura la sanción, porque con ello se vulneraría la presunción de inocencia y el debido proceso ya que se cumpliría de manera anticipada la sanción, sin haberse declarado judicialmente culpable al procesado. (CSJ, Auto rad. N.º 43263, jun. 1º/2017. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La detención preventiva a tener en cuenta como parte de la pena, es aquella sufrida en el mismo proceso en el cual se impone la condena.**

“De otro lado, es claro -como lo señala el abogado defensor- que el tiempo que la persona permanece en detención preventiva hace parte de la pena que eventualmente se le impondrá; para ello no es necesario acudir a normatividad foránea, basta leer el artículo 37 del Código Penal que dispone: La prisión. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas: 1. ...2. ...3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena. Sin embargo, también de la literalidad de la norma se desprende que la detención preventiva a tener en cuenta como parte de la pena, es aquella sufrida en el mismo proceso en el cual se impone la condena, pues, en principio, no resulta lógico que se compute doblemente el lapso en prisión preventiva por investigaciones que no guardan relación con los hechos juzgados que culminan con la imposición de sanción privativa de la libertad. No obstante, el artículo 361 de la Ley 600 de 2000, permite que la detención preventiva sufrida en un asunto se abone a la pena impuesta en otro proceso en el que se fije privación de la libertad contra la misma persona: “Cómputo. El término de detención preventiva se computará desde el momento de la privación efectiva de la libertad. Cuando simultáneamente se sigan dos (2) o más actuaciones penales contra una misma persona, el tiempo de detención preventiva cumplido en uno de ellos y en el que se le hubiera absuelto o decretado cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, se tendrá como parte de la pena cumplida en el que se le condene a pena privativa de la libertad.” Solo frente a estas tres situaciones, (absolución, cesación de procedimiento o preclusión) es posible que la detención preventiva cumplida en un proceso, se tenga en cuenta como parte de la pena en otro que se adelante simultáneamente”. (CSJ, **Auto rad. N.º 42799, nov. 20/2014. M. P. Patricia Salazar Cuéllar**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Detención preventiva y cumplimiento eventual condena.**

“Al respecto destaca la Sala, que la detención preventiva se le ha dado el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal adjudicándosele, por una parte, la función de aseguramiento del imputado, a manera de garantía de comparecencia al juicio y cumplimiento de una eventual condena, y por otra, el fin de mantener la seguridad del proceso a través de la conservación de los medios de prueba, en tanto se trata de precaver los riesgos de fuga y obstrucción probatoria, los cuales, incuestionablemente, conspiran contra el legítimo propósito de realizar debidamente el proceso penal como inexorable vía del ejercicio de la pretensión punitiva estatal. Así mismo, se le han asignado finalidades de protección a la comunidad, en especial a las víctimas; por su propia naturaleza, la detención preventiva, tiene entonces una duración precaria o temporal porque su finalidad no es

sancionatoria, no está dirigida a resocializar, a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su propósito es puramente procesal y tiende a asegurar el resultado exitoso del proceso o cumplimiento de la sentencia. Bajo esa óptica, el legislador goza de libertad de configuración para determinar el término máximo de duración de las medidas de aseguramiento, al margen de las causales de libertad por vencimiento de términos, según el cumplimiento de las diversas etapas procesales, lapsos que se cumplen de manera independiente cuando en contra del mismo sumariado se adelanta uno o más procesos. Es indiscutible para la Corporación que contra el CT. DFMB se adelantan de modo simultáneo dos procesos penales, en los cuales se le indagó por conductas punibles diferentes y se decretó medida de aseguramiento privativa de la libertad en cada uno de ellos, concediéndose libertad provisional en el primero de ellos, que no es la presente causa, por haber cumplido en detención preventiva el tiempo necesario para obtener su libertad. Obsérvese que conforme al exiguo material probatorio que reporta el proceso N.º 145-2017 dentro de este sumario -166-2018-, se abstrae que la libertad provisional del oficial le fue concedida el 26 de junio de 2019 por vencimiento de términos, en tanto transcurrieron 120 días efectivos para que se calificara el mérito del sumario y ello no ocurrió, más no porque fuera absuelto o se le hubiere decretado cesación de procedimiento, presupuestos que son los únicos por los cuales la norma permite computar el término de detención sufrida dentro de una actuación en otra adelantada de modo simultáneo para efectos de punibilidad, por ende, no es posible homologar esas hipótesis, como lo pretende el censor, precisamente porque el reconocimiento de este derecho implica que el proceso dentro del cual se produjo la restricción se haya culminado a su favor, lo cual no ha ocurrido en ninguno de los procesos adelantados contra el CT. DFMB., pues, hasta donde se conoce, en el expediente en el que estuvo detenido jurídica y materialmente, aún no se ha proferido fallo definitivo y terminación anticipada del proceso. (...) Consonante con lo que viene de expresarse, debe precisarse que el Código Penal Militar, caracterizado por el principio de especialidad, consagra una regulación autónoma atendiendo los principios fundamentales consagrados en la propia Constitución Política, con un régimen completo que responde por consiguiente a los principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, pero diferenciado del mismo por las individuales condiciones para las cuales está previsto, sin que esta diferencia se derive en detrimento de los derechos y garantías consagradas en la Carta Magna. Huelga recordar, que las causales de libertad provisional se encuentran taxativamente descritas en el artículo 539 de la Ley 522 de 1999152, preceptos que gobiernan, en lo pertinente, el estudio que se debe agotar para determinar si al procesado le asiste o no derecho a beneficiarse de la libertad provisional; mandatos que no aplican al sub lite, por cuanto no se avizora el cumplimiento de ninguno de los mismos para la concesión del instituto anotado” (**Rad. 159164 del 15 de agosto de 2019, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez**).

COMENTARIO

La detención preventiva se presenta como una forma de dar cumplimiento a los fines del Estado. Para su imposición se debe verificar el cumplimiento de los requisitos expuestos por la ley relacionados con el principio de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, ya que de no cumplirse, se estaría vulnerando el derecho de la libertad y libre locomoción sin una justificación jurídica.

Respecto del cómputo de la detención preventiva como cumplimiento de la pena no existe un pronunciamiento propio, sin embargo, es de analizar que este se presenta en razón a la limitación del derecho en el momento en que se desarrollan las etapas de investigación y juzgamiento donde aún no se cuenta con la certeza de la comisión del delito y por lo tanto no se conoce el resultado.

CAPÍTULO V DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LA PENA

Artículo 75. Extinción de la acción penal.

Son causales de extinción de la acción penal:

1. La muerte del procesado.
2. El desistimiento.
3. La amnistía.
4. La prescripción.
5. Caducidad de la querrela.
6. La Oblación
7. El pago en los casos previstos en la ley.
8. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.
9. La retractación en los casos previstos en la ley.
10. Las demás que consagre la ley.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – **Constitucionalidad – Sistema Penal Acusatorio – Acción Penal – Extinción de la Acción Penal.**

"[...]El artículo 78 de la Ley 906 de 2004 regula el trámite de la extinción de la acción penal, en el sentido de que la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal deberá ser manifestada por la Fiscalía General de la Nación mediante una orden sucintamente motivada, es decir, en los términos del artículo 77 ejusdem, debido a la muerte del imputado o acusado, la prescripción, la aplicación del principio de oportunidad, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento "y en los demás casos contemplados en la ley.

[...] En lo que atañe a la oblación esta consiste, en los términos del artículo 87 del Código Penal, en que el procesado por un delito que sólo tenga pena de unidad multa, previa tasación de la indemnización cuando a ello haya lugar, "podrá poner fin al proceso pagando la suma que el juez le señale, dentro de los límites fijados por el artículo 39". **(Corte Constitucional. Sentencia: C-591/05, junio 9 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Extinción de la acción penal por muerte del procesado, imputado o acusado.**

"(...) Asegura que la muerte del procesado como causal de extinción de la acción penal es irrevocable, dado el concepto de la

responsabilidad penal individual. (...) El primero es el de la naturaleza de la acción penal, pues con ella se busca investigar conductas que revisten las características de delito y sancionar a sus responsables, y en este caso el responsable es, o mejor, fue, un individuo extinto. (...) no es posible adelantar un proceso penal sin procesado, como tampoco lo es tener un procesado sin proceso penal. (...) la circunstancia de la muerte, como el hecho natural inevitable e irremediable que es, tiene efectos que no se pueden revertir. El declarar la responsabilidad penal de un muerto, no cambia las cosas, ni revive al muerto para hacer posible la sanción, ni satisface los fines que se buscan con la acción penal. Los cadáveres son en el proceso penal, al menos hasta ahora, evidencia, valga decir, prueba de un crimen, y no, como se pretende, procesados y, a la postre, responsables.

(...) Puestas, así las cosas, en materia de extinción de la acción penal, el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad al momento de establecerlas, siempre y cuando dicha regulación respete los mencionados límites. Al respecto, la Corte en sentencia C- 1490 de 2000 consideró que "definir las causales de extinción del proceso penal, es una competencia exclusiva del legislador, que las establece previo el ejercicio de ponderación que efectúa de los fenómenos de la vida social que tipifica como delitos y del mayor o menor daño que, en su criterio, ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado social".

En igual sentido, esta Corporación en sentencia C- 899 de 2003 estimó que "las causales de extinción del proceso penal constituyen materia sujeta a

la libre configuración del legislador, y a menos que resulten desproporcionadas y atentatorias de los derechos fundamentales constitucionales, aquellas pueden ser diseñadas de acuerdo con la política criminal acogida por la ley”.

(...) El Legislador también deberá sopesar hasta dónde se justifica continuar con el proceso penal cuando fallece el procesado, para que en aquellos casos en donde no existe un mandato constitucional de continuar con la investigación y sanción de una conducta, el legislador defina frente a qué conductas y a través de cuál mecanismo, pueden las víctimas de un delito asegurar su derecho a la verdad y a la justicia, cuándo la muerte del procesado extingue la acción penal. (Por ejemplo, frente a magnicidios, delitos sexuales, entre otros). **(C. Const., Sent. C-828 de 10 octubre 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN – **El registro civil de defunción del procesado como prueba idónea para declarar la extinción de la acción penal – Causal objetiva.**

“A su vez, el Código Penal en el numeral 1 del artículo 82 contempla como causal de extinción de la acción penal la muerte del procesado. Bajo tales presupuestos legales, el fallecimiento del inculcado es una circunstancia comprendida dentro de las hipótesis que impiden proseguir la actuación penal [...] Establecido tal hecho mediante prueba idónea, ya que con el registro de defunción se acredita legalmente el fallecimiento de la persona, no queda alternativa distinta que declarar la extinción de la acción penal por muerte del procesado, con el condicionamiento establecido en el juicio de constitucionalidad del numeral 1 del artículo 82 del Código Penal, según el cual “el juez de conocimiento debe decidir oficiosamente, o a petición de interesado, independientemente de que exista reserva judicial, poner a disposición u ordenar el traslado de todas las pruebas o elementos probatorios que se hayan recaudado hasta el momento en que se produzca la muerte, para que adelanten otros mecanismos judiciales o administrativo que permitan garantizar los derechos de las víctimas”. En consecuencia, se dispondrá la cesación de procedimiento seguido a IPD y el archivo de la correspondiente actuación, en lo que a este procesado respecta». **(CSJ, Sent. Casación N.º 56591, may. 12/2021. M. P. Gerson Chaverra Castro).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **La muerte del procesado genera imposibilidad de proseguir la investigación.**

“Igualmente, nuestra Codificación Penal Militar genera por vía del principio de oficiosidad, la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, y una vez en movimiento la jurisdicción, la acción continúa hasta la sentencia (absolutoria o condenatoria), o por vía de la terminación anticipada sólo continúa hasta el fenómeno de la cesación de procedimiento. Y es precisamente esta herramienta procesal la llamada a aplicarse como consecuencia de la muerte del procesado

que genera en la acción la imposibilidad de proseguir; tal y como lo planteó el Juez de Instrucción y lo avaló el Ministerio Público ante esta Corporación.

Ilustrados los anteriores presupuestos procesales sobre la vigencia de la acción penal, y al contrastarlos con la circunstancia objetiva de la muerte del procesado, genera procedimentalmente una causal de improseguibilidad de la acción penal, por lo que técnicamente lo que corresponde es que el Juez de Instrucción declare extinguida la acción penal y consecuentemente cese procedimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 79 de la Ley 522 de 1999: “La muerte del procesado extingue la respectiva acción penal; la del condenado, la pena y la del inimputable, la medida de seguridad.”; por manera que al estar demostrada formal y materialmente la muerte del procesado OCHOA PINO LUIS ALONSO (q.e.p.d.), lo que en derecho corresponde, es declarar a su favor extinguida la acción penal.

Ahora bien, conforme las voces del artículo 231 del Eiusdem, cuando esté demostrada una causal de improseguibilidad de la acción penal, como lo es la muerte del procesado, lo que se deriva es cesar procedimiento como en efecto, desde ya lo declara la Sala de Decisión, al confirmar la decisión del Instructor. **(Rad. 152217, M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, 26 de febrero de 2010).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **La muerte del procesado extingue la acción penal.**

“La extinción por muerte al ser una causal objetiva de improcedibilidad de la acción penal, en virtud del principio de legalidad conlleva su declaratoria por el funcionario judicial que tenga a cargo la investigación, deviniendo en improcedente cualquier pronunciamiento diferente, al no quedarle alternativa alguna al Estado, de no poder continuar con la potestad punitiva y en efecto decretar la cesación de procedimiento por dicha causal, ya que el mismo artículo 231 del Código Penal Militar hace extensiva la aplicabilidad de la causal objetiva dispuesta en el artículo 79 *Ibidem* cuando se adelanta investigación formal, pues la misma norma consagra como una de las causales para dar aplicabilidad a la cesación de procedimiento, precisamente, que el proceso no pueda proseguirse, toda vez que al tenerse certeza que Betancur López Willy falleció, lógicamente la actuación penal no puede proseguirse en su contra **(Rad. 155955, M. P. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira, 14 de abril de 2010).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Acción pública de inconstitucionalidad - **Acción penal – Querella – Desistimiento**

“(…) Una consecuencia natural de la querella es la posibilidad que tiene la víctima de desistir el ejercicio de la acción penal, pues es lógico que, si la ley le permite al sujeto pasivo del delito dar inicio al proceso penal, también le autorice terminarlo cuando lo considere pertinente. De ahí que, es cierto, que el único que puede desistir

de la querrela es el querellante legítimo y que, en delitos cuya investigación se inicia de oficio, por regla general, no procede el desistimiento. La Corte considera que el hecho de que la ley permita el desistimiento de la acción penal en delitos cuya investigación se inicia mediante querrela no significa que la forma procesal penal sea modificada cuando se cambia la lista de los delitos que deben investigarse a instancia de parte, ni que sea reprochable constitucionalmente que el legislador reforme la figura del desistimiento o de la caducidad en esos casos, como quiera que no sólo no existe una previsión constitucional que lo exija, sino que, por el contrario, es un asunto que se encuentra dentro de la órbita de libre configuración normativa del legislador.” (C. Const., Sent. C 425/08, abril 30 de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Acción pública de inconstitucionalidad – desistimiento de la querrela.

“(…) Por lo tanto, el desistimiento de la acción penal es una figura que parte de la decisión del querellante, sólo procede para los delitos que requieren querrela, es verificada por el fiscal o el juez de conocimiento, una vez aceptada no permite la retractación y tiene como consecuencia el archivo de la diligencia.

(…) El desistimiento no se trata de un suceso donde se ha constatado que no existe la caracterización de un hecho como delito sino todo lo contrario existe una investigación sobre un suceso que reviste dichas características, pero el querellante decide de manera libre e informada cesar el ejercicio de la acción penal, decisión que es aceptada por el fiscal o el juez”. (C. Const., Sent. C-1154 de 5, noviembre 5 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN – El desistimiento de la víctima conlleva la indemnización integral del daño causado por la conducta punible.

“El artículo 38 de la Ley 600 de 2000 prevé que la acción penal se extingue por «muerte, desistimiento, amnistía, prescripción, oblación, conciliación, indemnización integral y en los demás casos contemplados en la ley». (Negrillas fuera del texto original). Del mismo modo, el canon 42 ejusdem predica que en los delitos que admiten desistimiento, la acción penal se extinguirá cuando se repare integralmente el daño causado con la infracción penal. La norma es del siguiente tenor: [...] Esa causal de extinción de la acción penal es objetiva, pero, tal como lo ha sostenido la Corte, no depende de causas extrañas al procesado, sino que tiene lugar por su propia iniciativa y voluntad. Por manera que, la solicitud que en tal sentido se haga se puede presentar hasta antes de que se profiera el fallo de casación. Es preciso, entonces, verificar que existió la indemnización integral, para lo cual se requiere que la víctima así lo exponga con claridad ante esta Corporación, de modo que se puedan entender satisfechos sus derechos. Conforme al precepto en mención, constituyen requisitos de procedibilidad de la extinción de la acción penal por indemnización integral los

que siguen (CSJ SP, 10 de nov. 2005, rad. 24.032, CSJ AP, 6 abr. 2006, rad. 25.137 CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 26.581, CSJ AP, 16 may. 2007, rad. 23.323, CSJ AP, 9 mar. 2011, rad. 35.868 y CSJ AP, 13 abr. 2011, rad. 35.946, CSJ AP5852-2014, CSJ AP1515-2016, CSJ AP2376-2016): i) El delito por el que se procede debe ser de aquellos autorizados por el legislador en el aludido artículo 42. ii) No puede recaer en los injustos de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección. iii) El daño ocasionado con el injusto debe haber sido reparado integralmente en los términos del dictamen pericial correspondiente o del acuerdo de las partes sobre su valor. En su defecto, se requiere que el afectado haya hecho manifestación expresa sobre la satisfacción total de los perjuicios causados. iv) Dentro de los cinco años anteriores, no puede haberse dictado, en otra actuación, una decisión de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento a favor del procesado con fundamento en la misma razón -indemnización integral-. v) La reparación tiene que producirse antes de que se profiera fallo de casación. Descendiendo al asunto sometido a examen, se tiene que, la verificación de los presupuestos para declarar el fenómeno extintivo está cabalmente satisfecho en el caso concreto.(CSJ, Sent. Casación N.º 55905, Sep. 2/2020. M. P. Eyder Patiño Cabrera).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- Procedencia de la querrela, la conciliación y el desistimiento en las lesiones personales.

“(…) Sea lo primero advertir que el procesado fue investigado en la presente causa por los delitos de Ataque al Inferior y Lesiones Personales y que por este último reato se le cesó procedimiento a las voces del artículo 231 del Código Penal Militar por desistimiento de la acción penal a petición del ofendido y coadyuvada por el procesado conforme se aprecia a folio 163 del paginario, al no sobrepasar la incapacidad médico legal determinada al lesionado de treinta (30) días sin secuelas (fl .28) y en aplicabilidad de lo dispuesto en la ley 1058 de 2006 por medio de la cual se estableció un procedimiento especial en el Código Penal Militar, adicionando un artículo y modificando otro, razón por la cual hácese necesario pronunciarnos al respecto, atendiendo que la actuación se llevó bajo el procedimiento ordinario y la señora Juez de Instancia desconoció que al tratarse de un concurso de hechos punibles y que la acción penal era de oficio conforme lo contempla la mencionada ley 1058 de 2006, dicha decisión a la luz de este procedimiento es consultable, por ende para este momento procesal no está en firme.

Efectivamente, la ley 1058 de 2006 cuando de adelantar la investigación se trata, es clara en indicar (Art.1º inc.2º) qué delitos requieren querrela de parte y a su vez cuándo se debe proceder de oficio, disponiendo en este sentido como salvedad de improcedencia de la querrela, que en los casos de concurso en delitos contra la disciplina y el servicio se procederá de oficio, que como vemos, se trata en el presente asunto, lo que indica, haciendo un análisis de la voluntad del legislador, que cuando se trate de concurso en delitos contra la disciplina y el

servicio con delitos querellables, la investigación se adelantará de oficio y bajo el procedimiento dispuesto en la Ley 522 de 1999, indicándonos lo anterior que la falladora de instancia no podía aplicar la figura de cesación de procedimiento en aplicabilidad de la Ley 1058 de 2006 cuando la actuación no se efectuó bajo este procedimiento especial, es decir, que al cesarse procedimiento, contrario a lo dispuesto en el proceso especial, dicha decisión era y es consultable, la que dicho sea de paso al ser revisada, ha de ser confirmada, ya que si bien como lo indicamos inicialmente, podría pensarse por regla general que no procedería el desistimiento por tratarse de delitos perseguibles de oficio, ha sido la Honorable Corte Constitucional al conocer de la demanda de inexecutable del artículo 4° de la Ley 1142 de 2007 la que ha sentado un precedente constitucional en el sentido que la aplicación de la figura de terminación anticipada del proceso por el desistimiento, procede tanto para los delitos querellables como aquellos en los cuales se ha eliminado la querrela por política criminal, como es el caso precisamente del artículo primero de la Ley 1058 de 2006, cuando el legislador en su potestad legislativa dispuso que las lesiones personales querellables que consagra el artículo 80 del Código Penal Militar se convirtieran en oficiosas para el ejercicio de la acción penal cuando se presenta el concurso de hechos punibles contra la disciplina y el servicio. Surge entonces el interrogante y el planteamiento del problema si de acuerdo a esta decisión legislativa ¿procede o no el desistimiento de la acción penal por parte de la víctima? (...).

Así las cosas, diáfano es que en materia de la Justicia Penal Militar el legislador optó por convertir en oficiosa la acción penal de las lesiones personales con incapacidad médica legal que no pasen de treinta (30) días sin secuelas, cuando estén en concurso con el ataque al inferior, empero con la facultad y posibilidad que el proceso termine de manera anticipada en eventos como la conciliación o el desistimiento como precisamente ocurrió en el presente proceso, con las formalidades de ley que permiten, sin lugar a dudas, impartirle confirmación a la decisión tomada por el Ad-quem.” (Rad. 155016, M. P. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira, 15 de mayo de 2009).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Especialidad jurisdicción castrense. Improcedencia del desistimiento en delitos de lesiones personales cuya incapacidad para trabajar o enfermedad supera 30 días.**

“...7.1.3. Delitos que requieren querrela: Sea lo primero señalar que la norma penal militar no prevé qué delitos son querellables y ante tal vacío, sí opera el principio de integración, para lo cual debemos acudir a la distinción que sobre el tema trae tanto el artículo 35 de la Ley 600 de 2000 como el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, de los contenidos de estas normas, desde ya, es fácil anunciar que las lesiones sufridas por el señor AB. O.A.O.Z. no se enmarcan dentro de los presupuestos para que pueda calificarse como un delito querellable.

(...). Resulta entonces, que el criterio jurisprudencial señala que la querrela es un requisito de procedibilidad de la acción penal y no constituye en sí mismo un elemento del delito, de manera que al ser la acción penal pública, lo correcto es hablar de delitos perseguibles de oficio o de delitos perseguibles a instancia de parte, sin embargo, es acá donde se debe tener claridad, que en la ley procesal penal ordinaria sea que la acción se iniciare de oficio o sea que se iniciare a petición de parte, lo cierto es, que el ritual procedimental es el mismo. Y en ese orden de ideas resultan viables la aplicación de los institutos de conciliación, desistimiento por pago de perjuicios y aplicación del principio de oportunidad, pues ellas, son figuras propias de aquel procedimiento penal ordinario.

Resulta entonces, que es viable que una acción penal no requiera necesariamente llegar a la sentencia cuando aquella se haya iniciado de oficio, y que opere el fenómeno del desistimiento siempre y cuando el tipo penal sea de aquellos denominados querellables y bajo tal entendido es que se aplica la norma denominada beneficio y reparación del ofendido en los precisos términos del artículo 2° de la Ley 1142 de 2007, es en este sentido que se debe comprender que hay algunas acciones penales que a pesar de haberse iniciado de oficio pueden ser finalizadas en beneficio del procesado como consecuencia del desistimiento por parte del ofendido al haber sido reparado.

Realizadas las anteriores precisiones, sean esas las razones por la que se comparte el argumento de la señora Juez de Primera Instancia y que no es otro que a partir del entendido que las lesiones sufridas por el AB. O.A.O.Z. no son las que la norma penal ha denominado querellables, consecuencia de ello, la norma penal militar que contempla la figura del desistimiento lo hace solo para los delitos querellables. Adicionalmente, en el rito procesal penal militar también se contempla la figura de la conciliación, inclusive es un requisito de procedibilidad de la acción, pero esta figura solo se aplica cuando se trate del procedimiento penal militar especial, que solo opera en el caso de las lesiones personales para aquellas que no superen 30 días de incapacidad y no tengan secuelas. De manera que en el caso sub júdice al no ser un delito querellable no procede el desistimiento contemplado en el artículo 80 del Código Penal Militar, al mismo tiempo que no procede la conciliación al no ser un delito gobernado por el procedimiento especial.” (Rad. 156245, M. P. TC Ismael Enrique Lopez, 25 de marzo de 2010).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Amnistía e indulto.

“(...) La facultad para la concesión de amnistías reposa en el Congreso de la República pues se trata de una decisión que involucra una limitación a la aplicación de la ley penal y por ello ninguna otra rama del poder público se halla habilitada para tomarla. Es una institución de carácter general en cuanto se refiere de manera impersonal a las conductas punibles que son objeto de amnistía y sólo procede por delitos políticos, quedando excluidos los delitos comunes. Finalmente, la amnistía extingue la acción penal pero la extinción de la acción civil queda supeditada a la decisión del legislador y de

allí por qué el constituyente haya dispuesto que en caso que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a indemnizar.

(...) El Congreso no puede conceder amnistías e indultos por delitos comunes.

(...) El Congreso puede extender la amnistía y el indulto a delitos conexos con los delitos políticos o subsumibles en éstos, pero siempre que respete criterios de razonabilidad e igualdad. Cuando el constituyente determina el ámbito de aplicación de la amnistía y del indulto, lo circunscribe a los delitos políticos por oposición a los delitos comunes. No obstante, guarda silencio en relación con los delitos conexos. De este modo, si se tiene en cuenta que al legislador le asiste una amplia capacidad de configuración normativa siempre que se ejerza dentro de los límites constitucionales, es claro que de esa capacidad hace parte la posibilidad de extender tales beneficios a los delitos conexos con los delitos políticos. No obstante, se trata de una facultad que, como cualquier otra, también está sometida a límites superiores, fundamentalmente los criterios de razonabilidad e igualdad. De acuerdo con estos criterios, el legislador no puede extender arbitrariamente esos beneficios a conductas ajenas a su naturaleza, ni tampoco realizar inclusiones o exclusiones que comporten un tratamiento diferenciado injustificado.

(...) Es claro que la amnistía extingue la acción penal y la pena y que el indulto extingue la pena. De allí que se trate de unos beneficios de naturaleza constitucional que involucran la terminación anormal de los procesos penales o de la ejecución de las penas impuestas. **(C. Const., Sent. C-695 de 02, agosto 28 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. La amnistía debe ser concedida por el legislativo o el constituyente con el fin de cesar la persecución penal por delitos políticos.

“De acuerdo con los arts. 88-3 del CP. y 77 de la Ley 906 de 2004 (CPP.), la amnistía es causal de extinción de la acción penal. Por ello, cuando esa modalidad de renuncia a la persecución penal sea concedida, existe imposibilidad para iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal, siendo procedente la preclusión o la cesación de procedimiento, según corresponda (Arts. 39 de la Ley 600 de 2000 y 332-1 de la Ley 906 de 2004). Por antonomasia, la amnistía es una medida de naturaleza general y abstracta, concedida –o autorizada– por el legislativo o el constituyente, “por graves motivos de conveniencia pública”, a fin de cesar la persecución penal por delitos políticos (Arts. 150-17 y 30 transitorio de la Constitución). La concesión de amnistías comporta la abdicación estatal a la persecución penal, por ministerio de la ley. De ahí que, a diferencia de otras figuras que también conducen a la extinción de la acción penal (prescripción, aplicación del principio de oportunidad, oblación, caducidad de la querrela o desistimiento), no existe disponibilidad sobre su aplicación –particular y concreta– (Art. 13 inc. 1º CGP.), pues por definición constitucional la amnistía es una disposición procesal de orden público, como quiera que, de un lado, inhibe el

ejercicio o impide la continuidad de la acción penal en relación con determinados delitos; por otra, se justifica en serios motivos de conveniencia pública. Dicho efecto de indisponibilidad se ve ratificado con la comprensión sustancial del instituto jurídico de la amnistía. Al referirse a las leyes de amnistía, la doctrina coincide en que uno de sus efectos es la imposibilidad, de jure, de ejercer jurisdicción, en la medida en que no hay lugar al adelantamiento de procedimientos que conduzcan a investigar, acusar ni juzgar a los responsables de los delitos concernidos. A diferencia del indulto, que mantiene la declaratoria de responsabilidad penal, pero prescinde de la ejecución de la pena, la amnistía excluye o inhibe la persecución penal. Por ello, es catalogada como una forma de impedimento al ejercicio de jurisdicción, que denota esfuerzos gubernamentales para eliminar todo registro de crímenes ocurridos. La amnistía, entonces, está concebida para imposibilitar el ejercicio de la acción penal contra sospechosos o acusados de determinados crímenes, pues los releva de ser juzgados. Por ello, el término amnistía usualmente se refiere a un acto oficial en el que, por vía legal o constitucional, prospectivamente se excluye de persecución penal a una clase determinada de personas por una serie de conductas punibles en un período específico. Con un marcado trasfondo político, la amnistía propende por hacer abstracción de la comisión de delitos contra el Estado, en orden a cesar los procedimientos iniciados, inhibir su inicio o abolir las sentencias ya proferidas. Se trata, entonces, de aplicar una especie de principio de tabula rasa a ofensas pasadas, ya que en el Estado decae el interés de perseguir ciertas conductas. De cierta manera, al amnistiar, el Estado pasa por alto la ofensa y libera al beneficiario de ser sancionado penalmente, extinguiendo ab initio la posibilidad de declarar la responsabilidad, en la medida en que protege al posible perpetrador de ser juzgado. Y esa protección deriva de considerar que la conducta no constituye una ofensa, proveyendo una especie de inmunidad de persecución. En la misma línea, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha entendido la naturaleza de la amnistía y su efecto de indisponibilidad por tratarse de una expresión impersonal, de orden público, derivada del derecho de gracia, que es concedido por el legislador, no por los jueces.[...] Precisamente por esa ficción de “borrar el delito” o “fingir que los hechos no han ocurrido”, justificada en razones políticas y de orden público, es que la jurisprudencia ha entendido que las expresiones del derecho de gracia –amnistía e indulto– no pueden ser rehusadas por el beneficiario. Al respecto, en el CSP AP 30 jun. 1950 (GJ LXVIII N.º 2080-2086 /1949-1951/, págs. 556-561, se lee): El indulto y la conmutación –dice Soler– no pueden ser rehusados por aquél a cuyo favor se dictan; son causas de extinción (total o parcial) de la pena, y en ello no tiene efecto la voluntad del particular. “La gracia o indulto una vez concedida, se impone al condenado; que no puede rehusarla...–afirman Vidal y Magnol– porque todo lo que se refiere a la represión es, en efecto, de orden público”. (Cours de droit criminel, pag. 687”. Y todavía con mayor amplitud se expresa Pessina, al decir “la extinción general o amnistía y el indulto tienen como fin, no la mera conveniencia de los acusados o condenados, sino un fin más eminente, dictado por consideraciones de orden general, pues son de los que, al mismo tiempo que se inspiran en

un interés político, pueden tener vigor en la esfera de la justicia penal, porque con ellos la razón de Estado no agrava, sino que atenúa el rigor de las leyes; no oprime, sino que favorece la condición de las personas a quienes se aplica...La gracia, entendida según criterio científico moderno, no es un arbitrio de favor, sino temperamento de justicia, y como *nemo auditur perire volens*, nadie puede ser admitido a sufrir por su voluntad la pena o parte de la pena de que libra por gracia” (Pessina, Elementos de derecho penal, pág. 692). Si, como se vio en precedencia, a través de las amnistías se cierra la posibilidad de una declaratoria de responsabilidad penal, pues las investigaciones y juzgamientos no pueden completarse, debido a que la conducta es considerada como si no se tratara de un delito, es claro el decaimiento del interés de persecución penal estatal. En consecuencia, se configura una causal de extinción de la acción penal (art. 41 de la Ley 1820 de 2016), que inobjetablemente hace improseguible la actuación”. (CSJ, Sent. Casación N.º 48154, sep. 17/2019. M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La prescripción como causal de extinción de la acción penal del Estado, por traspasar el límite cronológico legal para la investigación.**

“Lo anterior, teniendo en cuenta que la prescripción corresponde a una institución de orden público, por virtud de la cual, debido al simple transcurso del tiempo señalado en la ley, el Estado pierde su capacidad de investigación y juzgamiento, de suerte tal que una vez logrado o superado el lapso previsto por el legislador para el efecto, no hay opción distinta para la judicatura que decretar la prescripción, pues actuar en contravía del respectivo mandato, esto es, trascendiendo el límite cronológico máximo, implica desconocer las formas propias del juicio, sin que sea oponible para eludir el referido pronunciamiento, el que decisiones próximas a tomar puedan favorecer al procesado. En eventos tales, se ha dicho, ni siquiera la presunción de inocencia como garantía fundamental podría invocarse para justificar que debe emitirse la providencia liberatoria de responsabilidad (por ejemplo, por preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o aún sentencia absolutoria), por cuanto para proferirla se exige como requisito *sine qua non* que el Estado, a través del respectivo funcionario, detente la capacidad para adelantar una actuación penal, la cual desaparece *ipso iure* por virtud de extinguirse la acción penal, entendida ésta como el derecho-deber del Estado de investigar, juzgar o sancionar a una persona a quien se le imputa la comisión de una conducta definida como punible. La regla señalada, esto es, aquella según la cual producida la prescripción debe procederse a su declaratoria, sólo tiene dos excepciones: i) cuando la sentencia es de carácter absolutorio y no ha sido discutida por las partes con interés, y ii) si en ejercicio del derecho establecido por el artículo 85 del Código Penal, la persona procesada renuncia a la prescripción. La primera excepción, es importante mencionar, se funda en los principios constitucionales de dignidad, honra y buen nombre, que imponen dar prevalencia a la absolución sobre la prescripción, en la medida que la decisión liberatoria no sea cuestionada en

las instancias ni en sede de casación. De serlo, prevalecerá la causal de extinción de la acción (...) la acción prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley para la conducta punible respectiva, término que se interrumpe con la formulación de imputación y a partir de ese momento, comienza a correr nuevamente por la mitad de ese lapso, sin que pueda ser inferior a cinco años ni superior a diez (Art. 86 Ib.) En forma adicional, el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, establece que, producida la sentencia de segunda instancia, se suspende el término de prescripción”. (CSJ, Sent. Casación N.º 48384, jun. 5/2019. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Concepto de querrela y de caducidad de la querrela. En ningún caso la acción penal por delitos querellables puede intentarse después del año de la comisión de la conducta punible.**

“(…)La querrela, que se define como el acto o medio a través del cual el querellable, para que se inicie la acción penal. Y la caducidad de la querrela, que es el decaimiento de la facultad de poder intentarlo, por vencimiento del término legalmente previsto para hacerlo. Estas particularidades de la querrela han determinado que la doctrina y la jurisprudencia coincidan en sostener que este instituto procesal cumple una doble función, (i) de noticia criminis y (ii) de condición de procedibilidad de la acción penal, aspectos que la Ley 906 de 2004 regula en sus artículos 70 y 71, porque de no preexistir este acto, o no haberse presentado en tiempo, no es posible adelantar el proceso penal. (...) La querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión de la conducta punible. No obstante, cuando el querellante legítimo, por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados, no hubiese tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a un (1) año. (...) Esto significa que en ningún caso la acción penal por delitos querellables puede intentarse después del año de la comisión de la conducta punible, pues como se ha dejado visto, la posibilidad de que el término de caducidad se cuente a partir del momento que el querellante legítimo tiene conocimiento del hecho, cuando han mediado situaciones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados que le han impedido enterarse de su ocurrencia, está condicionada a que entre la fecha de la realización de la conducta y la presentación de la querrela no haya transcurrido más de un (1) año. (CSJ, Sentencia. Cas. N.º 40900, Mar. 16/2016. M. P. José Leonidas Bustos Martínez).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Caducidad de la querrela - Aplicación en coexistencia de normas.**

“De la querrela se dice que produce efectos sustanciales, dado que cuando el sujeto pasivo de la conducta punible que requiere dicha condición de procesabilidad no la presenta, lo

hace por fuera del término previsto por la ley o carece de esa calidad, el implicado resulta favorecido en cuanto el Estado no puede iniciar la correspondiente investigación penal, lo cual no ocurre frente a los delitos cuya averiguación es oficiosa. Dicho instituto comporta además la posibilidad de extinguir la acción penal iniciada con fundamento en ella, por desistimiento, indemnización integral y conciliación. 4.3 La Sala de tiempo atrás reconoce que la favorabilidad no solo se predica frente a la sucesión de leyes sino también en los casos de coexistencia, de ahí que admita que ciertos mecanismos previstos en el sistema acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004 puedan aplicarse al procedimiento reglado en la Ley 600 de 2000 o viceversa, a condición que no se opongan o desvirtúen la naturaleza de cada uno de ellos. 4.4 Ahora bien, la Ley 600 de 2000 bajo la cual se ritó este asunto, en su artículo 35 relaciona los delitos que requieren querrela, dentro de la cual no se encuentra enlistado el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. Por otra parte, la Ley 906 de 2004 estableció en su artículo 74 inciso 1, modificado por la Ley 1453 de 2011 artículo 108, para ese hecho punible dicha condición de procesabilidad. 4.5 Ante tal requerimiento se vislumbran dos hipótesis para los procesos regidos por la Ley 600 de 2000 por delitos cometidos bajo su imperio, con atención al momento en que se inició la instrucción: Si ocurrió i) antes de la vigencia de la ley que impuso la condición de procesabilidad, o ii) después de ella. La Sala ha considerado que en el primer evento habiéndose consolidado el ejercicio de la acción penal, la querrela requerida por la nueva ley para el delito que no la exigía no es necesaria, pues no puede exigirse retroactivamente para un trámite que no la imponía; pero en aplicación del principio de favorabilidad puede aceptarse el desistimiento, la indemnización integral y la conciliación, mecanismos de extinción de la acción penal que no procedían respecto de la conducta punible cuya investigación oficiosa permitía las disposiciones vigentes al momento de su comisión. Así lo ha expresado la Sala, al señalar en auto del 23 de mayo de 2007, rad. 26831: “Que de los referidos cuatro momentos o situaciones procesales en los que cobra especial operatividad la querrela en tratándose de aquellas situaciones de las que el proceso se inició por denuncia u oficio bajo la égida de una legislación que no exigía querrela, pero posteriormente una nueva normatividad dispuso que tal delito necesitaba tal condición de procesabilidad, la aplicación del principio de favorabilidad sólo es viable respecto de los tres últimos, esto es, tratándose de los institutos extintivos de la acción penal (desistimiento, reparación integral y conciliación seguida de desistimiento), no ocurre lo mismo en relación al primero de dichos momentos procesales”. En el segundo, encontrándose en vigor el mandato legal que la reclama, la querrela es requisito ineludible para que la acción penal pueda adelantarse, conforme lo precisó en sentencia de 28 de octubre de 2016, radicación 44124, al expresar: “En este caso se tiene que si para cuando se entiendo cometido el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (31 de diciembre de 2004) era de investigación oficiosa, pero pese a ello el Estado no se enteró de su comisión sino hasta el 22 de febrero de 2009, fecha en la que ya dicho comportamiento desde el 28 de junio de 2007 con la entrada en vigencia de la Ley 1142 del mismo año tenía la condición de querrelable, se impone reconocer que en virtud

del principio de favorabilidad la norma posterior a los hechos tiene efecto retroactivo y, por exigir la formulación de querrela como condición de procesabilidad, debía ser promovida por el querellante legítimo”. 4.6 Aplicado lo visto a este asunto, debe cesarse la acción penal adelantada al acusado en relación con el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario, debido a que la misma no podía iniciarse por falta de querrela. Los hechos constitutivos de tal injusto acaecieron en 2004 y en enero de 2005, su investigación fue iniciada oficiosamente el 28 de mayo de 2009 cuando regía la Ley 906 de 2004, la cual había ampliado el catálogo de los delitos querrelables a aquellos que de conformidad con el Código Penal no tuvieran señalada pena privativa de la libertad, de modo que en este evento no podía iniciarse la acción penal por el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto imputado al acusado por falta de querrela, dado que el tipo penal no prevé prisión para quienes incurrir en él. 4.7. Ello en razón a que en la actuación no existe prueba indicativa, sea escrito, video, audio, denuncia, declaración u otro medio de expresión, en el que el sujeto pasivo de tal conducta punible hubiera manifestado su voluntad de denunciar, pues si bien el acaecido en Brasil a finales de 2005 tiene sujeto conocido, no hay certeza que Carlo Arturo Lozano Guillén en su oportunidad los hubiera puesto en conocimiento de las autoridades con la intención de que fuera investigado. 4.8. En las anteriores circunstancias, conforme con lo indicado en el artículo 39 de la Ley 600 de 2000, debido a que en esta actuación no podía iniciarse la acción penal respecto del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto por falta de querrela, causal objetiva de improseguibilidad que ante su verificación en el juicio corresponde declarar, la Sala procederá en consecuencia a reconocerla y ordenar la cesación de procedimiento por dicho delito. (CSJ, Sentencia. Cas. N.º 39931, sep. 6/2017. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La disposición regula dos eventualidades distintas relacionadas con la caducidad de la querrela. La primera, cuando el querellante legítimo se entera acerca de la comisión del punible en la misma fecha de su ocurrencia. Y la segunda, cuando razones de fuerza mayor o caso fortuito le impiden conocerla en ese momento. Ley 600/2000.**

“(ii). Al tiempo que el legislador enlistó las conductas punibles que habrían de ser consideradas querrelables, estableció unos condicionamientos para el oportuno ejercicio de la acción penal por parte del afectado: «Art. 34. Caducidad de la querrela. (...) La Corte, para una mejor comprensión de dicha temática y dentro de su función orientadora, ha estudiado in extenso la referida norma, en postura que hoy reitera (CSJ SP, 03 Feb. 2010, Rad. 31238): La disposición regula dos eventualidades distintas relacionadas con la caducidad de la querrela. La primera, cuando el querellante legítimo se entera acerca de la comisión del punible en la misma fecha de su ocurrencia. Y la segunda, cuando razones de fuerza mayor o caso fortuito le impiden conocerla en ese momento. Para el primer evento, el precepto determina que la querrela debe presentarse dentro de los seis (6)

meses siguientes. Respecto del segundo, dispone que 'el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a un (1) año'. (...) Para facilitar la comprensión de lo dicho, se mencionan los siguientes ejemplos: i) Si el conocimiento se obtiene a los dos meses de ocurrida la conducta delictiva, el interesado cuenta con seis (6) meses más para presentar la querrela, es decir, en total ocho (8) meses; ii) Si el conocimiento se obtiene a los seis (6) meses, tendrá otro tanto para promover la acción penal; iii) si el perjudicado conoce el delito a los diez (10) meses de cometido, tendrá tan sólo dos (2) meses para activar la jurisdicción; iv) finalmente, si la ocurrencia del ilícito llega a su conocimiento después de transcurrido un (1) año de perpetrado, habrá en ese caso operado el fenómeno de la caducidad de la querrela. (se destaca) Como se observa, el legislador al establecer ese tratamiento diverso tuvo en mente, de todas maneras, respetar la esencia de la caducidad de la querrela, no otra diversa a la de establecer un término restringido para la activación de la jurisdicción, lapso que en las regulaciones procesales inmediatamente antecedentes a la Ley 600 de 2000 osciló entre seis (6) meses y un (1) año, según lo visto en precedencia. Recuérdese que 'la querrela es la solicitud que el ofendido o agraviado con la conducta punible formula en contra del autor del comportamiento, como condición necesaria de procesabilidad prevista por el legislador en relación con determinados tipos penales, porque considera que en ciertos específicos casos debe primar la voluntad de la víctima del ilícito, cuyo interés podría verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. (...) Entonces, dígame, que frente al segundo plazo, con independencia de que hayan concurrido casos de fuerza mayor o caso fortuito, opera una regla, la que la Sala destaca en esta oportunidad: El término para la presentación de la querrela en delitos como el de abuso de confianza, considerado de ejecución instantánea, en todo caso, no puede superar un año después de ocurrido el hecho; plazo que ciertamente busca frenar la indefinición de tales asuntos y la perentoriedad para que el afectado acuda a la jurisdicción penal". (CSJ, Sentencia. Cas. N.º 36106, mar. 12/2014. M. P. Eyder Patiño Cabrera).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. CADUCIDAD QUERRELA.

De manera que, teniendo la posibilidad de presentar la querrela dentro de los seis meses siguientes a los hechos, el MY. Rojas Díaz solo lo hizo después de 2 años. Su justificación de que presentó la querrela una vez tuvo acceso a la copia del proceso disciplinario, se cae de su peso conforme las diligencias que obran dentro de ese mismo expediente y la declaración que rindió ante el Juez de Instrucción Penal Militar, con las cuales se demuestra que el querellante tenía pleno conocimiento desde mucho antes, de las imputaciones que en su contra se venían haciendo.

Por lo expuesto, los argumentos de apelación no están llamados a prosperar, pues con sobrada razón el funcionario de Instrucción declaró la caducidad de la querrela y en consecuencia dispuso la cesación de procedimiento en aplicación del artículo 231 del Código Penal

Militar, por cuanto la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, de conformidad con el artículo 225 del Código Penal Militar que preceptúa: "caducidad de la querrela. La querrela debe presentarse dentro del término de seis (6) meses contados, a partir de la comisión del hecho punible." Así pues, en este estado procesal la acción penal se encuentra enervada y por ende el Estado ha perdido su ius puniendi.

Con relación al tema de la cesación de procedimiento, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

"...ha de verificarse el cumplimiento de los presupuestos señalados en la ley procesal penal para adoptar esta determinación, pues la legalidad de la misma depende de la comprobación plena y certera de que el fiscal delegado ante el Tribunal Superior Militar tenía motivos para concluir que el hecho no existió, o que el sindicado no lo cometió, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada la presencia de una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o, **por último, que la actuación no podía iniciarse o proseguirse...** frente a esta figura procesal de terminación del proceso, ciertamente el legislador fue excesivamente celoso de exigir un grado probatorio para la comprobación de los supuestos señalados en el artículo 36 del C. de P.P. (Decreto 2700 vigente para esa época), resaltando que esa demostración debía ser plena, es decir, la que, sin dubitación alguna, tuviera la capacidad de arrojar certeza en el entendimiento del funcionario judicial que advierte su presencia..." (negritas de la Sala) (Rad. 158360 del 30 de junio de 2016, M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome. Segunda Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL.- ESPECIALIDAD
JURISDICCIÓN CASTRENSE. ¿Es procedente la
caducidad de la pena en el delito de lesiones
personales culposas en el sistema de la Ley
1407 de 2010?

"(...) hay una circunstancia que podría incidir en la solución final y es la relacionada con la expedición de la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, que consagra una nueva regulación en materia de las condiciones de procesabilidad de la acción penal para determinados delitos.

De manera expresa, especial y autónoma, el nuevo Código Penal Militar en su artículo 251, establece que será necesaria la querrela, excepto cuando la víctima sea un menor de edad, entre otros, en el delito de lesiones personales culposas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad que no exceda de sesenta (60) días.

Al respecto, lo primero que convendría analizar es si esta disposición resulta aplicable en la actualidad, por vía de la materialización del principio de favorabilidad penal, si se tiene en cuenta que esta es más favorable a los intereses del procesado, en cuanto hace referencia expresa al delito de lesiones personales culposas, no hace la salvedad sobre la existencia de secuelas y aumenta la exigencia de querrela cuando la incapacidad es hasta de sesenta (60) días; pues en la Ley 1058 de 2006 solo se exige la querrela

para el delito de lesiones personales sin secuelas y cuya incapacidad no supere los treinta (30) días.

Esta amplitud normativa obviamente resultaría de aplicación, bien porque se encuentra actualmente vigente, considerándose que en este aspecto la Ley 1407 de 2010 derogó las disposiciones de la Ley 522 de 1999 si se tiene en cuenta que, aunque son disposiciones de carácter procesal, tienen efectos sustanciales. Estamos entonces ante una situación, en la cual al momento de los hechos el delito de lesiones personales culposas estaba cobijado por el principio de oficiosidad de la acción penal, pero durante el trámite surgió una nueva ley que como requisito de procesabilidad exigió la presentación de querrela. La pregunta que surge es si esta nueva disposición sería aplicable o no al asunto en trámite. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en algunas decisiones manifestó que la nueva regulación favorable debía ser aplicada, solo si el ofendido manifestaba dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la nueva ley, su interés en que la acción penal prosiguiera; de lo contrario, quedaría afectada por la caducidad de la acción penal. Posteriormente la citada Sala cambió de criterio, como se observa en los siguientes apartes contenidos en la providencia del 23 de mayo de 2007, proferida dentro de radicado No 26831, M. P. Dra. Marina Pulido de Barón.

"Aquí resulta pertinente puntualizar que si bien la Sala venía sosteniendo que cuando el delito se cometía en vigencia de una ley que no tenía como condición de procesabilidad la querrela, pero posteriormente, en virtud de una nueva normatividad sucesiva o coexistente, el legislador decidía que la investigación de tal comportamiento sí requería de la referida condición, el término de caducidad de la querrela de seis (6) meses comenzaba a contarse a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta última legislación¹⁴⁹, lapso dentro del cual el querellante legítimo tenía que hacer expreso su interés en que el Estado continuara con el ejercicio de la acción penal, pues de lo contrario, estaba significando que no le interesaba que las autoridades judiciales se ocuparan de investigar y sancionar la comisión del comportamiento que le derivó perjuicio, motivo por el cual se imponía declarar que había operado la caducidad de la querrela, circunstancia que se erigía en causal para proferir cesación de procedimiento por el comportamiento investigado.

No obstante, a partir de un nuevo examen de la mencionada problemática, la Sala ha arribado a conclusiones y soluciones diversas.

En efecto, es claro que la querrela como condición de procesabilidad cobra especial valía en cuatro momentos procesales identificables, aSÍ:

Primero, cuando el perjudicado (o quienes se encuentran legalmente autorizados para representarlo) pone en conocimiento de las autoridades la conducta por cuyo medio resultó lesionado o puesto en peligro el bien jurídico del cual es titular, caso en el cual el Estado asume las correspondientes labores de **investigación**,

acusación y juzgamiento, pues tal ha sido la voluntad del querellante.

Segundo, cuando aquel desiste por escrito de la querrela en cualquier estado de la actuación, antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia (artículo 37 de la Ley 600 de 2000).

Tercero, cuando se impone extinguir la acción penal por indemnización integral respecto de los delitos que admiten desistimiento, entre los cuales se encuentran los querellables (artículo 42 ejusdem).

Cuarto, cuando opera el instituto de la conciliación, el cual es procedente respecto de delitos que admitan desistimiento o indemnización integral (artículo 41 ejusdem).

(...) Lo anterior es así, pues la Sala encuentra que si el legislador no establece la querrela como presupuesto para el ejercicio de la acción penal derivada de la conducta punible, una vez el Estado tiene conocimiento por denuncia, informe u oficiosamente de la comisión del delito, tiene la obligación de adelantar el correspondiente trámite procesal hasta sus últimas consecuencias, sin que el advenimiento de una ley posterior que exija la referida condición de procesabilidad resulte aplicable retroactivamente en virtud del principio de favorabilidad, pues es claro que en tales situaciones la puesta en marcha del aparato jurisdiccional en ejercicio del ius puniendi ya se consolidó, quedando a salvo, desde luego, la posibilidad de que se acuda a alguno de los referidos mecanismos de extinción de la acción penal, para cuya aplicación si operaría la aplicación favorable de una norma posterior con efectos retroactivos.

En apoyo de lo expuesto se observa que exigir al sujeto pasivo de la conducta delictiva que dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la ley posterior, por cuyo medio se dispuso de la ya citada condición de procesabilidad para el delito por el cual se procede, haga explícito dentro de la actuación su interés en que el Estado continúe con la investigación, a fin de que no opere la caducidad de la querrela, corresponde a una carga para la víctima que va más allá de lo dispuesto por el legislador, quien si así lo hubiera querido, lo habría plasmado en la mencionada normatividad." (Rad. 157203 M. P. TC Ismael Enrique López Criollo del 21 de agosto de 2012).

SENTENCIAS CONCORDANTES.

C.S.J., abril 15-2004 M. P. Jorge Luis Quintero Milanés. Rad.18529, radicado 25963, M. P. Dr. Mauro Solarte Portilla, Salvamento de voto del Dr. Mauro Solarte Portilla, En similar sentido pueden verse los autos del 20 de junio de 2007 (radicación 26884) y 31 de marzo de 2008 (radicación 28151), citados dentro de la providencia del 9 de marzo de 2011, radicado 35746, M. P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Procede no sólo cuando el punible de que se trate prevea como pena una multa y que el Juez dentro de los límites**

149 En este sentido auto del 18 de octubre de 2006. Rad. 25963.

respectivos la fije, sino, además, que la sanción legalmente prevista como principal sea exclusivamente la pecuniaria.

“Si bien la oblación constituye efectivamente una de las causales objetivas de extinción de la acción penal su procedencia se condiciona no solo a que el punible de que se trate prevea como pena una multa y que el Juez dentro de los límites respectivos la fije, sino además, que la sanción legalmente prevista como principal sea exclusivamente la pecuniaria; de lo contrario, si con esta concurre otra clase de pena de igual entidad y establecido por el artículo 91 del Código Penal, fundamento de la petición, que “el sindicado de un hecho punible que solo tenga pena de multa podrá poner fin al proceso pagando la suma que le señale el juez...”, resulta evidente la carencia de uno de los supuestos legales que la harían viable. Aunque el artículo 152 del Código Penal determina sus consecuencias punitivas en la imposición de una multa de «un mil a diez mil pesos” no menos cierto es que esta no es la única sanción para el empleado oficial que con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas cometa acto arbitrario o injusto, pues la misma disposición hace concurrente con la pena en dinero y también como principal la “interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años”, lo cual obliga indudablemente a concluir que por no ser la multa la sanción señalada con exclusión de otras principales, el artículo 91 del Penal resulta inaplicable frente a la mencionada infracción y por ende ningún fundamento legal existe para fijar en el curso del proceso la suma de dinero que por concepto de multa demanda la defensora”. (CSJ, Sentencia. Cas. N.º 14029, Abr. 15 /1999. M. P. Carlos Augusto Vargas Argote).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. Extinción de la acción penal por pago: Improcedencia cuando sólo se cancela el capital y no los intereses adeudados.

“Con antelación, la Sala desestimó una solicitud semejante, presentada por el apoderado judicial del procesado. Ello, bajo el argumento principal de que el certificado de la DIAN, aportado como soporte, solo da cuenta de que se pagaron las sumas retenidas y no consignadas (según los términos de la acusación y la condena emitida en ambas instancias), pero allí nada se dijo sobre los intereses. En esa oportunidad se advirtió que “Lo anterior no es óbice para que el solicitante pueda acreditar el cabal cumplimiento de los requisitos previstos en el parágrafo del artículo 402 del Código Penal, siempre y cuando lo haga antes de que la sentencia condenatoria quede en firme”. Ahora, el procesado presenta la misma solicitud, con la diferencia de que aporta un certificado de la DIAN donde se hace constar que: (i) las sumas recaudadas, y no pagadas en la oportunidad legal, finalmente fueron entregadas a dicha entidad por las empresas Grajales S.A. y Frexco S.A.; (ii) en concepto de la DIAN, las sumas en mención “no generaron intereses, toda vez que las sociedades se encuentran inmersas en procesos de extinción de dominio...”; y (iii) las referidas obligaciones “quedaron extinguidas, por pago”. Como quiera que el certificado sobre la extinción por pago proviene de la entidad

encargada de recaudar los impuestos que en su momento el procesado recaudó y no entregó en los términos de ley, y habida cuenta de que la DIAN hizo expresa alusión a los montos de las referidas obligaciones, así como a los respectivos intereses, están dadas las condiciones para dar por terminada la actuación, en los términos del artículo 402 en cita. Ello se hará por la vía de la preclusión, porque el trámite se adelantó bajo la Ley 906 de 2004”. (CSJ, Auto rad. N.º 53986, feb. 03/2021. M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Parte civil en proceso penal - Indemnización de perjuicios – Indemnización integral.

“[...] No podrá extinguirse la acción penal por indemnización integral si dentro de los cinco años anteriores se ha decretado, respecto del mismo procesado, resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento por indemnización integral. Ello quiere decir que un mismo individuo no puede solicitar la extinción de la acción penal por indemnización integral dos veces en un lapso inferior a cinco años. [...] al establecer que la indemnización integral de perjuicios extingue el proceso penal, el legislador no desconoce los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia. Esto, porque, en primer lugar, dicha indemnización tiene implícito un ideal de justicia que consiste en reparar el daño causado por el delito, dejando “a la víctima y a los perjudicados por el hecho punible en la situación más próxima a la que existía antes de la ocurrencia del mismo”. En segundo término, porque el derecho de las víctimas a obtener la verdad y la justicia en el proceso penal no es absoluto y, por tanto, puede estar sometido a limitaciones razonables. Por ello, son sólo algunos delitos culposos –los delitos que admiten desistimiento, las lesiones personales transitorias y los delitos contra el patrimonio y los derechos patrimoniales de autor– las conductas elegidas para tal favorecimiento, quedando claro que con ello el legislador pretende privilegiar la restitución del orden económico y social, al tiempo que sacrifica la sanción por la sanción misma. La interpretación correcta es que la ley prefiere dar por terminado un proceso en el que el orden social no ha sido gravemente afectado o en el que la conducta no responde a la voluntad positiva de causar el daño –dolo–, en lugar de sancionar a la víctima y de ocasionar, por dicha sanción, un perjuicio mayor para el orden social. En este orden de ideas, resalta lo dicho por la doctrina penal en el sentido que la indemnización de perjuicios en el proceso es un mecanismo para desjudicializar conflictos sociales, mecanismo que responde a los postulados de la criminología crítica. [...] La indemnización integral no es causal de extinción de la acción penal en los delitos “de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección”. (Art. 42, inciso segundo, CPP).”

“[...] En la indemnización integral como causal de extinción de la acción penal el monto de la indemnización está determinado por el daño que causa el autor del ilícito, daño que, por razones obvias, no se encuentra establecido en ley. Es el autor del delito el que determina, voluntaria o involuntariamente, pero siempre por razón de su

conducta, la magnitud del daño indemnizable y el monto de la reparación correspondiente, ateniéndose a la consecuencia de poder o no indemnizarlo. No podría decirse, como se ha dicho respecto de las otras dos situaciones analizadas, que sea la ley la que introduce el criterio diferenciador, ya que la posibilidad o imposibilidad material de indemnizar el daño material no dependen de ella sino del productor mismo del daño (...)

(...) La indemnización integral como causal de extinción de la acción penal se ofrece entonces en igualdad de condiciones a todos los sujetos sometidos al proceso penal sin atender al monto de su patrimonio; más bien, al monto del daño. Y pese a que las posibilidades de extinción de la acción penal dependen de la capacidad económica del victimario, es innegable que en este punto las medidas adoptadas por el legislador tienden a proteger a la víctima, no al procesado, razón por la cual dicha problemática debe abordarse desde tal perspectiva. **(Corte Constitucional. Sentencia: C-899/03, octubre 7 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **En procesos regidos por la Ley 906 de 2004 es aplicable por favorabilidad la extinción de la acción penal por indemnización integral. Requisitos.**

«Es criterio consolidado de la Sala que en procesos regidos por la Ley 906 de 2004 es aplicable por favorabilidad la extinción de la acción penal por indemnización integral, prevista en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 (CSJ AP 13 abr. 2011, rad. 35.946; AP 20 abr. 2016, rad. 43.984, AP 16 ago. 2017, rad. 50.334). Conforme con ese precepto, la Corte determinó que la extinción de la acción penal por indemnización integral procede cuando se cumplen los siguientes requisitos: 1. Que el delito por el que se proceda sea de aquellos autorizados por el legislador en el aludido artículo 42. 2. Que el daño ocasionado haya sido reparado integralmente en los términos del dictamen pericial correspondiente o el acuerdo de las partes sobre su valor o, en su defecto, que el afectado haya hecho manifestación expresa sobre la satisfacción total de los perjuicios causados. 3. Que no exista decisión de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento a favor del procesado por la misma razón en otro proceso, dentro de los cinco años anteriores. 4. Que la reparación se realice antes de que se profiera fallo de casación o el auto que inadmita la demanda.

Pues bien, contrario a lo considerado por el Tribunal, la Sala encuentra que se reúnen los requisitos para ordenar la extinción de la acción penal en la medida que las víctimas reconocidas en la actuación radicaron escrito, con la correspondiente presentación de firmas ante Notaría, en el que manifiestan que “desisten” de ellas porque han acordado el pago de una indemnización integral con la Aseguradora [...]». **(CSJ, sala Penal Casación. N.º 56540, Feb. 12/2020. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La extinción**

de la acción penal no opera de manera automática, sino que deviene de la aplicación de alguno de los mecanismos de justicia restaurativa previstos en el artículo 521 de la Ley 906 de 2004.

“La discusión se contrae a determinar si, como lo afirma el actor, el procedimiento especial abreviado contempla una solución más benigna a su caso, que deba aplicarse por virtud del principio de favorabilidad. (...) A su vez, el artículo 82 del Código Penal, prevé en el numeral 7º como causal de extinción de la acción penal **“la indemnización integral en los casos previstos en la ley”**. 5.8 Una simple lectura del artículo 24 de la Ley 1826 de 2017, permite advertir que la extinción de la acción penal no opera de manera automática, sino que deviene de la aplicación de alguno de los mecanismos de justicia restaurativa previstos en el artículo 521 de la Ley 906 de 2004. Ninguno de ellos fue implementado en el proceso adelantado en contra de los condenados en este caso –recuérdese, todo se redujo al pago de los daños, pero no se adelantó algún tipo de trámite restaurativo específico, sin que pueda decirse que el hecho en cuestión los suple, dado que estos se encuentran expresamente contemplados en la ley– por lo cual, invocar el principio de favorabilidad no resulta procedente, en tanto, la nueva norma será aplicable solo frente a supuestos similares que reciben soluciones de derecho diferentes. 5.9 En este caso, la Sala concluye que la norma invocada por el actor, de una parte, exige que el asunto se adelante bajo las normas especiales del procedimiento abreviado y que, en el mismo, además, se haya implementado un mecanismo de justicia restaurativa, lo que no ocurrió en el presente asunto; y, de otra, no contiene una solución de derecho diferente y más benigna para la procesada, que aquella adoptada por el Tribunal en su momento. Entonces, ni el artículo 24 de la Ley 1826 en cita, ni las normas a las cuales remite de manera expresa, consagran, per se, la reparación integral a la víctima como causal de extinción de la acción penal. Precisamente, el artículo 82 la condiciona “a los casos previstos en la ley”, es decir, cuando expresamente el legislador así lo disponga. Y frente a conductas delictuales de hurto calificado y agravado, la reparación integral a la víctima no está prevista expresamente como causal de extinción de la acción penal, sino como mecanismo de reducción punitiva, tal cual lo entendió y aplicó el Tribunal Superior de Bogotá al desatar la alzada y otorgarle (...) una rebaja de la mitad de la pena por ese concepto. Por tanto, se equivoca el actor en la lectura de los artículos 24 de la Ley 1826 de 2017 y 82 del Código Penal, al invocar su aplicación favorable, cuando de su texto no se extrae que la reparación integral a la víctima del delito de hurto calificado y agravado, extinga la acción penal. Por el contrario, se itera, de manera explícita el Código Penal prevé que la reparación que realiza el responsable de tal conducta delictual, trae aparejado como efecto la disminución en la pena a imponer”. **(CSJ, Auto rad. N.º 56259, jun. 10/2020. M.P. Jaime Humberto Moreno Acero).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- INDEMNIZACIÓN INTEGRAL. **Con la expedición de la Ley 1407 de 2010 es viable su aplicación en**

La jurisdicción castrense como causal de extinción de la acción penal.

“Como quiera que la génesis de la alzada está dada por la posibilidad de dar aplicación dentro de los procesos que se adelantan en la justicia penal militar, a la figura de la indemnización integral de perjuicios como causal de extinción de la acción penal, tema sobre el que, en el pasado se han presentado criterios encontrados al interior de esta Corporación, pues en algunas decisiones se negó su aplicación y en otras oportunidades se admitió su reconocimiento, esta Sala de Decisión estima de cardinal importancia realizar un nuevo examen en torno a la viabilidad de la aplicación de esta figura que hoy consagra la Ley 1407 de 2010, artículo 75.8, en esta jurisdicción especializada

Inicialmente debemos recordar que esta figura no aparece expresamente consagrada en la Ley 522 de 1999, por ello su aplicación al interior de esta jurisdicción fue muy limitada, en la generalidad de los casos se negaba su reconocimiento bajo el entendido de que en virtud de la cláusula general de competencia prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política y atendiendo el principio de especialidad, el legislador había estimado que no se hacía necesario establecer ese supuesto fáctico procesal como causal de extinción de la acción penal en esta jurisdicción; por tanto, no existía ningún vacío legal y en esa medida no era posible recurrir por integración normativa a la norma ordinaria.

Hoy, bajo la égida de la nueva sistemática punitiva castrense (Ley 1407 de 2010, artículo 75, numeral 8), por voluntad del legislador consagró como causal de extinción de la acción penal ‘La indemnización integral de perjuicios en los casos previstos en la ley’, configuración legislativa que deja sin piso jurídico el argumento en torno al cual se negaba su reconocimiento y aplicación de esa figura, razón suficiente para recoger los criterios bajo los cuales esta Sala de Decisión había fundado las decisiones producidas en ese sentido en pretéritas oportunidades y señalar que conforme a lo dispuesto en la nova legislación, se debe reconocer y aplicar la figura de la indemnización integral de perjuicios en los casos previstos en la ley, como causal de extinción de la acción penal, en esta jurisdicción.

Empero, a pesar de la claridad de la norma en relación con el reconocimiento y aplicación de esa figura en esta jurisdicción, en la praxis surge una nueva problemática en tanto que la Ley 1407 de 2010, en el artículo 75.8, solo consagra la indemnización integral como causal de extinción de la acción penal, pero no fija el procedimiento y/o la forma en que debe tramitarse ese incidente, además, condiciona su reconocimiento solo para los casos previstos en la ley, sin que posteriormente se determine en qué casos procede, es decir, se presenta un vacío o laguna legal”. (Rad. 158360 del 30 de junio de 2016, M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome. Segunda Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – DELITO DE INJURIA Y CALUMNIA – EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR RETRACTACIÓN.

“[...] la retractación, como eximente de responsabilidad penal, privilegia el derecho a la

información en detrimento del patrimonio moral de las personas, partiendo de la premisa de que los delitos de injuria y calumnia solamente se cometen en ejercicio de los derechos a la información y libertad de expresión, desconociendo que muchas veces esas conductas no se cometen en ejercicio de tales derechos, sino, por ejemplo, para obtener beneficios egoístas, situación en la que el victimario es igualmente exonerado de responsabilidad y la víctima es nuevamente victimizada, en cuanto a que no tiene derecho a obtener justicia, verdad ni reparación. [...] La retractación no altera ni el carácter antijurídico de la conducta ni la culpabilidad del agente, pero ha estimado el legislador que ella es indicativa de que no se requiere de la aplicación de la pena y por consiguiente no cabe proseguir el proceso orientado a establecer la responsabilidad jurídico penal por ausencia de necesidad preventiva de sanción penal. [...] La retractación parte del supuesto de que el agravio al bien jurídico sí se produjo, y si bien el legislador puede considerar que por virtud de la misma no hay lugar a derivar responsabilidad penal al agente, el ofendido debe conservar su derecho a que, establecida la responsabilidad civil, se le indemnicen los perjuicios causados. [...] “resulta admisible que frente a las conductas que afectan la integridad moral, se considere que no es necesario una ulterior protección penal cuando el derecho se ha restablecido a través de la retractación en las condiciones y con las características que al efecto haya previsto la ley (...)” [...] “la extinción de la acción penal que se deriva de las normas acusadas no se produce como consecuencia de la sola manifestación de voluntad del agresor, sino que se requiere que este adopte una conducta positiva por virtud de la cual admite la infracción cometida y atiende a restablecer el perjuicio mediante una retractación cuyas condiciones deben ser valoradas en concreto por el juez. Por consiguiente, no se trata de que el agresor puede disponer a su arbitrio la continuación o no del proceso, sino que la misma se subordina por la ley a la ocurrencia de un hecho objetivo, la retractación, a partir del cual, deduce que no hay lugar a aplicar la pena, razón por la cual dispone la extinción de la acción penal, lo cual, a su vez, implica que ya no será posible derivar responsabilidad penal al agente. (...)” (Corte Constitucional. Sentencia: C-635/14, septiembre 3 de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. Validez del acto de retractación.

Una de las causales de preclusión contempladas en la Ley 906/04 es la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal (Art. 332-1), lo que ocurre, entre otras situaciones, cuando esta se extingue por retractación en el ámbito de los delitos contra la integridad moral (Art. 225, CP.), tal y como lo prevé el artículo 82, numeral 8, del Código Penal. En el artículo 225 se regula la «retractación» de una manifestación injuriosa o calumniosa, en los siguientes términos: No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características

en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos. Se colige, entonces, que la validez del acto de retractación dependerá de las siguientes condiciones: (i) que provenga del autor o participe de la injuria o calumnia, (ii) que sea voluntario, (iii) que se produzca antes de la sentencia –de primera o única instancia–, (iv) que los costos de la publicación sean asumidos por el presunto responsable, y, por último, (v) que se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación deshonrosa. **(CSJ, Auto rad. N.º 52387, jul. 11/2018. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- JUICIO Improcedencia de la cesación de procedimiento por causales subjetivas.

“Iniciado el juicio no es procedente la terminación anticipada del proceso por causales subjetivas, por ser tema de debate en la audiencia de corte marcial y objeto de sentencia.

Si bien la cesación de procedimiento en nuestro ordenamiento procesal únicamente puede declararse con base en las causales taxativamente señaladas en la ley, ya sea por causas objetivas como son la muerte del procesado (Art. 79), el desistimiento (Art. 80), la amnistía o indulto (Art. 81), la prescripción (Art. 83), la oblación (Art. 93) y la rehabilitación (Art. 94); o por causas subjetivas en cuanto a) Que el hecho imputado no ha existido, b) Que el procesado no lo ha cometido o que la conducta es atípica; c) Que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad; no es menos cierto que a pesar de indicar la norma que la cesación de procedimiento puede declararse en cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado la ocurrencia de las mencionadas circunstancias, dicha terminación anticipada del proceso a la luz de la doctrina y la jurisprudencia opera exclusivamente desde la apertura de la investigación hasta cuando el fiscal califica el mérito probatorio del sumario, pudiendo declarar la cesación de procedimiento por cualquier de las causales señaladas en el digesto 231, al ser ésta una de las formas de calificación que precisamente contempla la Ley Penal Militar (Art. 554), puesto que una vez ejecutoriada la resolución acusatoria y el Juez haya decretado la iniciación del juicio, únicamente puede cesar procedimiento por causales objetivas, al ser las subjetivas precisamente el tema que ha de debatirse en el juicio y su estructuración se define al dictarse la correspondiente sentencia.

Esta forma de finiquitación anticipada del proceso en la etapa de juicio por causales subjetivas no ha sido contemplada ni siquiera en nuestro anterior estatuto procesal castrense Decreto 2550 de 1988 (Art. 316), ni el actual Ley 522 de 1999 (Art. 231) y similarmente en el antepuesto Código de Procedimiento Penal Decreto 2700 de 1991 (Art. 36), sino ello vino a ocurrir en la Ley 600 de 2000, donde se reguló dicho procedimiento en el inciso 2º del artículo 39, trámite que fue variando ya en la Ley 906 de 2004 (Art. 332), donde el legislador dispuso que únicamente en la etapa de juicio se puede precluir anticipadamente el proceso por dos circunstancias que son: a) La imposibilidad

de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal y b) La inexistencia del hecho investigado, habiendo dejado el restante de causas subjetivas de terminación antecedente del proceso para la etapa calificatoria, lo que nos da mayor certeza para señalar que fue improcedente la motivación del juez de primera instancia como se pronunció frente a la solicitud de cesación de procedimiento, omitiendo que ya había iniciado la etapa del juicio y que esto es tema de debate en la respectiva audiencia de corte marcial, no queriendo decir esto, que nos estamos regulando por el procedimiento señalado en la normativa ordinaria, por el contrario, estamos siguiendo los lineamientos constitucionales de ser una jurisdicción especializada y con un procedimiento plenamente establecido como primeramente lo indicamos, además teniendo en cuenta que ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que nos dan dado la razón, que la actuación surtida a partir de la solicitud de cesación fue errónea...”. **(Rad. 148962, 15 de febrero de 2010, M. P. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- Causales para proferir decisión inhibitoria.

*“De otro lado, se considera que la acción penal no puede iniciarse, cuando del material probatorio allegado al expediente se hallen acreditadas cualesquiera de las denominadas por la doctrina y la jurisprudencia, causales objetivas, taxativamente señaladas en la norma, la muerte del imputado (artículo 79 Ley 522 de 1999), el desistimiento en los casos establecidos en la ley (artículo 80 Ley 522 de 1999, Ley 1058 de 2006), la amnistía propia (artículo 81 Ley 522 de 1999), la prescripción (artículo 82 Ley 522 de 1999), la oblación (artículo 93 Ley 522 de 1999), la conciliación (Ley 1058 de 2006), la cosa juzgada (artículo 14 Ley 522 de 1999), y, de manera particular, cuando se halle acreditado que el versionado no fue quien realizó el comportamiento reprochado punitivamente, objeto de la indagación preliminar”. **(Rad. 155964, 17 de junio de 2010, M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).***

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO Causales Código Penal Militar.

“(...) Igualmente, del contenido del artículo 231 del Código Penal Militar, se desprende que la cesación de procedimiento únicamente puede declararse con base en las denominadas por la doctrina y la jurisprudencia, causales objetivas y subjetivas, taxativamente señaladas en la ley, encontrando dentro de las primeras, la muerte del procesado (artículo 79 Ley 522 de 1999), el desistimiento en los casos establecidos en la ley (artículo 80 Ley 522 de 1999, Ley 1058 de 2006), la amnistía propia (artículo 81 Ley 522 de 1999), la prescripción (artículo 82 Ley 522 de 1999), la oblación (artículo 93 Ley 522 de 1999), la conciliación (Ley 1058 de 2006), y, las segundas, es decir las subjetivas, la inexistencia del hecho imputado, atipicidad de la conducta, la demostración de alguna causal excluyente de responsabilidad o la acreditación

que el procesado no fue quien realizó el comportamiento delictivo objeto de la actuación penal (artículo 231 Ley 522 de 1999).

Bajo esta óptica, cuando se presente una causal subjetiva, el operador jurídico dentro de la providencia debe realizar la valoración de los supuestos de hecho y de derecho determinados en la sistemática penal, conforme a las reglas de la sana crítica que lo lleve a inferir de manera razonada que está demostrado en grado de certeza, que el hecho que se le imputa al sindicado no ha existido, vale decir, que no tuvo ocurrencia, o que, de haber sucedido, el sindicado no cometió el hecho que se le imputa a título de autor o cómplice.

Surge entonces, que para poderse dar aplicación al artículo 231 del Código Penal Militar, es necesario que exista un procesado a quien se le haya hecho una imputación. Así se infiere de la simple lectura del CPM, cuando señala: "Artículo 231. Cesación de procedimiento. En cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido o que la conducta es atípica, o que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad o que el proceso no podía iniciarse, o no puede proseguirse, el juez mediante auto interlocutorio, así lo declarará". (Rad. 156283, 26 de mayo de 2010, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión).

COMENTARIO

Como lo señala Cuello Calón: «Las causas de extinción de la responsabilidad penal son determinadas por circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y anulan la acción penal o la pena. Se diferencian de las causas de exención de responsabilidad penal ya que estas son anteriores a la ejecución del delito (como la infancia, la locura), o coetáneas, es decir, surgen en el momento de su realización (v. gr. la legítima defensa), mientras que las causas de extinción de la responsabilidad penal sobrevienen no sólo después de delito sino aún después que la justicia ha comenzado su persecución y, en ciertos casos, con posterioridad a la sentencia condenatoria».¹⁵⁰

Para la Corte Constitucional la terminación de la actuación penal por indemnización integral no vulnera los derechos de las víctimas ni lesiona los fines estatales, pues se entiende que se busca con la misma una forma de justicia reparando el daño recibido, además, aclara que los derechos de verdad y justicia no son absolutos y pueden ser limitados razonablemente. La indemnización en sí misma depende de la conducta y el daño, pues sería ilógico que se establecieran montos específicos por el legislador sin tener en cuenta el aspecto subjetivo de cada caso. La indemnización integral puede extinguir la acción penal siempre que la ley lo permita, es importante esto, ya que los delitos bajo los cuales se presenta esta figura son taxativos (delitos culposos y aquellos desistibles) y no se encuentran abiertos a la discrecionalidad de la autoridad.

Artículo 76. Término de prescripción de la acción penal.

La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. Para el delito de desertión, la acción penal prescribirá en un (1) año.

Parágrafo. *Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal Ordinario para las conductas punibles cometidas por servidores públicos.*

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – Prescripción de la Acción Penal- Concepto

"(...) La prescripción de la acción penal es una institución de orden público, en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva –ius puniendi– por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley. Dicho fenómeno ocurre cuando los operadores jurídicos dejan vencer el plazo señalado por el legislador para el ejercicio de la acción penal sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo cual a la postre implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra del ciudadano beneficiado con la prescripción.

(...) La prescripción de la acción penal tiene una doble connotación. La primera es a favor del procesado y consiste en la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano de que se le defina su situación jurídica, pues este no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra; la segunda en tanto y en cuanto se trata para el Estado de una sanción frente a su inactividad.

Al analizar la prescripción en materia penal, la jurisprudencia ha señalado que "es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción" cuyo fundamento es el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues "ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que

150 Cfr. Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Editora Nacional. México, 1973, p. 626.

el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”.

(...) En cuanto a su naturaleza, la prescripción es una institución de carácter sustantivo “si bien su reconocimiento precisará, dado el carácter de necesidad del proceso penal, de la actuación procesal procedente. Este carácter sustantivo permite que la prescripción pueda ser declarada de oficio, sin necesidad de alegación de parte como es obligado en el proceso civil”.

Atendiendo los fundamentos de la prescripción no existe obstáculo en aceptar que el término para que opere este fenómeno pueda ser interrumpido, dando lugar a un nuevo cómputo del tiempo con el fin de que el Estado en su deber constitucional de administrar justicia y de investigar y reprimir los delitos pueda adelantar de manera eficiente y eficaz la respectiva investigación, permitiendo de paso que el sindicado también tenga la oportunidad de estructurar adecuadamente su defensa. En este sentido, la interrupción de la prescripción de la acción penal también debe entenderse como una valiosa oportunidad que se le ofrece al investigado para que controvierta la acusación que se le ha formulado y no como una restricción a las garantías constitucionales de los ciudadanos.” (C. Const., Sent. C-416/02, mayo 28 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN – PRESCRIPCIÓN – DESERCIÓN.

Ninguna discusión admite el hecho de que la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente desde su promulgación, esto es desde el 17 de agosto de ese año, ni que en principio como la misma lo prevé en varias de sus normas (Arts. 177 y 628, este bajo la condición de exequibilidad expresada en la sentencia C-444 de 2011), se aplica a los hechos ocurridos con posterioridad a la fecha citada.(...) En consecuencia, si los procesos se tramitan bajo las formas previstas en el anterior Código Penal Militar mientras no se implemente el sistema penal acusatorio, por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. Luego la aplicación del artículo 76 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, norma que ciertamente es más favorable en la medida en que establece un lapso prescriptivo para el delito de deserción de un año mientras que la Ley 522 lo determinaba en dos, resulta posible a condición, se reitera, de que no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar. (...) Se trata, a no dudar y guardadas las proporciones, del mismo criterio que ha decantado la Sala en torno a la problemática del término prescriptivo previsto en la Ley 599 de 2000 y en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, en providencias del 23 de marzo de 2006, Rad. N.º 24300; 31 de marzo de 2008, Rad. N.º 28890; 23 de febrero de 2011, Rad. N.º 35838; del 19 de marzo de 2014, Rad. N.º AP1326(43398); del 30 de abril de

2014, Rad. N.º AP2300(43425) y del 11 de febrero de 2015, Rad. N.º AP528(43335), entre otras. (...) No obsta lo anterior para analizar la prescripción de la acción en este asunto, durante el juicio, sobre todo porque, sentado el supuesto de que la Ley 1407 de 2010 no le es aplicable en tanto el sistema penal acusatorio no se implementó, salvo que se trate de normas favorables a la situación del sindicado y por lo mismo siguiese inaplicable la previsión de su artículo 352 esto es que “proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años”, ha transcurrido desde la ejecutoria de la acusación, 4 de abril de 2014, un lapso no inferior a un año, esto es la mitad de aquel legalmente previsto como de prescripción del punible de deserción. Lo anterior porque si en términos de la Ley 522 de 1999 el lapso de prescripción para la acción penal derivada del delito de deserción es de dos años, que se interrumpe en el sumario con la ejecutoria de la acusación y en el juicio con la de la sentencia, significa que en esta etapa la de segunda instancia no tiene la virtud de suspender la prescripción por ser inaplicable el citado precepto 352 dado precisamente el criterio hermenéutico acá adoptado, sino sólo su ejecutoria. En este asunto, como ya quedó visto, el período previsto en fase de instrucción de dos años no se concretó, de ahí lo infundado del reparo propuesto, toda vez que los hechos acaecieron en marzo de 2013 y la acusación quedó en firme el 4 de abril de 2014.8. Pero sí en fase de juzgamiento, porque él se reduce a la mitad del previsto para la etapa sumarial, es decir que, siendo en este evento de dos años en la instrucción, en la causa corresponde a uno, tal como lo ha sostenido la sala en auto penal del 11 de abril de 2012 radicado N.º 19002, el cual efectivamente ya transcurrió desde la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que, de otro lado, la sentencia haya cobrado firmeza. Es que si bien en términos generales la acción penal prescribe por el transcurso de un tiempo igual al máximo de pena privativa de libertad señalado en la respectiva disposición, sin que en el sumario sea inferior a cinco años y en el juicio por un lapso igual a la mitad de aquél sin que tampoco sea inferior a un lustro, es innegable que la propia ley, en este caso la 522 de 1999, ha establecido una excepción al señalarle al delito de deserción un término especial de dos años durante la etapa de investigación. Luego, por razón del artículo 86 de la citada ley, en el juicio el período prescriptivo se reduce a un año por manera que en esas condiciones tal fenómeno se concretó en tanto, se reitera, la acusación cobró ejecutoria el 4 de abril de 2014 y a la fecha no ha ocurrido lo mismo con la sentencia” [...].» (CSJ, sala Penal Casación. N.º 45632, ju. 15/2015. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN – EXCEPCIONES A LA PRESCRIPCIÓN.

“Le corresponde a la Corte analizar la ocurrencia del fenómeno extintivo, casar de oficio para anular el fallo y, como consecuencia de ello, inadmitir la demanda por ausencia de objeto, sin necesidad de adelantar el juicio de admisibilidad de los cargos contenidos en el libelo. Lo anterior, teniendo en cuenta que la prescripción corresponde a una institución de orden público, por virtud de la cual, debido al

simple transcurso del tiempo señalado en la ley, el Estado pierde su capacidad de investigación y juzgamiento, de suerte tal que una vez logrado o superado el lapso previsto por el legislador para el efecto, no hay opción distinta para la judicatura que decretar la prescripción, pues actuar en contravía del respectivo mandato, esto es, trascendiendo el límite cronológico máximo, implica desconocer las formas propias del juicio, sin que sea oponible para eludir el referido pronunciamiento, el que decisiones próximas a tomar puedan favorecer al procesado. En eventos tales, se ha dicho, ni siquiera la presunción de inocencia como garantía fundamental podría invocarse para justificar que debe emitirse la providencia liberatoria de responsabilidad (por ejemplo, por preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o aún sentencia absolutoria), por cuanto para proferirla se exige como requisito sine qua non que el Estado, a través del respectivo funcionario, detente la capacidad para adelantar una actuación penal, la cual desaparece ipso iure por virtud de extinguirse la acción penal, entendida ésta como el derecho-deber del Estado de investigar, juzgar o sancionar a una persona a quien se le imputa la comisión de una conducta definida como punible. La regla señalada, esto es, aquella según la cual producida la prescripción debe procederse a su declaratoria, sólo tiene dos excepciones: i) cuando la sentencia es de carácter absolutorio y no ha sido discutida por las partes con interés, y ii) si en ejercicio del derecho establecido por el artículo 85 del Código Penal, la persona procesada renuncia a la prescripción. La primera excepción, es importante mencionar, se funda en los principios constitucionales de dignidad, honra y buen nombre, que imponen dar prevalencia a la absolución sobre la prescripción, en la medida que la decisión liberatoria no sea cuestionada en las instancias ni en sede de casación. De serlo, prevalecerá la causal de extinción de la acción". [...].» (CSJ, sala Penal Casación. N.º 48384, jun. 5/2019. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **El acto de imputación tiene la virtualidad jurídica de producir dos consecuencias simultáneas. i) Interrumpe la prescripción que viene contabilizándose desde la ocurrencia del hecho; y, ii) amojona el inicio de la reanudación del término prescriptivo.**

"La prescripción de la acción penal se encuentra regulada en los artículos 83 y siguientes del Código Penal, de acuerdo con el cual el término máximo de la pena prevista en la ley para el respectivo delito, es la primera categoría determinante del plazo que dispone el Estado para el ejercicio de su potestad punitiva, el cual no puede ser inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20). El artículo 86, ibidem (modificado por el artículo 6º de la Ley 890 de 2004), dispone que el citado término se interrumpe con la formulación de imputación y comienza a contarse nuevamente por un período igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del CP. Adicionalmente, el artículo 292 del CPP, que rigió esta actuación, manda que ese lapso no puede ser inferior a 3 años. Como viene de observarse, el delito por el cual se imputó (el 21 de mayo de 2013) y acusó, tiene pena máxima de ciento cuarenta y cuatro (144) meses, lo que es igual a doce (12) años. Siendo

la mitad de ese guarismo el de seis (6) años, se verifica que en este asunto la prescripción de la acción penal se configuró el veintinueve (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019). De modo que para cuando el Tribunal dictó la sentencia de segunda instancia, el veintidós (22) de mayo de dos mil diecinueve (2019) ese lapso ya había sido superado pues transcurrieron seis (6) años y un (1) día. Resulta imperioso para la Sala, establecer que, conforme el artículo 86 del CPP., cuando el legislador dispuso que una vez se interrumpe el término de prescripción de la acción penal "... este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83...", debe entenderse que el nuevo término inicia su recorrido en el tiempo el mismo día en que se formula la imputación y no desde el día siguiente, como erradamente parece entenderlo la segunda instancia. Necesario es entonces el poder determinar (i) el día exacto en que inicia a contarse el nuevo término de prescripción de la acción penal una vez formulada la imputación y (ii) en qué día exacto vence el plazo, es decir, cuándo prescribe la acción penal después de interrumpido. Esta Corporación, en providencia del seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019) radicado 49445, expuso: "Por manera que, si el 4 de octubre de 2003 se interrumpió la prescripción con la formulación de la imputación, a partir de tal día comenzaba el nuevo lapso para que operara el fenómeno que extinguía la acción penal, el cual evidentemente era de tres años, dada la pena estipulada para el delito de perturbación de la posesión sobre inmueble, en el artículo 264 del Código Penal, de modo que se extendía hasta el 4 de octubre de 2016, inclusive, tal como se concluyó en la discusión del asunto y fue la postura acogida mayoritariamente". Esa postura fue reiterada en los radicados 50420 del veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019) y más recientemente, en providencia del quince (15) de abril de dos mil veinte (2020), en radicado 49672. Resulta que la formulación de imputación interrumpe el término de prescripción de la acción penal que viene corriendo desde el día en que se consumó el hecho en las conductas punibles de ejecución instantánea, desde la perpetración del último acto en las de ejecución permanente y en los delitos tentados, o desde cuando cesó el deber de actuar en las conductas omisivas (artículo 84 CP.). Debido a que la Ley 906 de 2004, dentro del capítulo IV del título VI, artículos 156 y siguientes, no ofrece la respuesta del día exacto en que inicia el conteo y la culminación de los términos en general, y tampoco lo hace el Código Penal, para resolver esa disyuntiva debe acudir a los criterios de interpretación sistemático y a la interpretación más benigna al procesado establecida en nuestro ordenamiento jurídico desde la consagración del artículo 45 de la Ley 153 de 1887. Lo anterior, sin olvidar que en virtud al principio rector de integración (artículo 25 del CPP.), en los asuntos no regulados expresamente en la Ley 906 de 2004 son aplicables las normas del Código General del Proceso y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal. No puede perderse de vista, en un derecho penal demoliberal y garantista, como el que rige el ordenamiento jurídico colombiano, que la prescripción de la acción penal siempre corre en contra del Estado e ineludiblemente a favor del procesado, como quiera que este fenómeno jurídico es una sanción para el primero por no haber realizado absolutamente todas las

gestiones para determinar, en el amplio plazo que le otorga la ley, si el sujeto pasivo de la infracción es responsable, perdiendo su potestad punitiva, es decir, cualquier facultad y competencia para seguir conociendo del asunto. Es por ello que todas las disposiciones que puedan servir para resolver el caso deben interpretarse siempre en favor del procesado. Y en ese sentido el Código General del Proceso se ocupó de establecer un régimen de cómputo de términos mucho más completo que el establecido en la Ley 906 de 2004, estableciendo en el artículo 118 que: "Artículo 118. Cómputo de términos. [...] Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente." Del texto legal debe concluirse que el lapso prescriptivo que viene corriendo, de manera general, se detiene ipso facto en la fecha en que se formula la imputación. Hasta ahí no ofrece duda alguna el entendimiento de la norma. Sin embargo, el mismo mandato legal dispone que el término prescriptivo "comenzará a correr de nuevo" y señala el límite por el que debe hacerse la contabilización de ese nuevo lapso. La pregunta que surge frente a esa norma es, ¿si ese nuevo lapso empieza a correr el mismo día de la formulación de la imputación o al día siguiente? Desde la regla de interpretación asociada al método exegético que le veda al intérprete distinguir donde el Legislador no lo ha hecho, resulta razonable concluir que el acto de imputación tiene la virtualidad jurídica de producir dos consecuencias simultáneas. i) Interrumpe la prescripción que viene contabilizándose desde la ocurrencia del hecho; y, ii) amojona el inicio de la reanudación del término prescriptivo. En oposición, ninguna de esas funciones específicas tiene relación directa con la prescripción, pues después de la imputación el único acto procesal que tiene la virtualidad de volver a incidir en la prescripción es el proferimiento de la sentencia de segunda instancia (art. 189 CPP.) en tanto suspende el lapso que desde entonces comienza a correr de nuevo por un lapso máximo de 5 años». (CSJ, Sentencia Rad. N.º 52387, Sep. 16/2020. M. P. Hugo Quintero Bernate).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La calificación jurídica de la conducta definida en la sentencia de segunda instancia constituye el marco jurídico para establecer la prescripción de la acción penal. Peculado por apropiación: Como consecuencia de la variación de la calificación jurídica de autor a interviniente.**

"Según los cargos formulados y aceptados, se debe determinar si con ocasión del cambio de imputación de autores o partícipes, la acción penal por el delito de peculado por apropiación prescribió y si, por lo tanto, de acuerdo con esa atribución, no era posible proseguir el trámite judicial. Al respecto, como lo advierte la Procuradora, el artículo 30 del Código Penal afecta los extremos punitivos, e incide en la determinación del término de prescripción para la acción penal, cuando la conducta se imputa a título de interviniente. En este último caso, el aparte final del artículo 30 mencionado dispone: "Al interviniente que no teniendo las calidades

especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte." Desde esta perspectiva, el término de prescripción para el interviniente del delito de peculado por apropiación, contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, es inferior al del autor. En efecto, la pena máxima para el delito de peculado por apropiación, para la época de comisión de la conducta era de 15 años (artículo 397 del Código Penal), monto que, para establecer el término de prescripción de la acción penal, después de la ejecutoria de la resolución de acusación, se reduce a la mitad (artículo 86 del Código penal vigente para el momento de ejecución de la conducta). Como el Tribunal consideró que en la acusación se les imputó a las contratistas la comisión del delito de peculado a título de intervinientes, corrigió la sentencia de primera instancia que las condenó como autoras de ese ilícito. Eso implicaba que se afectaban los extremos punitivos del tipo penal, por lo cual, el término máximo de prescripción de la acción penal para el interviniente no era de 15 años, sino de 11 años y 4 meses, y después de ejecutoriada la resolución de acusación, de 5 años y 8 meses. No obstante, el Tribunal consideró que la prescripción de la acción penal no se configuraba con los siguientes argumentos: "Ahora bien, la obra sustantiva penal contempla que el delito de peculado por apropiación tiene una pena máxima de 15 años, en tanto que el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ostenta una de 12, sanciones estas a las que deben sumársele una tercera parte de las penas, por haber estado involucrados servidores públicos, lo que conduce a concluir que para el primero de los punibles, la pena máxima será de 20 años y para el segundo de 16". Es decir, no tuvo en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, los términos de prescripción debían contabilizarse de acuerdo con "la decisión adoptada en ella con repercusión en la punibilidad"; en este caso, con la variación de autor a interviniente». (CSJ, Sentencia Rad. N.º 53727, abr. 29/2020. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Prescripción- Reglas para su aplicación. Ley 522/1999.**

"Esta Corporación ha desarrollado la naturaleza de la prescripción de la acción penal, la cual extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción. Tal instituto encuentra fundamento en el principio de la seguridad jurídica, ya que su finalidad esencial está íntimamente vinculada con «el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica», pues «ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad». (CSJ SP3631-2018, rad. 53066). Esta Sala dirimió cualquier diferenciación sobre la prescripción de la acción penal de los ilícitos cometidos por servidores públicos civiles en relación con los que están investidos de la calidad de miembro de la Fuerza Pública. Al efecto consideró: [...] la garantía constitucional de la igualdad de las personas ante la ley, la cual demanda que reciban el mismo trato de las autoridades, sin discriminación alguna,

resultaría vulnerada si al servidor público civil que comete delito por razón o con ocasión de sus funciones o abusando de su investidura, el término de prescripción de la acción penal tenga un incremento, mientras que cuando el ilícito es cometido por un servidor público investido de la calidad de miembro de la Fuerza Pública, por razón o con ocasión de sus funciones o con abuso de su investidura, ese aumento no tenga operancia porque el Código Penal Militar no lo contempla expresamente. (CSJ AP1748-2015, rad. 44829). De lo anterior se derivan reglas claras, en criterio de esta Sala, aplicables al evento en estudio: (i) En todos los casos, es decir, sin diferenciar entre los delitos comunes y los típicamente militares, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte o la mitad [desde la Ley 1474 de 2011], cuando sean cometidos por un servidor público «en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos». (ii) Para efectos de computar el término prescriptivo, además de tener en cuenta el máximo punitivo, es necesario tener claro que las hipótesis delictivas endilgadas se cometan en calidad de servidor público, y en ejercicio de sus funciones, hipótesis en la que es necesario realizar el aumento indicado anteriormente. Y, (iii) De acuerdo con lo analizado, la contabilización de los términos de prescripción en delitos cometidos por integrantes de la Fuerza Pública se contabilizarán de conformidad al artículo 83 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, en concordancia con la misma norma de la Ley 599 de 2000». (CSJ, Auto Rad. N.º 56940, Feb. 5/2020. M. P. Eyder Patiño Cabrera).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. *Aplicable aumento de tercera parte del término para miembros de la Fuerza Pública.*

“Sucede, sin embargo, que el defensor hace una interpretación amañada de las disposiciones de la primera normatividad citada y, en especial, del parágrafo de su artículo 83. En efecto, como allí se sostiene que en “los delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal Ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos”, el demandante llega a la conclusión que el aumento de la tercera parte del término de prescripción en los delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, que sí consagra de manera expresa el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, no se aplica en el presente asunto, puesto que ninguna de las hipótesis delictivas investigadas es común, ya que las perpetró su defendido en calidad de servidor público y en ejercicio de sus funciones. En otras palabras, aduce que como ese aumento no se consagra en forma específica en las normas castrenses y la remisión que se hace a la codificación sustantiva ordinaria apenas alude a delitos comunes, entonces la calidad de servidor público bajo la cual se cometieron las conductas punibles atribuidas, no puede tener incidencia para efectos de contabilizar el término de prescripción. Dicha interpretación del accionante es errada, en tanto, el aumento previsto por el legislador ordinario en el artículo 83 del Código Penal –el cual ha sido adicionado por el artículo 1º de la Ley 1154 de 2007 y modificado por los artículos 1º de la Ley 1426 de 2010, 14 de la Ley 1474 de 2014 y 16 de la Ley 1719 de 2014–, aplica tanto a los casos regulados bajo dicho régimen, como a

los impulsados de acuerdo con las disposiciones que regulan la justicia penal militar. Lo anotado quiere significar que, en todos los casos, es decir, sin diferenciar entre los delitos comunes y los típicamente militares, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte (desde la citada Ley 1474 el aumento debe hacerse en la mitad), cuando sea cometido por servidor público “en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos”. Este tema, para ilustración del actor, fue ampliamente dilucidado por la Sala desde tiempo atrás, en postura que hoy se mantiene, acorde con la cual las reglas de prescripción del Estatuto Penal Militar se deben aplicar en armonía con las previstas en Código Penal. Al efecto, consideró que la garantía constitucional de la igualdad de las personas ante la ley, la cual demanda que reciban el mismo trato de las autoridades, sin discriminación alguna, resultaría vulnerada si al servidor público civil que comete delito por razón o con ocasión de sus funciones o abusando de su investidura, el término de prescripción de la acción penal tenga un incremento, mientras que cuando el ilícito es cometido por un servidor público investido de la calidad de miembro de la Fuerza Pública, por razón o con ocasión de sus funciones o con abuso de su investidura, ese aumento no tenga operancia porque el Código Penal Militar no lo contempla expresamente. Así lo señaló la Corporación en la sentencia CSJ SP, 22 mayo 2003, Rad. 20719, y lo reiteró en el fallo CSJ SP, 21 abril 2010, Rad. 32201, de esta forma: «Pero la Sala, tiempo atrás dejó establecido que las reglas de prescripción del Estatuto Penal Militar, se debían aplicar en armonía con las previstas en el artículo 82 del común (Decreto 100 de 1980). Así, por ejemplo, en sentencia del 20 de abril de 1999 expuso: “El artículo 13 de la Constitución Nacional garantiza la igualdad de las personas ante la ley y prevé que recibirán el mismo trato de las autoridades, sin discriminación alguna, a la vez que advierte que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”. “Y no consulta el principio de igualdad el hecho de que para el servidor público civil que comete delito por razón o con ocasión de sus funciones o abusando de su investidura, el término de prescripción de la acción penal tenga un incremento de una tercera parte según lo dispone el artículo 82 del CP, mientras que cuando el hecho punible es cometido por un servidor público investido de la calidad de miembro de la Fuerza Pública, por razón o con ocasión de sus funciones o con abuso de su investidura, ese incremento no tenga operancia porque el Código Penal Militar no lo contempla expresamente. Ante iguales circunstancias de hecho la autoridad competente debe aplicar idénticas soluciones de derecho; este es el apotegma que rige el principio fundamental de igualdad de las personas ante la ley, y debe ser respetado...”. “Bajo esta premisa, siendo evidente que en el CPM., aplicable exclusivamente a los servidores públicos militares y de la Policía Nacional en servicio activo “que cometen hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio ...” –artículo 14 *ibíd*– no aparece regulado a integridad el tema de la prescripción de la acción penal, excepción hecha del delito específicamente militar de desertión –artículos 115 y 74 *aparte final*– para el que precisó que el término de prescripción de su acción es de dos años, denotando a las claras esta puntualización que en el tema de la prescripción respecto de los

demás delitos tanto militares como comunes cometidos por las personas sujetas a ese ordenamiento especial, por respeto al principio de la igualdad de las personas ante la ley, debe acudirse al principio de integración, tomando del Código Penal Ordinario las previsiones cuyo vacío se advierte en la preceptiva especial". "Esta nueva y equitativa visión de la ley penal en comentario, más acorde con los postulados constitucionales de la igualdad y del debido proceso, modifica la postura jurisprudencial adoptada por esta Sala hasta ahora, que de manera sobreentendida había admitido como término de prescripción de la acción penal para delitos cometidos por los sujetos a quienes les es aplicable el CPM., el mismo contemplado para el ciudadano común que vulnera el ordenamiento penal, e implica que en lo sucesivo se dará aplicación en punto al tema de la prescripción de la acción penal para dichos servidores públicos el mismo término previsto en la normatividad expresa del CPM. y en el artículo 82 del CP ordinario para todos los servidores públicos que delinquen en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o con abuso de su investidura, esto es el señalado en los artículos 74, 75 y 77 del CPM. en concordancia con el artículo 82 precitado...". (...) Aplicando estos lineamientos en el caso de los artículos 207 y 251 del Código Penal Militar de 1988, se concluye que la acción penal prescribirá en un término de 6 años y 8 meses que, contados desde el 28 de octubre de 1996, expirarían el 28 de junio del 2003. 3. Con el advenimiento del nuevo Estatuto Militar (Ley 522 de 1999), esos criterios tomaron fuerza legal. En efecto, tratándose de "delitos comunes" su artículo 195 impone la remisión a la Ley 599 del 2000. Además, el parágrafo de su artículo 83 dispone que "Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos". Así, la ley militar manda aplicar el artículo 83 del Código Penal Común. Esta norma, para que opere el instituto de la prescripción, establece el aumento punitivo en los términos ya previstos, los que no han vencido». Como puede apreciarse, la interpretación que del parágrafo del artículo 83 de la Ley 522 de 1999 hace el demandante, dista mucho de la elaborada por la Corte, acorde con la cual, dicha disposición es la que, precisamente, impone aplicar la normatividad ordinaria de 2000. En este orden de ideas, para efectos de computar el término prescriptivo, no basta con tener en cuenta el máximo punitivo, sino que habiendo quedado claro que las hipótesis delictivas aquí endilgadas las cometió el sindicado en calidad de servidor público y en ejercicio de sus funciones, es necesario realizar el aumento de la tercera parte, el cual equivale a 1 año y 8 meses, conduciendo ello a que la prescripción, para los delitos de abuso de autoridad especial y privación ilegal de la libertad, se produzca una vez transcurridos 6 años y 8 meses desde la ejecutoria de la resolución acusatoria. (CSJ, Auto Rad. N.º 56940, Abr. 7/2015. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

momento en que se decide la acción de revisión.

"Sobre este punto, que demarca la continuidad en el ejercicio de la acción penal, ya la Sala ha definido de manera pacífica su criterio: Unas precisiones adicionales, relacionadas con el tema de la prescripción. 1. Ejecutoriada una sentencia condenatoria, decae cualquier posibilidad de prescripción pues el proceso ha concluido dentro de los lapsos establecidos en la ley. Es decir, resulta inocuo, a partir de allí, pensar en la posibilidad de tal fenómeno extintivo de la acción. 2. Si se acude a la acción de revisión, entonces, no opera el fenómeno de la prescripción por cuanto se trata de reexaminar un proceso ya terminado. 3. Si la acción prospera y se retorna el asunto a una fase pretérita que incluya la caída de la sentencia, es decir, anterior a la ejecutoria de la misma, no es posible reanudar, para proseguir, el término de prescripción contando el tiempo utilizado por la justicia para ocuparse de la acción de revisión, precisamente porque el fallo rescindente no "prolonga" el proceso ya finiquitado, sino que da lugar a un "nuevo proceso". 4. Por consiguiente: 4.1. Si respecto del fallo –obviamente en firme– se interpone la acción de revisión, no opera para nada la prescripción. 4.2. Durante el trámite de la acción en la Corte o en el Tribunal, tampoco se cuentan términos para efectos de la prescripción. 4.3. Si la Corte o el Tribunal declaran fundada la causal invocada y eliminan la fuerza de la sentencia, con lo cual, en general, se dispone el retorno del proceso a un estadio determinado, tampoco es posible adicionar el tiempo que ocupó el juez de revisión al tiempo que ya se había obtenido antes de la firmeza del fallo, para efectos de la prescripción, como si jamás se hubiera dictado. 4.4. Recibido el proceso por el funcionario al cual se le adjudica el adelantamiento del nuevo proceso, ahí sí se reinician los términos, a continuación de los que se habían cumplido hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia. El motivo, se repite, es elemental: La acción de revisión es un fenómeno jurídico extraordinario que si bien puede romper la inmutabilidad e irrevocabilidad del fallo, no afecta otros temas, entre ellos el de la prescripción. La Corte, entonces, insiste en su criterio, plasmado por ejemplo en la decisión del 15 de marzo de 1991, en el que afirmó: Es importante recordar que cuando se dispone la revisión no son aplicables las normas sobre prescripción de la acción penal, pues no se puede desconocer que ya hubo una sentencia, luego no es predicable del Estado la inactividad que se sanciona con esa medida. Así mismo, nada impide que el nuevo fallo, el cual debe producirse, sea igualmente condenatorio, dada la oportunidad que se ofrece para practicar nuevas pruebas. Sería absurdo que, no existiendo un límite de tiempo para interponer el recurso extraordinario, la simple concesión de él permitiera la cesación del procedimiento por prescripción, dando lugar así a una muy expedita vía para la impunidad y cambiando la finalidad que le da razón de ser a este especial medio de impugnación. (Ver radicaciones 34180, 28012, 30642, 28476, 36657, 35773, 31195, 26703). En ese orden, dilucidado lo concerniente a la prescripción, declarada la procedencia de la causal invocada y por ende, quedando sin efectos las decisiones demandadas, la actuación deberá ser remitida a la Fiscalía General de la Nación a fin de que de inmediato designe el funcionario encargado de adelantar la instrucción correspondiente. (CSJ,

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Prescripción de la acción penal: Si se anula el fallo y reanuda la actuación, no se tiene en cuenta el tiempo que transcurre desde la ejecutoria de la sentencia y el

Auto Rad. N.º 31194, Dic. 3/2014. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El aumento punitivo para los servidores públicos.**

“...(...) además que a pesar de que la normatividad penal militar, en sus artículos 83 y 86, estipula entre otros aspectos que en ningún caso la prescripción será inferior a cinco (5) años, excepto para el delito de deserción y que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y en el procedimiento especial con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio, debemos tener en cuenta además que la legislación penal ordinaria vigente para el momento de los hechos (Ley 599 de 2000, Art. 83), a la que debemos remitirnos en razón al principio de integración, señala un incremento de una tercera parte para contabilizar dicho término cuando el sujeto activo de la conducta se trata de un servidor público, independientemente que este sea civil o perteneciente a la Fuerza Pública, es decir que “el término de prescripción de la acción, ...no puede ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses...”. **(TSM. RAD. 008-154776-6747-PNC. M. P. Teniente Coronel Camilo Andrés Suárez Aldana, Bogotá, D. C., nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Estudio jurisprudencial del aumento punitivo a servidor público.**

“Para fincar lo anterior, además, se hace necesario recoger el siguiente precedente judicial, en el que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia hace un recuento de la posición de la misma Corporación en relación con el término prescriptivo de la acción penal, tanto en la etapa de la investigación como en el juicio, resaltando lo referente al término en la primera de las etapas, a raíz de la Ley 600 de 2000 (Radicado N.º 28.547 del 4 de junio de 2008 con ponencia del Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán). En principio este pronunciamiento citó el auto de Segunda Instancia del 7 de diciembre de 2001, Radicado N.º 13.774: “El nuevo ordenamiento penal (Ley 599 de 2000) introdujo un cambio sustancial en cuanto a la manera de calcular el lapso de prescripción de la acción penal en la etapa de juzgamiento, cuando se trata de delitos cometidos dentro del país, por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, según lo ha considerado mayoritariamente la Sala. En efecto, la interpretación sistemática de los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal derogado (Decreto 100 de 1980) y 83 y 86 del vigente (Ley 599 de 2000), llevan a las siguientes conclusiones: 1. En ambos, el aumento de la tercera parte se aplica de manera autónoma tanto en el sumario como en el juicio. 2. En los dos, interrumpido el término prescriptivo de la acción penal, con la ejecutoria de la resolución de acusación o su equivalente, este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del máximo señalado en la ley (artículos 80 del C. Penal derogado y 86 del actual). 3. En ambos estatutos el lapso prescriptivo no puede ser inferior a cinco (5) años (artículos 80

y 83, respectivamente) 4. En el Decreto 100 de 1980 para calcular el término de prescripción en la etapa de juzgamiento, primero se dividía por dos el máximo de la pena privativa de la libertad previsto en la ley y luego se aumentaba la tercera parte, lo que significaba que si, por ejemplo, ese máximo era de ocho años, se dividía por dos, lo que daba cuatro. Como el resultado era inferior a cinco (5) años, menor al exigido en la ley, entonces se aumentaba a ese guarismo, esto es, a cinco (5) años, y a estos se les incrementaba la tercera parte, lo que daba seis (6) años y ocho (8) meses. Este método de contabilización traía como consecuencia que cuando se trataba de delitos cometidos dentro del país por servidores públicos en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, el lapso de prescripción de la acción penal en el juicio, nunca podía ser inferior a seis (6) y ocho (8) meses. En el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), al tenor de los incisos 1º y 5º del artículo 83, al máximo de pena privativa de la libertad previsto en la ley, primero se le suma la tercera parte y luego sí se divide por dos. En el ejemplo, partiendo de un máximo de ocho años (96 meses), se aumentará una tercera parte, lo que nos dará 128 meses que, al dividirse por dos, dará un guarismo de 64 meses, esto es, cinco (5) años y cuatro (4) meses. Como se observa, este segundo procedimiento de cálculo es más favorable al procesado, por lo que se deberá aplicar”. Posteriormente, el radicado N.º 20.673 del 25 de agosto de 2004, sobre el cual destaca la esta Sala: “En síntesis, recapitulando, la Sala de Casación Penal recoge las diversas posturas vertidas en autos y sentencias a partir de la entrada en vigencia del Código Penal, Ley 599 de 2000, y en su lugar sostiene que en la sistemática jurídica colombiana si un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realiza una conducta punible, la prescripción de la acción penal ocurrirá en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, bien que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción (antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación), bien que acaezca en la fase del juzgamiento (después de alcanzar firmeza la resolución acusatoria); no importando que el delito se sancione con pena no privativa de la libertad, o que la pena máxima de prisión –si la hubiere– fuere inferior a cinco años”. Y finalmente, concluyó: 2. La reseña indica, como lo describe el actor, que desde el 7 de diciembre de 2001 la Sala estimó que el aumento del lapso prescriptivo, para delito cometido por servidor público, operaba una sola vez, en la fase de instrucción, y en el juzgamiento simplemente aquel tope se dividía en dos. Ese criterio rigió hasta el 24 de agosto de 2004, porque el día 25 fue variado para retornar a la tesis según la cual, en instrucción, al límite máximo previsto para el delito se le aumentaba una tercera parte, y en la causa ese resultado se dividía por dos, subtotal que, si resultaba inferior a 5 años, se aproximada a estos, aplicando de nuevo el aumento de la tercera parte”. Otro reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, recuerda nuevamente que el término de prescripción de la acción penal no puede ser inferior a 5 años en la etapa de instrucción y en la del juicio, pero con el aumento de la tercera parte, en uno y en otro caso, si se trata de conductas punibles perpetradas por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, lo que bien se hace a manera de ilustración: “A pesar de que en un principio no fue

pacífica la posición de la Corte en lo que respecta al tema de la prescripción de la acción penal en los delitos cometidos por los servidores públicos en ejercicio de su cargo o con ocasión de sus funciones, en la actualidad es unánime el criterio de que el término contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación jamás podrá equivaler al mínimo de cinco años de que trata el inciso 2° del artículo 86 del Código penal, sino que, en el mejor de los casos, corresponderá al término allí señalado aumentado en una tercera parte, según se desprende de lo previsto en el inciso 6° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 y demás normas concordantes. Lo anterior, a partir del fallo de casación de fecha 25 de agosto de 2004 (Radicación 20673), en el que la Sala sostuvo que, en ningún caso, la acción penal por delitos en los que sea autor o partícipe un servidor público podrá ser inferior a seis años y ocho meses, ya sea que se presente en la etapa de investigación o en la de juicio, y sin importar que la conducta en particular sea inferior a cinco años o incluso no contemple una pena privativa de la libertad". Más recientemente la misma Corporación predicó: "2.1. A pesar de que en un principio no fue pacífica la posición de la Corte en lo que respecta al tema de la prescripción de la acción penal en los delitos cometidos por los servidores públicos en ejercicio de su cargo o con ocasión de sus funciones, en la actualidad es unánime el criterio de que el término contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación jamás podrá equivaler al mínimo de cinco años de que trata el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal, sino que, en el mejor de los casos, corresponderá al término allí señalado aumentado en una tercera parte, según se desprende de lo previsto en el inciso 6° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 y demás normas concordantes. Lo anterior, a partir del fallo de casación de fecha 25 de agosto de 2004 (radicación 20673), en el que la Sala sostuvo que, en ningún caso, la acción penal por delitos en los que sea autor o partícipe un servidor público podrá ser inferior a los seis años y ocho meses, ya sea que se presente en la etapa de investigación o en la del juicio, y sin importar que la conducta en particular sea inferior a cinco años o incluso no contemple una pena privativa de la libertad. En dicha providencia, la Corte no sólo adujo que la intención del legislador del actual Código Penal era mantener invariable los términos de prescripción para los delitos de los servidores públicos, sino que además recalcó que tal postura "obedece a principios constitucionales y a razones de política criminal enraizadas en la lucha contra la corrupción, que propenden derivar consecuencias más graves –desde diversos puntos de vista– para aquellos, en comparación con la reacción que corresponde a la delincuencia de ciudadanos particulares". Así mismo, indicó que "de admitirse que en algunos eventos la prescripción para el servidor público que se involucra en conductas punibles podría ocurrir en sólo cinco años o en un lapso menor, transmitiría un mensaje políticocriminalmente indeseable, que conspira contra la integridad de la función pública y desdibuja la lucha estatal contra la corrupción". Por lo tanto, el cálculo del término de prescripción para las conductas cometidas por servidores públicos en razón del cargo o en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas obedece a la regla según la cual, una vez en firme la acusación, el máximo de la pena se divide entre dos, de modo que se aproxima a cinco años

si fuere necesario y, sobre este último lapso, se aplica el incremento de la tercera parte". (TSM. RAD. 156171-10462-XIII-121-PONAL M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo P, 22 de octubre de 2012).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Momento desde el cual debe comenzar a contabilizarse la prescripción de la acción.**

"Lo primero que ha de advertirse es que la prescripción de la acción penal es un fenómeno que se presenta, cuando por negligencia del Estado o por otras razones diversas, transcurrido un tiempo determinado, el aparato judicial debe cesar toda actividad investigativa contra quien está sindicado de la comisión de una conducta reprochada punitivamente. Es un instituto que implícitamente apunta al acatamiento y respeto del mandato Constitucional de una pronta y cumplida justicia, con la consecuencia para el Estado mismo, de no poder continuar ejerciendo su ministerio punitivo por el abandono en que lo ha mantenido durante un tiempo que la ley considera suficiente para enervar su ejercicio, o, por su incapacidad para lograr el objeto de la acción punitiva que la Constitución y la ley le ha otorgado, dentro del término fijado en la norma. La prescripción de la acción penal, conforme a los lineamientos en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, opera de manera general en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso, inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20), con excepción del delito de desertión que prescribe en dos (2) años. El término de prescripción deberá contarse desde el día de la consumación de la conducta en los hechos punibles instantáneos y/o, desde la consumación del último acto, en los permanentes y se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, según reza en los artículos 85 y 86 de la Ley 522 de 1999; interrumpida la prescripción, el término empezará a correr de nuevo para la etapa de juzgamiento, por un lapso igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de aquella normatividad, sin que este lapso pueda ser inferior al término previsto en el artículo 83 *Ibidem*. Ahora bien, el parágrafo del artículo 83 del Estatuto Punitivo Castrense, para efectos de la contabilización del término de prescripción, así como de la interrupción en delitos comunes, remite de manera expresa a lo normado en el artículo 83 del código penal, para los hechos punibles cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, categoría en que la que se encuentran incluidos los miembros de la Fuerza Pública, en esa medida, debe incrementarse en la tercera parte, según lo dispuesto en el inciso quinto de la citada preceptiva, contexto que nos permite afirmar que el término extintivo de la acción penal para delitos comunes, no puede ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación en doctrina unificada. Bajo esa premisa, para efectos de contabilizar el término de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en ejercicio de sus funciones, no puede ser inferior a seis (6) años ocho (8) meses, bien que el fenómeno se presente en la etapa de instrucción o en la etapa de juicio (CSJ- CP- Radicado 20673 25 de agosto de 2004). El aumento de la tercera parte para efectos de contabilizar el término de prescripción,

también opera para los delitos típicamente militares y/o militarizados, como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia (Radicado 34153 – 30 junio 2010) en reciente decisión al estudiar una demanda de casación dentro de un proceso seguido a un Suboficial del Ejército por el delito de Ataque al Inferior, en la que se alegaba que había operado el fenómeno de la prescripción y ante este planteamiento, precisa que el término para que opere este fenómeno es de seis (6) años ocho (8) meses, toda vez que el incremento del artículo 83 inciso 5 de la Ley 599 de 2000, le es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública en su condición de Servidores Públicos en atención al principio de igualdad, por integración normativa, dado que este instituto no estaba reglado en su integridad en la norma punitiva castrense”. (TSM. RAD. 157978-251-XV-121 M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome, agosto veintidós (22) de dos mil dieciséis (2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La prescripción en el delito de abandono del puesto.

“Para resolver el problema jurídico planteado por las impugnantes, resulta necesario señalar que el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, norma sustantiva aplicable al presente evento, así como el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, señalan frente a la prescripción de la acción penal, lo siguiente: “Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años. Parágrafo. Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos. Bajo la égida de la norma especial arriba trascrita, la acción penal frente al delito de abandono de puesto contenido en el artículo 124 de la Ley 522 de 1999, cuya pena máxima corresponde a tres años de arresto, prescribe si pasados cinco años desde la ocurrencia de los hechos no se hubiere proferido resolución de acusación o aun cuando proferida la misma no hubiere alcanzado material ejecutorio, conforme lo normado en los artículos 85 y 86 del Código Penal Militar de 1999. Sin embargo, por vía jurisprudencial y atendiendo el principio de igualdad, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que tratándose de los delitos identificados como típicamente militares, también debe aplicarse el incremento del término prescriptivo señalado para los servidores públicos por el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, que fuera modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011. Posición jurisprudencial que el órgano de cierre en materia penal ha sostenido en reiterados pronunciamientos, entre otros, en los radicados bajo los números 20719, 28830, 32201, 34153 y 44829, constituyéndose en doctrina probable aplicable para casos análogos en la jurisdicción foral, conforme lo estableciera la Corte Constitucional mediante sentencia C-836 de 2001, en donde precisó: “La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte

Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.” “El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley –entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico– y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad –como objetivo y límite de la actividad estatal–, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces”. “Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional”. Así las cosas, contrario a lo establecido por las respetadas impugnantes, no es cierto que exista un único pronunciamiento en que el órgano de cierre de la jurisdicción penal haya precisado dicho aspecto, sino que como acertadamente lo establece el Procurador delegado ante la segunda instancia, el tema ha sido decantado por la Corte Suprema de Justicia y constituye una línea jurisprudencial pacífica y reiterada que regula la materia”. (TSM. RAD. 158393-0030-XIV-083 PONAL M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La prescripción en el procedimiento especial y su etapa de juicio.

“... (...) 8.1.1.- El término prescriptivo de la acción penal en el procedimiento especial se interrumpe actualmente con la ejecutoria de la resolución de acusación, pese a lo señalado en el artículo 86 de la Ley 522 de 1999, que identifica dicho momento con el de la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio. Ello es así, en tanto los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999 fijaban dos etapas dentro del procedimiento especial a saber, la instructiva y la de juicio, la segunda de las cuales daba comienzo con la expedición del auto que declaraba la iniciación a juicio, precisamente porque no contemplaba dentro del procedimiento la actuación del Fiscal Militar mediante la expedición de la resolución acusatoria. Trámite procesal que fue declarado inexecutable por la honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-178 del 12 de marzo de 2002, en tanto era violatorio del debido proceso por prescindir de la etapa calificatoria. La Ley 1058 del 2006, que modificó los artículos 578 y 579 del Código Penal Militar, introdujo dentro del procedimiento especial la etapa calificatoria,

precisando que en firme la resolución de acusación el fiscal adquiere la calidad de parte, luego de lo cual el proceso debe ser remitido al juez de instancia para que convoque a audiencia. Trámite procesal que suprime el auto que declaraba la iniciación del juicio, por cuanto la ejecutoria de la resolución acusatoria marca el inicio de la etapa de juzgamiento. En este orden de ideas, no puede acudirse a la realización de una actuación no contemplada legalmente dentro del procedimiento especial como hito para interrumpir el término prescriptivo de la acción penal, debiendo acudirse a la regla general que fija dicho momento en la ejecutoria de la resolución acusatoria(...). Es tal el efecto de la resolución de acusación establecida en el procedimiento especial, prescrito en la Ley 1058/06, que el Tribunal y en particular esta Sala mediante reiterado pronunciamiento dispuso que la acusación debe ser motivada tanto fáctica como jurídicamente; se ocupó igualmente del tema de la libertad provisional señalando que la resolución de acusación demarca el momento para otorgarla y no el auto que fija fecha para la audiencia de acusación y aceptación de cargos. En dicha oportunidad argumentó la Sala de Decisión del Tribunal: "(...) 4. Debe precisar igualmente la Sala al Defensor que la ocurrencia del hecho no es el día en que el Soldado se ausenta , esto es, el 8 de junio de 2007, sino el 14 de Junio de 2007, que es la fecha en que se realiza lo dispuesto en el artículo 128 del Digesto Punitivo Castrense, es decir, se cumple con el tipo objetivo de más de cinco días de ausencia, es a partir de allí que debe empezar a contarse los términos de prescripción de la acción, y como quiera que se profirió la resolución de acusación el doce (12) de mayo de dos mil nueve (2009) y ésta queda ejecutoriada el primero (1º) de junio de la misma anualidad (18:00 horas) fácil resulta advertir que la acción no está prescrita, por no haberse cumplido con los dos años establecidos en el canon 83 del Ejusdem. En este orden de ideas, al estimar los argumentos del Juzgador y del Ministerio Público ante esta Instancia, que convergen en considerar que la prescripción de la acción en la Ley 1058 de 2006 se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, imperioso resulta afirmar que al no asistirle razón al Censor su pretensión ha de ser despachada desfavorablemente" ... (...) "El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley –entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico– y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad –como objetivo y límite de la actividad estatal–, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces." "Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional". (TSM. RAD158428-0033-XIV-087 PONAL M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La prescripción en los delitos típicamente militares y en la desertión.**

"Al interior de la jurisdicción castrense, un instituto jurídico tal encuentra formal y legal regulación en los artículos 82 a 87 de la Ley 522 de 1999, ello con símil redacción a la de los artoes 75 a 79 de la Ley 1407 de 2010, codificación esta última cuya vigencia en el Ordenamiento Jurídico Colombiano es innegable como ha venido afirmando iteradamente este Tribunal, cánones que coinciden en señalar que el término establecido para que opere dicho fenómeno equivale al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, sin que en evento alguno, excepción hecha del delito de desertión, pueda ser inferior a cinco (5) años ni exceder de veinte (20) años, agregando que en tratándose de delitos comunes la acción prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos, adición normativa esta última sobre cuya omnicomprensión conceptual, acota la Sala, ha sido la Corte Suprema de Justicia Colombiana la que zanjó en definitiva las eventuales interpretaciones que al respecto pudieren surgir, ello en los siguientes términos: "El artículo 13 de la Constitución Nacional garantiza la igualdad de las personas ante la ley y prevé que recibirán el mismo trato de las autoridades, sin discriminación alguna, a la vez que se advierte que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Y no consulta el principio de igualdad el hecho de que para el servidor público civil que comete delito por razón o con ocasión de sus funciones o abusando de su investidura, el término de prescripción de la acción penal tenga un incremento de una tercera parte según lo dispone el artículo 82 del CP., mientras que cuando el hecho punible es cometido por un servidor público investido de la calidad de miembro de la Fuerza Pública, por razón o con ocasión de sus funciones o con abuso de su investidura, ese incremento no tenga operancia porque el Código Penal Militar no lo contempla expresamente. Ante iguales circunstancias de hecho la autoridad competente debe aplicar idénticas soluciones de derecho; este es el apotegma que rige el principio fundamental de igualdad de las personas ante la ley, y debe ser respetada (...) Bajo esta premisa, siendo evidente que en el CPM., aplicable exclusivamente a los servidores públicos militares y de la Policía Nacional en servicio activo "que cometen hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio ..." –artículo 14 ibíd– no aparece regulado a integridad el tema de la prescripción de la acción penal, excepción hecha del delito específicamente militar de desertión –artículos 115 y 74 aparte final– para el que precisó que el término de prescripción de su acción es de dos años, denotando a las claras esta puntualización que en el tema de la prescripción respecto de los demás delitos tanto militares como comunes cometidos por las personas sujetas a ese ordenamiento especial, por respeto al principio de la igualdad de las personas ante la ley, debe acudirse al principio de integración, tomando del Código Penal Ordinario las previsiones cuyo vacío se advierte en la preceptiva especial. Esta nueva y equitativa visión de la ley penal en comentario, más acorde con los postulados constitucionales de la igualdad y del debido proceso, modifica la postura jurisprudencial adoptada por esta Sala

hasta ahora, que de manera sobreentendida había admitido como término de prescripción de la acción penal para delitos cometidos por los sujetos a quienes les es aplicable el CPM., el mismo contemplado para el ciudadano común que vulnera el ordenamiento penal, e implica que en lo sucesivo se dará aplicación en punto al tema de la prescripción de la acción penal para dichos servidores públicos el mismo término previsto en la normatividad expresa del CPM. y en el artículo 82 del CP. Ordinario para todos los servidores públicos que delinquen en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o con abuso de su investidura, esto es el señalado en los artículos 74, 75 y 77 del CPM. ... (...) Ahora bien, el apelante pretende que se declare la prescripción de la acción, en virtud a que al momento actual han transcurrido más de dos años y medio después de haberse proferido resolución de acusación, propuesta que ha de ser rechazada, bajo el entendido que el legislador ha consagrado que el término mínimo de prescripción es de cinco (5) años y cuando se trate de servidores públicos es de seis (6) años ocho (8) meses, lo que cubre naturalmente a los miembros de la Fuerza Pública (CSJ Rad.24067/2006) , término aplicable en cualquiera de las etapas procesales. Para mayor precisión ha de darse una lectura coordinada y sistemática al artículo 83 y 86 de la ley penal militar, Ley 522 de 1999, el primero, contiene el imperativo que en ningún caso la prescripción de la acción penal será inferior a cinco (5) años, y en cuanto al artículo 86, este hace una remisión en cuanto al tiempo que se ha de tener en cuenta después de que se haya interrumpido el término por efectos de la ejecutoria formal de la resolución de acusación, allí señala que correrá de nuevo el tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. La interpretación armónica y sistemática implica que los términos de prescripción están contenidos en el artículo 83 y que estos en ningún caso podrán ser inferiores a cinco (05) años (CSJ. Rad. 20673/2004). Corolario de lo anterior se puede afirmar entonces, que el término de la prescripción penal por regla general es el máximo de la pena, si el término se cuenta después de haberse producido la interrupción por la ejecutoria de la resolución de acusación, el término ya no será el máximo de la pena sino la mitad, pero en ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a cinco (5) años conforme al mandato expreso del artículo 83 de la Ley 522 de 1999, este último término, se ha de aumentar a seis (6) años ocho (8) meses por tratarse de un servidor público militar. La única excepción en cuanto a los topes señalados es para el punible de deserción conforme al inciso 2° del artículo 83 de la Ley 522 de 1999". (TSM. RAD. 157793-6955-XIII-595-EJC, M. P. Coronel Fabio Enrique Araque Vargas, treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Término prescriptivo de la acción penal en sistema de transición penal militar.**

"Bajo ese entendido, debe señalarse que aunque los hechos hayan tenido ocurrencia con posterioridad al 17 de agosto de 2010, la ritualidad aplicable al caso bajo estudio es la prevista en la Ley 522 de 1999, pues a pesar que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia en la citada fecha, no ha

sido viable aplicarla en cuanto no ha producido su implementación, luego, en todo el trámite procesal debe observarse los ritos contenidos en el anterior ordenamiento procesal, incluyendo por supuesto, los términos, los recursos, etc., como quiera que por exclusión devienen inaplicables los contenidos en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral. Bajo ese entendido, la aplicación del artículo 76 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, que regula el instituto de la prescripción y que ciertamente resulta más favorable, en tanto que, establece un lapso prescriptivo para el delito de deserción de un año mientras que la Ley 522 de 1999, lo fijó en dos, no es posible aplicarlo, ni siquiera por favorabilidad, en cuanto es de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar (CSJ – SCP – Radicado 45632 – 15 de julio de 2015), pues, si bien es cierto, ambos ordenamientos regulan lo relativo a la extinción de la acción penal por prescripción, no es menos cierto que, en cada sistema son disímiles, de modo que el lapso prescriptivo de un año para la deserción resulta incompatible con los términos procesales en que se desarrolla el proceso previsto en la Ley 522 (CSJ – SCP – Radicado 33517 – 6 de julio de 2011) . La Ley 522 de 1999 difiere en sumo grado de la 1407 de 2010, cada una contiene distintas fases procesales, las autoridades cambian sus roles, los sujetos procesales asumen distintas formas de participación, varía el sistema de aducción de pruebas, se modifican los términos en cada estadio procesal por consiguiente los institutos jurídicos que las gobiernan se transforman sustancialmente... (...) Así las cosas, como quiera que en el procedimiento de corte inquisitivo previsto en la Ley 522 de 1999, el hito que sirve de frontera para interrumpir la prescripción es la ejecutoria de la resolución de acusación (acto procesal que da inicio al juicio), en Ley 1407 de 2010 es la formulación de la imputación (acto preprocesal de comunicación con el cual se inicia la instrucción), resulta evidente que no guardan ninguna identidad o similitud, se debe afirmar que se trata de actos procesales diferentes producidos en etapas diversas, con consecuencias no cotejables, producidos dentro de sistemas de procesamiento y estructuras disímiles consagrados en regímenes no compatibles, contexto que impide hacer cualquier comparación para efectos de dar aplicación al principio de favorabilidad, sin resquebrajar la estructura del proceso (TSM – 2SD - Radicado 157245- auto del 30 de marzo de 2012) .De lo expuesto en precedencia se colige de manera razonada y sin ambages que la regulación del instituto de la prescripción que gobierna el caso bajo estudio es la prevista en la Ley 522 de 1999 y bajo ese entendido, se examinarán los aspectos tratados en el recurso de apelación. (TSM. RAD. 158719-345-XV-215 M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome, veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Límites inferiores de la prescripción en materia penal militar.**

"Lo anterior nos lleva a señalar que en el caso sub júdice, el término prescriptivo se contabiliza iniciando por la regla general de 5 años. Sin embargo, la misma ley ordena (Ley 599,2000

art. 83 inc. 6) (Ley 522,1999 Art. 83 par.) (Ley 1407,2010 Art. 76 par.) que, tratándose de servidores públicos, el término prescriptivo se ha de aumentar en 1/3 parte, lo que implica afirmar que el ejercicio de la acción penal en la presente causa tiene un término de prescripción de 6 años 8 meses. Adicional a ello, la jurisprudencia (CSJ Rad.24067 may. 2006) ha aquilatado que el incremento de 1/3 parte para contabilizar el término prescriptivo de la acción, se aplica tanto a sujetos activos civiles, como a miembros de la Fuerza Pública que cometan conductas delictivas tanto en ejercicio de sus funciones, como de su cargo o con ocasión de ellas. Con la claridad anterior, en cuanto a que el término prescriptivo en el presente asunto tiene un término mínimo de 6 años 8 meses, es la razón para despachar desfavorablemente la pretensión del apelante por cuanto solo transcurrieron 6 años 7 meses desde el momento de ocurrencia de los hechos (31 de mayo de 2008), al momento de ejecutoria de la resolución de acusación (31 de diciembre de 2014), compartiendo así el criterio del Ministerio Público ante esta instancia. De otro lado, esta Sala ha de recordar que el término prescriptivo mínimo para los miembros de la Fuerza Pública es de 6 años 8 meses, en cualquiera de las etapas procesales, es decir, que este término se contabiliza inclusive después que se haya interrumpido por primera vez la prescripción, razón por la que después de ejecutoriada la resolución de acusación, el término prescriptivo para dictar sentencia, será de 6 años 8 meses (Ley 522,1999 art. 86). Esta última premisa se obtiene de una interpretación sistemática de los artículos 83 y 86 de la Ley 522 de 1999; el primero, contiene el imperativo que en ningún caso la prescripción de la acción penal será inferior a cinco (5) años, y en cuanto al artículo 86, este hace una remisión en cuanto al tiempo que se ha de tener en cuenta después de que se haya interrumpido el término por efectos de la ejecutoria formal de la resolución de acusación, allí señala que correrá de nuevo el tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. La interpretación armónica y sistemática implica que los términos de prescripción están contenidos en el artículo 83 y estos en ningún caso podrán ser inferiores a la regla general de 5 años (CSJ. Rad. 20673 ago. 2004), y adicional a ello recuérdese que ha de aplicarse el incremento de 1/3 parte por la calidad de servidor público del enjuiciado". (TSM. RAD. 158717-7058-XIV-124-PONAL. M. P. Coronel (RA) Fabio Enrique Araque Vargas, treinta (30) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Integración del Código Penal Militar y el Código Penal Ordinario en materia de prescripción.**

"Y en postura que hoy se mantiene y se sigue por este Tribunal Penal Militar, las reglas de prescripción del Estatuto Castrense deben aplicar en armonía con las previstas en el Código Penal Ordinario en aras de garantizar la igualdad de las personas ante la ley: "La garantía constitucional de la igualdad de las personas ante la ley, la cual demanda que reciban el mismo trato de las autoridades, sin discriminación alguna, resultaría vulnerada si al servidor público civil que comete delito por razón o con ocasión de sus funciones o abusando de su investidura, el término de prescripción de la acción penal tenga

un incremento, mientras que cuando el ilícito es cometido por un servidor público investido de la calidad de miembro de la Fuerza Pública, por razón o con ocasión de sus funciones o con abuso de su investidura, ese aumento no tenga operancia porque el Código Penal Militar no lo contempla expresamente". Bajo los anteriores lineamientos, nada distinto concierne a esta Sala que negar la prescripción de la acción penal invocada por la defensa, ya que el término mínimo de prescripción para el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales que se sigue en contra del soldado profesional (r) Herrera Oliveros Daniel no ha fenecido, en atención a lo previsto en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 en integración con el inciso 6 del artículo 83 del Código Penal, Ley 599 de 2000. (TSM. RAD. 158767-9625-XV-140 M. P. Coronel (RA) Pedro Gabriel Palacios Osmá, veintidós (22) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Contenido y concepto de la prescripción en materia penal militar.**

"...(...) Dicho instituto, ha dicho igualmente el órgano plural en cita, encuentra fundamento en el principio de la seguridad jurídica, ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues "ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad". A la par de ello, este fenómeno preclusivo de la potestad estatal para investigar, enjuiciar y sancionar al autor o partícipe de una conducta típica, antijurídica y culpable, hace parte del núcleo esencial del debido proceso, puesto que su declaratoria tiene la consecuencia de culminar de manera definitiva una actuación, con efectos de cosa juzgada, contrariamente a lo que ocurre con los fallos inhibitorios, que no resuelven el asunto planteado y que dejan abierta la posibilidad para que se dé un nuevo pronunciamiento. Al interior de esta jurisdicción foral, como se apuntalare en reciente decisión de este Tribunal castrense, el instituto jurídico de la prescripción de la acción penal se encuentra regulado en los artículos 82 a 87 de la Ley 522 de 1999, norma adjetiva aplicable en el presente evento, ello con *símil* redacción a la de los artejos 75 a 79 de la Ley 1407 de 2010, codificación esta última cuya vigencia en el Ordenamiento Jurídico Colombiano es innegable como ha venido afirmando iteradamente este Colegiado, coincidiendo sus cánones 83 y 75, respectivamente, en señalar que el término establecido para que opere dicho fenómeno equivale al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, sin que en evento alguno, excepción hecha del delito de desertión, pueda ser inferior a cinco (5) años ni exceder de veinte (20) años, agregando que en tratándose de delitos comunes la acción prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos. En punto a la referida excepción, es decir, en aquellos eventos en que la acción penal se origina en el delito de desertión, habrá de rememorar esta Sala de Decisión que

ya la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentó precedente -mismo que se erige en de obligatoria observación para este Tribunal dada la fuerza vinculante y la naturaleza de fuente formal del Derecho que le imprime el que aquel órgano plural sea en esta jurisdicción foral el legítimo intérprete del ordenamiento jurídico -, en el sentido de que el término de prescripción de aquella es el de dos (2) años regulado en el artículo 83, inciso 2°, de la Ley 522 de 1999 que rige los cauces rituales del presente proceso penal, y el mismo se ve interrumpido, independientemente de cualquier otra consideración, con la ejecutoria de la resolución de acusación, momento procesal a partir del cual inicia a correr nuevamente pero esta vez por un lapso equivalente a la mitad del previamente discurrido, esto es, por un (1) año más, como igualmente lo señalara aquella célula judicial en varios de sus pronunciamientos, inclusive en aquel precedente, y lo ha pregonado unívocamente este Tribunal". (TSM. RAD. 158946-0165-I-183-EJC CN. (RA) Julián Orduz Peralta, diciembre doce (12) de dos mil dieciocho (2018).

Sentencias Concordantes:

Radicado 20179 del 22/05/03, M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Radicado 19976 del 5/05/04, M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Radicado 24067 del 18/5/06, M. P. Dra. María Pulido de Barón, Radicado 28830 del 5/12/07, M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, Radicado 28547 del 4/6/08, M. P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Radicado 26392 del 2/12/08, M. P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, Radicado 34153 del 30/06/10, M. P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La jurisprudencia continua de la CSJ sobre la prescripción en los delitos típicamente militares.**

"...(...) Esos fallos judiciales hacen que tenga fuerza normativa la postura que sobre el instituto de la prescripción ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, no sólo desde el punto de vista cualitativo sino también cuantitativo, lo que conlleva a esta Sala a mantener la tesis según la cual, indistintamente si se trata de delitos típicamente militares, militarizados o comunes, el incremento del término prescriptivo consagrado en la legislación penal ordinaria debe también operar en nuestra jurisdicción especial, en tanto con ello se respeta no sólo el principio de jerarquización de las fuentes, sino principalmente el de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, cuyos conceptos y alcances atrás se comentaron, pues se itera, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que líneas pasadas se resumieron fueron proferidas mucho después del cambio legislativo, de suerte que se entiende que la interpretación normativa se dio de cara a la nueva realidad legislativa, lo cual reafirma la tesis judicial que hoy se declara. Es entonces por lo que se viene de expresar que la razón no se pone del lado de la judicatura sino de la apelante, sobre la materia hasta aquí analizada, en punto de lo cual se hace menester advertir que el respeto por el precedente, en todos sus órdenes, conlleva indefectiblemente la materialización de la defensa de otros principios

y valores superiores, como los analizados en esta providencia, y que por esa mayúscula razón el marginamiento del precedente se constituye en una ardua tarea argumentativa por parte del servidor judicial que decida por esta opción, en tanto no se trata que al amparo de la autonomía y la independencia pueda anteponerse sus personales criterios, análisis y juicios, con desconocimiento de los límites materiales que el mismo ordenamiento jurídico ha impuesto y de los que pasajes anteriores se hizo mención". (TSM. RAD. 158989-XV-401 ARC. M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Alcance constitucional del fenómeno de la prescripción.**

"Evidentemente, este fenómeno preclusivo de la potestad estatal para investigar, enjuiciar y sancionar al autor o partícipe de una conducta típica, antijurídica y culpable hace parte del núcleo esencial del debido proceso, puesto que su declaratoria tiene la consecuencia de culminar de manera definitiva una actuación con efectos de cosa juzgada, contrariamente a lo que ocurre con los fallos inhibitorios, que no resuelven el asunto planteado y que dejan abierta la posibilidad para que se dé un nuevo pronunciamiento. Tal fenómeno jurídico se halla estrechamente vinculado con el propósito constitucional de que el proceso se resuelva dentro de un término sensato, prudente y moderado, para dar cumplimiento al derecho a ser juzgado sin dilación injustificada, consagrado en el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o, en términos del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del canon 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a ser juzgado dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, como lo señala el artículo 14.3.c del Pacto Internacional anteriormente referido, fórmula recogida por el inciso 4° del artículo 29 de la Constitución Política. Resulta entonces claro, que se fijó un término de duración máximo en que es tolerable la persecución delictiva por parte del Estado, el cual tiene un claro origen constitucional y se halla directamente vinculado con el derecho al debido proceso, razón por la cual su desconocimiento acarrea su violación, conllevando incluso la posibilidad de que en firme la sentencia proferida con su inadvertencia, sea susceptible de ser atacada mediante la acción de revisión. En este sentido, la Corte Constitucional ha destacado las consecuencias de su inobservancia al sostener que el respeto a los términos procesales constituye un factor esencial para garantizar el debido proceso, y que la indeterminación de los términos para adelantar las actuaciones procesales o el incumplimiento de estos por las autoridades judiciales puede configurar una denegación de justicia o una dilación indebida e injustificada del proceso, ambas proscritas por el constituyente. Por consiguiente, la duración razonable del proceso constituye una garantía para las partes, pero específicamente para el procesado, a quien la ley le concede la posibilidad de invocar la prescripción de la acción como mecanismo para combatir la lentitud del proceso y evitar la posibilidad de que el Estado persiga las conductas penales de forma temporalmente irrestricta violando

el derecho de los asociados a la no perpetuatio iurisdictio... En tratándose de delitos típicamente militares el término de prescripción de la acción penal habrá de contabilizarse de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 83 del Digesto Punitivo Castrense, y específicamente el reato de deserción, a diferencia de los otros delitos susceptibles de ser cometidos por un servidor público miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, el legislador hizo puntual precisión sobre el término de prescripción de la acción penal, de manera tal que el incremento tratado por el artículo 83, inciso 2° de la Ley 599 de 2000, no tiene operancia, resultando un régimen de prescripción privilegiado. (TSM. RAD. 159094-XV-452 ARC M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La prescripción en la transición legal del sistema inquisitivo al acusatorio penal militar.**

“Como se avizora, al interior de esta jurisdicción especializada la prescripción de la acción penal se encuentra regulada por los artículos 82 a 87 de la Ley 522 de 1999, aplicables en el sub examine en consideración a que en la Justicia Penal Militar no se ha implementado el esquema procesal de tendencia acusatoria establecido por la Ley 1407 de 2010, y es por tal razón que en tratándose de la prescripción de la acción penal refulego nítido que al ser un fenómeno eminentemente de naturaleza procesal, no puede ser tratado por el ministerio de la última codificación vigente, tal y como lo reclama el defensor del condenado en esta oportunidad, sino dentro del sistema procesal imperante en la actualidad. Es por lo anterior, que cuando el operador de la norma se encuentra frente a delitos típicamente militares, debe contabilizar los términos de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 83 del Digesto Punitivo Castrense, puntualizando que cuando se trata del reato de deserción, a diferencia de los otros delitos susceptibles de ser cometidos por un servidor público miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, se debe tener especial observancia que el legislador hizo puntual precisión sobre el término de prescripción de la acción penal, de manera tal que el incremento tratado por el artículo 83, inciso 2° de la Ley 599 de 2000, no tiene operancia, resultando un régimen de prescripción privilegiado. Frente al tema la Corte Suprema de Justicia, señaló: [3] (« Bajo ese entendido, no obstante que por vía jurisprudencial se ha establecido que los delitos de contenido castrense o de función son objeto de aplicación del incremento del término prescriptivo aplicable a los servidores públicos, dispuesto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000[28], según sea el caso, se exceptúa de aquella regla general al punible de deserción, en tanto la ley penal militar estableció dicho lapso de manera particular”. Habiéndose precisado las normas vigentes que modulan el asunto sometido a estudio, queda claro que la acción penal originada en el delito de deserción prescribe en dos (2) años de acuerdo con las normas que rigen el sistema procesal vigente en la Justicia Penal Militar, esto es, la Ley 522 de 1999, en armonía con lo decantando por el precedente vertical del órgano de cierre en lo penal, como quiera que son de obligatoria observancia para

este Tribunal. En definitiva, debe seguir reiterando esta Sala de Decisión, que el término de prescripción del delito de deserción es de dos (2) años, según se estipula en el artículo 83, inciso 2°, de la Ley 522 de 1999, que rige la ritualidad en la presente causa, hasta tanto no se implemente el procedimiento de corte acusatorio señalado en la Ley 1407 de 2010. También queda establecido que la interrupción de este primer momento se da con la ejecutoria de la resolución de acusación, momento procesal a partir del cual inicia a correr nuevamente, pero esta vez por un lapso equivalente a la mitad del previamente transcurrido, esto es, por un (1) año más, como igualmente lo ha ratificado la Corte Suprema de Justicia y lo ha aplicado unívocamente este Tribunal Penal Militar y Policial. No resulta desconocedora del principio de favorabilidad la postura asumida por el A quo, como lo pregona el impugnante, porque el fundamento jurídico que soporta la sentencia de primera instancia apelada emana de la fuerza gravitacional que tienen los precedentes jurisprudenciales citados, como quiera que armonizan la impartición de justicia en esta jurisdicción foral. En tal sentido, conviene recordar que la Sala Penal de la Alta Corte ha zanjado la discusión que sobre el tópico se ha sido planteado en diversas oportunidades, así: [3] En efecto, si bien la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de dicho año, su eficacia o efectiva aplicación, en tanto se hable del sistema oral acusatorio que en ella se diseñó también para la Justicia Penal Militar, quedó condicionada, como se hizo con la Ley 906 de 2004 en su momento y lo indicó la Sala en su decisión del 7 de marzo de 2012, Rad. N.º 38401, a un proceso de implementación territorial, de modo que ésta sólo resultaba realmente aplicable a partir de ciertas fechas, no obstante regir para hechos cometidos desde el 1º de enero de 2005 y en determinados distritos judiciales, lo cual implicó que a pesar de que los sucesos ocurrieran después del 1º de enero de 2005, el sistema oral acusatorio se aplicará solamente en aquellos territorios donde se hubiere implantado de conformidad con el proceso que al efecto estableció el artículo 530 de dicho ordenamiento. En la Ley 1407 acontece algo similar, porque aunque entró a regir el 17 de agosto de 2010 la aplicación del sistema oral acusatorio y obviamente de las normas que lo regulan, depende de que en el respectivo territorio se haya implementado; así se previó en su artículo 627: ‘El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del sistema acusatorio en la justicia penal militar acorde con el marco fiscal de mediano plazo del sector defensa y el marco de gasto de mediano plazo del mismo sector’. (« Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contemplados en la Ley 522 de 1999, lo cual por demás patentiza este asunto, haciendo de paso evidente que en ese sentido la demanda carece de fundamento al pretender vulnerado el axioma de legalidad. En torno al tema dijo la Corte en providencia del 11 de

diciembre de 2013: [3]Cabe precisar que no obstante la fecha de comisión de los hechos, febrero de 2011, la norma procesal aplicable para el caso resulta ser la Ley 522 de 1999, toda vez que si bien la Ley 1407 de 2010, según la sentencia C-444 de 2011, sólo rige para sucesos acontecidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010 por ser esta la fecha en la que dicha norma entró en vigencia, «la procedencia del recurso de casación para el presente asunto, corresponde ser analizada bajo los artículos 368 y siguientes de la Ley 522 de 1999, primera normativa mencionada» («) En consecuencia, si los procesos se tramitan bajo las formas previstas en el anterior Código Penal Militar mientras no se implemente el sistema penal acusatorio, por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. Luego la aplicación del artículo 76 y siguiente de la Ley 1407 de 2010, norma que ciertamente es más favorable en la medida en que establece un lapso prescriptivo para el delito de desertión de un año mientras que la Ley 522 lo determinaba en dos, resulta posible a condición, se reitera, de que no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar. Ciertamente ambos ordenamientos regulan lo relativo a la extinción de la acción penal por prescripción, pero no menos cierto es que lo hacen de forma diferente y atendidas obviamente las incidencias procesales de cada sistema de modo que el lapso prescriptivo de un año para la desertión sí resulta de la esencia del sistema acusatorio y a la vez incompatible con los términos procesales en que se desarrolla el proceso previsto en la Ley 522. Así lo ha entendido la sala desde su decisión del 6 de julio de 2011, Así las cosas, inaplicable en la etapa sumarial prevista en la Ley 522 de 1999 el lapso prescriptivo de un año que para el delito de desertión establece el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 y en su lugar procedente el período de dos años que señala el precepto 83 de aquella codificación, es incuestionable que la demanda que se examina se presenta infundada, como que en las circunstancias descritas la aducida infracción al debido proceso se evidencia intrascendente, por ello deviene imperativa su inadmisión». (TSM. RAD. 159318-XV-557-AR M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez primero (1º) de octubre de dos mil veinte (2020).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La prescripción, su suspensión y la desertión.

“En ese orden de ideas, el margen temporal dentro del cual el Estado puede ejercer su poder represivo debe estar rigurosamente delimitado de forma tal, que la prescripción se traduce en un instrumento procesal que le garantiza al ciudadano que la persecución del delito se llevará a cabo dentro de los lapsos objetivamente establecidos por el legislador, lo que le permite prever el momento máximo en el cual la decisión debe ser adoptada, protegiéndolo así de la arbitrariedad al brindarle certidumbre sobre el lapso que el Estado tiene para decidir el asunto por el que se le procesa resultando entonces, que

la prescripción es un fenómeno eminentemente procesal que corre por ministerio de la ley. Indudablemente este fenómeno preclusivo de la potestad estatal para investigar, enjuiciar y sancionar al autor o partícipe de una conducta típica, antijurídica y culpable hace parte del núcleo esencial del debido proceso, puesto que su declaratoria tiene la consecuencia de culminar de manera definitiva una actuación con efectos de cosa juzgada, contrariamente a lo que ocurre con los fallos inhibitorios, que no resuelven el asunto planteado y que dejan abierta la posibilidad para que se dé un nuevo pronunciamiento. Como se avizora, al interior de esta jurisdicción especializada la prescripción de la acción penal se encuentra regulada en los artículos 82 a 87 de la Ley 522 de 1999, aplicables en el sub examine, los que indican que el término establecido para que opere dicho fenómeno equivale al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, sin que en evento alguno –excepción hecha del delito de desertión– pueda ser inferior a cinco (5) años ni exceder de veinte (20) años, agregando que en tratándose de delitos comunes la acción prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos. En tratándose de delitos típicamente militares, el término de prescripción de la acción penal habrá de contabilizarse de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 83 del Digesto Punitivo Castrense. Específicamente en punto del reato de desertión, a diferencia de los otros delitos susceptibles de ser cometidos por un servidor público miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, el legislador hizo precisión sobre el término de prescripción de la acción penal, de manera tal, que el incremento tratado por el artículo 83, inciso 2º de la Ley 599 de 2000 no tiene operancia, resultando un régimen de prescripción privilegiado. Preciado lo anterior, habrá de escindir este Juez Plural que en aquellos precisos eventos en que la acción penal se origina en dicho delito el término de prescripción es el de dos (2) años, de acuerdo a lo regulado en el artículo 83, inciso 2º de la Ley 522 de 1999 y al precedente vertical del órgano de cierre en lo penal, término que se ve interrumpido con la ejecutoria de la resolución de acusación (artículo 86 Ley 522 de 1999), momento desde el cual correrá un segundo lapso que corresponde a la mitad de aquel –un (1) año–, de manera que la acción penal prescribirá si en este tiempo no se profiere sentencia y se logra su ejecutoria (radicado 48820 del 27 de febrero de 2019 CSJ). Como el procedimiento especial contenido y regulado en la Ley 522 de 1999 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-178 de 2002, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, comprensible es entonces, como lo ha reconocido esta Corporación Castrense en varios pronunciamientos, que la pieza procesal que interrumpe la prescripción de la acción penal en el procedimiento especial es la resolución de acusación ejecutoriada. Ahora bien, valga rememorar que el delito de desertión, concretamente, en lo que atañe a la hipótesis conductual omisiva y dada su innegable naturaleza de injusto de ejecución permanente, el último acto o el momento en que cesa el deber de actuar para efectos del inicio del cómputo del término de prescripción de la acción penal, concurre con alguno de los siguientes eventos, el que tenga primero ocurrencia: i) Por regla general cuando se realicen actos positivos demostrando

la cesación de la ilicitud; ii) con la captura o el desacuartelamiento del contumaz, cuando se produzca antes del cierre de investigación, y, iii) con la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación, cuando no se hayan dado

ninguno de los anteriores presupuestos. (TSM. RAD. 159448-XVI-22 EJC M. P. BG. Marco Aurelio Bolívar Suárez, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Artículo 77. Prescripción del delito iniciado o consumado en el exterior.

Cuando el delito se hubiere iniciado o consumado en el exterior el término de prescripción señalado en el artículo anterior se aumentará en la mitad, sin exceder el límite máximo allí fijado.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Principio de Jurisdicción Universal.

El principio de jurisdicción universal, que atribuye a todos los Estados del mundo la facultad de asumir competencia sobre quienes cometan ciertos delitos que han sido especialmente condenados por la comunidad internacional, tales como el genocidio, la tortura o el terrorismo, siempre que tales personas se encuentren en su territorio nacional, aunque el hecho no haya sido cometido allí. Este principio, cuyo carácter consuetudinario no ha recibido general aceptación, ha sido, no obstante, consagrado expresamente en varios convenios internacionales que vinculan a Colombia, por ello, puede afirmarse que, en este punto del desarrollo del derecho internacional, el principio de jurisdicción universal opera cuando consta en un tratado. Es importante, tomando en consideración las afirmaciones de la demanda y de algunos intervinientes, efectuar dos precisiones sobre este principio de jurisdicción universal. La primera, es que se trata, en esencia, de un mecanismo de cooperación internacional en la lucha contra ciertas actividades repudiadas por la sociedad de naciones que, en esta medida, coexiste con las competencias jurisdiccionales ordinarias de los Estados, sin imponerse sobre ellas; así se dice expresamente en los múltiples tratados en los cuales se consagra. La segunda, es que no debe confundirse este principio, que habla de una jurisdicción universal de los Estados, con la jurisdicción de la recientemente creada Corte Penal Internacional; se trata de dos manifestaciones diferentes de la colaboración internacional contra el crimen, que si bien resultan complementarios, no participan de la misma naturaleza, por cuanto la Corte, una vez entre en funcionamiento, será un organismo con jurisdicción independiente de la de sus Estados Partes, y con una órbita de competencia autónoma y distinta de la de aquellos. En íntima conexidad con el tema de la jurisdicción estatal, pero sin confundirse con él, está el de las inmunidades jurisdiccionales consagradas por el derecho internacional. Estas, como su nombre lo indica, buscan prevenir que se aplique, sobre una determinada persona o situación, la jurisdicción de un Estado que, de no ser por las calidades de tal persona o situación, podría normalmente asumir competencia; así, constituyen excepciones especiales al principio de la territorialidad. Son, en lo esencial, dos: la inmunidad jurisdiccional de los Estados –según la cual estos no podrán ser llamados a comparecer frente a los tribunales de una nación extranjera que pretenda enjuiciar sus actos soberanos–, y la inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares –conforme a la cual dichos agentes no estarán sometidos, en lo tocante a sus funciones, dependencias y propiedades, a la ley del Estado

donde laboran, sino a la de su Estado de origen–. (Sentencia C-1189/00, septiembre 13/2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Delito iniciado o consumado en el exterior: Término a tener en cuenta.

«Para las conductas porque se procede se impone aplicar el inciso del artículo 86 penal, conforme con el cual el término de prescripción “se aumentará en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior” y no admite discusión que el consenso de voluntades se logró a fin de exportar estupefacientes a los Estados Unidos de América, desde donde el término prescriptivo operaría en un mínimo de 9 años contados desde que la acusación adquirió firmeza, los cuales aún no se han cumplido». (CSJ, Auto Rad. N.º 39179, Sep. 5/2012. M. P. José Luis Barceló Camacho).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – PRESCRIPCIÓN. Delito iniciado o consumado en el exterior. Caso interceptaciones ilegales DAS.

«Es cierto que algunos de los supuestos fácticos relacionados en la resolución de acusación se ejecutaron en el exterior; sin embargo, estos no hacen referencia a los delitos de interceptación de comunicaciones y utilización ilícita de equipos transmisores y receptores. (...) Situación diferente acontece con el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, en tanto existen elementos de juicio indicativos de que algunas acciones se cometieron en el exterior. (...) Ante este escenario, resulta obligado decretar la prescripción de la acción penal respecto de los delitos de violación ilícita de comunicaciones, utilización ilícita de equipos transmisores y receptores, y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, exceptuándose para este último, las acciones ocurridas en el exterior y, en consecuencia, cesar todo procedimiento respecto de los mismos». (CSJ, Cas. N.º 39931, Oct. 8/2013. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La desertión y su consumación en el exterior.

“...(...) Dicho fenómeno ocurre, como decantado está por la Honorable Corte Constitucional de nuestro país, cuando quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal dejan vencer el plazo señalado por el legislador para tal efecto,

sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo que implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra de la persona beneficiada con la prescripción... (...) La prescripción de la acción penal, explica también la Corte, tiene una doble connotación: por un lado, obra a favor del procesado, quien se beneficia de la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para que se le defina su situación jurídica, pues no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra, además que la sociedad no puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los diversos delitos cometidos y que generan zozobra en la comunidad; y por otro, (...) La primera, que aún en tratándose de eventos de tal naturaleza, asumiendo que la conducta de Orozco Castaño se consumó en el exterior, esto es, en la República de Panamá, acudiendo a lo normado por el arto 84 del Estatuto Punitivo Castrense de 1999, ello en idénticos términos que el canon 77 de su homólogo de 2010, podría pensarse, como así lo hizo la juez instructora en la decisión reprochada, que el término de la prescripción de la acción penal se aumentaría para el delito investigado en la mitad, es decir en un año, para un guarismo final de tres (3) años... (...) Concisión relativa a que al interior de los procesos penales que se surten en esta jurisdicción foral en punto al reato de desertión, el conteo de prescripción de la acción penal –que es de dos (2) años se reitera– inicia, como en todo delito de ausencia, a partir de la producción de uno cualquiera de los eventos relacionados en pacífica y uniforme línea de pensamiento edificada por este Tribunal Castrense desde el año 2015, precedente que al emanar del mismo adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso, amén de indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento, debiéndose recordar lo consignado en pronunciamiento en que se reflexionare:

“El delito de Desertión señalado en el artículo 109.2 del Código Penal Militar, corresponde a un tipo penal de ejecución permanente en la medida que al cumplirse el sexto día de ausencia se configura el injusto típico sin que ello implique que su consumación se haya agotado, en tanto continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo mientras el autor persista en la omisión de presentarse al servicio. La conducta típica no se agota por el cumplimiento del término de cinco días, es decir, a las 00:01 horas del sexto día de producido el abandono, sino que se mantiene en incesante ejecución hasta cuando el servidor público uniformado decida reasumir la obligación constitucional de la cual ha hecho apostasía, o ello se produzca como consecuencia de un evento ajeno a su voluntad.”

... (...) Quiere significar lo anterior, que es entonces a partir de que cesa la ausencia desautorizada de las filas castrenses, y por ende la afectación del bien jurídico objeto de legal salvaguarda, que se debe iniciar a contabilizar el término prescriptivo de la acción penal en tratándose del reato en cuestión, cesación –esta y aquella– que ha identificado este Tribunal Castrense, en

tanto delito de conducta permanente en el que la prescripción de la acción penal ha de empezar a contarse desde la perpetración del último acto, tiene lugar con ocasión de alguno de los siguientes eventos, el que ocurra primero: “i) por regla general cuando se realicen actos positivos demostrando la cesación de la ilicitud; ii) con la captura o el desacuartelamiento del contumaz, cuando se produzca antes del cierre de investigación, y, iii) con la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación, cuando no se hayan dado ninguno de los anteriores presupuestos.”; a lo que habrá de agregarse que por tratarse de conducta omisiva la analizada en el evento sub examine, “el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.” ... (...) En el caso que concita la atención de la Sala, resulta prístino que en el discurrir procesal tuvieron fáctico acaecimiento dos de los eventos mencionados en precedencia, a saber, la presentación voluntaria del contumaz a rendir su injurada el 2 de febrero de 2017, y su desacuartelamiento de las filas militares mediante orden administrativa de personal N.º 1213 del 15 del precitado mes y año –que generó la extinción de la obligación jurídica de presencia y permanencia del procesado en las filas del Ejército Nacional–, debiéndose, de conformidad con lo apuntado, tomar como dies a quo para la contabilización del término prescriptivo de la acción penal, la primera de las fechas en cita, esto es, el 2 de febrero de 2017 cuando hiciere presencia en el juzgado instructor para rendir indagatoria, data hasta la cual mantuviere su conducta y su voluntad de ausencia... (...). (TSM. RAD. 159028-204-I-226-EJC M. P. CN (RA) Julián Orduz Peralta, marzo seis (6) de dos mil veinte (2020).

Cuadro resumen sobre el término de prescripción de la acción penal por el delito de desertión – Ley 522 de 1999.

I. Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar

Rads. 157322 de junio 14/12, 157349 de junio 25 de 2012, 157584 de marzo 14 de 2013 y 157731 de agosto 23 de 2013, M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo Pérez. En estas decisiones se dijo “Sin embargo inicialmente debe tenerse en cuenta que a pesar de la vigencia de las dos leyes (522/99 y 1407/10), que contemplan también dos procedimientos diferentes, el legislador previó la implantación del nuevo sistema en forma gradual y sucesiva, lo que genera una situación particular, precisamente porque a pesar de la vigencia, uno de ellos no es aplicable, porque está condicionado al plan, que en este momento se tiene previsto para el 1º de enero de 2014”, al igual que “Pues bien, han sido prolíferos los pronunciamientos de esta Corporación con relación a la no aplicación del nuevo término prescriptivo de la acción penal que estatuye la Ley 1407/10, y en ellos se han esbozado las razones por las cuales no es viable la activación del principio de favorabilidad, básicamente afirmándose que ello obedece a que el término prescriptivo está atado al nuevo modelo procesal –pues los supuestos fácticos del instituto en las dos normas no guardan correspondencia–, cuya reglas están supeditadas al proceso de implementación que aún no se ha producido, lo que obliga a que a pesar de que los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la Ley 1407/10 se aplique indefectiblemente lo estatuido en la ley 522/99”. En estas decisiones también se

dijo (en la radicada con el N.º157731) “Pues bien, han sido prolíferos los pronunciamientos de esta Corporación con relación a la no aplicación del nuevo término prescriptivo de la acción penal que estatuye la Ley 1407/10, y en ellos se han esbozado las razones por las cuales no es viable la activación del principio de favorabilidad, básicamente afirmándose que ello obedece a que el término prescriptivo está atado al nuevo modelo procesal –pues los supuestos fácticos del instituto en las dos normas no guardan correspondencia–, cuya reglas están supeditadas al proceso de implementación que aún no se ha producido, lo que obliga a que a pesar de que los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la Ley 1407/10 se aplique indefectiblemente lo estatuido en la Ley 522/99”. Asimismo, trayendo a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en decisiones rads. 24138 del 20 de octubre de 2005 y 23700 del 9 de febrero de 2006, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero en las que, dentro de los cauces propios del examen sobre la aplicación del principio de favorabilidad, se hizo un análisis sobre los términos de prescripción de la acción penal regulados de diversa manera en las Leyes 599 de 2000 y 906 de 2004 una vez se produce la interrupción del que inicialmente corría, se dijo que el previsto en menor duración en la segunda estas normas había sido concebido para tener operancia dentro del sistema acusatorio y no en uno con tendencia mixta.

Rad. 157390, M. P. TC Noris Toloza González, julio 4 de 2012. La ley 1407/10 derogó los libros primero y segundo de la Ley 522/99. No pueden estar vigentes dos catálogos de tipos penales por legalidad y por la función garantizadora que cumplen los mismos, de tal forma que el ciudadano ante la hipótesis de existencia de proceso penal, pueda atender el derecho de defensa y el de contradicción. En la última de estas providencias se dijo: “Ha sido posición de esta Sala de Decisión, sostener que a partir del 17 de agosto de 2010, cuando entró en vigencia la Ley 1407 de 2010, la parte sustancial de la Ley 522 de 1999 quedó derogada tácita u orgánicamente, si se toma en consideración que el nuevo estatuto de tendencia acusatoria reguló íntegramente lo pertinente a esa materia, por manera que frente a la no coexistencia de normas sustantivas y respetando el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 Superior y traducido en norma de garantía en el artículo 7º de la Ley 1407 de 2010, la ley preexistente al acto que se imputa, en el presente asunto, conforme a la fecha de ocurrencia de los hechos, no es otra que la recogida en la Ley 1407 de 2010”.

Rad. 157347 de 8 de agosto de 2012, M. P. TC Noris Toloza González, en la que trayendo a colación la sentencia N.º 24300 del 23 de marzo de 2006 de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y la Sentencia C-416 del 28 de mayo de 2002, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, de la Corte Constitucional, se estimó, igualmente haciendo un análisis en torno a la aplicación del principio de favorabilidad, que “Puestas así las cosas, no cabe duda que si bien el instituto jurídico de la prescripción encuentra regulación en las dos legislaciones coexistentes, y que el término prescriptivo previsto en el inciso segundo del artículo 76 de la ley 1407,

resulta más benéfico respecto del consagrado en el inciso tercero del artículo 83 de la Ley 522 de 1999, habida cuenta que en aquel es de un año y en este de dos, también lo es que los presupuestos fácticos-procesales no son similares, y la aplicación del precepto benévolo resquebraja la sistemática del esquema diseñado por la Ley 522 de 1999, que debe regir el rito del presente proceso”. La anterior conclusión se reforzó con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia N.º 23700 del 9 de febrero de 2006, M. P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, en cuanto a que mientras que en el procedimiento de la Ley 600 la causa de la interrupción es la acusación en firme, en la 906 lo es el acto de vinculación (formulación de imputación), lo que indicaba que se trataba de situaciones fáctico procesales disímiles y que los diversos términos se correspondían con el esquema procesal en que iba a producir efectos y que aplicar el término prescriptivo del artículo 76 de la Ley 1407 por razón del principio de favorabilidad, a un caso regido por las disposiciones de la Ley 522 de 1999, resquebrajaría la estructura propia de cada una de las sistemáticas.

En el radicado 157227, M. P. TC Ismael Enrique López Criollo, octubre 8 de 2012, propio de causa penal adelantada por hechos constitutivos del delito de Deserción y consumados el 10 de diciembre de 2009, se dijo: “En el caso particular debe tenerse en cuenta que el instituto de la prescripción de la acción penal es una figura que tiene efectos sustanciales, pues ella beneficia al procesado en el ámbito de su esfera de libertad, como así lo esgrimió la Corte Suprema de Justicia...Como se ve, en todo momento la Corte hace referencia a la figura de la interrupción de la prescripción y a su imposibilidad de aplicación retroactiva, más no se hace un pronunciamiento directo en torno a la figura de la prescripción de la acción penal en sí, lo que resulta entendible pues en la Ley 906 de 2004 no se reformó lo atinente a la figura de la prescripción, circunstancia que sí ocurrió en la Ley 1407 de 2010, aspecto que cambia los presupuestos de aplicación de dicho criterio jurisprudencial al caso presente. Con fundamento en este criterio, se considera que no es procedente tampoco la aplicación del término de prescripción de un año para el delito de deserción, pues ello no justifica la no aplicación por favorabilidad del nuevo término señalado en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010. Es decir, ese criterio justifica que no se pueda aplicar retroactivamente la figura de la interrupción de la prescripción de la acción penal, pero no sirve o no explica el por qué no se pueda aplicar retroactivamente el término de un año de prescripción para el delito de deserción...De lo expuesto puede concluirse que esta Sala, apartándose del precedente hasta ahora fijado por el Tribunal Superior Militar, considera que sí es procedente la aplicación retroactiva del artículo 76 de la Ley 1407 de 2010. Ahora bien, como la Ley 1407 de 2010 empezó a regir a partir del 17 de agosto de 2010, es a partir de esta fecha que empieza a correr el año de prescripción; sin embargo, dentro del proceso se tiene que con fecha primero de marzo de 2011 se profirió resolución de acusación, la cual quedó en firme el 17 de marzo del mismo año, lo que quiere decir que para esta fecha se interrumpió la prescripción de la acción penal”.

Rad. 157957 de agosto 27 de 2014, M. P. TC Noris Toloza González, citando decisiones de la Corte Suprema de Justicia de radicados 35946 y 36352 del 13 de abril y 27 de julio de 2011, respectivamente, indicó: "(...) el término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción es de dos (2) años, de acuerdo a lo previsto en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, así mismo que la no aplicación del término previsto en la nueva ley por parte de la segunda instancia, obedece a razones de principios rectores e incompatibilidad de sistemas penales, más no a capricho o posiciones jurídicas de la Corporación. (...) la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, vigente desde esta misma fecha, introdujo un nuevo sistema de procesamiento penal en la jurisdicción penal militar, y que la misma coexiste, en lo pertinente, con la Ley 522 de 1999; sin embargo, el catálogo de reglas que hacen parte de aquel sistema procesal, en lo que toca con su aplicación fue modulado por el querer del legislador a través del método de implantación gradual, tal como se desprende del contenido de los artículos 623 y 628 de la Ley 1407 de 2010.

Sin embargo, hay que aclarar que la aplicación de tales normas benévolas, conforme lo tiene sentado el precedente vertical, vertido de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, solo es posible bajo la condición de que no comporte una afectación a lo vertebral del nuevo sistema, esto es, de aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizarían tanto sus postulados y finalidades, como su sistemática..."¹⁵¹.

Radicado 158042 de marzo 13 de 2015, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, en el que al tratar una causa penal adelantada por hechos constitutivos del delito de deserción y consumados el 17 de noviembre de 2012, se adujo al comparar el término de prescripción establecido en la Ley 522 de 1999 y 1407 de 2010 que: "(...) Comparadas estas dos regulaciones, fácil es concluir que ésta última es más benéfica a los intereses del procesado, pues reduce de dos (2) a un (1) año, el término de prescripción, siendo procedente su aplicación por virtud del principio de favorabilidad (retroactividad), pero exclusivamente dada una situación particular suscitada dentro del tránsito de legislación entre estos dos códigos.

Pero, frente a delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, debe darse aplicación a la regla contenida en esta última disposición, conforme así lo establece el artículo 628¹⁵² y lo postula el principio de legalidad establecido en los artículos 29 de la Constitución Política y 7° de la Ley 1407 de 2010. De manera que, frente a delitos cometidos después del 17 de agosto de 2010, la regla determinante a efectos de establecer el término de prescripción, es la contemplada en el artículo 76, significando

que, para el delito de deserción, el término de prescripción es de un (1) año.

La posición mayoritaria de esta Sala, converge en señalar que el nuevo término previsto en la Ley 1407 de 2010 para el delito de deserción, debe ser inaplicable, argumentándose que este está entrelazado con el nuevo Sistema Penal Acusatorio que se pretende (sic) implantar mediante la citada ley. Posición que no puede ser avalada, por lo siguiente:

1. En la historia reciente de las codificaciones penales militares, y partiendo desde la expedición del Decreto 0250 de 1958, el delito de deserción siempre ha contado con un término especial de prescripción, el cual ha sido considerablemente menor en relación con el término de prescripción previsto para los otros delitos de conocimiento de la justicia penal militar.
2. En el trámite de expedición de lo que es la Ley 1407 de 2010, la única motivación que puede explicar la fijación del nuevo término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción, se encuentra en el informe para primer debate Senado al Proyecto de ley número 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara, en el que se dijo lo siguiente:

"Como se anota, se excepciona el delito de Deserción respecto del cual se fija un término de prescripción de la acción y de la pena de dos años, lo que resulta comprensible si se tiene en cuenta que al servicio militar se llega de forma obligatoria, que los procesos de incorporación son de forma permanente y continua, que este es un delito de menor lesividad pero de mayor ocurrencia, y que se ha establecido como pena para este delito un extremo de ocho meses a dos años de prisión; por lo que el Estado no puede desgastarse por espacio de cinco años, ni ser tan ineficaz para ejercitar la acción o materializar la pena, en comportamientos que se consideran de menor lesividad"¹⁵³.

Lo anterior evidencia que el término especial previsto para el delito de deserción, obedece a razones de política criminal, considerándose por el legislador, que el delito de deserción contiene una lesividad menor que no justifica el desgaste de la administración de justicia por tanto tiempo. Debe tenerse en cuenta, que en el proyecto inicial presentado por el Gobierno nacional a consideración del Congreso de la República, se mantenía el término de dos (2) años para la prescripción de la acción penal en el delito de deserción, pero revisadas las actas donde consta el trámite legislativo, se encontró que fue durante el segundo debate en el Senado, donde a última hora y sin ninguna discusión, se modificó y aprobó el cambio de dicho término por el de un (1) año¹⁵⁴. Modificación, que se aviene con la potestad de configuración legislativa,

151 Tribunal Superior Militar, radicado No. 156777, enero 31 de 2011, M. P. TC. Noris Toloza González.

152 "Artículo 628. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. (...)". La frase subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-444 de 2011, en la que aclaró que "bajo el entendido que la ley regirá a partir del 17 de agosto de 2010".

153 Ver **Gaceta del congreso** número del Congreso 624 Senado del 6 de diciembre de 2006, en donde aparece publicado el informe para primer debate Senado al Proyecto de ley número 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara, hoy Ley 1407 de 2010.

154 Al respecto, consultar la Gaceta del congreso número 415 de 2007.

dentro de la cual el legislador puede optar o señalar términos especiales de prescripción de la acción penal, como así lo expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-580 de 2002, (...).

3. Por el contrario, no existe la menor evidencia de que el cambio introducido por la Ley 1407 de 2010, obedezca o guarde relación, con el trámite procesal diseñado por dicha ley. Es más, si así lo fuere, muy seguramente la reducción en el término de prescripción lo sería para todos los delitos, del mismo modo a como se hizo con la Ley 906 de 2004, que en su artículo 192, la redujo a tres (3) años después de su interrupción.

De lo expuesto puede concluirse que no hay ninguna justificación para evitar aplicar el término de prescripción previsto en la Ley 1407 de 2010 a conductas ocurridas después de su vigencia”.

Rad. 159094, julio 18 de 2019, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez. “Tal delito –deserción–, consagrado en el artículo 109.1 de la Ley 1407 de 2010, vigente para la época de los hechos, tiene previsto una pena de ocho (8) meses a dos (2) años de prisión... Preciso lo anterior, habrá de añadir este Juez Plural, en aquellos precisos eventos en que la acción penal se origina en dicho delito el término de prescripción es el de dos (2) años, de acuerdo a lo regulado en el artículo 83, inciso 2º de la Ley 522 de 1999 y al precedente vertical del órgano de cierre en lo penal, término que se verá interrumpido con la ejecutoria de la resolución de acusación (artículo 86 Ley 522 de 1999), momento desde el cual correrá un segundo lapso que corresponde a la mitad de aquel –un (1) año–, de manera que, la acción penal prescribirá sí en este tiempo no se profiere sentencia y se logra su ejecutoria (radicado 48820 del 27 de febrero de 2019 CSJ).”.

II. Segunda Sala de decisión del Tribunal Superior Militar

Rad. 156776, febrero 8 de 2011, M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas. En esta decisión se acuñó: “Del Principio de Favorabilidad y el Instituto de la Prescripción: Sobre este tema igualmente ya se ha pronunciado esta Corporación siguiendo los lineamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia en el entendido que cuando se pretenda, por vía del principio de favorabilidad, aplicar un instituto como por ejemplo el de prescripción y que está consagrado en una legislación y se busque aplicarlo dentro de otra, ya sea por tránsito, sucesión o coexistencia de leyes, se requiere la existencia de tres presupuestos básicos, así: i) Que la figura jurídica tenga regulación en las dos legislaciones, ii) que en dichas figuras se predique en su configuración, similares presupuestos tanto fácticos como procesales y por último iii) que la aplicación del instituto en búsqueda de la favorabilidad del procesado no resquebraje el sistema procesal en el cual se busca aplicar... Sin embargo, se considera también prudente, remitirnos a decisión anterior de esta Sala cuando abordó el tema de la favorabilidad y del instituto de la prescripción, así reseñó:... “De los requisitos para aplicar un instituto perteneciente a una ley en otra ley coexistente por vía del principio de favorabilidad: Con los anteriores planteamientos, el problema jurídico a resolver, es si el principio de favorabilidad se aplica al instituto de la prescripción en el

caso de coexistencia de leyes, dicho problema se resuelve negativamente, en primer término porque el fenómeno de la prescripción es un Instituto en su integridad y como tal su aplicación y regulación depende del sistema procesal en que se aplique, llámese proceso con tendencia acusatoria o procedimiento mixto, pues dependiendo del sistema procesal que se adelante el acto que interrumpe la prescripción en uno es un acto de vinculación, en el otro sistema es un acto acusación, por ello entre otras razones, difícil resulta aceptar una aplicación aislada del precepto normativo que señala el término de un año, aplicarlo de manera asimétrica al momento procesal que lo concibió. El desarrollo jurisprudencial de la Alta Corporación ya fue acogido por este Tribunal en proveído del 8 de octubre de 2010, así se refirió: “Lo anterior, nos lleva a concluir al igual como lo hizo la Corte Suprema de Justicia (que el instituto de la prescripción contenido en la Ley 1407 de 2010 está dado para operar en el sistema acusatorio y no para el procedimiento que estatuye la Ley 522 de 1999, al no estar regida por los mismos principios que ahora orientan el sistema acusatorio). En este sentido entonces, tendríamos siguiendo el criterio jurisprudencial antes mencionado¹⁵⁵ y perfectamente aplicable al caso de estudio, que la interrupción de la prescripción en la Ley 522 de 1999 (resolución de acusación) y en la Ley 1407 de 2010 (formulación de imputación) no guardan similitud al corresponder a actos de distinto contenido material y alcance, que sus consecuencias procesales son diferentes, que corresponden a etapas procesales distintas, y que por lo mismo no es posible predicar identidad, además porque el nuevo estatuto también establece la figura de la acusación”. Planteadas así las cosas, el instituto de la prescripción regulado en la Ley 522 de 1999 dispone de unos actos procesales para contabilizar los términos de prescripción diferentes a los actos procesales contemplados en la Ley 1407 de 2010, específicamente en la primera codificación referida al término de prescripción de la acción se interrumpe con el acto procesal de acusación (ejecutoria de la resolución de acusación). Y diferente ocurre con la nueva codificación castrense que interrumpe el término prescriptivo de la acción con un acto de vinculación como lo es la formulación de imputación y es en ese orden de ideas es que no se pueden asimilar los presupuestos de cada sistema, pues ello afecta la estructura del procedimiento donde pretenda aplicar, es decir, desestructura el rito procesal de la Ley 522 de 1999.”

Rad. 157245 del 30 de agosto de 2012, M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome. En este pronunciamiento, también proferido dentro de causa en la que se debatía si por virtud del principio de favorabilidad es posible la aplicación retroactiva o ultractiva una norma legal al darse un tránsito de legislación o coexistencia de legislaciones que regulen las mismas materias, y en el que se concluyó que ello es viable si las figuras jurídicas enfrentadas tienen regulación en las dos legislaciones, si respecto de ellas se predicen similares presupuestos fáctico-procesales y si

155 Citado en Radicado 156700 del Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, M. P. MY. (RA) Marycel Plaza Arturo, 8 de octubre de 2010, Rad.23700, Corte Suprema de Justicia, 9 de febrero de 2006.

con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraja el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable, se sostuvo: "Ha de señalarse germinalmente que, no existe discrepancia alguna en que el hecho objeto de esta investigación, tuvo ocurrencia en vigencia de la ley 1407 de 2010, como quiera que la misma se convirtió en Ley de la República desde el 17 de agosto de la misma anualidad, fecha de publicación en el **Diario Oficial**, criterio consolidado de manera pacífica por las diferentes salas de decisión de esta Corporación, debiendo si precisar que, la parte general y especial de la ley 1407 de 2010, en cuanto hace referencia a las normas sustanciales, tiene pleno vigor desde su publicación, no así la parte procedimental y aquellas disposiciones procesales de carácter sustancial, las cuales se encuentran moduladas por la misma ley, condicionando su aplicación a la implementación del sistema acusatorio, por ello, el procedimiento aplicable a todos las investigaciones que se adelantan actualmente, es el rituado en la ley 522 de 1999, por lo cual, sin ahondar en mayores consideraciones y por estimar que este tema ha sido debatido con claridad en precedentes decisiones de esta Sala, acudiremos a lo expresado en postrer pronunciamiento de este colegiado con ponencia de quien hoy le correspondió esta honrosa tarea en el que se expresó:.... Examinado en su contexto el contenido de la Ley 1407 de 2010 (nuevo Código Penal Militar), se infiere que el legislador moduló su entrada en vigencia en tres momentos bien definidos, el primero, a partir de la publicación de la ley para efectos de los ajustes en la planta de personal con miras a la implementación del sistema oral; el segundo, armoniza la entrada en vigencia del procedimiento penal oral acusatorio y para ello, condicionó sus efectos jurídicos al establecimiento de un plan de implementación dentro del año siguiente a la fecha de la publicación de la ley, acorde al marco fiscal del sector defensa ; y el tercero, establece que

Ley 1407 de 2010 regirá para todos aquellos delitos que se cometieran con posterioridad al 1º de Enero de 2010, consecuentemente con ello, deroga en cada oportunidad las disposiciones contenidas en la Ley 522 de 1999 (antiguo Código Penal Militar)...En este orden de ideas y conforme a las razones expuestas en precedencia, debe precisarse, con fundamento en los precedentes arriba citados, que para todos los efectos la parte general y especial de Ley 1407 de 2010, se encuentra vigente y es aplicable desde el 17 de agosto de 2010, no así, la parte procedimental que fue modulada en el artículo 627 de la misma ley, por lo cual su aplicación está condicionada al plan de implementación, consecuentemente, a partir de esa misma data queda derogada la parte general y especial de la Ley 522 de 1999, luego, todos los hechos punibles que hayan tenido ocurrencia a partir de la citada fecha, deben adecuarse a los tipos penales previstos en la Ley 1407 de 2010."¹⁵⁶

Dentro del radicado 158041 del 29 septiembre de 2014, M. P. CR. Fabio Enrique Araque Vargas se señala: "Partiendo de la realidad jurídica que la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente, también lo es, que los procesos penales militares se están

adelantando bajo el procedimiento fijado en la Ley 522 de 1999 por la falta de implementación del sistema oral acusatorio, específicamente por la ausencia de las figuras de la Fiscalía Penal Militar y del Cuerpo Técnico de Investigación.

A partir de la vigencia la apelante construye su argumento para buscar que el término prescriptivo de un (1) año previsto en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 se aplique dentro del rito procedimental establecido en la Ley 522 de 1999, petición que esta Sala rechaza en virtud a que se trata de dos sistemas procesales distintos y por ende cada uno de ellos contiene sus propias estructuras y finalidades y dentro de cada contexto, se debe realizar el análisis de los principios de legalidad o favorabilidad.

En ese orden de ideas, resultaría violatorio de la garantía de la legalidad y por ende del debido proceso, aplicar el término prescriptivo de un (1) año dentro del rito procesal de tendencia inquisitiva regulada en la Ley 522 de 1999, cuando aquel término fue proyectado dentro de otro esquema procesal diametralmente opuesto y naturalmente con otros propósitos, dada su propia estructura como lo es el sistema procesal de tendencia acusatoria previsto en la Ley 1407 de 2010.

Menciona la apelante que se ha de aplicar el criterio que regula un (1) año como término prescriptivo para enervar el ejercicio de la acción penal, dentro del sistema procesal de tendencia acusatoria, pero dicha pretensión, la quiere materializar dentro del contexto del sistema procesal de tendencia inquisitiva que se está adelantando en el caso sub júdice, y bajo la norma de la Ley 522 de 1999, presentando como fundamento de su petición, la aplicación del principio de legalidad.

Frente al principio de legalidad invocado, ha de recordarse que este es un instrumento que brinda seguridad jurídica en el entendido que evita abusos de poder, delimitando las fuentes del derecho, es decir, consagra los criterios para determinar conductas y actos procesales; en otras palabras, establece una seguridad jurídica para los individuos en la sociedad, al mismo tiempo que limita el poder punitivo del Estado al regular el ejercicio de los jueces, de manera que, el principio de legalidad se constituye en un bastión del debido proceso, el cual naturalmente ha de ser valorado dentro del contexto, es decir, dentro del sistema de tendencia inquisitiva regulado en la Ley 522 de 1999 y en ese orden de ideas, el término prescriptivo de un (1) año, vulnera el sistema procesal que se adelanta en el caso sub júdice y por ende, atenta contra el principio de legalidad".

Rad. 158090 del 31 de octubre de 2014, M. P. BG. María Paulina Leguizamón Zárate. "De lo decantado en precedencia, diáfananamente nos lleva a colegir que no hay lugar a dar aplicación al principio de Legalidad como lo propone la recurrente Vertical –Procuradora Judicial 240 Penal I–, pues recuérdese que la prescripción de la Acción Penal es una causa de extinción de la pretensión punitiva estatal que impacta el ejercicio procedimental de la misma, por el mero transcurso del tiempo tras la comisión del delito, y al ser un límite temporal al ejercicio del Poder Penal del Estado da lugar a la derogación

156 Tribunal Superior Militar, Segunda Sala de Decisión, radicado 157005, auto junio 7 de 2011, M.P. MY(r). José Liborio Morales Chinome.

de dicha potestad por el transcurso del tiempo, siendo su consecuencia más importante el de operar como instrumento realizador del Derecho Fundamental a la definición del proceso penal en un Plazo Razonable, entendido este como un estándar Internacional de Administración de Justicia acuñado desde los mismos instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad Colombiano, haciendo realidad la garantía procesal a ser juzgado sin dilaciones indebidas. (...)

Nótese como el ordenamiento penal al prever la figura jurídica de la Prescripción como una de las causales de extinción de la Acción Penal, la liga indisolublemente a las normas procesales, que en el caso del Nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010– como se analizó en precedencia, es incuestionable que desde el 17 de Agosto de 2010 se encuentra vigente y por ende se aplica en cuanto a las normas Sustanciales –parte Sustantiva– como también en lo que respecta a las normas que definen competencias, también es cierto que lo mismo no acontece con la Ley Procesal Militar –Sistema Acusatorio–, que tiene una función instrumental por cuanto aún no ha sido implementada.

Lo anterior, nos lleva a concluir al igual como lo hizo la Honorable Corte Suprema de Justicia, que la figura de la prescripción contenido en el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010– está dado para operar en el Sistema Acusatorio y no para el procedimiento que estatuye el Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, al no estar regida por los mismos principios que ahora orientan el Sistema Acusatorio, que no corresponden a la estructura del sistema mixto, por la que se tramita el presente proceso”.

Rad. 158823 del 05 de abril de 2017, M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez. “Bajo ese entendido, sería del caso para la Sala abordar el examen de la hipótesis planteada por la defensa del acusado y que es apoyada por la delegada del Ministerio Público ante el Ad quem, sino fuera porque se advierte la necesidad de dar aplicación al artículo 231 de la Ley 522 de 1999 y, en tal sentido, decretar la cesación de procedimiento por haber tenido ocurrencia el fenómeno de la prescripción de la acción penal en el presente asunto.

Para ello, ha de tenerse en cuenta que conforme lo normado en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, norma adjetiva aplicable en el presente evento, el término de prescripción de la acción penal en el delito de deserción corresponde al de dos (2) años, en donde se establece: (...).

Conforme a lo anterior, el término prescriptivo de la acción penal en el delito de deserción puede darse en dos eventos: El primero, tiene lugar desde que la conducta se entiende consumada hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos años determinará la extinción de la acción penal. El segundo evento, registra como hito base el momento desde el cual cobra ejecutoria la resolución de acusación hasta el día en que queda en firme la sentencia, período que de superar el año determinará la prescripción de la acción penal. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en el último pronunciamiento que sobre el tema expidió, al señalar:

“No obsta lo anterior para analizar la prescripción de la acción en este asunto, durante el juicio,

sobre todo porque, sentado el supuesto de que la Ley 1407 de 2010 no le es aplicable en tanto el sistema penal acusatorio no se implementó, salvo que se trate de normas favorables a la situación del sindicado y por lo mismo siguiese inaplicable la previsión de su artículo 352 esto es que “proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años”, ha transcurrido desde la ejecutoria de la acusación, 4 de abril de 2014, un lapso no inferior a un año, esto es la mitad de aquél legalmente previsto como de prescripción del punible de deserción.

Lo anterior porque si en términos de la Ley 522 de 1999 el lapso de prescripción para la acción penal derivada del delito de deserción es de dos años, que se interrumpe en el sumario con la ejecutoria de la acusación y en el juicio con la de la sentencia, significa que en esta etapa la de segunda instancia no tiene la virtud de suspender la prescripción por ser inaplicable el citado precepto 352 dado precisamente el criterio hermenéutico acá adoptado, sino sólo su ejecutoria.

En este asunto, como ya quedó visto, el período previsto en fase de instrucción de dos años no se concretó, de ahí lo infundado del reparo propuesto, toda vez que los hechos acaecieron en marzo de 2013 y la acusación quedó en firme el 4 de abril de 2014.

8. Pero sí en fase de juzgamiento, porque él se reduce a la mitad del previsto para la etapa sumarial, es decir que, siendo en este evento de dos años en la instrucción, en la causa corresponde a uno, tal como lo ha sostenido la sala en auto penal del 11 de abril de 2012 radicado N.º 19002, el cual efectivamente ya transcurrió desde la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que, de otro lado, la sentencia haya cobrado firmeza.

Es que si bien en términos generales la acción penal prescribe por el transcurso de un tiempo igual al máximo de pena privativa de libertad señalado en la respectiva disposición, sin que en el sumario sea inferior a cinco años y en el juicio por un lapso igual a la mitad de aquel sin que tampoco sea inferior a un lustro, es innegable que la propia ley, en este caso la 522 de 1999, ha establecido una excepción al señalarle al delito de deserción un término especial de dos años durante la etapa de investigación”.

III. Tercera Sala de decisión del Tribunal Superior Militar

Rad. 157348, julio 12 de 2012, M. P. TC. Pedro Gabriel Palacio Osma. Al desatar recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Judicial 243 Penal I, se consignó en este proveído: “La Procuradora Judicial, en el mismo contexto del escrito de apelación presentado en pretérita oportunidad contra el auto que denegó su petición de cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal dentro de varios radicados, que se han tramitado ante este despacho, realiza nuevamente cuestionamientos sobre el debate que se ha venido suscitando con relación al fenómeno jurídico de la prescripción respecto del delito militar de la deserción, motivando su inconformidad en puntos de vista que ya en diversas oportunidades han sido objeto de debate por las Salas de Decisión de la Corporación y de los cuales pacíficamente se ha llegado a la misma conclusión, que es imposible por ahora, la

concesión del término prescriptivo de un (1) año para el delito de deserción, ya que no se cumplen los postulados exigidos para su aplicación pues nos encontramos frente a dos sistemas procesales distintos, que si bien subsisten en el tiempo conllevan procesos y etapas procesales diversas. El problema normativo que se somete a consideración de la Sala, fue resuelto con ponencia de quien hoy cumple la misma función, se acude a lo expuesto en esa oportunidad para resolver el sub iudice, en donde frente a una situación fáctica idéntica se dijo: «(...) En efecto, la confirmación del auto apelado obedece, por cuanto se advierte por la Colegiatura que la acción penal hasta este episodio procesal no ha prescrito luego no es dable cesar procedimiento en favor del SLR. Cuscue Yacuechime Andrés, habida cuenta que no es de recibo aplicar el principio de favorabilidad en tratándose del instituto jurídico de la prescripción, tema que como lo señaló la Agente Social, ha sido decantado por la Corporación y del cual ya se ha venido sentando criterio unificado, siguiendo obviamente el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, destacándose entre otros pronunciamientos el de sentencia 23.700 de 9 de febrero de 2006, en donde se reiteró la tesis sobre el momento procesal en que se interrumpe la prescripción de la acción penal, el cual varía de acuerdo al sistema penal bajo el cual se tramita el proceso (...).» «Con la citas anteriores, se quiere insistir nuevamente por la Sala, que no es posible dar aplicabilidad al principio universal de favorabilidad frente al instituto jurídico de la prescripción, sin desvertebrar el sistema descrito en la Ley 522 de 1999, pues como se señaló por el Colegiado en la decisión precedente, no puede equipararse la Resolución de Acusación, actuación que en la Ley 522 de 1999 interrumpe la prescripción, con la formulación de la imputación acto que cumple la misma función en la nueva codificación castrense (Ley 1407 de 2010), al no guardar estas dos piezas procesales semejanza, pues son actuaciones procesales disímiles tanto en su contenido material como en su alcance, por ello, no es válido predicar identidad en sus figuras jurídicas (...).»

Rad. 157475, noviembre 14 de 2012, M. P. TC. Pedro Gabriel Palacio Osma. En esta otra decisión se sostuvo que: "Advierte esta Sala de Decisión que la petición principal presentada por la Procuradora Judicial 240 Penal I, ha sido objeto de debate jurídico en casos similares y en pretéritas oportunidades por parte de quienes integramos esta Corporación, en donde una y otra vez se ha expresado la posición mayoritaria la cual a la fecha no ha variado y confluente en afirmar que el término prescriptivo contenido en la nueva ley penal militar resulta imposible aplicar por ahora, en razón a que no se ha implementado el nuevo sistema penal acusatorio y el término que contempla esta figura jurídica es propio del nuevo sistema, además de que no es posible equiparar las actuaciones contempladas en la Ley 522 de 1999 con las que se establecieron para la Ley 1407 de 2010. De hecho, las diversas salas de decisión del Tribunal Superior Militar, se han pronunciado recientemente al respecto, entre otros proveídos, caben destacar los siguientes radicados: 157312 del 21 de junio de 2012 M. P. TC. Camilo Suárez Aldana; 157392 del 31 de julio de 2012 M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome; 157160 del 26 de enero de 2012 M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo Pérez; 157303 del 22 de agosto de 2012 M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo; 157300 del

11 de mayo de 2012 TC. Jacqueline Rubio Barrera; 157307 del 8 de junio de 2012 M. P. CN(r) Carlos Alberto Dulce Pereira; 156776 del 8 de febrero de 2011 M. P. TC. Fabio Araque Vargas; 157348 del 12 de julio de 2012 M. P. TC. Pedro Gabriel Palacios Osma. Acto seguido, y con el fin de sustentar debidamente la conclusión a la que se arriba desde un inicio, se trae a colación lo expuesto en dos decisiones previas cuyo contenido se extracta a continuación: "De tal manera, la interrupción de la prescripción de la acción penal que consagra la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010, exige actuaciones diferentes e incomparables, o sea, no guardan similitud pues sus contenidos materiales y alcances son diferentes, imposibilitando su aplicabilidad a pesar que se sustente en el principio de favorabilidad, se repite, resquebraja el sistema"¹⁵⁷. "Sabido es entonces, que la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, vigente desde esta misma calenda, introdujo un nuevo sistema de procesamiento penal, en la jurisdicción penal militar, y que la misma coexiste, en lo pertinente, con la Ley 522 de 1999; sin embargo, el catálogo de reglas que hacen parte de aquel sistema procesal, en lo que toca con su aplicación, el legislador quiso modularlo a través del método de implementación gradual, tal como se desprende del contenido de los artículos 623 y 628 de la Ley 1407 de 2010. Lo anterior no implica, que las normas sustanciales o procesales contenidas en la nueva sistemática, no puedan aplicarse a un caso gobernado por las disposiciones de la Ley 522 de 1999, es decir, a conductas cometidas con anterioridad a la vigencia de aquella ley, como ocurre en el presente evento, pues ello entraña una clara violación al debido proceso, por desconocimiento del principio de favorabilidad, que es uno de sus elementos fundamentales"¹⁵⁸. Y finalmente se dice: "Hechas las anteriores precisiones, se insiste nuevamente por la Sala, que no es posible dar aplicabilidad al principio de favorabilidad y que tampoco se está desconociendo el de legalidad frente al instituto jurídico de la prescripción, lo que se pretende con esta decisión es evitar el resquebrajamiento del sistema descrito en la Ley 522 de 1999, pues como se señaló por el Colegiado en decisiones anteriores, no puede equipararse la Resolución de Acusación, actuación que en la Ley 522 de 1999 interrumpe la prescripción, con la formulación de la imputación acto que cumple la misma función en la nueva codificación castrense (Ley 1407 de 2010), al no guardar estas dos piezas procesales semejanza, pues son actuaciones procesales disímiles tanto en su contenido material como en su alcance, por ello, no es válido predicar identidad en sus figuras jurídicas."

Rad. 157720, agosto 12 de 2013, M. P. CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira. En esta decisión se señaló: "La Tercera Sala de Decisión considera que la postura de la Procuraduría es errada al tomar la Ley 1407/10 para solicitar la prescripción de la acción penal y consecuentemente la cesación del procedimiento, en razón a que se debe aplicar, pero el término de prescripción consagrado en la Ley 522 de 1999 y no el dispuesto en el Nuevo Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010). En este sentido este Colegiado¹⁵⁹ ha reiterado que: "... el

157 Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, radicado 156721 del 4 de noviembre de 2010.

158 Tribunal Superior Militar, radicado 157318 M. P. TC. Noris Toloza González del 16 mayo 2012.

159 Tribunal Superior Militar, sentencia febrero 25 de 2011, radicado 156800, M. P. CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira;

nuevo Código Penal Castrense adoptó el sistema penal acusatorio con una estructura similar a la consagrada en la Ley 906 de 2004 empero, guardando la naturaleza propia de la jurisdicción penal militar como justicia especializada, pero con los principios rectores que debe contener todo proceso penal por mandato constitucional... Dentro de ese contexto también se resalta que existen en la nueva ley términos perentorios y cortos que distinguen una etapa de otra atendiendo el principio de celeridad, lo que explica del por qué en el nuevo sistema se interrumpa la prescripción de la acción penal con la formulación de imputación, la cual comienza a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 76 del Código Penal Militar, que para el caso de la deserción es de un año, el que interrumpido con la imputación, principia a correr nuevamente por un término igual a la mitad del señalado, es decir, seis meses...Lo anterior permite inferir, como lo hizo en su momento la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁰, que el instituto de la prescripción contenido en la Ley 1407 de 2010 está dado para operar en el Sistema Acusatorio adoptado por la Justicia penal Militar, más no para el procedimiento que consagra la Ley 522 de 1999, al no estar regida por los mismos principios que ahora orientan el nuevo sistema procesal... De esta forma y siguiendo el precedente judicial aplicable a la presente decisión, se debe concluir que la interrupción de la prescripción en la Ley 522 de 1999 se efectúa con la resolución de acusación y en la Ley 1407 de 2010 con la formulación de imputación, ya que no guardan similitud por corresponder a actos procesales distintos en su contenido material y su alcance, por lo que no es dable predicar identidad en sus figuras jurídicas”.

En el mismo sentido se encuentra el radicado 158089 del 16 de diciembre de 2014, M. P. CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira.

IV. Cuarta Sala de decisión del Tribunal Superior Militar

Rad. 157362, julio 12 de 2012, M. P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana. En esta otra decisión el ilustre Magistrado Ponente sostuvo: “Tras el estudio del infolio y los argumentos esbozados por la recurrente, debe en principio señalar la Sala que reconoce el valioso y juicioso aporte de la apelante, pero de igual manera que su respetable postura no es compartida por el Tribunal, si se tiene en cuenta que el Colegioado ha venido construyendo una línea pacífica, y hoy se reitera, referente al problema jurídico planteado. En consecuencia y en atención a la naturaleza de los institutos procesales que se enfrentan, hemos entendido que ante la vigencia de la Ley 1407 de 2010 el término prescriptivo de la acción penal para el delito de Deserción es el establecido en la Ley 522 de 1999 y no el que consagra aquella codificación en sus artículos 76, 79 y

450. Para ahondar en razones resulta oportuno traer a colación lo que al respecto dejó sentado esta Sala¹⁶¹ en providencia del 19 de agosto de

sentencia diciembre 13 de 2102, radicado 157445, M. P. CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira, y sentencias radicados 156700, 156703, 156738, M.P. MY. (RA) Marycel Plaza Arturo.

160 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 24138, octubre 20 de 2005, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.

161 Rad. 157310 del 10 de mayo de 2012. M. P. TC. Jacqueline Rubio Barrera.

2011: “(...) El punto cardinal en que se cimenta la impugnación corresponde a que se declare la prescripción de la acción basados en el principio de favorabilidad, lo que conllevaría, en el sentir de la censora, a dar aplicabilidad al artículo 76 de la Ley 1407 de 2010. Al respecto anuncia la Sala desde ya que los argumentos de la apelante no están llamados a prosperar y que razón le asiste al funcionario instructor para haber adoptado la decisión que hoy se ataca, si se tiene en cuenta que en los fenómenos de transición o coexistencia legislativa la aplicación de la ley permisiva o favorable requiere que la sucesión de leyes en el tiempo tenga consonancia en punto del objeto o instituto procesal con vocación sustancial que se pretende invocar. Sobre este aspecto es oportuno rememorar lo que al respecto ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal: «(...) Pero si se quisiera ahondar en mayores razones téngase en cuenta que al haberse invocado la aplicación de la postrer legislación bajo la teleología de la favorabilidad, para ello –conforme lo ha señalado insistentemente esta Sala en el último año– además, desde luego, de la sucesión de leyes en el tiempo más el tránsito o la coexistencia de legislaciones, deben cumplirse básicamente tres condiciones: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable (...)»¹⁶². Bajo este entendido, no asalta el juicio afirmar que, ostensiblemente y en rigor dogmático, son disímiles el instituto de la imputación y la resolución de acusación, los presupuestos fácticos y procesales que las inspiran son de naturaleza totalmente distinta, con efectos incomparables, por lo que de suyo pretender asimilables no sólo quebranta la lógica jurídica, sino que desnaturaliza la estructura procesal dispuesta en las leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010.

A lo anterior se agregó: “En reciente pronunciamiento de esta Sala se señaló: “(...) para resolver la aludida solicitud, sirvió de sustrato el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, donde en punto a la aplicación del principio de favorabilidad, expresó: «...téngase en cuenta que al haberse invocado la aplicación de la postrer legislación bajo la teleología de la favorabilidad, para ello –conforme lo ha señalado insistentemente esta Sala en el último año– además, desde luego, de la sucesión de leyes en el tiempo más el tránsito o la coexistencia de legislaciones, deben cumplirse básicamente tres condiciones: (i) Que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable.»¹⁶³. Esta Sala en la providencia en mención, dijo: “Siguiendo el anterior derrotero, en el caso objeto de estudio, encontramos que el primer presupuesto se reúne, por cuanto el tópico de la prescripción está previsto tanto en la ley 522 de 1999, como en la 1407 de 2010, que para el delito de deserción, en la primera es de dos años (Art.83), y en la segunda de un año (Art. 76) por lo que aparentemente estaría satisfecho el juicio de

162 Rad. 23.700. Febrero 2 de 2006. M. P. Alfredo Gómez Quintero.

163 Sentencia de Casación del 9 de febrero de 2006, radicado 23700, M. P. Alfredo Gómez Quintero.

favorabilidad. Al estudiar la segunda condición, es nítido que las dos normativas también consagran la interrupción de la prescripción, en la ley 522 de 1999 dicho fenómeno ocurre con la ejecutoria de la resolución de acusación (Art. 86), y en la 1407 con la formulación de la imputación o acto de vinculación (Art. 450). No obstante, lo anterior, existen una serie de diferencias que dificultan sostener la similitud de presupuestos fáctico-procesales, pues adviértase, que en el procedimiento de la Ley 522 de 1999, la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la acusación, mientras que en la 1407 es el acto procesal de la vinculación. ...De tal manera, que en ambas leyes se presentan actos de vinculación, la indagatoria, en la primera y formulación de imputación en la segunda, así como actos de acusación, en la Ley 522 de 1999, la resolución de acusación, y en la 1407, el acto que comprende la entrega del escrito de acusación y la audiencia donde ésta se formula, de donde se concluye, que la semejanza de los presupuestos es admisible, de una parte, frente a los factores de vinculación y de otra, entre los de acusación, pero no es viable pregonar que la vinculación se equipara a la acusación. En este orden de ideas, fuerza colegir que el instituto previsto en el artículo 450 de la nueva Ley 1407, que rige la interrupción del término de prescripción de la acción penal, únicamente se aplica en los procesos que deban adelantarse por el procedimiento señalado en dicha ley, que contempla la formulación de la imputación, habida cuenta que no son iguales los actos procesales que originan la interrupción de la prescripción, como lo entiende el representante del Ministerio Público... Ciertamente que la Ley 1407 de 2010, que implantó el sistema acusatorio en la justicia penal castrense, en el artículo 76 redujo en un (1) año el término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción respecto al establecido en la Ley 522 de 1999 de dos (2) años, lo cual a primera vista y sin más, nos llevaría a la conclusión de que este último se torna más favorable para el procesado imponiéndose su aplicación, pero al analizar dicho instituto de la prescripción de cara a la naturaleza de los procedimientos que cada una de las citadas leyes prevé, a otro resultado se arriba, pues se advierte que estos son disímiles,

por cuanto la segunda, establece un régimen inquisitivo con tendencia acusatoria, mientras que la primera, instituyó el nuevo sistema de clara orientación acusatoria erigido sobre principios fundamentales dentro de los cuales están el de oralidad, inmediatez, concentración y celeridad, que no es semejante al establecido en la Ley 522 de 1999, y que en lo esencial es similar a la ley 906 de 2004, con muy pocas divergencias con esta... De manera tal, que los términos cortos previstos en la citada ley obedecen justamente a las indicadas particularidades, entre otras, que gobiernan el sistema acusatorio en la justicia penal militar, por lo que resulta entendible que el lapso de prescripción de la acción penal para el delito de deserción se haya fijado en un (1) año... Ha dicho la Corte Suprema de Justicia: «...el principio de favorabilidad, no puede ser valorada ni aplicada a partir de la simple y escueta lectura y comparación de nombres de normas, por ejemplo, prescripción y acusación. Como es elemental, el ejercicio exige que el análisis tome en consideración el sistema de que ellas forman parte y los presupuestos, trámites y finalidades que debían cumplir cada uno de esos regímenes, y solo desde ese estudio global, luego de concluir en la similitud de los institutos, escoger la disposición benéfica». En síntesis, estima la sala que el término de prescripción de la acción penal de un (1) año señalado para el delito de deserción en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, preceptiva que debe interpretarse en consonancia con el artículo 450 de la misma, sólo es aplicable exclusivamente para los asuntos que se adelanten por el nuevo esquema de procedimiento acusatorio que aquella creó, y este no es el caso, por cuanto la investigación que se impulsa contra el SLR. López Arévalo Eder, por el reato de deserción, está siendo tramitada conforme al rito procesal señalado en las Leyes 522 de 1999 y 1058 de 2006, que están vigentes y coexisten con la nueva. Es sabido que en la justicia penal militar no se ha implementado el sistema acusatorio, y según el Decreto 4977 de 2011 este empezará a aplicarse a partir del primero de enero de 2013. Por lo tanto, consideramos que la favorabilidad en lo referente al artículo 76 de la ley en mención no opera en este evento (...)^{164/165}.

Artículo 78. Iniciación del término de prescripción.

La prescripción de la acción empezará a contarse, para las conductas punibles instantáneas, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes. En las conductas penales omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– **Término de prescripción e interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción penal:**

“[...] La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada. <Inciso 1º modificado por el artículo 6º de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.” (Corte Constitucional. Sentencia: C-281/ 2013. Mayo 15/2013. M. P. Mauricio González Cuervo).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– **Acción de tutela contra providencias judiciales- prescripción de la acción penal:**

“[...] La prescripción de la acción penal “es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción”. Esta figura se materializa cuando, quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal, dejan vencer el plazo señalado por el Legislador para ejercerla, sin haber adelantado las gestiones necesarias para determinar la

164 Radicados 157310 y 157300. M.P. TC. Jacqueline Rubio Barrera.

165 Radicado 157321 M.P. TC. Jacqueline Rubio Barrera.

responsabilidad del presunto infractor de la ley penal, lo cual implica la pérdida de potestad de la autoridad judicial competente para continuar con una investigación en contra de la persona beneficiada con la prescripción.

[...] Es en la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para que se le defina su situación jurídica, pues este no puede quedar sujeto perpetuamente a la imputación que se ha proferido en su contra. Esta garantía encuentra fundamento en el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues “ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”. (Corte Constitucional. Sentencia: T-281/ 2014. Mayo 8 de 2013 M. P. Mauricio González Cuervo).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– **Acción de tutela contra providencias judiciales – prescripción de la acción penal:**

[...] La prescripción de la acción penal, por su parte, es una de las causales de extinción de la pretensión punitiva del Estado y, por tanto, libera al ciudadano de la incertidumbre que supone la existencia de un proceso penal en su contra. [...] La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación y, una vez ella se ha producido, “comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal”. (Corte Constitucional. Sentencia: SU-433/2020. Oct. Primero de 2020. M. P. Alejandro Linares Cantillo, Luis Javier Moreno Ortiz).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN – **El fenómeno de la prescripción de la acción penal, inicio del término e interrupción.**

“En el asunto examinado, la síntesis procesal consignada en precedencia permite advertir, sin dificultad, que la prescripción de la acción penal, respecto del delito objeto de acusación y juzgamiento, se configuró durante el trámite del recurso extraordinario de casación y, por lo tanto, de conformidad con la citada jurisprudencia, le corresponde a la Sala adoptar la decisión pertinente. Para efectos de lo anterior, no sobra precisar que de conformidad con el artículo 83 del Código Penal vigente al momento de los hechos (Ley 599 de 2000), la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si es privativa de la libertad, pero en ningún caso ese lapso puede ser inferior a cinco años, ni exceder de veinte, salvo que se trate de las conductas punibles de desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, caso en el cual el término máximo es de treinta años. Según los artículos 84 y 86 de la legislación en comento, la iniciación del término de prescripción comienza a contarse, para los delitos instantáneos, desde el día de la consumación y, desde la perpetración

del último acto, en los delitos tentados o permanentes. Este tiempo se interrumpe por la resolución de acusación o su equivalente debidamente ejecutoriada y comienza a correr de nuevo por un período igual a la mitad del señalado en la norma inicialmente invocada, pero en ningún caso puede ser inferior a cinco años, ni superior a diez”. (CSJ, Sent. Casación N.º 30713, dic. 02/2008. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **A efectos de la prescripción, se debe tener en cuenta las circunstancias de agravación específicas del delito.**

“Como ya tuvo ocasión de expresarlo la Sala en el auto recurrido, ni bajo la vigencia del código anterior ni en la de la actual han sido consideradas para determinar el lapso de la prescripción las circunstancias señaladas para individualizar la pena imponible en la sentencia (Arts. 36 del Código Penal de 1936 y 61 del de 1980), sino las específicas del delito que, en cada caso particular, agravan o atenúan las sanciones correspondientes señaladas en la respectiva disposición penal (artículo 105 del Código de 1936) o, lo que viene a ser lo mismo, las que aumentan o disminuyen la pena fijada en la ley (Art. 80 del Código de 1980)”. (CSJ, Cas. Penal, Auto Oct. 30/84, Rad. 26968. M. P. Dante L. Fiorillo Porras).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La prescripción en los delitos de ejecución permanente.**

“En segundo lugar, punto que entraña mayor dificultad, es necesario determinar cuándo inicia ese cómputo a la luz del artículo 84 del mismo estatuto. En lo pertinente, la norma reza: Iniciación del término de prescripción de la acción. En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación. En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto (...) (resalta fuera de texto). (...) Ante ese panorama, no se remite a duda que el delito en cuestión es de los llamados dogmáticamente de ejecución instantánea, solo que cuando se realiza mediante actos diversos prolongados en el tiempo, como aquí ocurre, es preciso acudir al concepto de unidad de designio o de acción para definir cuándo opera su consumación y de ahí el momento a partir del cual empieza a correr el término de prescripción de la acción penal en el período instructivo, pues es claro que, frente a tal supuesto, tendría la connotación de un verdadero delito continuado. (...) Pues bien, la jurisprudencia de la Sala al referirse a esta figura –el delito continuado– la ha analizado, por lo general, bajo el prisma de los delitos contra el patrimonio económico; no obstante, como así se reconoce en la reciente decisión CSJ. AP, nov. 25 de 2015, rad. 46934, no se excluye su configuración frente a otras especies delictivas, como ocurre con el delito de prevaricato por acción, aunque se subraya que en tal caso se torna forzoso exponer las razones, a partir de sus elementos, que llevan a considerarlo así, so pena de recaer

en defectos de motivación: Al margen de que en estricto sentido el apoyo jurisprudencial opera para delitos cometidos contra el patrimonio económico y frente a lo que se ha conocido como delito continuado, interesa destacar para lo que aquí se debate, que la determinación de unidad de delito no opera apenas teleológica, esto es, porque se tenga una idea criminal general y ella abarque todas las conductas, así estas en su esencia objetiva no comporten ilicitud ninguna, sino en virtud de que pese a poder diferenciarse como efectivamente delictuosa cada conducta individualizada, todas ellas se atan por ocasión del querer criminal común o inicial. Lo expuesto significaría, entonces, que en el asunto debatido se afirmasen demostradas como delictuosas –en un plano objetivo y subjetivo, vale decir, manifiestamente contrarias a la ley, fruto del querer y voluntad de su ejecutor–, cada una de las resoluciones objeto de acusación, solo que ellas se enmarcan en un solo delito por virtud del fin único que se dice las hermana. Así las cosas, del tribunal se esperaría que directamente se refiriese a cada uno de los delitos de prevaricato por acción despejados por el ente instructor, a efectos de demostrar que, o no comportan individualmente los ingredientes para definir su naturaleza delictuosa, o efectivamente es posible hacer dicha afirmación. (...) La jurisprudencia de esta corporación igualmente ha precisado que para la configuración del delito continuado deben concurrir los siguientes elementos: “a) Un componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad; b) el despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión; y c) la identidad del tipo penal afectado con los tales comportamientos” (CSJ. AP, 25 jun. 2002, rad. 17089). Sobre el mismo concepto, la Corte en CSJ. AP, 20 feb. 2008, rad. 28880, hizo énfasis en torno al componente referido al dolo unitario para identificar el delito continuado, de la siguiente forma: El legislador considera la existencia de un solo delito cuando un mismo sujeto dentro de un propósito único comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe homogeneidad. De tal manera, el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracteriza por la homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que esta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador. (...) Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que este es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar

en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado, sino que se está en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso. Aplicadas las pautas anteriores al caso sub exámine se advierte cómo se cumplen los derroteros del delito continuado, empezando porque se está ante una objetiva homogeneidad de acciones y de modus operandi”. (CSJ, Sent. Casación N.º 39464, marz. 9/2016. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Término de prescripción en delitos de ejecución permanente.**

“Ciertamente, si lo que se pretende en el proceso penal es juzgar las conductas punibles a partir de la indagación que el ente instructor realiza de comportamientos cuya ejecución se inició obviamente con anterioridad, aunque continúe realizándose en el tiempo, investigación que se concreta en el doble acto de imputación fáctica –que compendia las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión del hecho– y jurídica –que califica la conducta desde la normativa penal– contenida en la acusación, aún, tratándose de delitos de ejecución permanente existe un límite a la averiguación, de manera que cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente.(...). 4. En consecuencia, como con la ejecutoria de la resolución de acusación se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos hasta el cierre de la investigación, se debe aceptar como cierto, aunque en veces sea apenas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia, i) los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto; y, ii) a partir de ese momento es viable contabilizar por regla general el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha quedado superado ese “último acto” a que se refiere el inciso 2º del artículo 84 del Código Penal. 5. Se afirma que, por regla general, porque es factible que antes de esa fecha se realicen actos positivos que demuestren que cesó la ilicitud –verbigracia, que se haga dejación de las armas– o se aprehenda al rebelde, casos en los cuales, en esas ocasiones, en principio, se debe entender cumplido el último acto de ejecución del delito permanente para efectos de la prescripción de la acción penal. Que la captura constituye un límite temporal de la actividad delictiva, es conclusión que emana de la propia naturaleza de la medida restrictiva de la libertad, como que precisamente uno de los fines de la detención lo constituye, en términos del artículo 355 del estatuto procesal penal, impedir que el sindicado persista en la realización del comportamiento reprochable. Resultaría un contrasentido que el Estado reduzca a prisión a una persona para hacer cesar la comisión de la conducta punible, pero al mismo tiempo el propio Estado reconozca que la medida no es eficaz porque por tratarse de un delito de ejecución

permanente, el detenido sigue realizando actividades delictuales. 6. Relacionando entonces la regla general con la excepción que se derivaría del hecho de la captura, tres diversas situaciones podrían presentarse respecto de la prescripción de la acción penal en los delitos de ejecución permanente, como el de rebelión: Una. Que la captura se produzca antes de la resolución de acusación. Dos. Que la aprehensión ocurra después de proferida tal resolución. Tres. Que no sea posible la privación de la libertad. En el primer evento –captura anterior al enjuiciamiento–, el término de prescripción empezará a correr a partir de la fecha de la detención física, pues ya el Estado ha asumido el control de las actividades que pueda desarrollar el sindicado al someterlo al régimen carcelario. En este caso, el plazo se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y se contabiliza de nuevo por la mitad del término sin que sea inferior a 5 años, conforme lo preceptúan los artículos 83 y 86 del Código Penal. En las otras dos circunstancias –captura posterior a la acusación, o imposibilidad de aprehensión–, como con la ejecutoria del pliego que convoca a juicio se hace en todo caso inmodificable la imputación fáctica, la valoración que aquella contenga se referirá siempre a los hechos realizados con anterioridad a la resolución que dispuso el cierre de investigación, cuya ejecutoria será el hito que marcará el inicio del plazo prescriptivo, que se podrá interrumpir cuando la resolución acusatoria adquiera firmeza”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. jun. 20 /2005, Rad. 19915. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **Término de prescripción.**

“El término de prescripción deberá contarse desde el día de la consumación de la conducta en los hechos punibles instantáneos y/o, desde la consumación del último acto, en los permanentes y se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, según rezan los artículos 85 y 86 de la Ley 522 de 1999; interrumpida la prescripción, el término empezará a correr de nuevo para la etapa de juzgamiento, por un lapso igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de aquella normatividad, sin que este lapso pueda ser inferior al término previsto en el artículo 83 *Ibidem*. Ahora bien, el parágrafo del artículo 83 del Estatuto Punitivo Castrense, para efectos de la contabilización del término de prescripción, así como de la interrupción en delitos comunes, remite de manera expresa a lo normado en el artículo 83 del código penal, para los hechos punibles cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, categoría en que la que se encuentran incluidos los miembros de la Fuerza Pública, en esa medida, debe incrementarse en la tercera parte, según lo dispuesto en el inciso quinto de la citada preceptiva, contexto que nos permite afirmar que el término extintivo de la acción penal para delitos comunes, no puede ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación en doctrina unificada. (TSM. RAD. 157978-251-XV-121, M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome, agosto 22 de 2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **La aplicación de circunstancias de agravación y/o atenuación punitiva y la prescripción de la acción.**

“La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que cuando de circunstancias de atenuación y agravación concurrentes se trata, en punto de los criterios para determinar la prescripción, no se hace referencia a los fenómenos posdelictuales, por ejemplo, el reintegro en los delitos contra la administración pública, o, como en este caso, a las contenidas en el artículo 401 de la Ley 599 de 2000, referidas a la cesación del mal uso antes de iniciarse la investigación, sino a aquellas que “(...) se indican por ministerio de la ley, objetiva y expresamente, como circunstancias que atenúan o agravan las penas respecto de cada delito, en sí mismo considerado, como cuando este se ha iniciado o consumado en el exterior, o cuando lo ha cometido un empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, o cuando se comete en cualesquiera de las circunstancias específicas que lo agravan o lo atenúan, como en el homicidio en el evento del artículo 324 del Código Penal o los delitos contra el patrimonio económico en los casos del artículo 373 *ibidem* (...)”. En palabras más exactas, las circunstancias modificadoras de la punibilidad que impactan el término prescriptivo son aquellas que por regla general se estructuran al momento de la comisión de la conducta y no las circunstancias posdelictuales. Miremos: “Evidentes resultan los yerros del Tribunal al analizar el tema, pues pasó por alto que las reducciones de pena por reintegro en los delitos contra la administración pública no generan la modificación de los extremos legislativos de la pena, sino que por tratarse de una conducta posdelictual se aplican únicamente en la fase de la determinación judicial de la pena, esto es, que verificado el procedimiento de tasación de la sanción, de ella se deduce, en la proporción que corresponda al monto del reintegro y al estadio procesal en que se haya realizado, la cantidad que corresponda. No es poca diferencia la que surge de una y otra conceptualización, pues al obrar el Tribunal de esa manera, terminó variando el término de prescripción al concluir que la reducción se aplicaba al máximo de la pena imponible, yerro que de aceptarse habría llevado a la cesación de este procedimiento por prescripción antes de la sentencia del Tribunal que, al haber sido producida en el año 2003, estaría por fuera del lapso de prescripción que habría ocurrido en marzo de 2002. No obstante, como de tiempo atrás lo tiene establecido el precedente de la Sala y surge del obvio entendimiento de la naturaleza del reintegro como comportamiento que depende de la exclusiva voluntad del procesado, se repite, las reducciones de pena que esa actuación genera no afectan los extremos punitivos fijados por el legislador y, por tanto, tampoco inciden en el término prescriptivo”. (Subrayado fuera de texto). (TSM. RAD. 159033-XV-423 EJC.M. P. CR Marco Aurelio Bolívar Suárez, 20 de noviembre de 2019).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La prescripción en los delitos de omisión propia.**

“Esta Corporación de manera mayoritaria, pacífica y reiterada ha señalado frente al fenómeno prescriptivo de la acción penal en el delito de deserción, que la Ley 1407 de 2010 introdujo una modificación sustancial frente a este preciso, puesto que mientras la Ley 522 de 1999 marcaba en su artículo 86 que ésta empezaba a contarse para los hechos punibles instantáneos desde el día de la consumación y desde la perpetración del último acto en los tentados y permanentes, el artículo 78 del vigente estatuto punitivo castrense introdujo el momento desde el cual debía contabilizarse dicho período en los delitos de omisión, aspecto del que adolecía la normatividad anterior, señalando: “La prescripción de la acción empezará a contarse, para las conductas punibles instantáneas, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto en los tentados y permanentes. En las conductas penales omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar”. La categorización de la deserción como conducta de ejecución instantánea o permanente registraba consecuencias de hondo calado frente a la prescripción como mecanismo de extinción de la acción penal en vigencia de la Ley 522 de 1999. Entender que la hipótesis delictiva señalada en el artículo 109.2 del Código Penal Militar corresponde a un delito de ejecución instantánea implicaba aceptar que el término prescriptivo comienza a contabilizarse a partir del quinto día en que se registraba la ausencia de quien había sido incorporado a prestar el servicio militar. Por el contrario, reputarlo de ejecución permanente impone que el hito de partida del lapso conclusivo tendría lugar en el momento en que se perpetrara el último acto, es decir, cuando cesara el actuar omisivo del agente frente a la obligación jurídica de presencia y permanencia en las filas. Situación que zanjó en forma definitiva el Código Penal Militar de 2010, puesto que el tipo penal señalado en el artículo 109.2 de la Ley 1407 de 2010, corresponde a un delito de omisión propia, caracterizado, en general, porque describe una conducta negativa que resulta jurídicamente relevante en cuanto el agente tiene la obligación jurídica de hacer, deber institucional que omite, por la no realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico, en este caso, del servicio. El delito de deserción, particularmente el definido por el numeral 2 del artículo 109 del Código Penal Militar, describe como punible una conducta negativa que desatiende el deber jurídico de presencia y permanencia que impone la relación especial de subordinación jurídica que existe entre el ciudadano y el Estado,...(…) es decir, a persistir en el servicio militar hasta culminar el período que conforme la modalidad del mismo se encuentre cumpliendo, de acuerdo a lo señalado por la Ley 48 de 1993 modificada por la Ley 1861 de 2017. No presentarse al servicio conlleva una conducta negativa u omisiva frente al deber jurídico impuesto, en la medida en que el que ha sido incorporado al servicio militar se abstiene, se rehúsa o se niega a cumplir un acto positivo exigido por el marco legal, como lo es presentarse y permanecer en el servicio durante el período determinado legalmente. El deber jurídico de presencia y permanencia implica, además, que quien ha sido incorporado al servicio

militar se presente ante sus superiores una vez finalizado un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso, una comisión u otro acto del servicio, todo ello como manifestación del cumplimiento del deber legal de continuar con el servicio militar. Por esa razón, la obligación jurídica de reincorporarse al servicio por parte del desertor no concluye al quinto día siguiente de la fecha en que omitió presentarse ante sus superiores respectivos, sino que el deber de presencia y permanencia en el servicio militar subsiste desde que se produce la incorporación hasta que se causa su desacuartelamiento, es decir, que el deber jurídico de atender el servicio militar persiste mientras quien ha sido incorporado mantenga la calidad de Soldado. La Corte Suprema de Justicia estableció frente al momento en que comienza a correr el término prescriptivo, tratándose de delitos de omisión, lo siguiente: “(...) Con lo cual ha precisado así que en relación con el tiempo de la conducta punible a que alude el artículo 26 del Código Penal dicha omisión se considera realizada en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, para descartar por ende que se trate de un delito permanente, no menos cierto es que para efectos prescriptivos la Ley 599 de 2000, a diferencia de la legislación precedente, no tuvo en cuenta en los delitos de omisión como hito para que empezará a correr el correspondiente término el momento de consumación, sino aquel en que haya cesado el deber de actuar, valga decir, haya cesado la obligación de consignar las sumas retenidas, auto retenidas o recaudadas en tratándose del delito nominado como omisión del agente retenedor. Siendo por tanto ese el momento de consumación de la omisión punible él no necesariamente coincide en este delito con aquel a partir del cual se cuenta el término prescriptivo, lo cual descarta además alguna antinomia entre los artículos 26 y 84, inciso 3°, de la Ley 599, pues por propia disposición legal es claro que él se contabiliza a partir de que haya cesado el deber de actuar, a diferencia de los delitos de acción en que dicho lapso se computa desde la consumación si se trata de punibles de ejecución instantánea o a partir de la perpetración del último acto si se trata de punibles tentados o de ejecución permanente, distinción que ciertamente no existía en el Decreto-Ley 100 de 1980 pues allí en su artículo 83 no se hacía relación a los delitos de omisión, por eso en tales condiciones la Corte siempre reconoció el fenómeno prescriptivo en todos aquellos hechos que cometidos en vigencia del anterior Código Penal hubieren alcanzado el lapso respectivo contado a partir de su consumación, situación que evidentemente no puede proseguir en idéntica forma bajo la Ley 599 por disponer ésta ahora de manera expresa que “en las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar”. Bajo dichas premisas el tránsito legislativo frente a los punibles de omisión comporta entonces un trato diferenciable para efectos de contabilizar el lapso prescriptivo, pues en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980 se computaba a partir de los momentos señalados en el artículo 83, “para los hechos punibles instantáneos, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes”, mientras que la Ley 599 de 2000 dispone –se reitera– que “en las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar”. En este orden de ideas, para efectos

de contabilizar el inicio del término de prescripción de la acción penal, habrá que señalar el momento en que concluye o finiquita el deber de presencia y permanencia de quien abandonó el servicio militar. Para el efecto, la conducta omisiva de deserción a que alude el numeral 2 del artículo citado párrafos atrás, concluye, como primera medida, cuando el autor del punible ejecuta la acción positiva, es decir, decide voluntariamente regresar a cumplir con el deber jurídico de continuar prestando el servicio militar, ese momento marca el hito desde el cual comienza a correr el término prescriptivo porque es allí cuando cesa la conducta antijurídica al darse cumplimiento al deber de presencia y permanencia. Similar situación ocurre cuando se produce la captura ordenada judicialmente contra quien es procesado por el delito de deserción, con fines de indagatoria o para el cumplimiento de la medida de aseguramiento de detención preventiva, puesto que la libertad del autor se encuentra restringida como consecuencia de la conducta punible, encontrándose en imposibilidad física de acudir al servicio por mandato judicial, no siéndole imputable a partir de ese momento el desconocimiento del deber jurídico de reintegrarse al servicio por encontrarse privado de la libertad. Frente a la privación de la libertad judicialmente decretada como límite del término prescriptivo ha señalado la Honorable Corte Suprema de Justicia: "5. Se afirma que, por regla general, porque es factible que antes de esa fecha se realicen actos positivos que demuestren que cesó la ilicitud – verbigracia, que se haga dejación de las armas- o se aprehenda al rebelde, casos en los cuales, en esas ocasiones, en principio, se debe entender cumplido el último acto de ejecución del delito permanente para efectos de la prescripción de la acción penal. Que la captura constituye un límite temporal de la actividad delictiva, es conclusión que emana de la propia naturaleza de la medida restrictiva de la libertad, como que precisamente uno de los fines de la detención lo constituye, en términos del artículo 355 del estatuto procesal penal, impedir que el sindicado persista en la realización del comportamiento reprochable. Resultaría un contrasentido que el Estado reduzca a prisión a una persona para hacer cesar la comisión de la conducta punible, pero al mismo tiempo el propio Estado reconozca que la medida no es eficaz porque por tratarse de un delito de ejecución permanente, el detenido sigue realizando actividades delictuales. (...) En el primer evento – captura anterior al enjuiciamiento–, el término de prescripción empezará a correr a partir de la fecha de la detención física, pues ya el Estado ha asumido el control de las actividades que pueda desarrollar el sindicado al someterlo al régimen carcelario...". Por otra parte, si quien abandona el servicio militar no se reintegra al mismo de forma voluntaria, o durante el proceso judicial que se inicia no se ordena o se produce su captura, el término prescriptivo comenzará a correr cuando haya concluido el deber de presentarse al servicio, es decir, cuando se produzca el acto administrativo que ordene el desacuartelamiento o el retiro del servicio del desertor, en cuanto este tiene "la capacidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica en beneficio o a cargo de una persona, o permite aplicar a esta una situación jurídica objetiva", en la medida que la obligación jurídica de reintegrarse al servicio militar se extingue cuando quien ha sido

incorporado es despojado de su condición de militar, concretamente de la categoría como soldado, infante de marina o auxiliar bachiller, no siéndole exigible de ninguna manera el deber legal de permanecer en filas a partir de ese momento. Situación que implica jurídicamente la supresión del deber jurídico de mantenerse en filas, por lo que al cesar la obligación constitucional finiquita igualmente la exigencia de una conducta positiva por parte del ordenamiento penal, como corresponde a la de presencia y permanencia en el servicio militar. Ahora bien, de no darse ninguna de las situaciones anteriormente establecidas, es decir, la presentación al servicio, la restricción de la libertad judicialmente decretada o la desincorporación del agente, el lapso prescriptivo no puede proseguir indefinidamente, situación a la que por virtud de la naturaleza del punible de deserción como delito de ejecución permanente debe darse tratamiento especial, debiéndose tener como fecha para dar inicio al término prescriptivo el momento en que se dé la ejecutoria de la resolución de cierre de la etapa instructiva, puesto que hasta ese instante la conducta es objeto de calificación jurídica, sin que pueda admitirse que sus efectos superen temporalmente a la resolución de acusación, en cuyo evento podrán ser objeto de investigación distinta, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia, al señalar: "4. En consecuencia, como con la ejecutoria de la resolución de acusación se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos hasta el cierre de la investigación, se debe aceptar como cierto, aunque en veces sea apenas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia, i) los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto; y, ii), a partir de ese momento es viable contabilizar por regla general el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha quedado superado ese "último acto" a que se refiere el inciso 2º del artículo 84 del Código Penal. (...) En las otras dos circunstancias –captura posterior a la acusación, o imposibilidad de aprehensión–, como con la ejecutoria del pliego que convoca a juicio se hace en todo caso inmodificable la imputación fáctica, la valoración que aquella contenga se referirá siempre a los hechos realizados con anterioridad a la resolución que dispuso el cierre de investigación, cuya ejecutoria será el hito que marcará el inicio del plazo prescriptivo, que se podrá interrumpir cuando la resolución acusatoria adquiera firmeza...". En este orden de ideas, para efectos de contabilizar el inicio del término de prescripción de la acción penal, habrá de señalarse que el deber de presencia y permanencia de quien abandonó el servicio militar, encontrándose incorporado al mismo, cesa cuando ocurre uno de tres eventos, a saber: i) Cuando el desertor se presenta ante sus superiores militares respectivos de forma voluntaria o por captura judicialmente decretada; ii) En la fecha en que se produce el acto administrativo de desacuartelamiento o retiro del servicio, y iii) al momento de producirse la ejecutoria de la resolución que decretó el cierre de la etapa instructiva. (TSM. RAD. 159451-326-XIV-403-EJC M. P. CR. Wilson Figueroa Gómez, 27 de mayo de 2021).

Sentencias Concordantes:

Casación 26392 del 2 de diciembre de 2008. M. P. Alfredo Gómez Quintero. Radicado 34153 del 30 de junio de 2010. M. P. Yesid Ramírez Bastidas. Tribunal Superior Militar y Policial radicado 151722, 2 de febrero de 2009, Cuarta Sala de Decisión, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana. Radicado 154992, 16 de marzo de 2009, Primera Sala de Decisión, M. P. TC. Ismael Enrique López

Criollo. Radicado 26968 del 30 de octubre de 1984, M. P. Dante I. Fiorillo porras, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Radicado 22778 del 13 de octubre de 2004, M. P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia Casación 26392 del 2 de diciembre de 2008. M. P. Alfredo Gómez Quintero. Radicado 34153 del 30 de junio de 2010. M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

Artículo 79. Interrupción del término prescriptivo de la acción penal.

La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Interrumpida la prescripción, comenzará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 76 de este Código.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Término de prescripción e interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción penal:**

“(…) Atendiendo los fundamentos de la prescripción no existe obstáculo en aceptar que el término para que opere este fenómeno pueda ser interrumpido, dando lugar a un nuevo cómputo del tiempo con el fin de que el Estado en su deber constitucional de administrar justicia y de investigar y reprimir los delitos pueda adelantar de manera eficiente y eficaz la respectiva investigación, permitiendo de paso que el sindicado también tenga la oportunidad de estructurar adecuadamente su defensa. (...) Para que opere la interrupción de la prescripción de la acción penal es menester que el Estado haya adelantado una actuación que sea capaz de permitirle señalar fundadamente la responsabilidad por la comisión de un hecho punible y justifique, por ende, la contabilización de un nuevo término para investigarlo y sancionarlo. Dicha actuación debe suponer, por lo menos, la demostración de la ocurrencia del hecho punible y la existencia de serios elementos de juicio referidos a sus elementos estructurales como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. (...) Por sus características, la resolución de acusación se erige como el acto idóneo que justifica la interrupción de la prescripción de la acción penal, toda vez que su expedición demanda como presupuestos sustanciales la demostración de la ocurrencia del hecho y la existencia de serios elementos de juicio que comprometan la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad del infractor de la ley penal. Mediante la resolución de acusación con la cual se interrumpe la prescripción no se impone una sanción y tampoco se define el proceso penal como sí lo hace la sentencia, pues por su misma naturaleza y fines tiene carácter provisional que no deja en estado de indefensión al sindicado. (...) En este orden de ideas, para que opere la interrupción de la prescripción de la acción penal es menester que el Estado haya adelantado una actuación que sea capaz de permitirle señalar fundadamente la responsabilidad por la comisión de un hecho punible y justifique, por ende, la contabilización de un nuevo término para investigarlo y sancionarlo. Dicha actuación debe suponer, por lo menos, la demostración de la ocurrencia del hecho punible y la existencia de serios elementos de juicio referidos a sus elementos estructurales como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. (...) La

perentoriedad en el cumplimiento de los términos procesales para adelantar la investigación adquiere importancia porque existe una persona perfectamente individualizada e identificada a la que el Estado debe definirle con la mayor prontitud posible su situación jurídica.

Al respecto, la Corte ha precisado:

“...según el artículo 250 de la Carta, compete a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, “investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes”, “asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal”, “calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas”, funciones estas que llevan implícita la atribución, propia del juez, de definir, al administrar justicia, sobre el material, fruto de la investigación, que le entrega la Fiscalía. “De acuerdo con el artículo 252 *Ibidem*, ni siquiera durante los estados de excepción (artículos 212 y 213 CP.) es posible suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento. Sería inconstitucional, entonces, refundir tales atribuciones y obligar a los fiscales a que, cuando formulan resolución de acusación, resuelvan, de manera definitiva, todo lo atinente a la calificación jurídica de los hechos investigados, puesto que, si así pudieran hacerlo, desplazarían al juez, quien estaría llamado tan sólo a refrendar la calificación de la Fiscalía, en abierta transgresión a los preceptos constitucionales.

“La calificación a cargo de dicho organismo debe, entonces, ser provisional –por su misma naturaleza intermedia, sujeta a la posterior decisión del juez– y el sólo hecho de serlo no deja al procesado en indefensión, ya que, no obstante la posibilidad de que se haya preparado para su defensa con base en los datos y criterios iniciales que la hayan inspirado, aquel siempre podrá, supuestas todas las condiciones y garantías del debido proceso, velar por la real verificación de los hechos y hacer efectivos los mecanismos jurídicos tendientes a la búsqueda de la verdad, con miras a la genuina realización de la justicia. Lo que entre en colisión con tales valores no puede entenderse incorporado al debido proceso ni erigirse en parte inseparable del derecho de defensa”. (Corte Constitucional, Sentencia C-416/2002. Mayo 28/02, M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Prescripción de la acción penal – **prescripción en debido proceso – derecho al plazo razonable.**

“(…) El artículo 29 de la Constitución consagra en cabeza de toda persona el derecho fundamental al debido proceso, aplicable a toda actuación judicial y administrativa, que comporta, entre otras, la garantía de no ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio –principio de legalidad–, y a través de un proceso público, sin dilaciones injustificadas. Estos preceptos se encuentran previstos también en los artículos 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (...) No se trata de postulados menores; las garantías del debido proceso en materia penal configuran verdaderos límites al ejercicio del poder punitivo, y constituyen principios esenciales del Estado de Derecho: “el derecho penal es la expresión del ius puniendi del Estado que, a través de un conjunto de normas jurídicas, establece cuales son los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, las conductas constitutivas de delitos y aquellas penas o medidas de seguridad que deben imponerse a quienes las cometen, mediante los procedimientos dispuestos para tal fin y los instrumentos jurídicos y administrativos diseñados para su ejecución. La facultad punitiva del Estado encuentra límites en la Constitución, la cual ha proyectado en sus instituciones sustantivas, procedimentales y de cumplimiento de la sanción, la observancia de garantías que protegen los derechos fundamentales de las personas destinatarias del mismo y legitiman el ejercicio del poder punitivo de la estructura estatal dentro del orden constitucional. (...) El desconocimiento de las garantías superiores que protegen la libertad afecta directamente la estructura del Estado de Derecho y el orden constitucional, puesto que configura una trasgresión de los ‘principios regulatorios que rigen todo el sistema’. (...) Uno de esos límites como trasunto fiel del due process of law, es de carácter temporal y se funda en la directa y severa conclusión de que el Estado no puede mantener sub iudice a una persona de manera indefinida. Esta limitación se deriva del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, y se afianza, entre otros, con la fijación de un término de prescripción de la acción penal. Es pertinente desarrollar estos conceptos, por ser de relevancia para el análisis del caso que ahora ocupa la atención de la Sala. (...) Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o “Pacto de San José” establece en su artículo 8° que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. (Corte Constitucional, Sentencia SU-433/2020, 1° de octubre 1/20 M. P. Alejandro Linares Cantillo, José Fernando Reyes Cuartas).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La prescripción alegada debe expresar la fecha de la iniciación o interrupción del término prescriptivo de la acción penal; cuándo se reanudó en el evento de haber sido interrumpido y cuándo aconteció la causa extintiva de ella.**

“A continuación señala que el cargo formulado por la vía de la nulidad, demuestra el desconocimiento de la garantía del juez competente. Así las cosas, no hace ejercicio jurídico alguno tendiente a mostrar de qué manera feneció la acción penal antes de la sentencia de segunda instancia. Solo advierte que de acuerdo con el artículo 83 del Código Penal, la prescripción de la acción penal no puede ser inferior a cinco años ni superior a veinte, pero a ninguna conclusión llega a partir de esta manifestación. Luego de manera confusa, expresa que si bien es cierto a partir de la imputación el término es de la mitad, en este caso “la pena de prisión es inferior a los cinco años” y “adicionalmente el delito no es de aquellos sancionados con pena no privativa de la libertad”, razón por la cual “el inciso 4 no resulta aplicable, es decir no se puede aplicar las causales que modifican la punibilidad a tenor del artículo 83 inciso 5 de la norma”. Ninguna de tales ideas desarrolla y explica, ni de ellas se infiere que haya acaecido el fenómeno extintivo de la acción penal aducido en la censura. Por lo demás, no señala ninguna fecha a partir de la cual establezca la iniciación o interrupción del término prescriptivo de la acción penal; cuándo se reanudó en el evento de haber sido interrumpido y cuándo aconteció la causa extintiva de ella. Tampoco muestra cuál es el término de prescripción de la acción penal, de acuerdo con la pena contemplada para el delito imputado al acusado; y cuál, en el supuesto de haberse interrumpido con la formulación de la imputación. Además, no explica ni aclara la afirmación de por qué para determinar la prescripción no puedan tenerse en cuenta las circunstancias modificadoras de la punibilidad; y, qué tienen que ver estas en la actuación. Por lo menos, no dice si alguna de ellas fue deducida en contra del acusado. La censura, en consecuencia, carece de una debida sustentación y argumentación jurídicas. El impugnante, en tales condiciones, omite indicar cómo se produjo la violación alegada; si obedeció a la falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de las normas citadas en la demanda. [...] En todo caso, es preciso indicar que la acción penal no se encontraba prescrita a la fecha de emisión del fallo por el Tribunal. La pena máxima para el delito de lesiones personales imputado al acusado es ciento veintiséis (126) meses de prisión, conforme con el inciso 2° del artículo 113 del Código Penal. Ahora bien, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, según el artículo 83 del Código Penal, término que se interrumpe con la formulación de la imputación y comienza a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad de ese, de acuerdo con lo previsto en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004. Así mismo, el artículo 189 de la citada ley establece que proferida la sentencia de segunda instancia el término de prescripción se suspende nuevamente”. (CSJ, Sent. Casación N.º 56145, nov. 18/2020. M. P. Gerson Chaverra Castro).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN - En la Ley 600 la prescripción se interrumpe con la resolución de acusación ejecutoriada; en el de la Ley 906 con la formulación de la imputación, actos diferentes y no equiparables.

“La Sala ante la coexistencia de los dos códigos, admite la posibilidad de aplicación de normas de uno u otro frente a institutos jurídicos similares por principio de favorabilidad, sin afectar en su esencia o desnaturalizar las ritualidades propias e inherentes a cada sistema. Sin embargo, en la Ley 600 de 2000 no existe disposición alguna que consagre la interrupción de la prescripción de la acción penal tal como lo establece el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, ni tampoco dada la diferencia de sistemas prevé la audiencia de formulación de imputación, en la cual la Fiscalía comunica al indiciado su calidad de imputado. La última disposición citada que reproduce literalmente al artículo 6° de la Ley 890 de 2004, modificatorio del inciso 1° del artículo 86 del Código Penal, dispone que la formulación de la imputación interrumpe la prescripción de la acción penal. Así podría concluirse que la modificación legal hace equivalente la formulación de la imputación a la resolución de acusación, como pareciera sugerirlo el casacionista, o suprime la interrupción del término prescriptivo de la acción penal para los juicios tramitados por la Ley 600 de 2000. Ninguna de esas hipótesis se ajusta a la reforma ni es admisible frente al ordenamiento jurídico. Primero, se reitera, la diferencia entre el procedimiento escrito y el oral contenido en las leyes citadas, enseña que mientras la formulación de la imputación es presupuesto procesal para la presentación de la acusación, la resolución de acusación ejecutoriada marca el inicio del juicio; aquella es un acto de comunicación a una persona de su calidad de imputado, y está un acto material en el que la Fiscalía da por demostrada la ocurrencia del hecho y la existencia de prueba indicativa de la responsabilidad del procesado. Segundo, su vigencia diferida al 1° de enero de 2005, fecha a partir de la cual entra a regir gradualmente la Ley 906 de 2004, muestra que su aplicación prevista únicamente para las actuaciones tramitadas bajo la sistemática de esta normatividad, no derogó el artículo 86 original del Código Penal sino que lo ajustó para hacer posible la coexistencia de los dos estatutos procesales penales. Tercero, lo anterior explica el señalamiento de períodos mínimos distintos para la prescripción de la acción penal; la Ley 906 de 2004 dispone que interrumpido el término este comenzará a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad del previsto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 que en ningún caso “podrá ser inferior a tres (3) años”, y el Código Penal establece que dicho período “no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)”. Así las cosas, en el procedimiento de la Ley 600 la prescripción se interrumpe con la resolución de acusación ejecutoriada; en el de la Ley 906 con la formulación de la imputación, acto que no es equivalente ni equiparable a aquella. De ahí que el plazo consagrado en el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal, se aplique únicamente a los procesos adelantados bajo las ritualidades de la primera y para los tramitados por el sistema acusatorio rija lo previsto en la Ley 906 de 2004. La prescripción alegada será examinada a la luz de lo establecido en el Código Penal, normatividad aplicable a los asuntos tramitados bajo el

régimen de la Ley 600 de 2000. Baste con señalar lo dicho por la Sala en auto del 20 de octubre de 2014, radicación 36078, cuando al referirse al tema objeto del recurso extraordinario expresó. “Los precedentes de la Corte, entre ellos los citados y analizados extensamente en la providencia impugnada, han establecido con suficiente claridad que el término de prescripción de la acción penal de 3 años, previsto en la Ley 906 de 2004, para los delitos que se tramitan conforme con el sistema acusatorio, no se puede aplicar a los casos que se iniciaron y rituaron válidamente según la Ley 600 de 2000. Lo anterior, ha dicho la jurisprudencia, por razón de la distinta estructura del proceso acusatorio y el diferente trato que los dos estatutos le asignan al instituto de la prescripción, sin que los cuestionamientos del recurrente sobre la justificación o no de ese trato diferencial, las analogías que elabora a partir de la aplicación de la favorabilidad en otras instituciones jurídicas, o su personal convicción, contraria a la reiterada jurisprudencia, de que ‘no es del todo imposible’ asimilar la imputación del sistema acusatorio a la resolución de acusación del sistema mixto, tenga la capacidad de enseñar la necesidad de no aplicar los constantes y reiterados pronunciamientos de esta colegiatura sobre el tema”. (CSJ, Sent. Casación N.º 46000, jun. 22/2016. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. Cuando el delito es cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos se debe considerar el incremento de la mitad del término de prescripción de la acción penal.

“En efecto, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 dispone la interrupción del término prescriptivo con la formulación de la imputación, el cual comienza a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad del previsto en el artículo 83 del Código Penal, sin que en ningún caso pueda ser inferior a tres (03) años. Esta disposición prevé el fenecimiento de la acción penal en un término igual al máximo de la sanción señalada en abstracto para el delito. Así mismo contempla un aumento de una tercera parte de dicho lapso, cuando el delito es cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos. (Ello, dado que los hechos tuvieron ocurrencia el 23 de julio de 2010, esto es, antes de la reforma introducida por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, precepto que, modificando el inciso 6° del artículo 83 del Código Penal, estableció para estos eventos un incremento de la mitad del término de prescripción de la acción penal). Aplicadas las anteriores reglas y teniendo en cuenta la pena máxima de treinta y seis (36) meses de prisión prevista en el artículo 428 del Código Penal para el punible en mención, en este asunto la acción penal prescribe en cuatro (4) años. Formulada la imputación el 6 de noviembre de 2013, el fenómeno extintivo de la acción penal operó el 6 de noviembre de 2017, fecha para la cual no había concluido el juicio oral. En tales circunstancias, la sentencia impugnada es emitida cuando el Estado por el transcurso del tiempo había perdido el ejercicio de la potestad punitiva, lo cual impone decretarla nula y, en su lugar, declarar la prescripción de la acción penal seguida MM con fundamento en el artículo 82 numeral 4 del Código Penal”. (CSJ, Sent.

Casación N.º 55140, sep. 23/2020. M. P. Gerson Chaverra Castro).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Aplicación de la Ley 522 en la interrupción de la prescripción.**

“En relación con la sentencia proferida por la Cuarta Sala de Decisión dentro del radicado 158038, de fecha 21 de noviembre de 2014, con ponencia del señor CR. Camilo Andrés Suárez, ha de señalarse que como se evidencia en la transcripción que el mismo A-quo realiza en la providencia impugnada, salta de bulto que lo que allí se está diciendo es que la vigencia de la Ley 1407, es a partir del 17 de agosto de 2010, además, revisada la citada providencia, este Colegiado observa que la citada Sala, reitera que el término prescriptivo de la acción penal para el delito de desertión, como el acto procesal que interrumpe la prescripción, es el establecido en la Ley 522 de 1999 y no el que consagra la nueva codificación. “Tras el estudio del memorial contentivo del recurso, encuentra la Sala que la respetable postura del Censor no es compartida por el Tribunal, pues desde la entrada en vigencia de la Ley 1407, el 17 de agosto de 2010, se ha venido construyendo una línea suficientemente decantada, lo que nos permite hablar de línea pacífica, que no sólo denota el pensar de la Corporación frente al alcance que se ha de dar a los artículos 76, 79 y 450 de la ley en cita, sino que atiende lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia. Ha precisado el Tribunal que en atención a la naturaleza de los institutos procesales que se enfrentan, hemos entendido que ante la vigencia de la Ley 1407 de 2010, pero no estar implementado el procedimiento acusatorio y los institutos que lo dinamizan, el término prescriptivo de la acción penal para el delito de desertión, como el acto procesal que interrumpe la prescripción, es el establecido en la Ley 522 de 1999 y no el que consagra la nueva codificación”. **(TSM. RAD 158177-277-XV-147, M.P. MY.(r). José Liborio Morales Chinome, mayo veintinueve (29) de dos mil quince (2015).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La diferencia entre la interrupción prescripción en las dos codificaciones penales militares actuales. Ley 522 vs Ley 1407.**

“Inicialmente ha de precisarse que, el instituto de la prescripción en las dos legislaciones está consagrado como norma de carácter procesal de contenido sustancial, a pesar de estar regulado en la parte general, por ello, la Ley 1407 de 2010, reglamenta la interrupción de la prescripción en la parte procedimental (artículo 450), como quiera que su materialización está supeditada a la dinámica de los diferentes actos procesales desarrollados en cada uno de los procedimientos fijados en cada sistema, dada por la preclusión de las etapas procesales determinadas en la estructura de cada procedimiento en particular. Ahora bien, como se precisó arriba, la resolución del conflicto por tránsito y/o coexistencia de leyes en el tiempo en relación con las normas de carácter procesal con contenido sustancial, no genera ningún inconveniente cuando los enunciados forman parte de dos sistemas de

procedimientos y estructuras similares, como ocurre en los casos de compromiso que se produjeron entre las reglas establecidas en el decreto 2550 de 1989 y la Ley 522 de 1999, o para tener un margen más amplio de comparación, podría citarse lo presentado en relación con la regulación del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 del 2000, pues en todas ellas, la valoración y escogencia de la disposición más benigna surge evidente, porque se cotejan sistemas y estructuras de procedimiento penal semejantes que regulan las mismas materias y parten de los mismos presupuestos, en tanto que se trata de un mismo régimen, conocido como inquisitivo con tendencia acusatoria. No ocurre lo mismo en el caso que nos ocupa, pues en esta oportunidad se oponen los preceptos de la Ley 522 de 1999 de régimen inquisitivo con alguna tendencia acusatoria, con los enunciados de la Ley 1407 de 2010 de marcada orientación acusatoria, como ocurrió en su momento con la contraposición de las disposiciones de la ley 600 de 2000 y las de la ley 906 de 2004, procedimientos y estructuras que en nada se parecen o se asemejan, por lo cual, en punto de la aplicación de institutos de la Ley 1407 de 2010, respecto de situaciones cobijadas por el procedimiento previsto en la ley 522 de 1999, conforme al principio de favorabilidad, solo puede hacerse siempre que ello no comporte afectación de lo vertebral del sistema acusatorio o del sistema inquisitivo, esto es, de aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizarían tanto sus postulados y finalidades como su sistemática...(…) Los rasgos esenciales y los institutos previstos en la citada legislatura, también se hallaban consagrados en el anterior estatuto punitivo castrense Decreto 2550 de 1988, pues las fases de indagación previa e instrucción eran adelantadas por el Juez de Instrucción y aunque la calificación del mérito del sumario la realizaba el Juez de Conocimiento, en esa etapa también se podía decretar cesación de procedimiento o convocar a consejo verbal de guerra, decisión esta, con similares fines y objetivos a los de la resolución de acusación. Conforme a lo anterior, es evidente que en una y otra codificación, se conserva la misma regulación, con similares presupuestos, trámite y finalidades, la indagación previa, la instrucción, la vinculación del imputado por medio de indagatoria o declaratoria de persona ausente, las medidas de aseguramiento, el cierre de la investigación y la acusación, actuaciones en que se afectan derechos mediante providencias interlocutorias judiciales, susceptibles de los recursos ordinarios, conservando sistemas de procedimiento y estructurales similares, con el mismo régimen inquisitivo, por lo que resultaban muy parecidos y hasta idénticos, contexto de fácil comparación para efectos del principio de favorabilidad. No ocurre lo mismo con la ley 1407 de 2010, pues con esta normativa no se produce un simple cambio de procedimiento en la jurisdicción penal militar, lo que hizo el legislador en esta sistemática fue transformar en forma total el sistema de procesamiento criminal, con una variación de ciento ochenta grados, para situarlo en su justa dimensión con los postulados constitucionales y del derecho penal moderno, así como con las instituciones y forma de juzgamiento previsto en la Ley 906 de 2004...(…) En términos generales podemos afirmar que, en el sistema acusatorio creado por la Ley 1407 de 2010 se distinguen dos fases procesales, una etapa preprocesal cuya génesis es la noticia

criminal y comprende una indagación, audiencia de formulación de la imputación, práctica de prueba anticipada, medidas de protección de víctimas y testigos, medidas cautelares, preclusión y aceptación de cargos, y; una segunda fase ya procesal, donde encontramos la audiencia de formulación de la acusación, audiencia preparatoria, audiencia de juicio oral, concentrado, básicamente de partes, continuo y público, dentro de la cual se practican todos los medios de prueba acordados en la audiencia preparatoria, con intermediación del juez en forma ininterrumpida, en la que debe anunciarse el sentido del fallo, audiencia de individualización de la pena, incidente de reparación integral y justicia restaurativa...(…), “Ahora bien, al fijarse en la nueva sistemática términos cortos y perentorios que obligan a adoptar las decisiones correspondientes en lapsos tan breves, de un lado, ayudan a materializar la efectividad del principio de celeridad que caracteriza el sistema acusatorio, pero de otro, se constituye en la razón que explica porque el legislador consideró que en la nueva forma procesal el término de interrupción de la acción penal para el delito de deserción sea de tan solo un año, como lo prevé el inciso final del artículo 450 de la ley 1407 de 2010, en concordancia, con el inciso segundo del artículo 76 de la misma norma. Véase como en la ley 1407 de 2010, después de regular el marco en el que se debe producir la formulación de la imputación, a partir del artículo 444, finalmente dentro de esa dinámica procesal, en el arto 450, prevé: “Interrupción de la prescripción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 86 del Código Penal. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez años. Para el delito de Deserción la acción penal será de un (1) año”. Aquí debe hacerse una precisión, “La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General Penal Militar comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez penal militar de control de garantías”. (artículo 444 Ley 1407 de 2010), mientras que la formulación de la acusación realizada en audiencia ante el Juez de conocimiento, previa presentación del escrito de acusación, es el acto procesal mediante el cual se inicia la etapa de juicio, conforme a las previsiones del artículo 481 de la ley 1407 de 2010. Es evidente entonces, que entre la formulación de la imputación y la acusación, existen diferencias sustanciales, pues mientras la primera se produce ante el Juez de Control de Garantías para dar inicio a la fase de instrucción, como un acto de comunicación, la segunda, es decir la acusación, se promueve ante el Juez de Conocimiento para dar inicio a la etapa de juicio, sin que exista identidad o similitud entre la formulación de la imputación prevista en el proceso de corte acusatorio, con la resolución de acusación de la ley 522 de 1999, por ello, no puede fundarse la interrupción del término de prescripción en la ejecutoria de ésta última, bajo el prurito de dar aplicación al principio de favorabilidad, asimilándola con la formulación de imputación de la ley 1407 de 2010, como lo equiparó la señora Juez Militar de Brigada, pues se trata de actos procesales disímiles y con consecuencias procesales diversas...(…). A ello debe agregarse que, la formulación de la

imputación prevista en la ley 1407 de 2010 de marcada orientación acusatoria, no está establecida en la ley 522 de 1999 de disposición inquisitiva, amén de ello, se trata de actos procesales diferentes, producidos en etapas diversas, con consecuencias no cotejables, producidos dentro de sistemas de procesamiento y estructuras disímiles consagrados en regímenes no compatibles, contexto que de entrada impide hacer cualquier comparación para efectos del principio de favorabilidad. Bajo este contexto no resulta razonable que el término de prescripción previsto en la ley 1407 de 2010, para el delito de deserción, consagrado para operar dentro de un sistema acusatorio, se pueda aplicar dentro de un proceso que se inició y se está tramitando en las instancias bajo los parámetros establecidos en la ley 522 de 1999, de un lado, porque no se observa que exista identidad en los actos procesales señalados como frontera procesal para realizar la interrupción de la prescripción, pues el legislador de 1999 fijó como límite la resolución de acusación, o su equivalente, debidamente ejecutoriada (inicio del juicio), mientras que el legislador de 2010 adelantó ese período para situarlo en la formulación de la imputación (acto de comunicación en fase preprocesal), sin que esta pueda asimilarse a la resolución acusatoria del sistema anterior. Y de otro, porque al traerse ese instituto en la forma reglada en el Sistema Acusatorio, previsto en el nuevo estatuto (Ley 1407 de 2010), para aplicarlo a un proceso seguido bajo la ritualidad del anterior estatuto (Ley 599 de 1999), bajo el argumento de dar aplicación al principio de favorabilidad, comporta una grave afectación de la vertebral del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo, en tanto que, vulnera aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes, desnaturalizando tanto sus postulados y finalidades, como el procedimiento, los sistemas y esquemas estructurales previstos en las citadas normativas. **(TSM. Radicado 157245- auto del 30 de marzo de 2012.- M.P.: MY.(r). José Liborio Morales Chinome).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La interrupción de la prescripción en la ejecutoria de la resolución de acusación.

“El término prescriptivo de la acción penal en el procedimiento especial se interrumpe actualmente con la ejecutoria de la resolución de acusación, pese a lo señalado en el artículo 86 de la Ley 522 de 1999, que identifica dicho momento con el de la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio. Ello es así, en tanto los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999 fijaban dos etapas dentro del procedimiento especial a saber, la instructiva y la de juicio, la segunda de las cuales daba comienzo con la expedición del auto que declaraba la iniciación a juicio, precisamente porque no contemplaba dentro del procedimiento la actuación del Fiscal Militar mediante la expedición de la resolución acusatoria. Trámite procesal que fue declarado inexecutable por la honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-178 del 12 de marzo de 2002, en tanto era violatorio del debido proceso por prescindir de la etapa calificatoria. La Ley 1058 del 2006, que modificó los artículos 578 y 579 del Código Penal Militar, introdujo dentro del procedimiento especial la etapa calificatoria,

precisando que en firme la resolución de acusación el fiscal adquiere la calidad de parte, luego de lo cual el proceso debe ser remitido al juez de instancia para que convoque a audiencia. Trámite procesal que suprime el auto que declaraba la iniciación del juicio, por cuanto la ejecutoria de la resolución acusatoria marca el inicio de la etapa de juzgamiento. En este orden de ideas, no puede acudir a la realización de una actuación no contemplada legalmente dentro del procedimiento especial como hito para interrumpir el término prescriptivo de la acción penal, debiendo acudir a la regla general que fija dicho momento en la ejecutoria de la resolución acusatoria". En este orden de ideas, no puede acudir a la realización de una actuación no contemplada legalmente dentro del procedimiento especial como hito para interrumpir el término prescriptivo de la acción penal, debiendo acudir a la regla general que fija dicho momento en la ejecutoria de la resolución acusatoria. Frente al particular esta Corporación preciso con claridad en pretérita oportunidad frente al tema, lo siguiente: "Bajo este entendido el nuevo procedimiento especial trajo consigo la calificación de la investigación por parte del fiscal y dentro de ella juega papel protagónico, por lo vinculante, "la resolución de acusación", de la cual adolecía el otrora procedimiento especial que fuera objeto de inexistencia. Dicho procedimiento identificado por dos etapas, el cual concebía una investigativa que adelantaba el Juez de Instrucción y la consecuente etapa de juicio que disponía el Juez, previo imperativo pronunciamiento que declaraba iniciado el juicio, por ello artículos como el 86, 286 y 539 – 4 Ídem, hacían referencia al auto de iniciación del juicio como presupuesto objetivo para cierto pronunciamiento, normas que no fueron demandadas, pero que perdieron validez por efectos de la sentencia C-178 de 2002. Al entrar en vigencia la Ley 1058 de 2006 que fijó un procedimiento con tres etapas, dentro de ellas la actuación del fiscal que es el llamado a calificar la investigación, y quien emite la resolución de acusación, esta determinación se convierte no solo en fundamento para ir a juicio, sino que es el momento determinante, una vez ejecutoriada, para verificar la prescripción de la acción, respecto de los delitos establecidos en la referida Ley 1058/06 y conforme al inciso primero del artículo 86 Ibídem. "(...) El procedimiento especial dispuesto en la Ley 1058 de 2006 no denominó un momento específico del procedimiento como "iniciación del juicio" (El que se entiende con la fijación de fecha para audiencia de acusación y aceptación de cargos), por lo que tal expresión contenida en el inciso tercero del artículo 539 del CPM., pierde vigencia, máxime si se tiene en cuenta que ésta correspondía a un procedimiento que tenía sólo dos etapas...(…) En este orden de ideas, al estimar los argumentos del Juzgador y del Ministerio Público ante esta Instancia, que convergen en considerar que la prescripción de la acción en la Ley 1058 de 2006 se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, imperioso resulta afirmar que al no asistirle razón al Censor su pretensión ha de ser despatchada desfavorablemente". (TSM. RAD. 158428-0033-XIV-087 PONAL, M. P. 158428-0033-XIV-087 PONAL, siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Remisión legal de la interrupción del término prescriptivo.**

"Para mayor precisión ha de darse una lectura coordinada y sistemática al artículo 83 y 86 de la ley penal militar Ley 522 de 1999, el primero, contiene el imperativo que en ningún caso la prescripción de la acción penal será inferior a cinco (5) años, y en cuanto al artículo 86, este hace una remisión en cuanto al tiempo que se ha de tener en cuenta después de que se haya interrumpido el término por efectos de la ejecutoria formal de la resolución de acusación, allí señala que correrá de nuevo el tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. La interpretación armónica y sistemática implica que los términos de prescripción están contenidos en el artículo 83 y que estos en ningún caso podrán ser inferiores a cinco (5) años (CSJ. Rad. 20673/2004). Corolario de lo anterior se puede afirmar entonces, que el término de la prescripción penal por regla general es el máximo de la pena, si el término se cuenta después de haberse producido la interrupción por la ejecutoria de la resolución de acusación, el término ya no será el máximo de la pena sino la mitad, pero en ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a cinco (5) años conforme al mandato expreso del artículo 83 de la Ley 522 de 1999, este último término, se ha de aumentar a seis (6) años ocho (8) meses por tratarse de un servidor público militar. La única excepción en cuanto a los topes señalados es para el punible de desertión conforme al inciso 2° del artículo 83 de la Ley 522 de 1999. (RAD. 157793-6955-XIII-595-EJC. M. P. Coronel Fabio Enrique Araque Vargas, treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La interrupción de la prescripción en la desertión.**

"Por otro lado, conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la citada codificación, el término prescriptivo se interrumpirá con la ejecutoria de la resolución de acusación, momento desde el cual iniciará a correr un nuevo término prescriptivo equivalente a la mitad del señalado en el artículo 83 del digesto punitivo castrense, es decir, que en firme la pieza acusatoria la administración de justicia castrense cuenta con un lapso igual a la mitad del establecido inicialmente para proferir sentencia...(…) Es importante precisar, que pese a que el delito de desertión hace parte de los tipos penales que se tramitan a través del procedimiento especial, el término prescriptivo se interrumpe con la resolución de acusación y no con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio, como lo señala el artículo 86 de la Ley 522 de 1999, por cuanto los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999 fijaban dos etapas dentro del procedimiento especial a saber, la instructiva y la de juicio, la segunda de las cuales daba comienzo con la expedición del auto que declaraba la iniciación a juicio, precisamente porque no contemplaba dentro del procedimiento la actuación del Fiscal Penal Militar mediante la expedición de la resolución acusatoria...(…) La ley 1058 del 2006, que modificó los artículos 578 y 579 del Código Penal Militar, introdujo dentro del procedimiento especial la etapa calificatoria, precisando que en firme la resolución de

acusación el Fiscal adquiere la calidad de parte, luego de lo cual el proceso debe ser remitido al juez de instancia para que convoque a audiencia. Trámite procesal que suprime el auto que declaraba la iniciación del juicio, por cuanto la ejecutoria de la resolución acusatoria marca el inicio de la etapa de juzgamiento. En este orden de ideas, no puede acudirse a la realización de una actuación no contemplada legalmente dentro del procedimiento especial como hito para interrumpir el término prescriptivo de la acción penal, debiendo atenderse a la regla general que fija dicho momento en la ejecutoria de la resolución acusatoria... (...) Conforme a lo anterior, el término prescriptivo de la acción penal en el delito de desertión puede darse en dos momentos. El primero, tiene lugar desde que la conducta se entiende consumada hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos años determinará la extinción de la acción penal. El segundo evento, registra como hito el momento desde el cual cobra ejecutoria la resolución de acusación hasta el día en que queda en firme la sentencia, período que de superar el año determinará la prescripción de la acción penal". **(TSM. RAD. 158772-085-XIV-144-EJC. M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Interrupción de la prescripción con la resolución de acusación.

"Luego, el artículo 86 de la misma codificación señala que el término prescriptivo se interrumpirá con la ejecutoria de la resolución de acusación, momento desde el cual iniciará a correr un nuevo término prescriptivo equivalente a la mitad del señalado en el artículo 83 ya mentado, es decir, que en firme la pieza acusatoria la administración de justicia castrense cuenta con un lapso igual a la mitad del establecido inicialmente para proferir sentencia, es decir un año. En ese orden de ideas, de conformidad con lo establecido en la Ley 522 de 1999 y la Ley 1058 de 2006, norma aplicable al presente evento en tanto no se ha implementado el esquema procesal de tendencia acusatoria introducido por la Ley 1407 de 2010, el término prescriptivo de la acción penal en el delito de desertión puede darse en dos eventos: El primero, tiene lugar desde que la conducta se entiende consumada hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos años determinará la extinción de la acción penal. El segundo, desde el momento que queda ejecutoriada la pieza acusatoria hasta el día en que queda en firme la sentencia, el cual no puede superar un (1) año, porque opera de ipso facto el fenómeno de la prescripción. Recuérdese que para el delito de desertión no es aplicable el incremento punitivo establecido para los delitos de contenidos castrense o de función, dispuesto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000[23] de conformidad con la fecha de los hechos, puesto que así lo estableció la Corte Suprema de Justicia... (...)" **(TSM. RAD. 159290-286-XIV-363-ARC M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, 26 de agosto de 2020).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. El segundo lapso prescriptivo del reato de la desertión.

"Precisado lo anterior, habrá de escindir este Juez Plural que en aquellos precisos eventos en que la acción penal se origina en dicho delito el término de prescripción es el de dos (2) años, de acuerdo a lo regulado en el artículo 83, inciso 2° de la Ley 522 de 1999 y al precedente vertical del órgano de cierre en lo penal[28], término que se ve interrumpido con la ejecutoria de la resolución de acusación (artículo 86 Ley 522 de 1999), momento desde el cual correrá un segundo lapso que corresponde a la mitad de aquel –un (1) año–, de manera que la acción penal prescribirá si en este tiempo no se profiere sentencia y se logra su ejecutoria (radicado 48820 del 27 de febrero de 2019 CSJ). Como el procedimiento especial contenido y regulado en la Ley 522 de 1999 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-178 de 2002, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, comprensible es entonces, como lo ha reconocido esta Corporación Castrense en varios pronunciamientos, que la pieza procesal que interrumpe la prescripción de la acción penal en el procedimiento especial es la resolución de acusación ejecutoriada. **(TSM. RAD. 159304-XV-552 EJC. M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, 5 agosto de 2020).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Las fechas para contabilizar el período prescriptivo.

"Recuérdese que la prescripción de la acción penal conforme a los lineamientos de la Ley 522 de 1999, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero que en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni superior a veinte (20) años, salvo en el delito de desertión. Asimismo, la norma contempla que el término prescriptivo de la acción penal se desarrolla en dos momentos: el primero, que se contabiliza desde el día de la consumación de la conducta, en los punibles de ejecución instantánea, o desde la perpetración del último acto, en los delitos tentados o permanentes, interrumpiéndose con la ejecutoria de la resolución de acusación. El segundo término prescriptivo corresponde a la mitad del arriba señalado pero que no puede ser inferior a cinco años, tiene inicio con la ejecutoria de la pieza acusatoria y solo se suspende cuando adquiere firmeza la sentencia. Sin embargo, debe precisar la Sala que la verificación del término de prescripción de la acción en materia penal militar demanda por parte del intérprete el entendimiento sobre la voluntad del Legislador al fijar un término prescriptivo a partir de la naturaleza del injusto, puesto que uno es el lapso de extinción dispuesto en los incisos uno y dos del artículo 83 de la Ley 522 de 1999 y otro el consagrado en el parágrafo del citado arto. De manera que, al contabilizar el lapso extintivo cuando se trate no solo de delitos comunes sino además de aquellos denominados de función, la acción penal prescribirá de acuerdo con las provisiones contenidas en el Código Penal Ordinario, dada la calidad de servidores públicos de los uniformados. **(TSM. RAD. 158698-145-XIV-207-EJC M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, 17 de marzo 2021).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Estudio jurisprudencial de la interrupción de la prescripción en los procesos penales militares.**

“(…)En tal sentido el artículo 444 del nuevo estatuto procesal consagra la formulación de imputación como “el acto a través del cual la Fiscalía General Penal Militar comunica a una persona su calidad de imputado...”, es decir, lo vincula a la investigación, siendo por tal razón que es a partir de tal momento que el término prescriptivo se interrumpe; situación que no se puede equiparar con la interrupción de la prescripción que opera en la Ley 522 de 1999, en los términos pretendidos por la defensa. 6. Nótese cómo las decisiones que en uno y otro sistema fijan los límites para la interrupción de la prescripción no guardan identidad, toda vez que en la Ley 522 de 1999, (artículo 86) aquel término se cuenta a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación (actuación con la que termina la instrucción, y se da inicio al juicio), en tanto que con la Ley 1047 de 2010, es con la formulación de la imputación (como forma de vinculación a la averiguación penal) que se interrumpe el término de prescripción de la acción. 7. De ahí que esté llamada al fracaso la solicitud de la apoderada, pues para apoyar su pretensión equiparó dos institutos jurídicos disímiles en cuanto que la audiencia de formulación de imputación que consagra la nueva normatividad, no puede parearse a la resolución de acusación del sistema procesal anterior, sencillamente porque el nuevo sistema también establece en sus artículos 481 y ss. la audiencia de formulación de acusación, con lo cual no resulta posible la aplicación del principio de favorabilidad, en la medida en que el artículo 78 del nuevo Código Penal Militar no guarda similitud con ningún instituto de la estructura procesal que consagra la Ley 522 de 1999, que es la normatividad que regula este proceso..”. Un tiempo después, esto recordó el Órgano Plural en comentario: “3. En consecuencia, si los procesos se tramitan bajo las formas previstas en el anterior Código Penal Militar mientras no se implemente el sistema penal acusatorio, por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. Luego la aplicación del artículo 76 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, norma que ciertamente es más favorable en la medida en que establece un lapso prescriptivo para el delito de desertión de un año mientras que la Ley 522 lo determinaba en dos, resulta posible a condición, se reitera, de que no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar. 4. Ciertamente ambos ordenamientos regulan lo relativo a la extinción de la acción penal por prescripción, pero no menos cierto es que lo hacen de forma diferente y atendidas obviamente las incidencias procesales de cada sistema de modo que el lapso prescriptivo de un año para la desertión sí resulta de la esencia del sistema acusatorio y a la vez incompatible con los términos procesales en que se desarrolla el proceso previsto en la Ley 522. (...) Bajo ese entendido, resulta inobjetable que la norma llamada a regular el fenómeno prescriptivo en los procesos que adelanta actualmente la

jurisdicción castrense es la contenida en la Ley 522 de 1999, puesto que la Ley 1407 de 2010 introdujo hitos procesales para establecer la interrupción de la prescripción que no son aplicables a la ritualidad de corte inquisitivo, como corresponde a la formulación de la imputación que no tienen un instituto similar dentro del procedimiento establecido en el Código Penal Militar de 1999. Recuérdese que la prescripción de la acción penal conforme a los lineamientos de la Ley 522 de 1999, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero que en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni superior a veinte (20) años, salvo en el delito de desertión. Así mismo, la norma contempla que el término prescriptivo de la acción penal se desarrolla en dos momentos: el primero, que se contabiliza desde el día de la consumación de la conducta, en los punibles de ejecución instantánea, o desde la perpetración del último acto de acusación. El segundo término prescriptivo que, corresponde a la mitad del arriba señalado pero que no puede ser inferior a cinco años, tiene inicio con la ejecutoria de la pieza acusatoria y solo se interrumpe cuando adquiere firmeza la sentencia.(...) Recuérdese que, el régimen inquisitivo se caracteriza por actuaciones esencialmente escriturales, las etapas de averiguación preliminar e investigación o instrucción las adelanta un funcionario judicial, juez de instrucción penal militar con facultades de investigador y de juez para limitar la libertad y otros derechos del procesado, allega pruebas, vincula mediante indagatoria al investigado, le resuelve la situación jurídica y, finalmente, remite el proceso a la Fiscalía cuando estima que se ha perfeccionado esta fase. (...) Es evidente entonces, que entre la formulación de la imputación y la acusación, existen diferencias sustanciales, pues mientras la primera se produce ante el juez de control de garantías para dar inicio a la fase de instrucción, como un acto de comunicación; la segunda, es decir la acusación, se promueve ante el juez de conocimiento para dar inicio a la etapa de juicio, sin que exista identidad o similitud entre la formulación de la imputación prevista en el proceso de corte acusatorio, con la resolución de acusación de la Ley 522 de 1999. Por ello, no puede fundarse la interrupción del término de prescripción en la ejecutoria de ésta última, bajo el prurito de dar aplicación al principio de favorabilidad, asimilándola con la formulación de imputación de la Ley 906 de 2004, como lo equiparó el abogado defensor, pues se trata de actos procesales disímiles y con consecuencias procesales diversas”. Derrotero hermenéutico seguido igualmente en posterior pronunciamiento en el que se apuntalare: “Han sido prolíferas las distintas decisiones emitidas por esta corporación, a través de las cuales se han ratificado las anteriores conclusiones con el fin de zanjar las discusiones suscitadas en torno al tema de imposibilidad de aplicar la reducción del término de la prescripción que se introdujo con la Ley 1407 de 2010, dentro de las que cabe recordar la siguiente (...) Adiciónese a lo anterior, que el nuevo Código Penal Militar introdujo un esquema procesal de claro tinte acusatorio a la jurisdicción penal militar, el que hasta la fecha no ha sido posible implementar debido a la inexistencia de decretos regulando la ley que desarrolló instituciones jurídicas de gran importancia para el funcionamiento de este nuevo sistema, como lo son la Fiscalía General Penal Militar y el Cuerpo Técnico de Investigación, situación por la que ha sido necesario, como se

advierte en el sub examine, continuar aplicando el sistema procesal y los ritos contemplados por la Ley 522 de 1999. De esta manera, aun cuando en principio se podría aceptar que el Libro I de la Ley 1407 de 2010 tendría plena aplicación sobre las conductas acaecidas después del 17 de agosto de 2010, en tanto constituye la parte sustantiva de la codificación, no sería absoluta la proposición anterior, como quiera que la interrupción de la prescripción de la acción penal en este sistema únicamente procede con la formulación de la imputación, habida cuenta que su artículo 79 así claramente lo expresa, cuestión que no podría equipararse con una causa que este siendo

adelantada bajo el procedimiento de la Ley 522 de 1999 so pretexto de dar cabida al principio de favorabilidad, como lo pretende el impugnante en esta ocasión.” (TSM. RAD. 158707-0107-I-119-EJC, M. P. CN (RA) Julián Orduz Peralta, mayo veintisiete (27) de dos mil veinte (2020).

Sentencia Concordante:

Corte Const. C-620/2011. Agosto 18/2011.M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Artículo 80. Prescripción de varias acciones.

Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Frente al concurso homogéneo y sucesivo de delitos, cada uno tiene autonomía propia con término de prescripción independiente.**

“El error consistió en haber considerado la conducta atribuida a WEOM como una sola de ejecución permanente, desconociendo que se está ante un concurso homogéneo y sucesivo de accesos carnales abusivos agravados, cada uno de ellos con autonomía propia, por lo que, al tenor del último inciso del artículo 84 de la Ley 599 de 2000 “cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas”, como de forma similar lo establecía el artículo 85 del Decreto Ley 100 de 1980. La incidencia de esa equivocada interpretación, teniendo en cuenta que la imputación jurídica no ha variado a lo largo del proceso y así se declaró en los fallos (concurso homogéneo y sucesivo de

accesos carnales abusivos con menor de 14 años agravado, sancionado en los Arts. 208 y 211-2 y 4 del CP.), es que se prosiguió la actuación respecto de conductas que, para la fecha de la referida decisión, ya estaban prescritas. Debe ahora la Sala, bajo un entendimiento correcto de las normas que rigen el cómputo, determinar frente a cuáles conductas concurrentes operó el fenómeno de prescripción de la acción penal en la etapa instructiva. (...) Dicho término de prescripción, se reitera, para la fase instructiva, con sujeción a lo normado en el inciso primero del mencionado artículo 84 del Código Penal “comenzará a correr desde el día de consumación” de la conducta y se extiende hasta cuando se produce el fenómeno de su interrupción, el cual da lugar al inicio del conteo de la prescripción para la fase del juicio, “con la resolución de acusación o su equivalente debidamente ejecutoriada”, como lo prevé el inciso primero del artículo 86 del mismo ordenamiento”. (CSJ, Sent. Casación N.º 47633, jul. 24/2017. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Artículo 81. Renuncia y oficiosidad.

La prescripción de la acción penal y de la pena se declarará de oficio. El procesado podrá renunciar a ella.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Fundamento y tipos de prescripción en materia penal.**

(...) La mayoría de las legislaciones distinguen entre la prescripción del delito o de la acción penal, y la prescripción de la pena. En la primera modalidad, la cesación del ius puniendi del Estado se manifiesta en la eliminación de la punibilidad de la conducta (razón sustancial) o en la extinción de la acción penal (razón procesal), como consecuencia del cumplimiento del plazo fijado en la ley antes de que se profiera sentencia. La prescripción de la pena, por su parte, se concreta en el mandato del Estado (legislador) impuesto a los órganos estatales, de abstenerse de hacer efectiva la sanción impuesta al responsable de una infracción penal, cuando ha transcurrido el término de la pena. (Sentencia N.º C-345/95, agosto 2/1995. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

suspensión del término prescriptivo de la acción penal – interrupción.

[...] “La prescripción es un beneficio que se otorga a favor del sindicado o condenado; por lo tanto, no se ve por qué no se puede renunciar a él. Puede suceder que un sindicado se considere (y sea realmente) inocente del hecho que se le imputa. En este caso es claro que tendrá interés, no en que una prescripción venga a poner fin a la investigación, quedando en el misterio y en la duda su responsabilidad, sino que esa investigación termine y quede definitivamente aclarada la imputación que se le ha hecho”.[...] consultando un sano criterio de razonabilidad otorga al procesado la posibilidad de renunciar a la prescripción en defensa de sus derechos a la honra y al buen nombre, pero sin desconocer que la acción no puede tornarse imprescriptible, razón por la cual establece un término de un año vencido el cual opera la prescripción. [...] En este sentido, en su concepto, el derecho que se le concede al disciplinado de renunciar al término prescriptivo no debe ser otra cosa que permitirle

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Término de prescripción e interrupción y**

escoger entre la prescripción y el ser absuelto. Por lo que no encuentra lógico que en esas circunstancias se declare la prescripción”. **(Corte Constitucional, Sentencia C-556/2001, mayo 31 de año dos mil uno (2001). M. P. Álvaro Tafur Galvis).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La prescripción se vincula con un derecho personalísimo y su renuncia no puede sujetarse a condicionamientos.**

“c. Es evidente que el procesado puede renunciar a la prescripción y que puede hacerlo hasta antes de la ejecutoria de la providencia que la declare, como emana de los artículos 85 del Código Penal y 44 del Código de Procedimiento Penal. Pero la renuncia debe ser elemental, es decir, debe estar desprovista de condicionamientos. En este caso, a pesar de que la peticionaria dice que asume las consecuencias de su actitud, supedita su requerimiento a que la Corte entre al estudio a fondo del asunto y la absuelva o condene, o declare la nulidad de lo actuado. La Corte, entonces, sujeta a condición, no puede admitir la renuncia porque le es imposible garantizarle

a la señora Londoño Medina que penetrará al estudio detallado del proceso para culminar con absolución, condena o decreto de anulación, sobre todo porque antes de ello habría de ser superada otra etapa, la que tiene que ver con la posibilidad de admisión o de inadmisión de la demanda de casación. d. Agréguese, accesoriamente: Si bien es cierto lo referente a la prescripción se vincula con un derecho personalísimo, circunstancia que daría para pensar que en casos como el analizado bastaría con la manifestación de renuncia hecha por la procesada, no puede dejarse de lado que en virtud del artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, que regula íntegramente la materia, y no establece excepciones, “Cuando la defensa se ejerza simultáneamente por el sindicado y su defensor, prevalecerán las peticiones de este último”. Y como el apoderado no ha renunciado a la prescripción, ni ha dicho que esté autorizado para ello, al paso que mantiene su solicitud de prescripción, se impone dar lugar a la norma procesal acabada de citar. Consecuente con lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, RESUELVE: 1. Declarar que la acción penal se encuentra prescrita; 2. No aceptar la renuncia a la prescripción, hecha por la señora Martha Cecilia Londoño Medina...”. **(CSJ, Sent. Casación N.º 23.831, jul. 6/2005. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).**

COMENTARIO

La oficiosidad refiere que el fenómeno de la prescripción se presenta sin necesidad de ser alegado por una de las partes, es decir, el Estado pierde la potestad punitiva una vez cumplido el término sin necesidad de que el particular informe del cumplimiento de la temporalidad. La renuncia a la prescripción por quien es procesado hace alusión al honor de la persona y al derecho al buen nombre que pueden ser cedidos en procura de una recta administración de justicia; no obstante, al presentarse solamente la del procesado con ausencia de la de su defensor, no podrá ser aceptada.

Artículo 82. Término de prescripción de la pena.

La pena privativa de la libertad prescribe en el término fijado para ella en la sentencia, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años.

Para el delito de deserción, la pena prescribirá en dos (2) años.

Las penas no privativas de la libertad prescribirán en cinco (5) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Prescripción de la pena:

“(…) Es claro que luego de impuesta la pena, cuando ella no se ha cumplido y para que no permanezca indefinida en el tiempo se encuentra sometida a prescripción. De la misma manera, el legislador ha previsto causales de interrupción de la prescripción, lo que puede hacer en ejercicio de la potestad configurativa de la ley, dentro de los límites que impone la Carta. (...) A cada delito corresponde pues una pena; y cada pena puede prescribir por separado. De manera que resulta contrario a la Constitución Política y específicamente al artículo 29 de la Carta que la comisión de un hecho delictivo nuevo afecta la prescripción de la pena por delito anterior del mismo autor, pues esto, en el fondo implica el desconocimiento de que se juzga y condena por los actos u omisiones, en cada caso particular y concreto, aunque el autor sea el mismo.” **(Corte Constitucional, Sentencia C-228/2003, marzo 18/03 M. P. Alfredo Beltrán Sierra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Acción de tutela contra providencias judiciales – prescripción de la pena:

“Al respecto menciona que el art. 89 del Código Penal dispone que el Juez de Ejecución de Penas debe decretar la prescripción de la pena de prisión cuando transcurra el término fijado en la respectiva sentencia, sin que pueda ser inferior a cinco años”. **(Corte Constitucional, Sentencia T-910/2008, sep. 18/08 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Prescripción de la acción penal/prescripción de la pena/personal militar:

“(…) En la prescripción de la pena el Estado renuncia a su potestad represiva por el transcurso del tiempo, anulando de esta manera el interés de hacer efectiva una condena o sanción legalmente impuesta.

La prescripción de la pena ha sido consagrada también en nuestro ordenamiento penal ordinario en los artículos 79, 87, 88, 89 y 90 (Decreto 100/80), y en el Código Penal Militar en los artículos 73, 79, 80, 81, 82 y 83 (Decreto 2550/88), cuyos textos guardan mucha similitud". **(Corte Constitucional, Sentencia C-240/1994, mayo 19/94. M. P. Carlos Gaviria Díaz).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **El fenómeno jurídico de la prescripción de la pena es taxativo.**

"3. Las normas reguladoras del fenómeno jurídico de la prescripción de la pena, que es, en concreto, al que alude en su escrito el petente, dada su claridad, no admiten ciertamente equívocos. Así, el artículo 87 del Estatuto Penal, bajo el título "Término de prescripción de la pena", dispone: "La pena privativa de la libertad prescribe en el término fijado para ella en la sentencia, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años. En este último lapso prescribe la pena no privativa de la libertad", mientras que, a su turno, el art. 88 *ibidem* señala: "La prescripción de las penas se principiará a contar desde la ejecutoria de la sentencia". 4. Por tanto, el lapso prescriptivo de la pena corresponde al quantum de la sanción señalada en la sentencia y únicamente comienza

a correr cuando el fallo cobra firmeza, es decir, cuando queda ejecutoriado. Este ha sido, como no podría ser otro dada la claridad de la ley, el entendimiento que la Sala le ha dado al fenómeno en cuestión, sin que, como lo afirma el solicitante, pueda influir en su cálculo la fecha en la cual ha quedado en firme la resolución acusatoria, aspecto que es relevante pero para la prescripción de la acción penal, en los términos de los artículos 80 y ss. del mismo ordenamiento, pero no para establecer el lapso en que se extingue para el Estado la posibilidad de hacer cumplir la pena impuesta que es, como ya se vio, evidentemente distinto. Conveniente es, en todo caso advertir, en relación con el término prescriptivo de la acción penal y habida cuenta que el solicitante fue condenado como servidor público, como que los delitos a él imputados se cometieron cuando se desempeñaba como Secretario de Hacienda Municipal de Barrancabermeja, que dicho lapso no puede ser, en ningún caso, inferior a 6 años y 8 meses, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 82 *idem*, término este que, dicho sea para dar claridad y mayor información del procesado, no se ha cumplido, como que contado este lapso a partir de la ejecutoria de la acusación aún se encuentra distante". **(CSJ, Sent. Casación N.º 11529, agosto 29/2000. M. P. Carlos Augusto Galvez Argote).**

COMENTARIO

El término de la prescripción de la pena, al igual que la prescripción de la acción, busca mantener la igualdad de partes entre el Estado y quien es procesado, pues no se permite que el Estado cuente deliberadamente con el tiempo para iniciar la acción sin que se afecten derechos como el debido proceso para el procesado.

La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, dejando en claro que:

1. La prescripción se presenta cuando el cumplimiento de la pena no se ha dado.
2. La pena no es indefinida/imprescriptible.
3. La pena depende del delito y la prescripción del término de la pena siempre que esta no sea menor de cinco años.
4. La comisión de delitos posterior a la pena no tiene relación con la prescripción de la pena inicial.
5. El juez de ejecución de penas es quien debe decretar la prescripción de la pena.
6. La sanción no es imprescriptible en ninguna materia (criminal, disciplinaria, contravencional, policiva, fiscal, administrativa, tributaria, etc.).

Artículo 83. Iniciación del término prescriptivo de la pena.

La prescripción de la pena se comenzará a contar desde la ejecutoria de la sentencia.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Rompe el principio de igualdad la interrupción del término de prescripción de la pena cuando se cometiere un nuevo delito mientras está corriendo la prescripción de uno anterior.

"(...). Como es públicamente conocido en Colombia y conforme al artículo 29 de la Carta no existe derecho penal de autor, sino de acto. Por ello la norma mencionada dispone que sólo puede juzgarse conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa al sindicado. Siendo ello así, cada una de las conductas que el legislador erige como delitos tiene prevista por la ley una pena determinada. De esta suerte a una conducta singular, corresponde siempre la pena que la ley

señala con indicación de mínimos y máximos para su aplicación concreta por el juez. Es claro que luego de impuesta la pena, cuando ella no se ha cumplido y para que no permanezca indefinida en el tiempo se encuentra sometida a prescripción. De la misma manera, el legislador ha previsto causales de interrupción de la prescripción, lo que puede hacer en ejercicio de la potestad configurativa de la ley, dentro de los límites que impone la Carta. Con todo, si a una conducta específica considerada por la ley como delito le corresponde una pena singular, no resultaría acorde con lo expuesto en los párrafos precedentes que la interrupción de la prescripción pudiera realizarse por la comisión de un nuevo hecho punible que es independiente del que ya fue juzgado y por el cual se condenó al autor del mismo. A cada delito corresponde

pues una pena; y cada pena puede prescribir por separado. De manera que resulta contrario a la Constitución Política y específicamente al artículo 29 de la Carta que la comisión de un hecho delictivo nuevo afecta la prescripción de la pena por delito anterior del mismo autor, pues esto, en el fondo implica el desconocimiento de que se juzga y condena por los actos u omisiones, en cada caso particular y concreto, aunque el autor sea el mismo. **(Corte Const. C-228/2003. Marzo 18/2003. M.P.- Alfredo Baltrán Sierra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **La iniciación del término de la prescripción de la sanción sucede a partir del momento en el que queda ejecutoriada la sentencia.**

“5. Sobre la prescripción. Uno de los impedimentos para conceder esta solicitud, de conformidad con los pactos internacionales aplicables, artículo 4° de la Convención, es la imposibilidad de extraditar a una persona «cuando se pida por un crimen o delito por el cual el individuo reclamado sufre o ha sufrido ya la pena, o que ha sido juzgado y absuelto en el territorio de la otra Parte contratante», o «si se ha cumplido la prescripción de la acción o de la pena, según las leyes del país a quien el reo sea reclamado». Por ello, la Sala examinará la configuración de esa categoría jurídica en Colombia, pero respecto de la pena, por cuanto Amparo Arias fue condenada el 10 de junio de 2016 «a la pena (...) de tres años de prisión», como autora responsable de un injusto contra la salud pública, providencia que quedó ejecutoriada «desde el día 10/11/2016». En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra desarrollado el fenómeno de la prescripción de la pena en el artículo 89 de la Ley 599 de 2000, que reza: La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años (...). Igualmente, el canon 90 ejusdem, indica «El término de prescripción de la sanción privativa de la libertad se interrumpirá cuando el sentenciado fuere aprehendido en virtud de la sentencia, o fuere puesto a disposición de la autoridad competente para el cumplimiento de la misma». En cuanto a la iniciación del término de la prescripción referida, el Código Penal vigente no trae provisiones expresas sobre ese aspecto, sin embargo, sobre la particular la Sala se ha pronunciado al respecto: Resulta razonable entender que ello sucede a partir del momento en el que queda ejecutoriada la sentencia, tal como se disponía en el artículo 88 del anterior estatuto punitivo (...). (CSJ CP, 18 nov. 2015, rad. 45942). Corolario de lo expuesto,

Artículo 84.

Interrupción del término prescriptivo de la pena.

La prescripción de la pena se interrumpe cuando el condenado fuere aprehendido.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL PRESCRIPCIÓN DE LA PENA – INTERRUPTIÓN DEL TÉRMINO DE LA PENA:

“[...] En la prescripción de la pena el Estado renuncia a su potestad represiva por el transcurso

es menester afirmar que la pena prescribe en el tiempo fijado en la condena o en el que faltare por ejecutar, lapso que debe ser contado a partir de la interrupción del cumplimiento de la misma, sin que pueda ser menor de cinco años. Por lo anterior, en el caso bajo examen, tal mínimo es el que se debe tener en cuenta al momento de efectuar el análisis de prescripción de la sanción, toda vez que la pretendida fue condenada a tres años de privación de la libertad. De esta manera, según las leyes colombianas no se encuentra prescrita la pena, debido a que desde el día en el que quedó ejecutoriada la decisión (10 de noviembre del 2016) a la fecha, no ha transcurrido el término de cinco años”. **(CSJ, Sent. Casación N.º 48892, febr. 22/2017. M. P. Eyder Patiño Cabrera).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La suspensión de la prescripción de la pena.**

“Como la discusión se suscita únicamente en el aspecto, relacionado con la fecha a partir de la cual se deba iniciar a contar el término de la prescripción conviene recordar que claramente el Código Penal Militar la define en su artículo 90 así: “la prescripción de la pena se comenzará a contar desde la ejecutoria de la sentencia” y en el artículo 91 ibidem, se establece además cuando se interrumpe este fenómeno: “La prescripción de la pena se interrumpe cuando el condenado fuere aprehendido”. (...) Por lo anterior, no le es factible al defensor deducir una iniciación o culminación de un término que se encuentra ya debidamente especificado en la ley, so pretexto de acomodar la norma en forma caprichosa a su conveniencia, pues el término de prescripción de la acción penal era el que se estaba descontando durante el tiempo que el proceso permaneció en la Corporación y no el de la pena que en futuro se iba a imponer en contra de su defendido, ilógico resultaría predecir que este fenómeno de la prescripción llegaría a tener ocurrencia, pues se entiende que las penas se imponen para que el condenado las cumpla y no para que queden como letra muerta en el texto del proveído. ... (...) No cabe duda, como lo ha manifestado la Corte Suprema en reciente pronunciamiento, que la prescripción de la acción penal y de la pena, en el Estado de Derecho constituye o supone un límite a la potestad punitiva, en tanto le señala al órgano represor que esa función no puede ejercerse más allá de determinados y razonables tiempos. Las investigaciones indefinidas, intemporales, contravienen derechos fundamentales, de manera que se impone fijar límites a las mismas”. **(TSM. RAD. 150756-8899-XIII-593/PONAL. M. P. Coronel Pedro Gabriel Palacios Osma, Bogotá, D. C., veinte (20) de junio de dos mil trece (2013)).**

del tiempo, anulando de esta manera el interés de hacer efectiva una condena o sanción legalmente impuesta.

“[...] La prescripción de la pena es la “liberación de cumplir la condena impuesta tras cierto lapso en

irregular libertad o sin aplicación de la medida restrictiva de otro derecho. Constituye esta una de las causas de extinción de la responsabilidad penal”. **(Corte Constitucional, Sentencia C-240/94, dieciocho (18) de marzo de dos mil tres (2003). M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – JURISDICCIÓN PENAL MILITAR – PRESCRIPCIÓN DE LA PENA – INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE LA PENA:

“[...] Es claro que luego de impuesta la pena, cuando ella no se ha cumplido y para que no permanezca indefinida en el tiempo se encuentra sometida a prescripción. De la misma manera, el legislador ha previsto causales de interrupción de la prescripción, lo que puede hacer en ejercicio de la potestad configurativa de la ley, dentro de los límites que impone la Carta”. **(Corte Constitucional, Sentencia C-228/03, diez y nueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994). M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **Cuando se ha dado inicio al cumplimiento de la pena, el término prescriptivo empieza a contarse desde el momento en que se interrumpe su observancia.**

“De acuerdo con el canon IV del Convenio de Extradición de Reos, no habrá lugar a la extradición «Si se ha cumplido la prescripción de la acción o de la pena, según las leyes del país a quien el reo sea reclamado». La anterior exigencia impone a la Corte examinar la configuración de esa categoría jurídica en Colombia, con la salvedad que sólo se revisará la prescripción de la pena por cuanto el requerimiento tiene como propósito obtener la entrega del requerido para que termine de cumplir la sanción impuesta por las autoridades judiciales españolas, dado que el 26 de septiembre de 2011 no regresó, luego de un permiso, al Centro Penitenciario de Daroca donde estaba recluso, restándole por cumplir 2.709 días de prisión. De acuerdo al artículo 89 del Código Penal nacional, la sanción penal prescribe «...en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco años» (subrayas propias). Y según el canon 90 ibidem, «El término de

prescripción de la sanción privativa de la libertad se interrumpirá cuando el sentenciado fuere aprehendido en virtud de la sentencia, o fuere puesto a disposición de la autoridad competente para el cumplimiento de la misma». En cuanto a la iniciación del término de prescripción de la pena, el Código Penal vigente no trae previsiones expresas sobre ese aspecto, pero resulta razonable entender que ello sucede a partir del momento en el que queda ejecutoriada la sentencia, tal como se disponía en el artículo 88 del anterior estatuto punitivo. De igual forma, la preceptiva nacional no precisa desde qué momento se cuenta el término de prescripción cuando se ha ejecutado parte de la pena, pero falta por cumplir una porción de ella, por ejemplo, por la evasión del sancionado, como ocurre en el evento bajo examen. Con todo, una interpretación lógico-racional de las normas citadas permite afirmar que, en ese supuesto, el lapso «que falte por ejecutar» debe contarse desde el momento en que se interrumpió el cumplimiento de la sanción. En tal sentido ya se ha pronunciado la Sala: “El anterior panorama evidencia cómo los connacionales permanecieron en reclusión intramural por un periodo mayor a la mitad de la pena impuesta; sin embargo, no cumplieron con el régimen de libertad vigilada impuesto por las autoridades hondureñas, pues no se presentaron mensualmente al juzgado de ejecución de penas y salieron de ese país sin tener autorización judicial para ello. El análisis ponderado de las normas que regulan el instituto de la prescripción permite a la Sala concluir que en eventos como el que se analiza, esto es, cuando se ha dado inicio al cumplimiento de la pena, el término prescriptivo empieza a contarse desde el momento en que se interrumpe su observancia. No otra cosa puede inferirse del artículo 89 del Código Penal cuando señala que la pena prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, expresión que razonablemente lleva a colegir que es a partir de la suspensión de su cumplimiento cuando debe contarse dicho lapso, el cual como dice la misma preceptiva no puede ser inferior a 5 años”. (CSJ CP. 6 Jul 2011, Rad. N.º 35666). Siendo ello así, no ha prescrito la pena según las leyes colombianas por cuanto desde la fecha en que el reclamado evadió el cumplimiento de la sanción (26 de septiembre de 2011) al momento actual no ha transcurrido el término de la pena que resta por cumplir, esto es, 7 años, 5 meses y 4 días, previsto en la ley para el efecto. **(CSJ, Sent. Casación N.º 45941, nov. 18/2015. M. P. Eugenio Fernández Carlier).**

Artículo 85. Prescripción de penas diferentes.

La prescripción de penas diferentes impuestas en una misma sentencia se cumplirá independientemente respecto de cada una de ellas.

Artículo 86. Rehabilitación.

Excepto la separación absoluta de la Fuerza Pública, las demás penas señaladas en el artículo 37 de este Código podrán cesar por rehabilitación.

La rehabilitación de derechos afectados por una pena privativa de los mismos, cuando se imponga como accesoria, operará conforme a las siguientes reglas:

1. Una vez transcurrido el término impuesto en la sentencia, la rehabilitación operará de derecho. Para ello bastará que el interesado formule la solicitud pertinente, acompañada de los respectivos documentos ante el Tribunal Superior Militar.

2. Antes del vencimiento del término previsto en la sentencia podrá solicitarse la rehabilitación cuando la persona haya observado intachable conducta personal, familiar, social y no haya evadido la ejecución de la pena; allegando copia de la cartilla biográfica, dos declaraciones, por lo menos, de personas de reconocida honorabilidad que den cuenta de la conducta observada después de la condena, certificado de la entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el periodo de prueba de la libertad condicional o vigilada y comprobación del pago de los perjuicios civiles. En este evento, si la pena privativa de derecho no concurre con una privativa de la libertad, la rehabilitación podrá pedirse dos (2) años después de la ejecutoria de la sentencia que la impuso, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto. Si la pena privativa de derechos concurre con una privativa de la libertad, sólo podrá pedirse la rehabilitación después de dos (2) años contados a partir del día en que el condenado haya cumplido la pena privativa de la libertad, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto.

3. Cuando en la sentencia se otorgue la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y no se exceptúa de ella la pena accesoria, esta se extinguirá con el cumplimiento del periodo de prueba fijado en el respectivo fallo. Cuando, por el contrario, concedido el beneficio en mención, se exceptúa de este la pena accesoria, su rehabilitación sólo podrá solicitarse dos (2) años después de ejecutoriada la sentencia en que fue impuesta, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto. La rehabilitación en el evento contemplado en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política. La providencia que conceda la rehabilitación de derechos y funciones públicas se comunicará a las mismas entidades a quienes se comunicó la sentencia y, especialmente, al alcalde del domicilio del rehabilitado y a los registradores municipal, departamental y nacional del estado civil, para que hagan las anotaciones del caso. La entidad que debe resolver la solicitud de rehabilitación puede, dentro de un plazo no mayor de diez (10) días, pedir ampliación o ratificación de las pruebas acompañadas al memorial respectivo. Si la conducta del solicitante no lo hiciere acreedor a la rehabilitación, según los documentos presentados, se aplazará la concesión de ella por un periodo no mayor del determinado en el numeral 3 de este artículo. La providencia respectiva será comunicada a las mismas entidades mencionadas en este Código.

JURISPRUENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. La rehabilitación – retorno a la vida social.

(...) En cuanto al Derecho a la rehabilitación la Corte expone que, según la Constitución Política, las personas nacen libres; el Estado les puede exigir responsabilidad por infringir la Constitución y la ley y, si la infracción ha sido definida legalmente como delito o contravención, se les puede condenar a una pena o se les puede imponer una medida de seguridad. En los casos en que ello ocurre, el juez de la causa declara en su sentencia la culpabilidad de la persona y le asigna la pena que corresponde, según lo previsto en la ley, las modalidades del hecho criminal y las circunstancias en que el sujeto actuó. El Constituyente no encontró hipótesis criminal alguna que, a su juicio, amerite la separación definitiva del criminal de su entorno social. Al definir las penas que se pueden imponer al delincuente sentenciado, la Constitución excluyó: la pena de muerte; la desaparición forzada, la tortura, las penas crueles, inhumanas y degradantes, así como las que impliquen tratos que puedan calificarse de tales; la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados; las penas y medidas de seguridad imprescriptibles, así como la detención, prisión o arresto por deudas y el destierro, la prisión perpetua y la confiscación. Así, puede afirmarse que el Ordenamiento Constitucional Colombiano dispone que la pena que se imponga a un delincuente no puede causarle –por sí sola– la muerte u otro daño físico, pues está previsto que, una vez cumpla con su castigo, retorne a la vida social y comunitaria y ocupe nuevamente el lugar que le corresponde en la familia y en el tráfico económico, político, cultural y cívico propios de su entorno social.(...) La pena entonces, en el ordenamiento colombiano, es esencialmente temporal, lo mismo que sus efectos jurídicos. Consiste en la aplicación temporal y forzada de un régimen personal, definido por el juez de la causa dentro de los parámetros legales, en el que se limita o suspende el ejercicio de algunos derechos fundamentales (libertad, locomoción, reunión, participación, etc.), se recorta, por razón de la limitación o suspensión de esos derechos, el ejercicio de otros que los

suponen (libre desarrollo de la personalidad, iniciativa privada, intimidad personal, etc.) y, a la vez, se mantienen inalterados algunos (libertad de conciencia, de opinión, derecho de petición, etc.) y se estimula el ejercicio controlado de otros (especialmente, los de la educación y el trabajo). (...) La ley permite a la persona que, con su propio comportamiento, acorte la duración de la pena. Por esto, cuando no se ha cumplido con toda ella, la ley procesal requiere, para que el juez pueda rehabilitar a la persona, el cumplimiento de algunas condiciones, que han de ser acreditadas ante él. (...) “La rehabilitación en la interdicción de derechos y funciones públicas operará ipso jure al cumplirse el término por el cual se impuso su pérdida como pena. Para ello bastará que el interesado formule la solicitud pertinente, acompañada de los respectivos documentos ante el registrador municipal de su domicilio, el cual le dará inmediatamente tramitación.” (Corte Const. Sentencia T-218/94. Mayo 3/1994. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Rehabilitación.

(...) La rehabilitación tiene por objeto poner fin a una pena inhabilitante debidamente impuesta o a los efectos y consecuencias que ella produce, siempre y cuando el condenado haya dado pruebas de buena conducta durante el lapso que señale la ley, restituyéndole en el uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado. La rehabilitación, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, “está destinada a hacer cesar anticipadamente, siempre que se haya dejado transcurrir el término básico para poder intentar su concesión, una pena de duración determinada, o para suprimir las consecuencias de una sanción de permanencia indefinida. Sus efectos surgen automáticamente cuando la pena ha sido satisfecha de modo total”. (sent. Sala Casac. Penal dic. 1/77). Este instituto jurídico fue introducido por el legislador a nuestro ordenamiento penal ordinario en el artículo 92 (Dec. 100/80), en términos similares a como aparece consagrada en el artículo 85 del Código

Penal Militar (Dec. 2550/88). La prescripción, en cambio, es la cesación de la potestad punitiva del Estado después de transcurrido el período de tiempo fijado por la ley. (...) La prescripción de la pena es la "liberación de cumplir la condena impuesta tras cierto lapso en irregular libertad o sin aplicación de la medida restrictiva de otro derecho. Constituye esta una de las causas de extinción de la responsabilidad penal". (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. G. Cabanellas). (...La prescripción opera tanto para la acción como para la pena. En la prescripción de la pena el Estado renuncia a su potestad represiva por el transcurso del tiempo, anulando de esta manera el interés de hacer efectiva una condena o sanción legalmente impuesta. De acuerdo con nuestro Ordenamiento Constitucional no hay penas imprescriptibles. Es decir, que a la luz de las normas constitucionales que hoy rigen no puede existir pena alguna, sea cual fuere su índole (criminal, disciplinaria, contravencional, policiva, fiscal, administrativa, tributaria, etc.), que no prescriba. No le asiste razón al demandante, porque la pena de separación absoluta de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional es prescriptible y en consecuencia no vulnera el artículo 28 de la Constitución Nacional, ni ningún otro canon Superior, pues pertenece a la potestad del legislador establecer las sanciones a que se hacen acreedores los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que cometan delitos en relación con el mismo servicio". **(Corte Const. C – 240/94. Mayo 19/1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. **En los delitos de lesiones personales culposas la pena de privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas opera como principal, no a título de accesoria, y por ende no procede la figura de la rehabilitación.**

"4. Con la anterior claridad, el primer problema jurídico a resolver dentro del presente asunto, se contrae a determinar si la solicitud de «levantamiento de la privación del derecho a conducir vehículos», debe ser entendida como de rehabilitación –conforme lo propuso el Tribunal–, bajo el entendido de que esta figura jurídica, de conformidad con el artículo 92 del Código Penal, es aplicable a las penas accesorias, caso en el cual la competencia recaería en el Juez de Conocimiento; o si no lo es, evento en el que radicaría en la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en su condición de superior funcional del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de esa misma ciudad. Pues bien, se partirá por precisar que la naturaleza de las penas, ha sido establecida por el legislador. Por tanto, el entendimiento que hagan las partes o incluso las mismas autoridades judiciales, como sucede en este caso, no modifica aquella. Sobre esa base, se tiene que la esencia de la pena de privación del derecho a conducir vehículos automotores, que se derivada de una condena por los delitos de homicidio o lesiones personales culposas –artículos 109 y 120 del Código Penal–, ya fue analizada por la Corte en la decisión SP8063-2017, jun. 7, rad. 50195, por lo que resulta del todo pertinente traer a colación los apartes pertinentes: «Efectivamente, en el fallo de segundo grado el juzgador impuso como penas accesorias en contra del procesado, la automática de inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas "y la de privación del derecho a conducir vehículos automotores por el mismo término de la pena principal". Con tal proceder, la sentencia omitió la aplicación de la norma establecida en el segundo inciso del artículo 120 del Código Penal que tipifica el delito de lesiones culposas, cuyo tenor es el siguiente: «Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego se impondrá igualmente la pena de privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de uno (1) a tres (3) años», montos estos que aumentados por la Ley 890 de 2004 (art. 14) quedaron así: de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. Es claro, entonces, que en los delitos de lesiones personales culposas la pena de privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas opera como principal, lo que impide, entonces, que pueda aplicarse, de manera conjunta o alternativa, a título de accesoria, conforme lo establece el artículo 34 sustantivo: «Las penas que se pueden imponer con arreglo a este código son principales, sustitutivas y **acesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales**». Siendo así, la primera conclusión es que se incurrió en un error de juicio sobre la naturaleza de la sanción a la que se viene aludiendo, pues se impuso como accesoria cuando lo debido era aplicarla en la condición de principal junto a la pena de prisión. Ahora, la inaplicación del inciso segundo del precitado artículo 120, no sólo ocurrió por la incorrecta calificación de la pena de privación del derecho a conducir vehículos, sino, además, por el desconocimiento del límite cuantitativo mínimo que allí se establece, que es de 16 meses, por cuanto la fijó en 9 meses, como se advirtió en los antecedentes procesales(...)» Descendiendo al caso en concreto, la decisión impugnada, corresponde a la adoptada el 9 de octubre de 2017 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Manizales, por medio de la cual, negó a Ernesto Díaz Cárdenas el levantamiento de la privación del derecho a conducir vehículos, que le fue impuesta al momento de proferirse la sentencia; pena principal, que como ya quedó visto, no puede entenderse como de las accesorias de que trata el artículo 52 del Código Penal y por tanto, sujeta de la rehabilitación de que trata el 92 de la misma norma sustantiva. **(CSJ, Sent. Casación N.º 51742, dic. 06/2017. M. P. Eugenio Fernández Carlier).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Para el otorgamiento de la rehabilitación de derechos del condenado puede acudirse al principio de integración normativa.**

"Como consecuencia de lo anterior, con base en el ya referenciado artículo 18 del Código Penal Militar, que trata del principio de integración, es necesario considerar que, respecto de la hipótesis o casos de rehabilitación, no contemplados en el Código Penal Militar, debe hacerse remisión a las hipótesis que contempla la legislación ordinaria, de tal forma que, complementado el primero con el segundo, se pueda considerar la totalidad de las eventualidades, en que procede la rehabilitación.

Ahora la pena accesoria impuesta al interesado, de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones, no fue objeto de subrogado de la condena de ejecución condicional, el que no fue concedido, y además concurrió con una pena privativa de la libertad, significando ello que, es procedente evaluar la solicitud dentro de las siguientes posibilidades:

1. Con base en el artículo 94 inciso 2 del Código Penal Militar.
2. Con base en el artículo 92, numeral 2 inciso 5° del Código Penal.
3. Con base en el artículo 92 numeral 1 d e l Código Penal.

Respecto a lo primero, esto es, que opera la rehabilitación transcurridos dos (2) años a partir del día en que haya cumplido la pena, lo que debe interpretarse en el sentido de cumplimiento de la pena privativa de la libertad, se precisa que, al señor CT(r) CLN., le fue otorgado el subrogado de la libertad condicional, el 13 de marzo de 2003, con un periodo de prueba de cincuenta y ocho (58) meses, y posteriormente el 15 de febrero de 2008 se declaró la libertad definitiva, con base en el artículo 78 del Código Penal Militar.

Lo inmediatamente anterior, significa que la pena privativa de la libertad, quedó cumplida en esta última fecha, y es a partir de allí que es posible contar el término de los dos (2) años para obtener la rehabilitación, el cual acaecería el 14 de febrero del año 2010. Referente a lo segundo, con el mismo argumento anterior, no es posible la rehabilitación, porque no han transcurrido “dos (2)” años contados a partir del día en que el condenado haya cumplido la pena privativa de la libertad”, que preceptúa el artículo 92 en su inciso 5°. En cuanto a lo tercero, téngase en cuenta que el entonces procesado fue condenado en la sentencia de primer y segundo grado, a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años, término que empezó a contarse desde la fecha de la segunda de las decisiones, esto es, el 12 de octubre de 1999, de tal forma que para la misma fecha de la presente anualidad obtendría de pleno derecho la rehabilitación. Sobre lo anterior es conveniente traer a cita, decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 18 de mayo de 2005, donde se puntualizó: “Es claro, entonces, que la rehabilitación que consagra el artículo 92 del estatuto penal sólo se aplica cuando no ha transcurrido el término de la pena impuesta, de manera que por esa razón está consagrada dentro de las causales de extinción de la pena, y sometida a los condicionamientos fijados por la norma en cita. Cuando el tiempo fijado como sanción se ha cumplido, opera la rehabilitación ‘ipso jure’ que prevé el artículo 71 del Código Electoral, sin que para ello sea necesario la intervención de la autoridad judicial, pues basta que el interesado formule la solicitud pertinente acompañada de los respectivos documentos ante el Registrador Municipal de su domicilio” (Cfr. auto única instancia de junio 3/97. Rad. 4083. M. P. Calvete Rangel). (Rad. 130949, 6 de marzo de 2009, M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).

“(…) ha de precisarse que la Ley 1407 de 2010 prevé que la “Interdicción de Derechos y Funciones Públicas” tiene la capacidad de producir efectos jurídicos por el término establecido para la pena privativa de la libertad en la sentencia. Bajo ese entendido, los presupuestos para que opere la rehabilitación de derechos y funciones públicas se encuentran establecidos en el artículo 86 del estatuto punitivo castrense de 2010 (...). En esas condiciones, se constató que el requisito objetivo, que dispone el inciso 2° del numeral 3° del artículo 86 de la Ley 1407 de 2010, se encuentra cumplido; toda vez que, exceptuada la pena accesoria del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, han transcurrido dos (2) años después de ejecutoriada la sentencia a la fecha en que se elevó la solicitud de rehabilitación, puesto que esta quedó en firme el veintidós (22) de noviembre de 2012. Luego, también ha transcurrido la mitad del término impuesto a la pena accesoria, en tanto la interdicción de derechos y funciones públicas tenía como lapso el mismo de la pena principal de arresto, es decir, tres (3) meses, que reducidos a la mitad corresponden a cuarenta y cinco (45) días. Por otro lado, verificados los requisitos subjetivos de la solicitud de rehabilitación previstos en el artículo 602 de la Ley 522 de 1999, norma procesal aplicable, se tiene que la petición elevada cumple con dichos presupuestos, en tanto se adjuntaron: i) Copia de la sentencia de única instancia; sin que sea necesario acreditar la cartilla bibliográfica, en tanto que el penado no estuvo privado de la libertad en centro de reclusión alguno; ii) dos declaraciones extra proceso, como fueron las suscritas por las señoras ANOG y FJL el día catorce (14) de marzo de 2018, ante la Notaría Única de Marsella (Risaralda), en las que dan cuenta de la buena conducta que como ciudadano ha observado JFMM desde hace un poco más de cuatro (4) años como vecino de las declarantes; iii) constancia de fecha diez (10) de abril de 2018, suscrita por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, que da cuenta que el condenado TE. JFMM cumplió cabalmente con todas y cada una de las obligaciones que se le impusieron durante el período de prueba en virtud de la condena de ejecución condicional otorgada. En esas condiciones, la Sala accederá a lo solicitado, por encontrarse cumplidos los requisitos establecidos para conceder la rehabilitación de derechos y funciones públicas al TE. JFMM”. (Rad. 158906 M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez, del 18 de mayo de 2018).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Regulación de la Rehabilitación conforme lo estipula la Legislación Penal Castrense:**

“La Rehabilitación procede es respecto a las Penas Accesorias contempladas en el artículo 37 del nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010- (artículo 45 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999-), esto es, Restricción Domiciliaria, Interdicción de Derechos y Funciones Públicas, Prohibición del Ejercicio de un Arte, Profesión u Oficio, Suspensión de la Patria Potestad, Prohibición de Porte y Tenencia de Armas de Fuego, Prohibición de Consumir Bebidas Alcohólicas-, excepto la Separación Absoluta de las Fuerza Pública por expresa prohibición de la Ley Penal Militar; y tampoco es viable reconocerla

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Presupuestos de la rehabilitación en el Proceso Penal Militar.**

para Penas Principales –Prisión y Multa (Prisión, Arresto y Multa para las penas impuestas con arreglo a la Ley 522 de 1999)–, y por ende, para las Privativas de la Libertad –esto es, Prisión (Prisión y Arresto para las penas impuestas con arreglo a la Ley 522 de 1999)–. Al efecto, tanto el artículo 37 del nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010– como el artículo 45 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– (para las penas impuestas con arreglo a la Ley 522 de 1999) preceptúa: “Penas accesorias. Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes (...). Que de conformidad con el precepto contenido en el artículo 86 del nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–, la Rehabilitación de Derechos afectados por una pena privativa de los mismos, cuando se imponga como Accesorio, podrán cesar por Rehabilitación cuando se cumplan dos requisitos concurrentes por parte del condenado:

1) Una exigencia de carácter subjetiva: Consistente en que el condenado hubiere observado intachable conducta personal, familiar y social, y no haya evadido la ejecución de la pena.

2) Otra exigencia de carácter objetiva, así:

Si la pena privativa de derecho no concurriere con una privativa de la Libertad, la rehabilitación podrá pedirse dos (2) años después de la ejecutoria de la Sentencia que la impuso, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto. Si la pena privativa de derechos concurriere con una privativa de la Libertad, solo podrá pedirse la Rehabilitación después de dos (2) años contados a partir del día en que el condenado haya cumplido la pena privativa de la Libertad, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto. Cuando en la Sentencia se otorgue la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y no se exceptúa de ella la pena accesorio, esta se extinguirá con el cumplimiento del período de prueba fijado en el respectivo fallo. Cuando, por el contrario, concedido el beneficio en mención, se exceptúa de este la pena accesorio, su rehabilitación sólo podrá solicitarse dos (2) años después de ejecutoriada la sentencia en que fue impuesta, si hubiere transcurrido la mitad del término impuesto. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 602 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, con la solicitud de Rehabilitación se presentará: Copias de las Sentencias de Primera, Única y Segunda Instancia, y de Casación –si fuere el caso–, copia de la Cartilla Biográfica, dos Declaraciones –por lo menos, de personas de reconocida honorabilidad, sobre la conducta observada después de la Condena–, y certificado de la Entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el Período de Prueba de la Libertad Condicional o Vigilada –si fuere el caso–; y en consonancia con lo estipulado el artículo 86 del nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–, copia de la cartilla biográfica, dos declaraciones, por lo menos, de personas de reconocida honorabilidad que den cuenta de la conducta observada después de la condena, certificado de la entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el período de prueba de la libertad condicional o vigilada y comprobación del pago de los perjuicios civiles. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 603 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– en consonancia con lo reglado por el artículo 86 del nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–, concedida la Rehabilitación de Derechos y Funciones Públicas, la providencia que así lo determine se comunicará a las mismas

entidades a quienes se comunicó la Sentencia y, especialmente, al Alcalde del domicilio del Rehabilitado y a los Registradores Municipal, Departamental y Nacional del Estado Civil, para que hagan las anotaciones del caso. Siendo estos los presupuestos normativos previstos para que Cese la Pena Accesorio y por lo tanto se Extinga por Rehabilitación la Interdicción de Derechos y Funciones Públicas, tenemos que el legajo de los anexos a la Solicitud aportados por el condenado reúne a cabalidad los requisitos establecidos por el artículo 86 del nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–. En concordancia con el artículo 602 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, además que muestra que el señor Sr. Óscar Mauricio Quintero Castaño cumplió a cabalidad con los requisitos exigidos por la normatividad penal castrense para que se aplique a su favor el instituto de la precitada Rehabilitación”. (Rad. 152638, M. P. Brigadier General María Paulina Leguizamón Zárate, del 11 de abril de 2014).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **La rehabilitación para los delitos contra la administración pública.**

“No obstante, antes de determinar si es procedente o no la rehabilitación de derechos y funciones públicas del ex policial Pinzón, es menester referir que el delito por el cual fue condenado se trata de aquellos que afectan el bien jurídico de la administración pública, esto es, el peculado por uso contemplado en el artículo 398 de la Ley 599 de 2000, frente a lo cual podría considerarse que la naturaleza de la conducta punible en cuestión afecta el patrimonio del Estado, circunstancia que forzosamente conllevaría dar aplicación al inciso 3º del numeral 3 del artículo 86 de la Ley 1407 de 2010 que impide la rehabilitación cuando a los servidores públicos se les imponga una condena en cualquier tiempo por delitos que afecten el erario público. Sobre el particular, la disposición antes señalada guarda correspondencia con el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, donde se establece que la rehabilitación no procederá cuando se trate de conductas que atenten contra el patrimonio del Estado, porque frente a esa tipología de delitos la Carta Magna impone una inhabilidad de carácter permanente, lo que no puede considerarse como una pena perpetua dado que no se trata de una sanción punitiva propiamente dicha, sino de un impedimento intemporal ajustado a la constitución que busca “garantizar la realización de los fines del Estado, el cumplimiento de los principios de la administración pública y el aseguramiento del interés general sobre el interés particular, situación particular que sé según el análisis del máximo Tribunal Constitucional se ajusta a la Carta Política”

Sin embargo, en relación con la solicitud estudiada sería desacertado concluir que conducta desarrollada por el ex policial afectó el erario público, dado que no todos los delitos que vulneren a administración pública atentan contra patrimonio del Estado, una interpretación de tal magnitud conduciría a ambigüedades, al punto de afirmar que cualquier delito que viole un bien jurídico que involucre los intereses del Estado afecta la administración pública y

por consiguiente se vería lesionado patrimonio estatal, imprecisión que se mantuvo bajo los términos de la Sentencia C-280-96. Por esa razón, el legislador con la expedición de la derogada Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) en su artículo 38, que luego reprodujo textualmente en el parágrafo 2º del artículo 42 de la Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario vigente), definió qué debe entenderse por delitos que atenten contra el patrimonio del Estado y exigió, además, para esos efectos, que en dichos casos el fallo condenatorio precise si la conducta punible afectó el erario público.

“Artículo 38. Parágrafo 2º. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público. Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la

conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado” (...) razón por la cual al verificarse que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas se cumplió dado el periodo de prueba fijado por la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se puede colegir que dicha sanción punitiva se extinguió en derecho y en consecuencia, se accederá a la petición del solicitante. **(Rad. 159440, M. P. CR. Wilson Figueroa Gómez, del 14 de mayo de 2021).**

Sentencias concordantes.

Corte Constitucional, Sentencia C- Sentencia C-652-03. M. P. Sentencias Concordantes: . Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto abril 14 de 2010, recurso de queja N.º 33648, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés y auto julio 4 de 2013, recurso de queja N.º 41598, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero. Tribunal Superior Militar, radicado N.º 149593 del 20 de mayo de 2016, M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome, Tribunal Superior Militar, radicado N.º 149539, mayo 20 de 2016, M. P. José Liborio Morales Chinome.

COMENTARIO

La Ley 599 de 2000, distingue entre las causales de extinción de la acción penal, artículo 82, de aquellas causales de extinción de la sanción penal, artículo 88; en contraste con lo estipulado en la Ley 1407 de 2010, en su artículo 75 respecto a las causales de la extinción de la acción penal.

Ahora bien, cotejando los artículos atrás referidos se evidencia que: a) La caducidad de la querrela fue incluida en el Código Penal Militar como causal taxativa de la extinción de la acción penal, mientras que la ley ordinaria no la refirió como tal; b) el Código Penal Ordinario incluye el indulto como causal de extinción de la pena, contrario sensu, a la legislación castrense; y, c) la ley penal ordinaria distingue entre amnistía propia (causal de Extinción de la acción penal), y amnistía impropia (causal de extinción de la sanción penal), mientras que la ley 1407 de 2010, solo contempla la amnistía (de manera general) como causal de extinción de la acción penal).

Por lo anterior se puede inferir que la legislación castrense contempla unas causales específicas y son estas las llamadas a ser aplicadas por la especialidad en la materia; no obstante, el principio de integración procedería en armonización con la Convención Americana de los Derechos Humanos, el bloque de constitucionalidad y la Carta Magna solo en aquellos casos procedentes.

TÍTULO IV DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA CONDUCTA PUNIBLE

CAPÍTULO ÚNICO REPARACIÓN DEL DAÑO

Artículo 87. Reparación del daño.

La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Multa para otorgamiento de subrogado penal – reparación del daño:

[...] Al respecto la Corte hizo énfasis en que la condición a que se aludía en ese proceso no implicaba la exigencia de pagar una deuda bajo el apremio de una pena privativa de la libertad sino el requerimiento a quien era beneficiado con una eventual inejecución de la pena para que atendiera la obligación de reparar el daño

causado con el delito. Obligación esta que, como la pena, tenía por fuente el hecho punible. Así mismo que ante el incumplimiento de la obligación de indemnizar el daño causado, fallaba la condición en cuya virtud se podía, según la ley, suspender la ejecución de la pena o prescindir de ella y, por tanto, quedaba en pleno vigor la condena, tal como si no se hubiera adoptado la decisión de otorgar el beneficio. **(Corte Constitucional, Sentencia C-823/05 diez (10) de agosto de dos mil cinco (2005). M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Acción de tutela para obtener la reparación de perjuicios sufridos por los desplazados:

“[...] La víctima tiene derecho a un recurso ágil y sencillo para obtener la satisfacción de su derecho a la reparación y el Estado tiene la obligación de proporcionar a la víctima esos recursos eficaces e investigar las violaciones de forma rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional. [...] En términos generales, cuando alguien ha realizado un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona le genera la obligación de realizar en provecho de esta una prestación resarcitoria, comoquiera que esta no está obligada a soportar la conducta antijurídica de la que fue objeto. Cuando las conductas trascienden el campo de las relaciones personales y tienen una repercusión social, el derecho sanciona ese comportamiento con la finalidad de proteger no sólo el interés o bien individual sino también el social, lo que constituye el objeto jurídico del delito y genera la acción penal pública que por regla general corresponde emprender de oficio al Estado. [...] El daño individual producto del acaecimiento de una conducta sancionable por el ordenamiento penal, genera la obligación de reparar a la víctima el perjuicio ocasionado al bien jurídico que se pretendía tutelar, es así como expresamente el artículo 94 del Código Penal lo dispone al consagrar que “la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”. [...] La reparación debe ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional al daño sufrido y comprende la restitución de la persona afectada al estado en que se encontraba antes de la violación; la indemnización de los perjuicios ocasionados, de los daños físicos y morales, la rehabilitación de la víctima y la adopción de medidas de no repetición”. **(Corte Constitucional, Sentencia T-085/09, dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009). M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Inconstitucionalidad contra expresión “materiales y morales” contenida en código penal sobre reparación del daño por responsabilidad civil derivada de la conducta punible:

“[...] Ante la inexistencia de una norma de rango legal que precise las categorías de perjuicios que deben ser reconocidos por el juez a efectos de reparar todos los perjuicios causados y que determine el quantum de dichas condenas, ambas decisiones son confiadas al juez quien, con base en las pruebas, de manera razonable, proporcionada y motivada, en ejercicio del arbitrio iudicis, debe precisar el alcance tanto horizontal (los perjuicios reconocidos), como vertical (el monto acordado a cada categoría) de la reparación. [...] La jurisprudencia constitucional, de forma constante y uniforme, ha afirmado que la reparación integral es de uno de los derechos fundamentales reconocidos a las víctimas de una conducta punible. [...] La Corte Constitucional ha explicado que la reparación a las víctimas de un delito puede lograrse a través de vías distintas: la judicial y la administrativa. Cuando se realiza

a través de un proceso penal, la reparación se articula con la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, en la medida que en esos procesos se investiga y establece lo sucedido y se determinan responsables. De acuerdo con la Corte, “[l]a vía judicial puede adelantarse ya sea a través del incidente de reparación dentro del proceso penal adelantado contra el responsable del delito o ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de reparación directa”. La reparación por vía judicial procede respecto de cualquier tipo de conducta punible. Por su parte, la reparación por vía administrativa es propia de contextos de justicia transicional, en los que se pretende asignar una compensación económica a un gran número de personas, atendiendo a criterios de equidad”. **(Corte Constitucional, Sentencia C-344/17, veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017). M. P. Alejandro Linares Cantillo).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

Inconstitucionalidad – derechos políticos – reparación del daño:

“[...] La conclusión impuesta por esta normatividad es que cuando el afectado por el delito acude al proceso penal para constituirse en parte civil, recibe del sistema jurídico un amplio margen de actuación que le permite reclamar derechos adicionales a la simple reparación del daño, los cuales se encuentran íntimamente ligados con el desarrollo de la investigación y juzgamiento penales. [...] Previamente se dijo que entre uno y otro trámite no sólo existe coincidencia de objetivos, pues la parte civil no se limita a intentar la reparación patrimonial del daño pudiendo, en cambio, intervenir en los procedimientos propiamente penales, sino que también existe una clara coincidencia procesal entre ambas figuras en virtud de que las oportunidades en que se desarrolla el debate jurídico se presentan de conformidad con la estructura del proceso penal. Esta conexidad se pone todavía más de manifiesto si se percibe que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 54 del CPP., la “acción civil, dentro del proceso penal, se adelantará en cuaderno separado en el que se allegarán todas las pruebas y actuaciones relacionadas con la pretensión patrimonial, y se regulará por las normas aquí señaladas y las de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, en cuanto no se opongan a la naturaleza del proceso penal”. **(Corte Constitucional, Sentencia C-570/03, quince (15) de julio de dos mil tres (2003). M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE

JUSTICIA – CASACIÓN. Marco Ley 600 de 2000. Menoscabo es real, concreto y no simplemente eventual o hipotético. Procede en el evento de sentencia anticipada.

“Conforme a los artículos 94 y 96 de la Ley 599 de 2000, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales que surjan de su comisión. A su turno, el canon 1494 del Código Civil, estatuye el delito como fuente de obligaciones. Dada esta relación directa entre el origen del daño y la búsqueda de su reparación, en el marco de la Ley 600 de 2000, el afectado cuenta con la posibilidad de elegir entre dos

alternativas: i) Demandar el reconocimiento de los perjuicios dentro del proceso penal, a través de la constitución como parte civil; y ii) promover independientemente la acción civil. Cuando se opta por la primera vía –en el proceso penal–, el artículo 47 del citado Código Procedimental Penal, reconoce que puede llevarse a cabo en cualquier momento de la actuación, previo el cumplimiento de los requisitos formales y materiales enlistados en el artículo 48¹⁶⁶ ibidem; entre ellos, que concurra alguno de los fines constitucionalmente admisibles relativos a la búsqueda de la verdad, la justicia o la reparación integral. Por tanto, la competencia que ordinariamente le ha sido asignada a la jurisdicción penal, encaminada a determinar la responsabilidad de quienes han cometido delitos, se extiende a la definición de la responsabilidad civil, en caso de proferirse sentencia condenatoria; sin que el juez pueda soslayar pronunciarse en relación con aquella, siempre y cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados. Ello también procede cuando se está ante una terminación anticipada, por aceptación de cargos, tal como lo prevé el artículo 40 de la Ley 600 de 2000: «(...) En la sentencia anticipada se resolverá lo referente a la responsabilidad civil cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados». 6.2.2. Si entre las pretensiones de la parte civil, se encuentra el pago de los daños y perjuicios, como sucede en este caso, surge el requisito de demostrar que el menoscabo es real, concreto y no simplemente eventual o hipotético (CSJ SP, 25 ene. 2017, rad.47586). De ahí que, de conformidad con los artículos 97 del Código Penal y 56 de la Ley 600 de 2000, el daño material, cuya condena es la que reclama el representante de la víctima, deba probarse dentro del proceso y liquidarse de acuerdo con lo acreditado en la actuación. Carga que esta Corporación ha reiterado, debe cumplirse tanto en la constitución de parte civil en la Ley 600 de 2000, como en el marco del incidente de reparación integral en la 906 de 2004. Entre los recientes pronunciamientos sobre este tema, se encuentra la CSJ SP5279-2017 del 19 de abril de 2017, donde se señaló lo siguiente: Además, como se señaló en la citada sentencia SP, abr. 13 de 2016, rad. 47076, “si bien el delito constituye per se la obligación del condenado a reparar los daños que han sido

causados con ocasión de su conducta en tanto fuente de obligación civil, no basta con alegar el daño y cuantificar los perjuicios, sino que se debe acreditar y sustentar la valoración económica que la víctima ha adjudicado a aquellos, esto es, demostrar la real existencia de la afectación y la proporcionalidad que debe existir en la reparación económica”. La carga de demostrar los perjuicios recae, desde luego, en quien ha sufrido el daño con el delito y aboga por su reconocimiento, como se indica en la jurisprudencia que precede y en el inciso primero del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”. Así también lo tiene sentado la Sala de Casación Civil, entre otras, en la siguiente determinación, donde precisó que: “Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113)” (CSJ. SC, feb. 25 de 2002, rad. n.º 6623). En el anterior contexto, por solicitar el pago de los perjuicios dentro del proceso penal, se repite, por regla general, se impone al juez el deber de condenar al declarado penalmente responsable, también por este concepto, desde luego, a condición de que el interesado haya demostrado su existencia. Sin embargo, cuando la actuación penal finaliza por sentencia anticipada, en una temprana etapa procesal, hecho que, según la recurrente, en este asunto, limitó la oportunidad de probar los daños y perjuicios, debe emitirse un pronunciamiento de abstención, en virtud del cual no puede entenderse agotada la acción civil. Por supuesto abstenerse de condenar al pago de perjuicios, de ninguna manera equivale a absolver o a exonerar de responsabilidad civil; pues es claro que tal inhibición se produce porque precisamente no hubo debate probatorio sobre los daños causados; y no porque se haya acreditado que no existen. De ahí que, se repite, el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, prevea la posibilidad de que en la sentencia anticipada se resuelva sobre la responsabilidad civil sólo «cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados». Desde luego, en el caso que se examina, la razón de la no demostración obedece a la finalización prematura del proceso penal, más no a un descuido del interesado. En otras palabras, en el sub lite, no es razonable, endilgar a la parte civil alguna forma de omisión negligente y sobre esa base negarle la emisión de condena por este concepto. Lo que ocurre es que el tiempo para probar los daños y perjuicios fue interrumpido por la finalización anticipada del proceso penal acumulado o conexado. Por ende, lo adecuado es abstenerse, de manera que pueda acudir a la vía civil a reclamarlos”. (CSJ, Sent. Casación N.º 51194, Sep. 26/208. M. P. José Luis Barceló Camacho).

166 «La demanda de constitución de parte civil deberá contener: El nombre y domicilio del perjudicado con la conducta punible. El nombre y domicilio del presunto responsable, si lo conociere. El nombre y domicilio de los representantes o apoderados de los sujetos procesales, si no pueden comparecer o no comparecen por sí mismas. La manifestación, bajo la gravedad de juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda, de no haber promovido proceso ante la jurisdicción civil, encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta punible. Los hechos en virtud de los cuales se hubieren producido los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama. Los daños y perjuicios de orden material y moral que se le hubieren causado, la cuantía en que se estima la indemnización de los mismos y las medidas que deban tomarse para el restablecimiento del derecho, cuando fuere posible. Los fundamentos jurídicos en que se basen las pretensiones formuladas. Las pruebas que se pretendan hacer valer sobre el monto de los daños, cuantía de la indemnización y relación con los presuntos perjudicados, cuando fuere posible. Los anexos que acrediten la representación judicial, si fuere el caso. Igualmente deberá acompañarse la prueba de la representación de las personas jurídicas, cuando ello sea necesario. Si quien pretende constituirse en parte civil fuere un heredero de la persona perjudicada, deberá acompañar a la demanda la prueba que demuestre su calidad de tal (...).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – CASACIÓN. SISTEMA PENAL ACUSATORIO. **Reparación del daño: Constituye un programa más estructurado que el establecido en la Ley 600 de 2000/ SISTEMA PENAL ACUSATORIO – Reparación del daño: La Ley 906 de 2004 no incluyó un evento de reparación en juicio oral, lo que se solucionó jurisprudencialmente con remisión a lo indicado en la Ley 600 de 2000, bajo el principio de favorabilidad.**

“De lo expuesto se puede concluir que la reparación del daño fue desarrollada íntegra, completa y sistemáticamente en la Ley 906 de 2004, así: (i).- En la conciliación preprocesal como condición de procedibilidad de la acción penal en relación con conductas querellables. Realizado el acuerdo se archiva la actuación, (ii) como causal de aplicación del principio de oportunidad, permitiendo renunciar a la persecución penal, entre otras causales, cuando se indemniza o repara integralmente el daño causado a la víctima conocida o individualizada, (iii) en la mediación, la reparación, restitución o reparación de los perjuicios extingue la acción civil y permite la renuncia a la acción penal por vía del principio de oportunidad, (iv) como presupuesto para realizar acuerdos y allanamientos en delitos en los cuales el sujeto activo obtiene incrementos patrimoniales, y (v) en el incidente de reparación integral, posterior a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, con efectos patrimoniales que extinguen el trámite incidental. La reparación del daño es, como se puede observar, un programa estructurado a partir de distintas alternativas y mucho más elaborado que el previsto en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, cuya aplicación se reduce a delitos que admiten el desistimiento de la acción penal, el homicidio culposo simple, contra el patrimonio económico, excepto el hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección. En ese esquema, es entendible que la ley 906 de 2004 no haya previsto, en la estructura de principios y de finalidades, la posibilidad de extinguir la acción durante el juicio, eventualidad que la Sala entendió que podía solventarse con la aplicación favorable del 42 de la Ley 600 de 2000”. (CSJ, Sent. Casación N.º 53293, Oct. 14/2020. M. P. José Antonio Hernández Barbosa).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) Su existencia y b) su cuantía.**

“Oportuno es señalar que la indemnización que se persiga por razón del daño ocasionado con el delito es de naturaleza extracontractual por vía directa o indirecta; la primera, como es el caso, estará a cargo de los autores o partícipes declarados penalmente responsables. 2. A su turno, el artículo 2341 del Código Civil, soporte normativo de la responsabilidad civil extracontractual, precisa: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o

el delito cometido”. La norma anterior encuentra su complemento, en cuanto a la actuación penal, en el artículo 94 de la Ley 599 de 2000 que dispone: “La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”. 3. De la misma manera, dígase, que no es per se la concurrencia de un delito o la condenación que por la misma realice el juez penal la que genera la obligación de indemnizar, sino la plena demostración del daño ocasionado y cuantificable que cause; la Sala advierte, sin embargo, que constituye requisito sine qua non para quien la pretenda que previamente se haya proferido decisión de carácter condenatorio, postura que cobra plena vigencia con la expedición de la Ley 906 de 2004 en cuanto una vez adquiere ejecutoria la sentencia penal se abre paso al incidente de reparación integral. 4. De lo anteriormente expuesto, se puede concluir:

- a) El delito produce la obligación de reparar los perjuicios causados, los que pueden ser del orden material e inmaterial.
- b) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado.

En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencian de los de carácter moral subjetivado, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción”. (CSJ, Sent. Casación N.º 40160, May. 29/2013. M. P. Javier Zapata Ortiz).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **El deber del juez de conocimiento de fijar perjuicios morales y materiales.**

“Es así como la misma Corte Constitucional ha reconocido que en la Justicia Penal Militar se deben fijar por parte del juez de conocimiento tanto los perjuicios morales como materiales derivados de la conducta ilícita del sujeto activo, lo cual en ningún momento justificó en este evento el juez de primera instancia, pues se limitó únicamente a tasar los perjuicios materiales sin regular los morales, desconociendo que para ello se debe tener en cuenta aspectos como la gravedad del hecho punible, el compromiso de derechos constitucionales fundamentales y el menoscabo de valores muy significativos para la víctima, así como su sufrimiento o dolor. Otro aspecto que no puede desconocer el juez para efecto de la liquidación de perjuicios, es la figura de la indexación o corrección monetaria para las

condenas de perjuicios materiales que se liquidan dentro del proceso penal y que constituyen un derecho apenas lógico para los damnificados, pues dicho reconocimiento patrimonial no podría entenderse subsanado cuando su cancelación corresponde al mismo valor dinerario con el cual el infractor de una forma u otra afectó el peculio de la víctima. Lo cierto es que cuando se comete una acción delincinencial, entre la misma y la correspondiente reparación de perjuicios causados a favor del lesionado, existe un prolongado interregno de tiempo dentro del cual indefectiblemente pierde poder adquisitivo el capital, el cual se deprecia en razón a la inflación, situación que no podría establecerse en una acción indemnizatoria justa y equitativa si se condena a igual monto representado al instante de la conducta punible, pues lo ajustado a derecho es que guarde proporcionalidad con el fijado en la actualidad, lo que deriva que la corrección monetaria para el caso de liquidación de perjuicios en derecho penal es un asunto que corresponde a una consecuencia lógica, donde la figura es una obligación al momento del cálculo indemnizatorio para el operador de justicia en aras de guardar el equilibrio, de allí que su procedencia no sea caprichosa o establecida de un incremento patrimonial injustificado. (Rad. 154465, M. P. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira, 20 de junio de 2010). (Crf. C-1149 del 31 de octubre de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Es obligación del juez pronunciarse sobre los perjuicios ocasionados por el delito**

"(...) Los artículos 106 y 107 de la Ley 522 de 1999, en concordancia con el 2341 del Código Civil, establecen que el hecho punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan, daño ocasionado en el presente evento al patrimonio estatal, sin que deba olvidar el operador judicial el rol que cumple la parte civil dentro del proceso penal y en particular de las víctimas.

Se ha de precisar según lo expuesto por la Corte Constitucional que el derecho de las víctimas a acceder al proceso penal, en particular a la indemnización de perjuicios, es una manifestación de los derechos de justicia e igualdad, y constituye una expresión de los deberes constitucionales del Estado. Pues el delito como hecho típico, antijurídico y culpable genera un daño público que se materializa en el desconocimiento de aquellas normas que han sido impuestas por el legislador para mantener las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la sociedad, y un daño privado en cuanto afecta el patrimonio de una o varias personas, es por esto que la indemnización de perjuicios es una protección de las víctimas y testigos y el restablecimiento pleno de los derechos que hayan resultado quebrantados por la actividad delictiva; los cuales, a su vez, tienen asiento en los principios generales de economía procesal y eficacia jurídica. En torno a la responsabilidad civil derivada de un hecho punible, la Corte Constitucional ha precisado que el juez debe tasar los perjuicios dentro de la sentencia condenatoria, excepto cuando el ofendido haya promovido en forma independiente la acción civil". (...). (Rad. 157849,

M. P. Capitán de Navío (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, 2 de septiembre de 2014).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **No puede cursar proceso ante lo contencioso administrativo y demanda civil en proceso penal por las mismas pretensiones.**

(...) Así pues, el hecho de haberse iniciado la investigación administrativa por parte de la Armada Nacional, con el fin de buscar el resarcimiento de los perjuicios materiales causados con la pérdida del material de guerra, generaba una causal que impedía admitir la demanda de parte civil, que llevara como objetivo el reconocimiento de esos perjuicios, en consecuencia, la demanda debía ser rechazada, sin embargo, a pesar de estar evidenciada procesalmente esa causal, el Fiscal Primario admitió la demanda de parte civil, actuación declarada nula por el Fiscal Ad – Quem, a partir de la cual, la representante de la parte civil abandona la acción civil, pues no realiza ninguna actuación tendiente a reponer la actuación viciada, tampoco ejecuta actuación alguna a sabiendas que tenía la obligación procesal de probar los perjuicios demandados, contexto que nos lleva a inferir que perdió el interés en la causa. No obstante haberse declarado nula la admisión de la demanda y haberse abandonado la acción por la representante de la parte civil, surtidos los trámites propios de la Corte Marcial, el Juzgado Militar de Brigadas Fluviales de Infantería de Marina, en sentencia aditada el 31 de octubre de 2011, además de haber declarado penalmente responsable al IMAR. Lizarazo Guio Edison de la comisión del punible de peculado culposo y haberlo condenado a la pena principal de seis (6) meses de arresto y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes; condena al aquí enjuiciado al pago de perjuicios materiales por un monto de tres millones seiscientos setenta y tres mil quinientos setenta pesos (\$3.673.570), liquidando, además, en forma extrapetita una indexación no pedida en la demanda.

Así la cosa, la condena al pago de perjuicios resulta irregular, no solo porque el auto de admisión de la demanda había sido declarado nulo, sino, además, por el abandono de la acción por parte de la demandante y porque se produjo una condena resarcitoria en forma extrapetita, razones por las cuales, se revocará la condena en perjuicios materiales, impuesta al IMAR. Edinson Lizarazo Guio en el numeral segundo de la parte resolutoria. (Rad. 157232 M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome, 15 de agosto de 2012).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Reparación económica en el proceso penal militar imposibilita su persecución concomitante en lo contencioso-administrativo.**

"Recordemos que desde la Sentencia C-1149 de 2001 la víctima podía escoger entre constituirse en parte civil dentro del proceso penal para saber la verdad, obtener el castigo del culpable y la indemnización de los perjuicios o podía optar por acudir ante lo Contencioso Administrativo logrando la plena protección que en Colombia brinda el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, veamos: (...). Si escoge el proceso

penal para la reparación del daño, quien debe responder es el sujeto de la acción penal, y para ello es imperativo, acreditar su responsabilidad penal y luego la efectiva reparación estaría supeditada a la solvencia del ofensor; pero si por el contrario selecciona el proceso contencioso administrativo para lograr la reparación, bastaría con acreditar el daño, su carácter antijurídico y la relación de imputabilidad objetiva, para que el Estado tenga que repararlo en su totalidad. Lo que no puede hacer, en sentir de la Sala, es constituirse en parte civil dentro del proceso penal militar, en procura de que se paguen los perjuicios a las víctimas y concomitantemente acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la indemnización económica del daño, pues se trataría de un doble pago de perjuicios. Como se señaló en acápite anterior es el mismo apelante quien interpuso demanda de reparación directa ante el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué, siendo demandantes la señora CIT. y otros; proceso que terminó con una sentencia donde se condenó al Estado (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) al pago de los perjuicios morales por valor de \$123.641.507,94 a los señores CACT., MECT. y ACT. Salta a la vista que, de acuerdo con la anterior consideración, si la jurisdicción contencioso administrativa fue la vía legal que escogió el representante de las víctimas para obtener la indemnización de los perjuicios y no resultó favorable para uno o para todos los demandantes, no puede tratar de volver al proceso penal con el fin de que se condene a pagar los perjuicios al procesado, pues se trataría de un doble pago de tan mencionada reparación". **(Rad. 158118 M. P. TC. Noris Toloza González, 28 de agosto de 2015).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- El deber de comprobar la presencia de un perjuicio real y específico originado en la conducta investigada.

"Con todo, de pretenderse por la parte civil la reparación de los daños materiales y morales originados por la conducta punible, está compelida a demostrar la existencia de una afectación o daño (material o moral), establecer el valor de lo reclamado, los hechos en los cuales se fundamentan y el nexo directo entre los perjuicios que debió soportar y las conductas averiguadas. (...). En resumidas cuentas, cuando la pretensión tiene por objeto el pago de los perjuicios, le concierne al accionante en materia civil fijar el monto indemnizatorio, puesto que en el evento de que se profiera fallo declarativo de responsabilidad penal este deberá ser congruente con lo pretendido por la parte civil. Frente a este preciso aspecto, corresponde en cada caso concreto, a quien pretenda constituirse en parte civil, en primer término apreciar el daño o perjuicio y, seguidamente, presentar una aproximada apreciación del monto de los mismos causados con la infracción, aun cuando no pueda ser valorable pecuniariamente, puesto

que el artículo 97 del Código Penal faculta al juez para establecer una indemnización por daños morales hasta de mil (1000) gramos oro, teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, así como el pago de los perjuicios materiales siempre y cuando se prueben dentro de la actuación. Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia penal ha determinado que los perjuicios morales pueden ser objetivados y subjetivados. Los primeros, hacen relación a la disminución de la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada y por lo tanto pueden ser cuantificados pecuniariamente. Los subjetivados en cambio, corresponden a aquellos daños que lesionan el fuero interno de las personas, que se traducen en tristeza dolor o aflicción y no pueden ser valorados económicamente, cuya indemnización se fija en la forma prevista en el Código Penal. Como consecuencia de la conducta punible, la persona natural puede sufrir daños morales objetivados y subjetivados, la persona jurídica derecho privado, por el contrario, sólo puede verse afectada por daños morales objetivados, mientras que las personas jurídicas públicas no son sujeto de daño moral de ningún tipo, "por cuanto siendo su creación constitucional o legal, la comisión de un delito en su contra no tiene la posibilidad de reducir la prestación del servicio público que le es propia, y menos de poner en riesgo su supervivencia". **(Rad. 158239 del 25 de mayo de 2017, M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez, Segunda Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.-

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia penal ha determinado que los perjuicios morales pueden ser objetivados y subjetivados. Los primeros, hacen relación a la disminución de la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada y por lo tanto pueden ser cuantificados pecuniariamente. Los subjetivados en cambio, corresponden a aquellos daños que lesionan el fuero interno de las personas, que se traducen en tristeza dolor o aflicción y no pueden ser valorados económicamente, cuya indemnización se fija en la forma prevista en el Código Penal. Como consecuencia de la conducta punible, la persona natural puede sufrir daños morales objetivados y subjetivados, la persona jurídica derecho privado, por el contrario, sólo puede verse afectada por daños morales objetivados, mientras que las personas jurídicas públicas no son sujeto de daño moral de ningún tipo, "por cuanto siendo su creación constitucional o legal, la comisión de un delito en su contra no tiene la posibilidad de reducir la prestación del servicio público que le es propia, y menos de poner en riesgo su supervivencia". **(Rad. 157232, M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome, 16 de agosto de 2012). (Cfr. CSJ. Rad. 19464 del 18 de junio de 2002, M. P. Edgar Lombana Trujillo).**

COMENTARIO

En los pronunciamientos respecto del resarcimiento del daño, existe una inclinación por una reparación eficiente, efectiva y rápida, pues de lo contrario se cumpliría su objetivo. Es importante resaltar que la reparación es un derecho fundamental de la víctima y el monto con el que debe indemnizarse siempre es una decisión del juez estimado en razón a los hechos, las pruebas y sus consideraciones. Así mismo, en la Ley 906 de 2004 no se incluyó la reparación en juicio oral, lo que se solucionó jurisprudencialmente con remisión a lo indicado en la Ley 600 de 2000, bajo el principio de favorabilidad. Además se afirma que en cualquiera de los dos sistemas para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) su existencia y b) su cuantía.

Artículo 88. Titulares de la acción civil.

Las personas naturales, o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada en este código.

El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – **Estudio de la norma – derechos de parte civil en proceso penal:**

“(…) En las normas del C. de P.P. se previó un mecanismo apropiado para el ejercicio de las acciones populares, a través de la acción civil, con el fin de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios, cuando el hecho punible afecta un derecho colectivo. La acción puede ser intentada por el Ministerio Público o por cualquier persona que actúe como actor popular.” (Corte Constitucional, Sentencia T-536/1994, noviembre 29 /1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Indemnización de perjuicios en proceso penal/derechos de las víctimas de los delitos:**

“(…) El derecho que tiene el afectado con el delito a constituirse en parte civil dentro del proceso penal o, en su defecto, a obtener del juez penal el reconocimiento de los perjuicios cuando éstos se encuentren debidamente probados, tiene fundamento en el derecho constitucional de las víctimas a participar en el proceso penal y en la obligación estatal de restablecer los derechos afectados con el ilícito. (...) El delito, como hecho típico, antijurídico y culpable, genera un daño público que se materializa en el desconocimiento de aquellas normas que han sido impuestas por el legislador para mantener las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la sociedad, y un daño privado en cuanto afecta el patrimonio de una o varias personas. Del daño público se deriva la acción penal que otorga al Estado, como titular del poder punitivo, la facultad para investigar y juzgar la conducta ilícita que ha atropellado bienes jurídicamente tutelados, relevantes para la vida en comunidad. Del daño privado nace la acción civil que se interpreta como el derecho que tiene la víctima o el perjudicado para reclamar el pago de los perjuicios que se hayan ocasionado con el delito. Por tener origen en una misma fuente (el delito), la normatividad vigente ha establecido la posibilidad de que estas dos acciones, civil y penal, puedan acumularse y decidirse en un sólo proceso. De ahí que se le otorgue a la víctima o al perjudicado la opción de reclamar los perjuicios ocasionados por el delito, o bien ante la jurisdicción civil, mediante el trámite de un proceso ordinario, o bien dentro del proceso penal, a través de la constitución de parte civil”. (Corte Constitucional, Sentencia C-277/98, junio 3/1998. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – **Jurisdicción penal militar – acción civil en proceso penal:**

“(…) El daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales. (...) La acción civil es de naturaleza esencialmente indemnizatoria teniendo como finalidad única y exclusiva el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado con la conducta punible a la víctima o perjudicado, pudiendo ostentar dicha calidad, una persona natural o jurídica, la colectividad y hasta el mismo Estado en cabeza de las entidades estatales o personas jurídicas de derecho público; para lo cual el legislador les ha otorgado la facultad de elegir si ejercen dicha acción dentro del proceso penal constituyéndose en parte civil o en forma independiente ante la jurisdicción civil. (...) El derecho de las víctimas y perjudicados con el reato a intervenir en el proceso penal constituyéndose para ello en parte civil, se justifica en cuanto como sujetos procesales colaborarán con la administración de justicia en procura de obtener la verdad de los hechos y la responsabilidad penal del sujeto activo del delito, no sólo en cumplimiento del deber impuesto por el constituyente, sino por el interés particular de obtener la reparación del daño. (...) Así mismo, nuestro ordenamiento penal se ha ocupado siempre de la acción civil, señalando su naturaleza, finalidad, titulares y formas de ejercerla. Es así, como no sólo en el nuevo Código Penal y de Procedimiento, sino en los anteriores se ha previsto para tal efecto, la institución jurídica denominada “parte civil” la cual tiene su fundamento constitucional de una parte, en el derecho que tienen los sujetos pasivos del delito a participar el proceso penal y, de otra parte, en la obligación del estado de procurar el restablecimiento del derecho a los mismos. (...) Se señala a su vez, como titulares de la acción civil a las personas naturales o sus sucesores, a las jurídicas y al actor popular, que resulten perjudicadas directamente por la conducta punible, como quiera que la misma lesiona bienes jurídicos individuales o colectivos, teniendo derecho a la acción indemnizatoria correspondiente. (...) Se refiere también a la parte civil como sujeto procesal, señalando que la constitución de parte civil en el proceso penal militar tiene por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos, pudiendo hacerse parte desde el momento de la apertura de la investigación hasta antes de que se dicte el auto que señala fecha y hora para la iniciación

de la audiencia pública de juzgamiento". (Corte Constitucional, Sentencia C-1149/2001, octubre 31/2001. M. P. Jaime Araújo Rentería).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– **Acción de tutela contra providencias judiciales – derechos de parte civil en proceso penal:**

El ordenamiento procesal penal conforme a la modalidad de daño: Personal o colectivo, distinga a la parte civil en individual o popular. Esto significa que cuando existe una afectación a un interés jurídico personal de alcance moral o patrimonial, se legitima por parte de la ley procesal, la participación de las víctimas o de los perjudicados a título de actor civil individual, a contrario sensu, cuando el daño tiene ocurrencia sobre un derecho colectivo, se otorga dicha capacidad procesal al Ministerio Público o a cualquier ciudadano interesado en preservar su defensa, este último, según la ley, en calidad de actor civil popular. (...) Los presupuestos formales, esto es, que la demanda mediante la cual se pretenda intervenir en el proceso penal, en aras de obtener la reparación del daño, el esclarecimiento de la verdad o el logro del ideal de la justicia, cumpla con unos requisitos mínimos de tipo formal que permitan la constitución de una verdadera relación procesal entre los sujetos involucrados en el juicio criminal. (...) El derecho a la reparación del daño persigue que todos los perjuicios causados a través del ilícito sean objeto de compensación económica, la cual, en términos legales, sigue siendo la forma tradicional como se resarce a la parte civil de la comisión de un delito. (...) Es innegable que la constitución de parte civil se somete al cumplimiento de tres (3) exigencias, a saber: (i) El señalamiento de los presupuestos formales que permiten la consolidación de una verdadera relación procesal entre los sujetos involucrados en el juicio criminal; (ii) la búsqueda de una finalidad constitucionalmente admisible, o lo que es lo mismo, promover el ejercicio de la acción en aras de salvaguardar los derechos de las víctimas o los perjudicados a la verdad, a la justicia y a la reparación económica; y finalmente, (iii) la necesidad de acreditar un daño concreto, real y específico que legitime su participación en el proceso penal, o en otras palabras, demostrar la existencia de una afectación a un interés jurídico susceptible de protección constitucional y legal. Además de lo anterior, es preciso puntualizar que en tratándose de un interés jurídico colectivo, cualquier persona está legitimada para intervenir como actor civil popular siempre que se pretenda proteger los "mínimos de civilidad", esto es, los graves atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario o aquellas conductas que comprometan gravemente la paz o el uso racional de la fuerza militar. En todo caso, a fin de evitar el uso de la constitución de parte civil como herramienta de retaliación particular, le corresponde al actor popular justificar que mediante su comportamiento existe un genuino compromiso con el esclarecimiento de los hechos investigados y con la promoción y protección de los valores jurídicos antes mencionados. (Corte

Constitucional, Sentencia t-589/2005, junio 7/2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Titular de la acción. La reclamación económica le permite postular pruebas con el objetivo de conseguir esa pretensión y las de verdad y justicia, a denunciar bienes del procesado, a demandar su embargo y secuestro e impugnar las decisiones que afecten sus derechos. Si busca únicamente la verdad y la justicia, carece de capacidad para elevar peticiones orientadas al pago de las pérdidas económicas y su compensación.**

"La conducta punible genera la obligación de pagar los perjuicios materiales y morales ocasionados con ella, en orden a lo establecido por los artículos 94 y 95 de la Ley 599 de 2000. En consecuencia, las personas naturales o sus sucesores y las jurídicas afectadas directamente con el delito, tienen el derecho a accionar para alcanzar la indemnización a la luz del Código Procesal Penal. Los daños han de ser reparados en forma solidaria por los culpables del delito y por quienes conforme a la ley tienen el deber de responder, según lo prevé el artículo 96 del mismo Estatuto». «A partir de la sentencia C-228 de 2002, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible los artículos 137 y 138 de la Ley 600 de 2000, bajo el entendido que a la parte civil además del derecho a perseguir el pago de los deterioros causados le asisten los de alcanzar el esclarecimiento de la verdad y que se haga justicia, la Sala ha insistido en que la participación de las víctimas o perjudicados en el proceso ha sufrido los siguientes cambios, en lo atinente a este asunto: Puede constituirse en parte civil desde la apertura de la indagación previa con el fin de obtener la reparación económica, la verdad y la justicia, o únicamente los dos últimos propósitos. La reclamación económica le permite postular pruebas con el objetivo de conseguir esa pretensión y las de verdad y justicia, a denunciar bienes del procesado, a demandar su embargo y secuestro e impugnar las decisiones que afecten sus derechos. Si busca únicamente la verdad y la justicia, carece de capacidad para elevar peticiones orientadas al pago de las pérdidas económicas y su compensación. Para acreditar la legitimidad sustantiva en los casos de pretender el pago de los perjuicios y por contera esclarecer los hechos y hacer justicia, la víctima o perjudicado está compelida a demostrar la ocurrencia de un daño económico. Pero si la intención es conquistar la verdad y la justicia, debe comprobar la presencia de un perjuicio real y específico directamente con la conducta investigada, así no sea de orden patrimonial. (...) Si el actor pretende obtener la verdad y la justicia por separado podrá perseguir la indemnización de los daños y perjuicios causados con el delito por las vías civil o contencioso-administrativa, a través de la acción de reparación directa o acción de grupo; en este evento, carecerá de interés para solicitar pruebas y controvertir las decisiones que tengan por objeto la cancelación de los perjuicios, para denunciar bienes del procesado y solicitar su embargo y secuestro. Como en este caso el demandante expresa

su deseo de obtener la compensación de los eventuales daños causados con las conductas puestas en conocimiento, está obligado a acreditar las personerías sustantiva y adjetiva, y a presentar la demanda observando los requisitos formales. Si no cumple estos últimos y comprueba la concurrencia de un perjuicio directamente generado por la conducta así no sea patrimonial, se reconocerá la parte civil en busca de la verdad y la justicia e inadmitirá la demanda orientada a obtener el resarcimiento, pues para alcanzar los primeros propósitos es suficiente acreditar que el posible delito generó un daño a la víctima o al perjudicado». «El libelo de demanda no cumple con las exigencias descritas en los incisos 5° y 6° del artículo 48 del Código de Procedimiento Penal de 2000, en lo relativo a determinar los hechos que originaron los perjuicios cuya indemnización reclama, como los deterioros de orden material y moral causados, la cuantía de la indemnización y las medidas que deban adoptarse para el restablecimiento del derecho cuando fuere posible. (...) Corresponde entonces al actor referir los hechos causantes de los daños cuya compensación reclama, de suerte que entre unos y otros exista nexo de correspondencia suficiente para declarar judicialmente que lo uno deriva de lo otro, sólo de esta manera sería congruente el fallo. En otras palabras, el deterioro debe provenir causalmente de las conductas supuestamente punibles. Desde esa óptica, solo podrá constituirse en parte civil quien pretenda obtener la verdad, la justicia y/o la reparación económica, en conexión con los punibles averiguados. Como atrás se anunció, el demandante cumple apenas parcialmente con estos presupuestos, pues si bien inicialmente dice aspira obtener el pago del equivalente a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños materiales y morales, al discriminarlos determina los primeros en 600 s.m.l.m.v., más 50 millones de pesos correspondientes a honorarios pagados y a gastos ocasionales por desplazamientos y otras diligencias, sin determinar sus componentes de daño emergente y lucro cesante, entendidos los primeros como las erogaciones crematísticas hechas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito, y los segundos como las ganancias o lo que deja de percibir el afectado a causa de la comisión del injusto penal; menos particularizó los hechos a través de los cuales se ocasionaron los daños y la relación de causalidad que ellos tienen con las conductas investigadas(...)». (CSJ, Sent. Casación N.º 40761, May. 19/2014. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Diferenciación entre víctima, perjudicado y parte civil.**

“Los demandantes arguyen que como el fraude procesal es un delito contra la eficaz y recta impartición de justicia, ningún particular podía constituirse en parte civil, pues ese derecho sólo lo tenía el Estado, por medio de quien ejerciera su representación. Con ello desconocen la diferenciación entre víctima, perjudicado y parte civil, que fue precisada por la Corte Constitucional así: “La Corte precisa que

parte civil, víctima y perjudicado son conceptos jurídicos diferentes. En efecto, la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también en daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado. La parte civil es una institución jurídica que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal. (C-228/02. Se subraya). “El derecho a ejercer la acción civil dentro del proceso penal es reconocido por la ley a las personas naturales o jurídicas “perjudicadas” directamente por la conducta punible, quienes podrán constituirse en parte civil (Art. 95 del CP Arts. 45 y 137 Ley 600/00). Establecer quien tiene o no la condición de perjudicado por la conducta punible depende del delito de que se trate. De acuerdo con la ley, incurre en fraude procesal el que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley (Art. 453 Código Penal). Es evidente que quien realiza dicha acción, con esa específica finalidad, espera obtener un provecho indebido. Por tanto, ello puede comportar perjuicio para alguien, regularmente, aunque no de manera exclusiva la contraparte si se trata de actuación judicial; también aquella persona contra quien se pretenda utilizar la sentencia, resolución o acto administrativo cuya obtención no es requisito para la configuración del delito. Cualquiera de ellos, si acredita haber recibido perjuicio derivado de la conducta punible, estará legitimado para constituirse en parte civil dentro del proceso penal. En consecuencia, la tesis de los demandantes carece de respaldo normativo». (CSJ, Sent. Casación N.º 46525, Sep. 09/2015. M. P. José Luis Barceló Camacho).

CONC. Jurisprudencia relacionada: Rad: C-760 | Fecha: 18/07/2001 | Tema: PARTE CIVIL - Titular Rad: c-228 | Fecha: 03/04/2002 | Tema: Parte Civil - Titular Rad: c-228 | Fecha: 3/4/2002 | Tema: Parte Civil - Derecho a la verdad, justicia y reparación.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Diferencia entre víctima y perjudicado.-**

“Ante tales derechos y facultades, la misma Corte Constitucional explicó la diferencia entre víctima y perjudicado para su participación en el proceso, la cual ha venido reiterando en sus diversos pronunciamientos cuando al tratar el tema de la parte civil ha precisado que: “la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría de “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito”[45], significando esto, que el perjudicado para constituirse en parte civil debe sufrir precisamente un perjuicio directo del

hecho punible, no obstante, ello no quiere decir que quien alegue interés en que se establezca la verdad y se haga justicia no pueda constituirse en parte civil. (...).

De esta manera vemos que el perjudicado con la comisión de una conducta punible puede ser toda persona natural o jurídica que haya sufrido un daño real, concreto y específico, llámese heredero o sucesores, Ministerio Público o actor popular y que conforme a esta connotación e interés en la participación del proceso ya sea de carácter indemnizatorio o en aras al establecimiento de la verdad y la justicia, debe demostrar la ocurrencia de una afectación a un interés jurídico personal o colectivo susceptible de protección constitucional y legal como lo ha señalado el mencionado Tribunal Superior Constitucional en su sentencia de tutela T-589 de 2005, precisando que “Las víctimas o perjudicado con la comisión de una conducta punible, para constituirse legalmente en parte civil, deben acreditar la existencia de un daño concreto real y específico que legitime su participación en el proceso penal, o en otras palabras, demostrar la ocurrencia de una afectación a un interés jurídico personal o colectivo susceptible de protección constitucional”. (...). Como bien lo ha indicado la misma Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, “(...) el perjuicio tiene que derivarse causalmente del ilícito en virtud del cual se adelanta la investigación penal, de ahí que sólo pueda constituirse en parte civil quien pretenda obtener verdad, justicia y/o reparación, en relación con la específica conducta imputada” (**Auto 26848 del 13 de mayo de 2008**). (**Rad. 154066, M. P. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira, 13 de abril de 2009**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- Víctima y perjudicado como titulares de la acción civil.

“Entendido lo anterior, sea lo primero indicar que, dentro del esquema procesal adoptado por la Ley 522 de 1999, puede constituirse en parte civil tanto la víctima como el perjudicado cuando resultan afectados por cuenta de la comisión de una conducta punible, quienes tienen derecho a reclamar la reparación de los daños materiales y morales, así como a perseguir verdad y justicia dentro del proceso penal. Para el efecto, es necesario precisar lo que en palabras de la Corte Constitucional se entiende por víctima y

perjudicado: “La víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría de “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito”. Luego, están legitimados para constituirse como parte civil, dentro de una causa penal determinada, quienes ostenten la condición de víctima o perjudicado con el delito (legitimación en la causa), lo que implica haber sufrido un perjuicio directo y preciso con la conducta punible que se investiga sin que sea necesario que esta sea de contenido patrimonial. Condición que permite no sólo reclamar el pago de los perjuicios (materiales y morales) derivados de la comisión del delito, sino acudir a la judicatura en procura de obtener verdad y justicia (...). Así las cosas, quien pretenda constituirse como parte civil dentro del proceso penal debe estar legitimado en causa para ello, lo que impone la obligación de demostrar el daño real, concreto y específico que sufrió y, por ende, la afectación a un interés jurídico personal o colectivo susceptible de protección constitucional y legal, como con razón lo reiteró la Corte Constitucional en sentencia T-589 de 2005: “Las víctimas o perjudicado con la comisión de una conducta punible, para constituirse legalmente en parte civil, deben acreditar la existencia de un daño concreto real y específico que legitime su participación en el proceso penal, o en otras palabras, demostrar la ocurrencia de una afectación a un interés jurídico personal o colectivo susceptible de protección constitucional”. Una vez acreditada la legitimación en la causa, el funcionario judicial verificará que el accionante está autorizado y tiene capacidad para actuar por sí mismo en el proceso o que su apoderado se encuentra habilitado legalmente para atender su representación, caso en el cual lo reconocerá como parte civil dentro de la causa (legitimación procesal)” (**Rad. 158939, M. P. CR. Wilson Figueroa Gómez, 24 de agosto de 2020**).

(Cfr. Sentencia C-228 de 2002, Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, M. P. Manuel Cepeda Espinosa Y Eduardo Montealegre Lynett, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (13 de mayo de 2008) Rad. 26848 [M. P. Sigifredo Espinosa Pérez], Tribunal Superior Militar (13 de abril de 2009) Rad. 154066 [M. P. CN Carlos Alberto Dulce Pereira].

COMENTARIO

La Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos se ha referido a los titulares de la acción civil dentro del proceso penal, puntualizado que existe la acción civil en el proceso penal individual y colectivo, y que solo puede presentarse cuando existe un hecho típico, antijurídico y culpable en el que el daño presente la necesidad de ser indemnizado. En relación con el daño ocurrido a una comunidad, la Corte ha referido que cuando el hecho delictivo lesiona derechos colectivos la acción puede ser adelantada por cualquier interesado (actor popular) o por el Ministerio Público.

Así mismo, la Corte ha ratificado la titularidad de la acción civil a todas aquellas personas perjudicadas directamente por la conducta punible, a través de la acción indemnizatoria que se adelantará conforme las ritualidades del código procesal penal, ratificando además los derechos de la víctima a la verdad, a la justicia y a la reparación, los cuales puede demandar ante la jurisdicción penal de manera conjunta o separada. Dentro del digesto castrense no se establece de manera literal la cuantificación para la indemnización por daños como si se realiza en el artículo 97 del Código Penal.

Artículo 89. Obligados a indemnizar.

El Estado debe reparar los daños a que se refiere el artículo 87 del presente Código.

En el evento de ser condenado el Estado como consecuencia de un proceso judicial a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un miembro de la Fuerza Pública, aquel deberá repetir contra este.

La justicia penal militar condenará al pago de perjuicios al miembro de la Fuerza Pública penalmente responsable.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Reparación a las víctimas.**

(...) La jurisprudencia constitucional, de forma constante y uniforme, ha afirmado que la reparación integral es de uno de los derechos fundamentales reconocidos a las víctimas de una conducta punible. Al interpretar este derecho, en un primer momento la Corte Constitucional resaltó la vinculación del derecho de acceso a la administración de justicia con el derecho a la reparación de las víctimas de las conductas punibles. La Corte Constitucional ha explicado que la reparación a las víctimas de un delito puede lograrse a través de vías distintas: La judicial y la administrativa. Cuando se realiza a través de un proceso penal, la reparación se articula con la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, en la medida que en esos procesos se investiga y establece lo sucedido y se determinan responsables. De acuerdo con la Corte, “[l]a vía judicial puede adelantarse ya sea a través del incidente de reparación dentro del proceso penal adelantado contra el responsable del delito o ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de reparación directa”. La reparación por vía judicial procede respecto de cualquier tipo de conducta punible. Por su parte, la reparación por vía administrativa es propia de contextos de justicia transicional, en los que se pretende asignar una compensación económica a un gran número de personas, atendiendo a criterios de equidad. La Corte explicó que una conducta punible produce consecuencias en dos planos distintos: Por un lado, ocasiona un daño público, relacionado con el incumplimiento de normas penales establecidas por el legislador, necesarias para la convivencia pacífica, a través del respeto de valores sensibles para la sociedad y, por otro lado, ocasiona un daño privado, relacionado con la afectación de derechos subjetivos de la víctima de la conducta punible [...] sostuvo la Corte que del daño público se desprendía la obligación del Estado de investigar y juzgar la conducta punible, mientras que del daño privado nacía la acción civil para el pago de los perjuicios ocasionados con el delito. En estos términos la Corte sostuvo que ambas consecuencias de la conducta punible debían ser atendidas a través del derecho de acceso a la administración de justicia. (...) Por consiguiente, afirmó en esa oportunidad la Corte que ese entendimiento de la dignidad humana, según el cual el interés de las víctimas no debe interpretarse limitado a la indemnización económica, debe ser tomado en cuenta para interpretar el alcance del “derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”. (...). Por esa razón, el legislador, al establecer los procedimientos judiciales que considere oportunos, debe tener en cuenta que ellos han de ser adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción

de los responsables y la reparación material de los daños sufridos. Igualmente, en esa misma sentencia. (Corte Const. Sentencia C-344/17. Mayo 24/2017. M. P. Alejandro Linares Cantillo).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. CONCEPTO DE DAÑO.

“Manifiesta la Corte que el daño, ese efecto jurídico del delito, que comporta una doble connotación: a) El daño público o social que se produce al lesionar el bien o interés jurídico protegido por el Estado y que explica su intervención poniendo en marcha el aparato punitivo, imponiendo las sanciones a quien ha infringido el orden jurídico, pues el delito es siempre un hecho que perjudica a la comunidad; b) El daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales. (...) La acción civil es de naturaleza esencialmente indemnizatoria teniendo como finalidad única y exclusiva el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado con la conducta punible a la víctima o perjudicado, pudiendo ostentar dicha calidad, una persona natural o jurídica, la colectividad y hasta el mismo Estado en cabeza de las entidades estatales o personas jurídicas de derecho público; para lo cual el legislador les ha otorgado la facultad de elegir si ejercen dicha acción dentro del proceso penal constituyéndose en parte civil o en forma independiente ante la jurisdicción civil. (...) Se vulnera el derecho a acceder a la administración de justicia de las víctimas y perjudicados con el delito cuya competencia está asignada a la justicia penal militar, por cuanto de una parte, no pueden acceder a dicha jurisdicción con la finalidad de obtener la reparación directa de los daños causados y de otra, el derecho a obtener una decisión judicial que solucione su conflicto en forma integral, al no tener el derecho a obtener una declaración judicial sobre los perjuicios ocasionados. El acceso a la administración de justicia no es sólo para hacerse parte dentro del proceso, sino también para que se le reconozcan sus derechos y dentro de estos, el derecho a ser indemnizado por los daños que se le han causado, a más del derecho a que se haga justicia y a conocer la verdad de lo sucedido. En la forma como se ha previsto la institución de la parte civil en el Código Penal Militar, se desvirtúa su naturaleza misma que es esencialmente indemnizatoria y se le asigna una finalidad que no le es propia restándole toda efectividad y eficacia; además, se les limita o restringe el derecho a elegir entre el ejercer la acción civil dentro del proceso penal o fuera de este ante

la Jurisdicción Contencioso Administrativo, debiendo acudir única y necesariamente a esta.

(...) La Sala en cuanto a la institución de la parte civil, tampoco es indiferente frente al daño que ocasiona la conducta delictuosa realizada por los miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo y en relación con el servicio y es así como de una parte, permite las constitución de parte civil dentro del proceso penal militar y en varios de sus preceptos muy similares y siguiendo la misma orientación de los previstos en el Código Penal y de Procedimiento Penal se refiere a ella para fijar su naturaleza, finalidad, facultades y ejercicio, pero, a diferencia de éstos restringe su alcance y desvirtúa su naturaleza, como se analizará más adelante; de otra parte, contempla como única posibilidad la de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para efectos de ejercer la respectiva acción indemnizatoria con el fin de obtener el restablecimiento del derecho mediante la indemnización de perjuicios. (...) El que esté consagrada constitucionalmente dicha responsabilidad en cabeza del Estado no justifica de ninguna manera el limitar o negar los derechos del sujeto pasivo del ilícito penal militar, quebrantando sus garantías y derechos fundamentales, asistiéndole derecho a elegir entre perseguir directamente al sujeto activo del delito para obtener la indemnización a través del proceso penal, o acudir en contra del Estado ante la Jurisdicción Contenciosa. (...) De otra parte, no podemos perder de vista que la jurisdicción penal militar como justicia especializada, se encuentran regida y orientada por los principios generales del derecho, debiendo garantizar los derechos fundamentales contenidos en la Carta Política y reiterados tanto en el ordenamiento penal ordinario como en el penal militar. **(Corte Const. Sentencia C- 1149/01. Octubre 10/01. M. P. Jaime Araújo Rentería).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Delitos contra el patrimonio económico. La rebaja por reparación integral es extensiva a todos.**

“Frente a los delitos contra el patrimonio económico, por disposición expresa del artículo 269 del Código Penal, es viable la reparación integral del daño causado con la conducta punible, a cambio de lo cual el inculpa debe ser favorecido con un descuento punitivo que va de la mitad a las tres cuartas partes, dependiendo del “interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas” (CSJ SP10725-2014), lo cual se torna tangible al examinar la fase procesal en la que se realizó efectivamente la reparación. Ahora, siendo el delito una fuente de obligaciones para el infractor penal de naturaleza solidaria respecto de todos sus autores y partícipes, al tenor del artículo 96 de la Ley 599 de 2000 (artículo 105 del Decreto 100 de 1980), de igual modo es claro que, la rebaja por reparación integral es extensiva a todos y cada uno de ellos –no siempre en la misma proporción–, independientemente de que sea uno el que lleve a cabo el acto de indemnización (CSJ SP, 13 feb. 2003, rad. 15613, reiterado en CSJ SP, 22 jun. 2006, rad. 24817). **(CSJ, Sent. Casación N.º 48640, May. 3/2017. M. P. Eyder Patiño Cabrera).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Diferencias con el pago por parte del Estado por falla en el servicio: La acción dentro del proceso penal no es incompatible con la iniciada ante lo contencioso administrativo.**

“En primer lugar, por ser este un trámite incidental cuyo objeto radica en probar y cuantificar los daños que se derivan de la responsabilidad penal ya declarada mediante sentencia en firme, más no el de determinar la responsabilidad civil extracontractual, resulta ajeno al trámite plantear excepciones previas, las cuales son propias del proceso declarativo ordinario en donde su postulación, oposición y resolución tienen un trámite particular con una serie de formalidades que impone el procedimiento civil. De tal manera, no es procedente integrar al presente trámite las normas del proceso civil que regulan esa figura jurídica, pues ello desconocería la naturaleza del incidente para convertirlo en un proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual, que no fue lo pretendido por el legislador al establecer este mecanismo procesal como un apéndice del proceso penal. Sin embargo, pese a tratarse de un mero incidente, de todas formas debe garantizarse al penalmente responsable o al llamado a indemnizar, la posibilidad de que se oponga a la pretensión reparatoria, planteando, por ejemplo, la improcedencia del trámite incidental, su caducidad, la falta de legitimidad o la indebida representación, etc. (...) Frente a dicha solicitud debe precisar la Sala que en el caso concreto, mal podría aceptarse la existencia actual de un pleito pendiente, pues no concurren los presupuestos exigidos para su configuración, en tanto se requiere que el litigio que se adelanta de forma paralela a este incidente, sea entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, lo que evidentemente no ocurre en la presente actuación, pues en la jurisdicción contenciosa la demanda cursa contra el Estado, en cabeza de la Presidencia de la República y el extinto Departamento Administrativo de Seguridad, por la presunta falla en la prestación del servicio público a su cargo, mientras que el proceso penal se adelantó contra los ciudadanos BMV. y MPH.A., con ocasión de sus conductas delictivas ejecutadas en ejercicio de los cargos públicos que regentaban, las cuales ocasionaron daños y perjuicios a terceros, que en este incidente se pretenden determinar y cuantificar, para ordenar su reparación por parte de los penalmente responsables. En decisión del Consejo de Estado- Sección Tercera de diciembre 6 de 2013, se estableció la diferencia sustancial entre ambos procedimientos: “Es de advertir que lo que se juzga no es la conducta personal del agente, sino la responsabilidad institucional de la administración. (...) el hecho dañoso resulta imputable a la entidad demandada, pues un agente suyo en servicio y conduciendo un vehículo oficial causó un daño a quien no tenía el deber jurídico de soportarlo. Razón por la cual resulta procedente el reconocimiento y pago de los perjuicios causados al demandante”. En pronunciamiento anterior la misma Corporación afirmó la posibilidad de que la víctima o perjudicado de un delito cometido por un agente del Estado, ejerza paralelamente, tanto la reclamación por la vía civil al interior del proceso penal, como por la administrativa. Veamos: “En este orden de ideas, cuando el accionar del

funcionario constituya delito y evidencia la existencia de la falla en el servicio, la persona damnificada podrá buscar el resarcimiento por dos vías legales diferentes, frente a dos sujetos responsables también diferentes: A través de la acción civil dentro del proceso penal contra el delincuente; o a través de la acción de reparación directa o patrimonial contra la entidad pública que tenía a su servicio al funcionario responsable". (Sentencia Consejo de Estado, 31 de agosto de 1999, rad. 10865) Cuestión diferente es la que se presenta al momento en que se haga efectivo el pago de los perjuicios cuya condena pudo haberse obtenido, tanto en el proceso penal, como en el contencioso administrativo, situación frente a la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha fijado la regla para evitar un doble pago a favor del mismo reclamante: "En este orden de ideas, queda, entonces, rectificadas y adicionadas la jurisprudencia anterior de la Sala en relación con la materia expuesta, en el sentido de que es el pago efectivo de la indemnización o parte de ella, realizada por el agente público con ocasión al proceso penal en el que la víctima se constituyó en parte civil, y cuando este modo de extinción de la deuda se encuentre demostrado en el proceso de reparación directa, el que libera a la entidad pública de hacerlo de nuevo total o parcialmente respecto a la víctima y demandante y, por lo mismo, la beneficiaria. Además, la acreditación del pago efectivo de la indemnización es el título normativo por el cual debe ordenarse por el Juez el descuento en el proceso en el caso de que haya sido parcial, o la extinción por su monto respecto a la víctima demandante en el caso de ser total, por vía de la declaratoria de la excepción de pago correspondiente (total o parcial) dentro del mismo. Igualmente, se precisa que atendiendo la regulación legal en materia de pago de las obligaciones, lo propio deberá hacer la administración si al momento de cubrir el monto de la condena, encuentra que el funcionario citado en el proceso penal pagó total o parcialmente el monto de los daños tasados por el juez penal, toda vez que de acuerdo con ese ordenamiento jurídico (artículos 1626 y 1630 y ss. del CC.), a la entidad pública le asiste el derecho de descontar la suma cubierta por aquél, en el entendido de que se cumplió de manera íntegra o proporcional, según el quantum del pago, con la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima. Con las anteriores precisiones, la Sala, nuevamente reflexiona en tomo al asunto y ahora afirma lo siguiente por considerarlo de justicia y equidad y, por ende, ajustado a derecho, a) Que quien se ha constituido en parte civil dentro de un proceso penal o intervino en el incidente de reparación de perjuicios para perseguir la responsabilidad civil del funcionario, igualmente puede demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, con el fin de perseguir del Estado la plena indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima cuando quiera que hubiese sido afectada a la vez por la conducta del agente y falla del servicio, b) Que para que en el proceso contencioso administrativo se decreta la excepción de pago total, no sólo se requiere la demostración de que se pagó la condena impuesta por el juez penal, sino que debe existir equivalencia entre la condena de perjuicios que este último impuso al funcionario y la que impone el juez contencioso administrativo al Estado, de suerte que se cumpla con el principio de la

reparación integral del daño irrogado a la víctima o, en su defecto la excepción de pago parcial, o sea por la proporción que efectivamente se haya pagado en relación con el monto de la condena a imponer en el proceso contencioso administrativo, c) Que bajo estas circunstancias la entidad demandada estará obligada a pagar la totalidad de la indemnización impuesta en la sentencia por el juez administrativo, o asumida en una conciliación aprobada judicialmente o en cualquier otra providencia, salvo que la entidad pruebe en el proceso o al momento de cubrir el monto de la condena, que el funcionario citado en el proceso penal pagó totalmente el monto de los daños tasados en el proceso contencioso administrativo por ser la condena de perjuicios en el proceso penal igual o equivalente a aquella, porque si es inferior o prueba que el funcionario pagó parcialmente, la entidad únicamente tendrá derecho de descontar la suma proporcional cubierta. De otra parte, vale decir que es diferente aquella situación en la que el servidor público ha sido llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra el Estado, porque en este evento ha tenido la oportunidad de intervenir en el debate procesal y defenderse de las acusaciones que se le realicen respecto de su conducta y, en consecuencia, la sentencia que pone fin al proceso no sólo se pronunciará respecto de las pretensiones de la demanda incoada por la víctima sino también de la responsabilidad personal del agente llamado en garantía y la repetición que le corresponda al Estado respecto de aquél, en cuyo caso de existir prueba de pago total o parcial de la indemnización, ordenará el juez administrativo las deducciones correspondientes si llegare a encontrar probada dicha excepción de mérito. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 25 de octubre de 2001, Exp: 12.953 y 13538; de la Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia de 10 de septiembre de 1998, Exp. C-5023. M. P. Nicolás Bechara Simancas". (Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia 5 de enero de 2007). (CSJ, Sent. Casación N.º 36784, May. 10/2016. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Improcedencia de vinculación como tercero civilmente responsable y llamamiento en garantía entidad del Estado.**

(...) sobre la posible responsabilidad patrimonial de una entidad del Estado por la comisión de un hecho punible por parte de uno de sus agentes, que es en sí lo que indica el apelante, dicho llamamiento en garantía únicamente se puede realizar a través de la jurisdicción contenciosa (art. 217 CCA.), que es la encargada de regular los asuntos del Estado y las entidades que lo representan, ya que conforme a la ley 678 de 2001 para que sea procedente por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo deben cumplirse los requisitos y condiciones que sobre la materia establecen los arts. 55, 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil, pues aceptar lo contrario sería tomar el lugar de otras jurisdicciones contraviniendo la Constitución y la ley. La propia Corte Constitucional frente al tema de responsabilidad del Estado por el daño antijurídico causado por sus agentes en cumplimiento de sus funciones ha venido indicando que esta controversia corresponde

dirimirla al juez administrativo, (...). Así las cosas, comoquiera que en el presente evento no es procedente la vinculación como tercero civilmente responsable del señor Director General de la Policía Nacional, por tratarse de una entidad del Estado, cuya litis debe regirse por las normas del Código Contencioso Administrativo, pues el Estado responde ante la jurisdicción contenciosa, por cuanto las leyes comunes en cuanto al régimen de responsabilidad civil someten es a las personas naturales y jurídicas privadas conforme a las reglas generales que dispone el Código Civil, la Sala habrá de confirmar la providencia apelada, no por las razones expuestas por el A-Quo, sino por las consideraciones señaladas en esta providencia, al ser improcedente vincular dentro del presente proceso penal al señor Director General de la Policía Nacional como tercero civilmente responsable, evento que en ningún momento reparó el juez de instrucción, limitándose únicamente a realizar fundamentaciones imprecisas e innecesarias, sin estudiar a profundidad las figuras que se le ponían a consideración, por lo que se insta a que en futuras ocasiones estudie y analice con suma precaución las situaciones a dirimir y que en realidad competen a esta jurisdicción Castrense". (Rad. 156485, 9 de julio de 2010, M. P. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de decisión).

JURISPRUDENCIA-- TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **La nación no puede ser vinculada como tercero civilmente responsable.**

"... En efecto, la nación no puede ser llamada como tercero civilmente responsable en este proceso, porque su responsabilidad debe ventilarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto, el proceso penal militar no es el escenario jurídicamente válido para discutir ese aspecto, porque dicha jurisdicción especial no tiene la competencia para imponerle al Estado-Policía Nacional la obligación patrimonial de reparar los perjuicios causados con el hecho de uno de sus agentes, es decir, la jurisdicción penal militar carece de competencia, para juzgar los actos, hechos, operaciones y omisiones de las entidades públicas. Oportuno es destacar que ni siquiera por vía de tutela se ha obtenido tal aspiración, en la jurisdicción penal ordinaria, como se desprende de la sentencia T-53317 del 29 de marzo de 2011, la cual aplica en este caso, en la medida en que se pretende discutir la responsabilidad del Estado, en la Justicia Penal Militar, por fuera de su jurisdicción natural, que es la contenciosa administrativa..." (...) (Rad. 157176, 26 de abril de 2013, M. P. TC(r) Jacqueline Rubio Barrera, Cuarta Sala de Decisión).

Artículo 90. Prescripción de la acción civil.

La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– **Demanda de inconstitucionalidad –**
– **derecho político – prescripción acción penal**
– **prescripción acción civil:**

"[...] En cuanto hace a la acción civil, el objetivo de la prescripción es extinguir el derecho de reclamar judicialmente el crédito como consecuencia de la inactividad del acreedor en demandar el cumplimiento de la obligación. De allí que se diga, en términos de Josseland, que "la prescripción llamada extintiva o liberatoria realiza la extinción de un derecho, especialmente de un crédito, por el solo transcurso de cierto plazo; el tiempo, a cuyas manos todo perece, que gasta las instituciones, las leyes y las palabras, echa el olvido sobre los derechos, que caen también en desuso cuando no han sido ejercitados durante un tiempo fijado por la ley; su no utilización conduce a su abolición.[...] Si bien la acción penal tiene como finalidad primordial sancionar a quienes con su conducta atacan o violan los bienes jurídicos individuales o colectivos mediante el delito; no puede resultar indiferente el que dicho comportamiento delictuoso produce unos efectos jurídicos dañinos.[...] el término de prescripción de la acción civil que se ejerce en el proceso penal es variable de acuerdo con el término de prescripción de la acción penal de la cual el primero es adyacente. El carácter variable del término de prescripción de la acción penal se deriva del hecho de que el mismo depende de la naturaleza del delito. En este sentido, el Código Penal (Art. 83 CP.) establece tres criterios para fijar el término de prescripción de la acción penal, a saber: i) Para aquellos delitos que tienen prevista pena privativa de la libertad, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo

de la pena fijada en la ley, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20); ii) para los delitos de genocidio, desaparición forzada[20], tortura y desplazamiento forzado, la prescripción es de treinta (30) años, y iii) para los delitos que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años. De una primera lectura puede establecerse que, en principio, no es correcto afirmar que el término de prescripción de la acción civil en el proceso penal es inferior al término de la acción civil ordinaria, pues resulta normativamente verificable que dicha apreciación ofrece variables: cuando la pena del delito supera los diez años y en el caso de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, los términos de prescripción de la acción civil en el proceso penal son equivalentes o mayores, según el caso, al término de prescripción de la acción civil que se incoa independientemente.

Así las cosas, la desigualdad podría alegarse solamente en relación con la prescripción de la acción civil respecto de los perjuicios ocasionados por delitos para los cuales no existe pena privativa de la libertad (5 años) y aquellos delitos con pena privativa de la libertad inferior a los 10 años.

Esta consideración es relevante porque de prosperar el argumento de la demanda, la Corte se vería obligada a modular su fallo en el sentido de considerar inexecutable la prescripción de la acción civil del proceso penal, únicamente cuando la misma fuera inferior a 10 años.

Ahora bien, refiriéndose exclusivamente a aquellos casos en que por razón de la dependencia del término de prescripción de la acción penal, el

de la acción civil se reduce a menos de 10 años, la diferencia de trato conferida por la ley respecto de la acción que se intenta por fuera del proceso penal podría considerarse discriminatoria o violatoria del derecho a la igualdad si se llegare a comprobar que el legislador actuó irracional o desproporcionadamente al regular de manera distinta dos instituciones que merecen idéntico tratamiento.

Ello porque de conformidad con la reiterada jurisprudencia que ha desarrollado el tema del principio de igualdad constitucional, no cualquier trato diferencial constituye per se un trato discriminatorio, y sólo aquellos que no tienen un sustento racional ni guardan las proporciones entre los medios y los fines pueden tildarse de inconstitucionales. En otras palabras, el hecho de que los términos de prescripción establecidos sean diferentes no configura en sí mismo una divergencia inconstitucional.

Para determinar la posible violación del principio de igualdad respecto de sujetos insertos en la hipótesis legal que se considera inequitativa, en este caso, de la parte civil del proceso penal frente al demandante civil en la jurisdicción ordinaria civil, es requisito determinar si el tratamiento legal diferenciado es real, es decir, verificable normativamente; si es legítimo, es decir, si su entidad está conforme con los parámetros constitucionales; si es razonable, es decir, si los medios son apropiados a los fines, y si es proporcional, lo que implica, en consonancia con lo anterior, que el sacrificio implícito al trato diferencial sea inferior al beneficio que reporta la medida. [...] Desde el punto de vista de la legitimidad de la medida, para la Corte también es claro que la norma persigue una finalidad ajustada a las prescripciones de la Carta. El establecimiento de un término de prescripción para la acción judicial busca, de manera general, que las obligaciones y los compromisos adquiridos por los particulares se extingan si no se reclaman en el tiempo. Razones de seguridad jurídica y de conservación del orden público han llevado al legislador a considerar que la responsabilidad jurídica tiene límites y no puede perpetuarse ante la inactividad de quienes están legitimados para hacerla efectiva. [...] Lo que pretende el legislador al expedir el artículo 98 del Código Penal es que el término de prescripción de la acción civil esté acorde con la posición asumida por la parte civil en el proceso penal o, lo que es lo mismo, que las obligaciones jurídicas de carácter civil derivadas del delito se extingan a la par que las obligaciones de rango penal provenientes del mismo, cuando aquellas son reclamadas por el perjudicado en el contexto del proceso penal. [...] De conformidad con lo dicho, a esta Corte no le parece irrazonable que el legislador haya decidido establecer un lazo temporal entre la prescripción extintiva civil y la prescripción extintiva de la acción penal, pues es palpable la intimidad que se presenta entre ambas cuando el afectado por el delito decide constituirse en parte civil. [...] Así las cosas, de acuerdo con el desarrollo de las diligencias, es posible suponer que, en ciertos casos, el término de prescripción de la acción civil que se ejerce dentro del proceso penal es mayor que el término de la prescripción ordinaria de la acción civil que se impetra independientemente, gracias a los incrementos previstos en el inciso final del artículo 86 ibidem.

De conformidad con las prescripciones anteriores, esta Sala considera que la medida de ligar el término de prescripción de la acción civil al de la acción penal, cuando la primera se ejerce en el marco de la segunda, es proporcional y ajustada a las exigencias propias del proceso penal y a las características que identifican el papel de la parte civil en las últimas diligencias. [...] Analizando el caso del artículo 98 del Código Penal y teniendo en cuenta las conclusiones a las que se llegó en el capítulo anterior, ya que el establecimiento de un término de prescripción para la acción civil del proceso penal no es arbitrario ni desproporcionado, esta Corte concluye que, por el aspecto aquí analizado, el legislador se encontraba legitimado para determinarlo libremente, según su criterio". **(Corte Constitucional, Sentencia C-570/03, quince (15) de julio de dos mil tres (2003). M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **La acción civil originada en la conducta punible, cuando se ejerce dentro del proceso penal, prescribe en un tiempo igual al previsto para la acción penal, en el caso de los terceros civilmente responsables, "se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil".**

"El artículo 98 del Código Penal establece que la acción civil originada en la conducta punible, cuando se ejerce dentro del proceso penal, prescribe en un tiempo igual al previsto para la acción penal, esto, en relación con los penalmente responsables. En los demás casos, es decir, en el de los terceros civilmente responsables, "se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil". 2. Sobre este tema, la jurisprudencia de la Corte ha decantado criterios como que la víctima puede optar libremente por reclamar la reparación de los daños y perjuicios, bien por vía de la jurisdicción civil, en cuyo caso ha de estarse a las reglas de ésta, ya por la penal, lo que comporta que, con la definición de la responsabilidad del señalado autor o partícipe del delito, el juzgador igual está obligado a pronunciarse sobre la responsabilidad de orden civil, no solamente del procesado sino de aquellos que, sin haber participado en el delito, hubieren sido vinculados legalmente como llamados a responder por los daños generados. Por tanto, si surgen motivos que impiden el pronunciamiento penal, tampoco puede resolverse lo relativo a la responsabilidad civil, pues lo último exige la existencia previa del fallo de responsabilidad penal (sentencia del 10 de agosto de 2005, radicado 20.489). 3. También se ha dicho que, en el entendido de que lo accesorio (la acción civil) sigue la suerte de lo principal (la penal), la vigencia de aquella depende de esta, cuando se ejerce dentro del juicio penal, contexto dentro del cual la extinción de la acción penal a causa de la prescripción deja sin vigor los fallos de instancia, lo cual incluye la condena al pago de perjuicios, en relación con el penalmente responsable (auto del 18 de abril de 2007, radicado 26.328). Entonces, el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal comporta, respecto de los penalmente responsables, que prescrita la última, igual suerte corre la primera. 4. En los casos restantes deben aplicarse las disposiciones de la legislación civil;

se trata de los supuestos en donde la acción civil se ejercita por fuera del proceso penal, o dentro de este pero respecto de aquellos que sin ser penalmente responsables están obligados a responder por los daños y perjuicios, que no son otros que los terceros civilmente responsables, respecto de los cuales aplica la prescripción de tres años (artículos 2346 y 2358 del Código Civil), lapso que se interrumpe con la presentación de la demanda (sentencia del 23 de abril de 2008, radicado 28.396), 5. Ocurrida la prescripción de la acción civil, el juez penal la reconocerá respecto del penalmente responsable, no así en relación con los terceros civilmente responsables, en tanto en esa materia específica rigen las normas del derecho civil (sentencia del 23 de agosto de 2005 –radicado 23.718–, autos del 20 de febrero de 2008 –radicado 29.235– y del 20 de octubre de 2008 –radicado 30.249–). 6. Como la vinculación del tercero civilmente responsable tiene su fuente en las acciones penal y civil, extinguidas estas, el juez penal no puede proseguir acción alguna en contra de aquel, como que su llegada al proceso penal estuvo condicionada a la existencia y vigencia de las últimas, pero el juez civil competente debe considerar que dentro del proceso penal se ejerció acción contra ese tercero y fue vinculado (auto del 10 de diciembre de 2008, radicado 30.108). En otras palabras, agrega la Corte hoy, extinguidas por prescripción las acciones penal y civil, en relación con el penalmente responsable, el juez penal pierde toda competencia para hacer algún pronunciamiento en relación con el tercero civilmente responsable, cuya situación, en consecuencia, debe ser definida por los jueces y legislación civiles, y para los efectos de ese trámite, en especial lo relacionado con la prescripción e interrupción de la misma, el juzgador civil habrá de tener en cuenta que en forma legítima, conforme al procedimiento penal, se ejerció acción contra ese tercero habiendo sido vinculado. La prescripción de la acción civil en la Ley 906 del 2004. 1. Lo dicho en el anterior apartado tiene plena vigencia en los sistemas procesales de la Ley 600 del 2000 y anteriores, pero merece un análisis detallado tratándose del denominado sistema penal acusatorio implementado por la Ley 906 del 2004. En efecto, la prescripción de la acción civil reglada en el artículo 98 del Código Penal, parte del presupuesto necesario de que haya sido tramitada conjuntamente con el proceso penal. 2. Esa viabilidad no presenta inconveniente alguno en el procedimiento de la Ley 600 del 2000, por cuanto de conformidad con su artículo 47 la víctima puede ejercitar la acción civil desde el momento mismo en que se inicie la penal, luego paralelamente con ésta, como parte, puede participar para probar, contraprobar, postular decisiones y recurrir las que le sean adversas en aras de hacer efectivos sus derechos a la verdad, justicia y reparación. 3. Bien diversa es la situación bajo los lineamientos de la Ley 906 del 2004. Esta habilita a la víctima la posibilidad de intervenir dentro del trámite procesal e, incluso, mediante sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, la Corte Constitucional le permitió realizar solicitudes probatorias en los términos del artículo 357, en igualdad de condiciones con la defensa. Pero lo cierto es que tales facultades pueden ser ejercidas exclusivamente en lo que se relaciona con sus derechos a la verdad y a la justicia. El tema relacionado con la indemnización integral por los

daños y perjuicios causados con el delito, cual es el alcance específico del artículo 98 del Código Penal cuando alude a la “acción civil”, solamente puede ser propuesto por la víctima al finalizar esa acción penal, como que con el original artículo 102 de la Ley 906 del 2004 el incidente para lograr la reparación debía ser propuesto luego de que, agotado el juicio, el juzgador anunciara el sentido condenatorio del fallo, y con la modificación introducida por el artículo 86 de la Ley 1395 del 2010 ello debe plantearse exclusivamente una vez adquiera firmeza la sentencia de condena. En esas condiciones, las reglas del artículo 98 penal no pueden ser aplicadas por el juez de esta especialidad, en cuanto la prescripción allí dispuesta y que debe ser decretada por el juzgador penal, parte del presupuesto necesario de que “la acción civil proveniente de la conducta punible” hubiese sido ejercida “dentro del proceso penal”. Por manera que el juez penal carece de competencia para declarar la prescripción de la acción civil “en relación con los penalmente responsables”, en tanto esa potestad le es deferida, única y exclusivamente, cuando tal acción se ejercita dentro del proceso penal, lo cual sucede solamente en los trámites de la Ley 600 del 2000, no así en los de la Ley 906 del 2004. No puede pretenderse que, como el incidente de reparación integral lo realiza el juzgador penal, deba entenderse que esa actuación forma parte del “proceso penal”, pues la connotación de este comporta el adelantamiento del trámite reglado por el legislador para declarar la responsabilidad penal del autor o partícipe, tema que se agota con la ejecutoria de la sentencia. Por tanto, ese incidente escapa a la razón de ser del proceso penal, pues solamente regula una extensión del fuero del juez penal para decidir un asunto exclusivamente civil, derivado eso sí, del delito como fuente de la obligación civil. En esas condiciones, al juez penal le está vedado declarar la prescripción de que trata el artículo 98 del Código Penal, ni respecto de los terceros civilmente responsables según la jurisprudencia ya decantada, pero tampoco en relación con los penalmente responsables, según lo que acaba de verse, luego sobre este tópico la situación de los últimos debe ser dilucidada bajo los parámetros de la legislación civil y por los jueces de tal especialidad, quienes, como ya se dijo, para los efectos pertinentes, especialmente lo relativo a la prescripción de la acción y a la interrupción de la misma, deberán considerar que bajo los lineamientos de la ley, la del procedimiento penal, en forma oportuna la víctima intervino válidamente, fue reconocida y reclamó la indemnización de los daños y perjuicios causados con el delito. 4. En ese orden de ideas, se concluye que, por exceder su competencia, el Tribunal afectó las formas propias de un proceso como es debido al pronunciarse sobre la prescripción de la acción civil en relación con el acusado y decidir la situación de los terceros civilmente responsables, debiéndose, por tanto, declarar la nulidad parcial de lo demandado, dejando en libertad a los interesados para acudir ante la jurisdicción civil respecto los daños y perjuicios causados con la conducta”. (CSJ, Sent. Casación N.º 36841, Ene. 18/2012. M. P. José Luis Barceló Camacho).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Tercero Civilmente Responsable. Diferencia que existe entre la regulación del fenómeno de la prescripción en las especialidades civil y penal, incluso desde sus supuestos de origen, por lo que no existen** parámetros de comparación entre una y otra especialidad.

“En el primer cargo, la demandante parte de un presupuesto absolutamente cierto: La prescripción de la acción civil contra el tercero civilmente responsable se rige exclusivamente por los preceptos de esa legislación, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 98 de la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor: “Prescripción. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”. Los “demás casos” a los que se refiere la norma, sólo pueden ser las acciones civiles intentadas contra los terceros civilmente responsables, pues como se dijo al inicio de estas consideraciones, de acuerdo con los artículos 96 del Código Penal (Ley 599 de 2000) y 46 del Código de Procedimiento Penal que rige el caso (Ley 600 de 2000), dos grupos de personas pueden ser vinculadas al proceso penal para que respondan civil y patrimonialmente por los daños y perjuicios causados con el delito, a saber: i) Los penalmente responsables en forma solidaria y ii) los que de acuerdo con la ley sustancial están obligados solidariamente a reparar el daño, por lo que establecido que la prescripción de la acción civil contra los primeros, opera en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal, es en relación con los segundos que debe acudir a “las normas pertinentes de la legislación civil”. Pues bien, en la demanda que se estudia, la recurrente se limitó a invocar el artículo 2359 del Código Civil, en cuanto preceptúa que “las acciones para la reparación del daño (proveniente del delito o culpa) que pueden ejercitarse contra los terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto”, pero nada dice en relación con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 10 de la Ley 794 de 2003, en cuanto regula el papel de la presentación de la demanda (para ejercitar la acción civil) como mecanismo de interrupción del término de prescripción y de inoperancia de la caducidad, al punto que de proceder las exigencias de este artículo, se entiende ejercitado el derecho de acción y por consiguiente interrumpida la prescripción e inoperante la caducidad, de manera tal que se le puede dar curso libre al proceso, a fin de que se decida de fondo sobre los derechos de las partes. La alusión a esta norma resultaba de absoluta observancia por la demandante, si en cuenta se tiene la diferencia que existe entre la regulación del fenómeno de la prescripción en las especialidades civil y penal, incluso desde sus supuestos de origen, por lo que no existen parámetros de comparación entre una y otra especialidad. En efecto, en el área civil, la prescripción ha tenido habitualmente dos implicaciones: De un lado ha significado un modo de adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como

acceso a la jurisdicción), cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces. Frente a la segunda modalidad, que es la que interesa al caso, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular”. Desde este punto de vista, la prescripción de la acción civil en la segunda forma, configura una verdadera carga procesal para la persona titular de un derecho, en tanto que establece una conducta facultativa para presentar su acción en el término que le concede la ley so pena de perder la oportunidad de reclamar su derecho ante la jurisdicción. Por lo tanto, puede concluirse que el objetivo de la prescripción civil, desde la perspectiva que se estudia, es extinguir el derecho de reclamar judicialmente el crédito como consecuencia de la inactividad del acreedor en demandar el cumplimiento de la obligación. Pero, además, una característica esencial de la prescripción de la acción civil es que el juez no puede reconocerla de oficio de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 306 del estatuto procesal civil, sino que tiene que ser alegada por el demandado como excepción. En cambio, la prescripción de la acción penal es una institución de orden público, en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva –ius puniendi– por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley, fenómeno que se consolida cuando los operadores jurídicos dejan vencer el plazo señalado por el legislador para el ejercicio de la acción penal sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor penal, lo cual a la postre implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra del ciudadano beneficiado con la prescripción. En las condiciones anotadas, puede observarse que la recurrente omitió estudiar las normas esenciales que regulan el fenómeno de la prescripción de la acción civil frente al tercero obligado a indemnizar, así como el análisis ineludible de cómo en la actuación penal esas normas resultaron vulneradas por admitirse la demanda presentada para vincularlo y proseguirse la acción en su contra, en consideración de que era ese y no otro, el punto de referencia para abordar el problema relativo a la extinción del derecho de ejercicio de la acción en los términos señalados en el citado artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. En cambio de ello, de manera habilidosa fundamenta su pretensión mediante una armonización forzada de preceptos de los Códigos Civil y Penal, alegando que el término de prescripción de la acción civil para el tercero civilmente responsable se interrumpió con la ejecutoria de la resolución de acusación, pretendiendo que desde allí se contabilice de nuevo por el lapso señalado en el artículo 2358 (tres años), cuando estos presupuestos no son los que regulan el instituto en relación con la acción contra el tercero civilmente responsable, como de manera categórica lo manda el ya citado artículo 98 del Código Penal. (CSJ, Sent. Casación N.º 23718, Agos. 23/2005. M. P. Sigifredo Espinoza Pérez).

COMENTARIO

La prescripción es la figura elegida por el legislativo con la que se extingue un derecho. Para el caso particular de la prescripción de la acción civil, el derecho lo pierde la víctima y es correspondiente a la indemnización por los daños sufridos a partir de la conducta punible. La Corte Constitucional ha hecho referencia a la estrecha relación que existe entre el daño y la conducta punible, en otras palabras, la acción civil dentro del proceso penal y la razón por la que el legislador ha decidido modificar la prescripción de la primera en razón a la segunda. Como lo dice el artículo, el término de prescripción de la acción civil dentro del proceso penal es correspondiente al término en el que prescribe la acción, por lo tanto, es diferente al término establecido en el código civil para esta jurisdicción. El término de prescripción de la acción civil como se dijo con anterioridad es correspondiente a la acción penal, por esto es viable que la prescripción sea variable según la conducta que se esté persiguiendo. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos ha concluido que al juez penal le está vedado declarar la prescripción de que trata el artículo 98 del Código Penal en relación con los penalmente responsables, igualmente respecto de los terceros civilmente responsables y sobre estos señala debe ser dilucidada bajo los parámetros de la legislación civil y por los jueces de tal especialidad. Así mismo, rescata su aplicación bajo los dos sistemas punitivos, Ley 600, y Ley 906, con incidencias peculiares. Respecto de la primera legislación señala la corte, la víctima puede ejercitar la acción civil desde el momento mismo en que se inicie la penal, mientras que, bajo el ordenamiento de la Ley 906 del 2004, la víctima tiene la posibilidad de intervenir dentro del trámite procesal e incluso, realizar solicitudes probatorias pero exclusivamente en lo que se relaciona con sus derechos a la verdad y a la justicia, ya que, frente a la indemnización integral por los daños y perjuicios causados con el delito, solamente puede ser propuesto por la víctima al finalizar la acción penal.

Artículo 91. Extinción de la acción civil.

La acción civil derivada de la conducta punible se extingue por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil. La muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia, y, en general las causales de extinción de la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no extinguen la acción civil.

**JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– Amnistía e Indulto - Extinción de la Acción
Penal – Extinción de la Acción Civil:**

“(…) Finalmente, la amnistía extingue la acción penal pero la extinción de la acción civil queda supeditada a la decisión del legislador y de allí por qué el constituyente haya dispuesto que en caso que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a indemnizar.

(…) Pero si el Congreso dispone también la extinción de la acción civil derivada de la acción penal, no puede desconocer que la obligación de reparar recae sobre el Estado y por lo tanto debe concebir los mecanismos con apego a los cuales las víctimas o perjudicados con los delitos amnistiados o indultados han de ser indemnizados. (Corte Constitucional, Sentencia C-695/02, agosto 28/2002. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño Carbonell).

**JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA. Cuando el resarcimiento es parcial,
los efectos sólo pueden ser de extinción de la
acción civil.**

“1. La reparación de los daños ocasionados por el delito, cuando es integral, en los términos del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por abarcar no solamente lo que cuantitativamente representan los daños y perjuicios ocasionados con el punible, sino también a los ofendidos o perjudicados identificados en el proceso, es una causal de improcedibilidad de la acción penal y extinción de la acción civil, pero cuando se sabe que el resarcimiento es parcial, por ejemplo, a quien solamente se hizo reconocer como parte civil, de

los varios perjudicados, los efectos sólo pueden ser de extinción de la acción civil. En uno u otro caso, de los aludidos en el párrafo anterior, debe tenerse en cuenta, que dichas situaciones solamente tendrán repercusiones procesales si existe una manifestación de parte oportuna, esto es, antes de que la Corte profiera la sentencia respectiva. 2. Para el derecho privado la transacción extrajudicial, como la del sub iudice que fue de contenido pecuniario, es un contrato consensual, demostrable por cualquier medio, que en materia criminal tiene validez cuando se precave o termina por las partes un litigio, siempre que el objeto de ella sea solamente la acción civil o no recaiga sobre derechos respecto de los cuales lo prohíba expresamente la ley (Título XXXIX del C.C.). 3. No cabe la menor duda que con el documento obrante al folio 37 (C. Corte) se demuestra la transacción de carácter económico realizada (...), por los hechos de que trata la presente causa. Dicha manifestación de voluntad, ha de ser considerada en todo su alcance, ya que quienes la suscribieron gozaban de autonomía y libertad para convenir lo que a bien tengan en cuanto a la obligación civil por razón de la comisión del punible de que trata este expediente, ostentan la condición de sujetos procesales (la una como acusada y la otra como parte civil), tienen capacidad legal para la celebración de ese tipo de acuerdos, y además no se advierte vicio que lo invalide. (...) Hecha la anterior precisión, se comprende fácilmente por qué con base en la transacción realizada entre la parte civil y la procesada no es posible ordenar la cesación de procedimiento por indemnización integral, en los términos del artículo 39 del CPP., pues ésta no tiene cabida en situaciones como las del presente caso, por cuanto que no existe prueba de que la reparación hubiere abarcado a todos aquellos de los que en el proceso se tiene noticia resultaron ofendidos con el delito, (...) 6. Establecido como ha quedado que no es

posible ordenar la cesación de procedimiento por indemnización integral, queda por examinar si el convenio a que se ha hecho referencia corresponde al supuesto de hecho del artículo 62 del Código de Procedimiento Penal. Conforme con esta disposición, procede la declaratoria de extinción de la acción civil adelantada dentro del proceso penal, cuando ocurre alguno de los modos de extinción de las obligaciones consagradas en el artículo 1625 del Código Civil, entre los que se encuentra la “transacción”. La situación referida en párrafos anteriores conduce indudablemente a la extinción de la obligación de indemnizar y, consecuencialmente, de la acción civil, no sólo porque este es un efecto propio de la naturaleza de la transacción en el Código Civil, sino porque ese fue específicamente el alcance que previó la ley penal, a través del artículo 62 del CPP. 7.

Todas las normas sobre la acción civil, a partir del artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, indican que su ejercicio dentro del proceso penal conserva su naturaleza privada y disponible, pues sólo está orientada al resarcimiento “de los daños y perjuicios individuales y colectivos”. Esa es la misión del actor civil, la que a su vez sirve de marco a las facultades que el legislador le reconoció en el proceso penal (Art. 48 CP P.). El demandante, que lo fue únicamente la parte civil, en virtud de la extinción de la acción civil por la satisfacción de sus derechos, conforme viene de expresarse, ha perdido todo interés jurídico para reclamar contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa de Fe de Bogotá en el sub iudice. (CSJ, Sent. Casación N.º 11650, Feb.24/2000. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

COMENTARIO

El Código Civil trae dentro de su cuerpo normativo diferentes formas de extinguir la acción civil, dentro de las cuales se encuentran: La transacción, prescripción, caducidad, pago por consignación, entre otras.

Artículo 92. Comiso.

Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, salvo que sean del Estado, pasarán a poder de este a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario. La entrega será definitiva cuando se dicte sentencia absolutoria, o cesación de procedimiento.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – Que es la medida del comiso.

(...) El comiso o decomiso de bienes, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corte, “es una medida que comporta la privación definitiva del dominio de un bien o de un derecho, padecida por su titular, y derivada de la vinculación del objeto con un hecho antijurídico, que puede ser un delito o una falta administrativa. La privación del derecho de dominio por parte de su titular origina el correlativo desplazamiento de la titularidad del bien o del derecho, al Estado”. De acuerdo con la legislación penal colombiana esta medida, considerada por la jurisprudencia como una limitación legítima al derecho de dominio, recae sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser usados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución del mismo (Art. 82 CPP.). Conviene destacar que la misma disposición que regula la medida previene que la misma se aplicará “sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos (del delito) o los terceros de buena fe”. La ley procesal penal prevé algunas medidas cautelares orientadas a garantizar que se pueda hacer efectivo el comiso. Para el efecto, contempla como medidas materiales la incautación y la ocupación de bienes, y como medida jurídica, la suspensión del poder dispositivo sobre los mismos. Dichas medidas proceden cuando la autoridad competente tiene motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o destinados a

ser usados como medio o instrumento para un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo (Art. 83 CPP).

La incautación es por consiguiente una medida cautelar con miras a hacer efectivo el comiso, y recae sobre bienes muebles que se encuentran en las situaciones descritas con antelación, en tanto que la ocupación cumple los mismos propósitos en relación con bienes inmuebles. Una y otra medida, comportan la toma de posesión, por parte de la autoridad competente, de los bienes objeto de las mismas. Su fin es sacar del comercio los bienes y recursos considerados como susceptibles de comiso, mientras se toma una decisión definitiva al respecto.

Estas medidas cautelares, denominadas materiales, orientadas a asegurar el comiso de bienes, son ordenadas por el Fiscal General de la Nación, o su delegado, y ejecutadas por la policía judicial o la Policía Nacional, y cuentan con control de legalidad posterior por parte del juez que ejerce funciones de control de garantías (Art. 84 del CPP.).

En cuanto a la medida jurídica contemplada en la ley, vale decir, la suspensión del poder dispositivo sobre los bienes ocupados o incautados con fines de comiso, la ley procesal establece que debe ser ordenada por el juez de control de garantías, a solicitud del fiscal, cuando aquel constata que se dan los presupuestos que la justifican, es decir, la existencia de motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén siendo destinados a su uso como medios o instrumentos

de un delito doloso, o que constituyan el objeto material del mismo. La solicitud del fiscal debe estar cimentada en el interés de la justicia, el valor del bien, y la viabilidad económica de su administración (Art. 85 CPP).

La administración de los bienes y recursos que son objeto de medidas –materiales o jurídicas– con fines de comiso, corresponde al Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, y deberán ser inscritos en un Registro Público Nacional de Bienes. Las medidas –materiales o jurídicas– deberán ser así mismo, objeto de inscripción en la oficina de registro correspondiente, cuando la naturaleza del bien lo permita (Art. 86 CPP.)

En este contexto normativo se encuentra el artículo 88 del CPP., parcialmente acusado, norma esta que faculta al fiscal, para **ordenar**, antes formularse la acusación, y en un término que no podrá exceder de seis meses, **la devolución de los bienes y recursos incautados y ocupados a quien tuviere derecho a recibirlos**, cuando no sean necesarios para la investigación o indagación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso.

Teniendo en cuenta que la norma se ubica en el capítulo II del título I que regula el “comiso” se entiende que los bienes y recursos a que alude el precepto son aquellos que han sido incautados u ocupados con fines de comiso, es decir que han sido objeto de las medidas cautelares materiales a que se refiere el artículo 83 del CPP.

Los haberes sobre los cuales pueden recaer estas medidas, de conformidad con el artículo 82 del CPP., son “los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución del mismo”. De manera que los valores a que se contrae el precepto parcialmente acusado son aquellos sobre los cuales ha recaído una medida cautelar de carácter material (Art. 83 CPP.), consistente justamente en la incautación y ocupación de ciertos bienes que, de conformidad al artículo 82 CPP., pueden ser objeto del comiso. Se trata de bienes susceptibles de valoración económica, sobre los cuales pueda recaer el derecho de dominio (corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, Art. 82 Parágrafo).

La medida de incautación y ocupación de bienes con fines de comiso cuenta con la intervención del juez de control de garantías, en cuanto afecta derechos subjetivos, y eventualmente derechos fundamentales. La medida que la levanta debe así mismo garantizar el ejercicio de potestad jurisdiccional y el acceso de los posibles afectados a un espacio de discusión ante la autoridad con poder dispositivo sobre derechos subjetivos. Escenario distinto es aquél en que el fiscal, en el ejercicio de su potestad constitucional de “asegurar los elementos materiales probatorios y garantizar la cadena de custodia” aprehende bienes con fines de investigación, sin que estos se encuentren afectados con medida material o jurídica alguna, caso en el cual la devolución, se efectuará **directamente por el fiscal** una vez examinados y levantados los registros

correspondientes. (Corte Const. C – 591/14. M. P. Jaime Araújo Rentería).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Concepto Comiso

(...) El artículo 100 define el comiso en los siguientes términos: “Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción. Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución”. Por otra parte, el Código de Procedimiento Penal (Título II, capítulo II) establece que el objeto sobre el cual recae el comiso está conformado por las siguientes especies: (i) Los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o que sean producto directo o indirecto del delito; (ii) los bienes utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución del mismo; (iii) los bienes y recursos del penalmente responsable en un valor equivalente al estimado como producto del ilícito, cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia; (iv) la totalidad de los bienes comprometidos en la mezcla de bienes de ilícita y lícita procedencia, o en el encubrimiento de bienes ilícitos, cuando con tal conducta se configure otro delito; (v) los bienes del penalmente responsable en un valor equivalente al de los bienes producto directo o indirecto del delito, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos. Todas estas hipótesis en las que resulta legalmente posible acudir a la figura del comiso, deben ser aplicadas sin perjuicio de los derechos de las víctimas del delito y de los terceros de buena fe (Art.82 CPP.). La incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, debe ser sometida, por parte del fiscal, a audiencia de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes (Art. 84). En cuanto a la devolución de bienes y recursos que hubiesen sido objeto de incautación u ocupación, la ley procesal prevé que antes de formularse la acusación, por orden del fiscal, y en un término que no podrá exceder de seis meses desde la aprehensión, aquellos serán devueltos a quien tenga derecho a recibirlos cuando: (i) No sean necesarios para la indagación o investigación; o (ii) se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso (Art. 88). De otra parte, la misma normatividad contempla una serie de medidas patrimoniales que deben ser ordenadas o autorizadas por el fiscal, a favor de las víctimas del delito, tales como: (i) La restitución inmediata de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados; (ii) el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieren sido objeto del delito; (iii) el reconocimiento de las ayudas provisionales, con cargo al fondo de compensación para las víctimas.

(...) El comiso o decomiso de bienes y su relación con el derecho de las víctimas del delito a la reparación integral. La norma objeto de control

regula el procedimiento aplicable en el evento en que, en la sentencia, o en la decisión con efectos equivalentes, se omite pronunciamiento definitivo sobre los bienes incautados con fines de comiso. El precepto reconoce a la defensa, al fiscal y al Ministerio Público la potestad de solicitar, en la misma audiencia, la adición de la decisión con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento.

El precepto hace referencia a la sentencia o a la decisión con efectos equivalentes, es decir, a aquellas decisiones que ponen fin al proceso y hacen tránsito a cosa juzgada, como la sentencia proferida una vez culminado el proceso de manera regular; la que se emite como consecuencia de acuerdos realizados entre imputado o acusado, y la Fiscalía General de la Nación (Art. 446); aquella producto de una solicitud de preclusión por parte del fiscal del caso (Art. 332); e incluso la decisión a través de la cual la Fiscalía aplica el principio de oportunidad, una vez sometida al control del juez de garantías (Arts. 327 y 329).

En cuanto a la naturaleza y fines del comiso –o decomiso–, es preciso señalar que se trata de una medida que comporta la privación definitiva del dominio de un bien o de un derecho, padecida por su titular, y derivada de la vinculación del objeto con un hecho antijurídico, que puede ser un delito o una falta administrativa. La privación del derecho de dominio por parte de su titular origina el correlativo desplazamiento de la titularidad del bien o del derecho, al Estado (Art. 99 CPP.). (Corte Const. C – 782/02, octubre 10/2012, M. P. Luis Ignacio Vargas Silva).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sólo los bienes del penalmente responsable son susceptibles de comiso, cuando en los delitos dolosos se utilizan como medio de comisión de los mismos.**

“El comiso es procedente en los siguientes eventos: a. Sobre los instrumentos y efectos que no tengan libre comercio, con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, independientemente de su atribución a título de dolo o culpa. b. En los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución. En este caso, el comiso sólo es procedente respecto de los bienes y recursos del penalmente responsable, en el entendido que el artículo 82 de la Ley 906 de 2004, desarrolla lo consignado en el artículo 100 del Código Penal, y este faculta la medida exclusivamente en lo que toca con “...bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución” Bajo este criterio, es posible acudir al mecanismo en los casos en los que los bienes de propiedad del penalmente responsable: (i) Provengan o sean producto directo o indirecto del delito; (ii) son utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución de los mismos; (iii) cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, en un valor equivalente al estimado como producto del ilícito; (iv) sobre la totalidad de los bienes

comprometidos en la mezcla de bienes de ilícita y lícita procedencia, o en el encubrimiento de bienes ilícitos, cuando con tal conducta se configure otro delito; (v) cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de los bienes producto directo o indirecto del delito, en un valor equivalente de estos. La conclusión referida a que solo los bienes del penalmente responsable son susceptibles de comiso, cuando en los delitos dolosos se utilizan como medio de comisión de los mismos, obedece tanto a lo que específicamente registra la ley, en particular, el artículo 100 del CP., como a la finalidad inserta en una decisión de claro acento punitivo, habida cuenta que tan extrema medida únicamente puede dirigirse, a modo de sanción, contra la persona que ejecutó o participó en el delito. [...] Todas las hipótesis en las que resulta legalmente posible acudir a la figura del comiso, deben ser aplicadas sin perjuicio de los derechos de las víctimas del delito y de los terceros de buena fe. Respecto a los delitos culposos, cuando se trate de bienes que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. Entrega que será definitiva, cuando se garantice el pago de los perjuicios, o se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien. En consecuencia, sobre dichos bienes procederán las medidas cautelares de embargo y secuestro, de conformidad con lo estatuido en el capítulo III, del Título II del CPP., con el fin de garantizar el pago de los perjuicios ocasionados con la conducta punible. Definido lo anterior, el artículo 88 del CPP., vigente para la época de la ocurrencia de los hechos investigados, señalaba lo siguiente: “Además de lo previsto en otras disposiciones de este Código, antes de formularse la acusación y por orden del fiscal, y en un término que no puede exceder de seis meses, serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos cuando no sean necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso; sin embargo, en caso de requerirse para promover acción de extinción de dominio dispondrá lo pertinente para dicho fin. En las mismas circunstancias, a petición del fiscal o de quien tenga interés legítimo en la pretensión, el juez que ejerce las funciones de control de garantías dispondrá el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo”. Ello significa que, para la época, un Fiscal sólo podía disponer la devolución de los bienes y recursos incautados u ocupados, a quien tenía derecho a recibirlos (propietario, poseedor, tenedor legítimo, víctima), cuando (i) se demostrara la calidad invocada, (ii) no fueran necesarios para la indagación o investigación y, (iii) no se encontraran en una circunstancia en la cual procede su comiso. Con esta claridad, a continuación, la Corte definirá si el vehículo de placas [...] era o no susceptible de comiso, pues, de serlo, no procedía su devolución tal y como lo dispuso el fiscal acusado el día 16 de agosto de 2012. [...] Para la época en que se produjo la incautación del vehículo de placas [...], DMC. y HCL., eran, material y formalmente, los copropietarios de dicho rodante, e incluso este se hallaba bajo la posesión y tenencia del último de

los nombrados". (CSJ, Sent. Casación N.º 47660, agosto 10/2016. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Bienes sujetos de comiso.**

"Como lo indica la norma, el control que debe ejercer el juez de garantías recae sobre la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, los cuales, según el artículo 82 ídem, son aquellos: i) Del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito o ii) los destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución del mismo. **Se entienden por bienes sujetos de comiso**, de acuerdo con el parágrafo del citado precepto, todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos. Ahora bien, según lo indicó la Fiscalía en la imputación y lo revelan las respectivas actas, los elementos incautados(...), en el procedimiento de captura realizado el 18 de octubre de 2013, fueron los siguientes: i) una camioneta doble cabina de placas KHW-207,(...); ii) quince millones de pesos (\$15.000.000.00) en efectivo; iii) 116 paquetes contentivos de sustancia estupefaciente (cocaína); iv) tres celulares; v) un recibo de consignación del 1º de octubre de 2013 por valor de nueve millones cuatrocientos mil pesos (\$9.400.000.00) y vi) una agenda pequeña con un esfero. En cuanto a los tres últimos elementos, es evidente que sobre los mismos no procedería el comiso, pues no se advierte que sean producto directo o indirecto del delito ni que hayan sido utilizados como medio o instrumento para su ejecución. Diferente es que puedan permanecer bajo custodia de la Fiscalía, por tratarse de evidencia física necesaria para la investigación o indagación (parágrafo 1º, art. 86 Ley 906 de 2004), o devolverlos a quien tenga derecho a recibirlos, cuando no sean ineludibles para tal fin (art. 88 ídem). La misma conclusión deriva para el estupefaciente, pues además de que no es susceptible de valoración económica ni sobre el mismo recae derecho de dominio, es el objeto material del delito que, por su naturaleza, debe ser destruido por las autoridades de policía judicial, como lo demanda el artículo 87 de la Ley 906 de 2004. Luego, en relación con el procedimiento de incautación de los mencionados elementos (cocaína, celulares, recibo, agenda y esfero), el fiscal no estaba obligado a solicitar el control del juez de garantías, ya que, se reitera, sobre ellos no procedía el comiso. Diferente ocurre con el dinero y el vehículo. El primero, porque, dadas las circunstancias en las que fue hallado, puede inferirse que es producto directo del delito. El segundo bien, porque fue utilizado como medio para la ejecución de la conducta punible, esto es, para transportar la sustancia estupefaciente." (CSJ, Sent. Casación N.º 51263, Feb. 27/2019. M. P. José Francisco Acuña Vizcaya).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **En todo evento de incautación acaecido al interior del proceso penal, la Fiscalía ostenta la obligación de someter a**

control de legalidad dicha actuación en el plazo previsto en la norma.

"Por tanto, el comiso es la figura jurídica por cuyo medio los bienes del penalmente responsable que provienen o son producto directo o indirecto del delito o han sido utilizados o destinados a ser utilizados como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, pasan a poder de la Fiscalía General de la Nación, previo agotamiento del procedimiento previsto en la ley, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe. En procura de ese objetivo, el canon 83 ibidem establece la incautación y la ocupación como medidas cautelares de carácter material sobre bienes susceptibles de comiso y la suspensión del poder dispositivo como medida jurídica. Por su parte, el artículo 84 establece el trámite a seguir cuando se ordene o se produzca la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, así "artículo 84. Trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso. Dentro de la treinta y seis (36) horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden de la Fiscalía General de la Nación o su delegado, o por acción de la policía judicial en los eventos señalados en este código, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado". La norma citada permite extraer las siguientes pautas: i) La orden de incautación u ocupación debe provenir del Fiscal General o de su delegado; ii) La incautación también puede surgir del accionar de la policía judicial en los eventos señalados en esa normatividad; iii) Dentro de las 36 horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes, la Fiscalía debe acudir al juez de control de garantías para que revise la legalidad de lo actuado. En ese orden, la incautación es una medida material que se concreta con la aprehensión física de un bien mueble o de recursos utilizados o destinados a ser utilizados en delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo. Puede originarse no sólo en un mandato escrito de la Fiscalía General de la Nación sino también por el accionar de la policía judicial, por ejemplo, en los casos de flagrancia. Por su parte, la ocupación es la medida material referida a los bienes inmuebles. Conforme a las reglas reseñadas, en todo evento de incautación acaecida al interior del proceso penal, la Fiscalía ostenta la obligación de someter a control de legalidad dicha actuación en el plazo previsto en la norma, esto es, dentro de las 36 horas siguientes a la aprehensión de los elementos. Surtido el control de legalidad, dentro de los seis meses siguientes y antes de proferirse la acusación, con más espacio y mayores elementos de juicio, el delegado del ente acusador puede optar por devolver el bien a su propietario o tenedor legítimo, orientarlo al trámite de extinción de dominio o solicitar su comiso, previo agotamiento del procedimiento que garantice el debido proceso y el derecho de contradicción de los intervinientes, tal como lo dispone el artículo 88 ibidem. De esta manera, la Ley 906 de 2004 adjudicó a la Fiscalía General de la Nación, a través de los Fiscales delegados, la obligación de atender de forma diligente, en los plazos allí señalados, lo relacionado con los bienes incautados u ocupados, situación que le impone acudir ante los jueces de control de garantías o de conocimiento, según sea el caso, para demandar

las decisiones pertinentes. La omisión de tal deber conlleva la vulneración del debido proceso en tanto el término fijado en el artículo 84 de dicha preceptiva es imperativo, no simplemente facultativo. En esa medida, los sujetos procesales, los intervinientes y los operadores jurídicos están obligados a acatarlos, pues no tendría sentido establecerlos si su cumplimiento pudiera quedar al arbitrio de las partes. Recuérdese que los términos constituyen oportunidades para que las partes, intervinientes y operadores judiciales ejecuten las actuaciones impuestas en la ley. Entonces, hacen parte del debido proceso en tanto crean certeza sobre el tiempo en que se puede actuar en cada situación procesal; así mismo, materializan los principios de igualdad y seguridad jurídica al precisar el límite dentro del cual se pueden usar los diversos mecanismos y recursos establecidos en la ley. En ese contexto, el incumplimiento del plazo previsto en el canon 84 *ibidem* para efectuar el control de legalidad de la incautación u ocupación de bienes, comporta la devolución del elemento aprehendido a quien acredite tener mejor derecho sobre el mismo, en tanto se hace necesario restablecer la garantía fundamental afectada. Subsana tal falencia, si la Fiscalía encuentra elementos probatorios indicativos de la utilización del

objeto como medio o instrumento del delito, debe reiniciar el trámite de incautación con fines de comiso u orientar el bien hacia la acción de extinción de dominio, pero, ahora sí, acatando los términos y procedimientos indicados en la ley. (...) No obstante, no se observa en el actuar de la funcionaria el conocimiento y la intención de desatender un acto propio de sus funciones, situación que descarta la configuración del elemento subjetivo del tipo y, por ende, del referido delito. En efecto, la investigada asumió el conocimiento del asunto un mes después de la incautación del vehículo, cuando el plazo ya se encontraba vencido, circunstancia que motivó la realización de un Comité Técnico Jurídico con la participación del Director Seccional de Fiscalías, la Fiscal Coordinadora de Unidad y la Fiscal del caso, donde se concluyó la viabilidad jurídica de acudir al juez de control de garantías para legalizar lo actuado y obtener la suspensión del poder dispositivo de dominio. En ese orden, no fue la investigada quien dejó vencer el aludido término. Por el contrario, le correspondió subsanar tal falencia, para lo cual consultó el criterio jurídico de sus superiores, quienes le aconsejaron actuar como finalmente lo hizo". (CSJ, Sent. Casación N.º 39659, oct. 17/2012. M. P. María del Rosario González Muñoz).

LIBRO SEGUNDO

PARTE ESPECIAL DE LOS DELITOS

TÍTULO I

DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA

CAPÍTULO I

DE LA INSUBORDINACIÓN

Artículo 93. Insubordinación.

El que, mediante actitudes violentas en relación con orden legítima del servicio emitida con las formalidades legales, la rechace, impida que otro la cumpla, o que el superior la imparta, o lo obligue a impartirla, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El concepto de orden en la normatividad interna de la Policía Nacional.**

"... (...) nos tenemos que referir al tipo penal que consagra el delito de insubordinación, el que requiere para su configuración que los hechos hayan ocurrido en relación con una orden legítima del servicio, emitida con las formalidades legales. Verificado esto, se entraría a analizar si el procesado adecuó su comportamiento a cualquiera de las conductas alternativas que consagra el tipo penal, como que, en relación con esa orden, la hubiera rechazado, hubiera impedido que otra la cumpliera, o que el superior la hubiera impartido o por el contrario obligado a impartirla. La Ley 1015 de 2006 (Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional) en su artículo 28, trae la noción de orden, así: "Orden es la manifestación externa del superior con autoridad que se debe obedecer, observar y ejecutar. La orden debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y relacionada con el servicio o función"... (...) Es prudente indicar, que el servicio de policía al ser la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional, requiere que quien lo

preste tenga toda la disposición necesaria para cumplirlo de manera eficaz, por eso se exige que haya tenido los descansos necesarios y que su turno no se le extienda más allá del establecido, con el propósito de que se despliegue todas las habilidades de observación, iniciativa, y sagacidad, por la obligación que tiene de actuar en toda circunstancia cuando así se requiera. (TSM. RAD. 155327 M. P. Mayor ABG.- Marycel Plaza A., marzo doce (12) de dos mil nueve (2009).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La actitud violenta y su contenido normativo para tipificar el reato de la insubordinación.**

"(...) Ahora en relación con la consumación del ilícito de insubordinación, debe entenderse que esas actitudes violentas deben estar efectivamente dirigidas a rechazar una orden o a impedir que otro la cumpla o a impedir que el superior la imparta, o a obligar al superior a impartir una orden. En este sentido, el superior es puesto en situación tal que no se puede resistir y se ve obligado a preferir una orden o se ve compelido a impartirla o se ve impedido física

o moralmente para exigir su cumplimiento. También es una fuerza que puede estar dirigida a un subalterno o a un conjunto de subalternos, quienes se ven en la necesidad de incumplir una orden de un superior porque otro, a través de la fuerza, les impide obedecerla. Es necesario sostener y reiterar, que esas actitudes violentas para efectos de la realización típica de la conducta punible de insubordinación, deben ser idóneas para someter la voluntad del superior, aspecto que debe ser analizado desde un punto de vista objetivo y ex ante y teniendo en cuenta la modalidad de la conducta empleada por el insubordinado, así como la seriedad del ataque o del constreñimiento constitutivos de una actitud violenta. (...). (TSM. Rad. 157822, M. P.: CR Ismael Enrique López Criollo, 4 de diciembre de 2013.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La insubordinación y su estructura dentro del sistema penal militar. Las actitudes violentas como elemento normativo y su desarrollo en el código penal militar colombiano.**

“... (...) i) estructura dogmática del delito de insubordinación: Se trata de un tipo penal especial, dada las condiciones específicas del sujeto activo y su relación con el superior que también debe ostentarlas; es un injusto propio de las legislaciones penales militares del mundo, la que tiene su origen en la disciplina y obediencia, que se observa desde los romanos, quienes sancionaban fuertemente incluso con pena de muerte, concibiendo desde entonces la hipótesis de ausencia de responsabilidad cuando se obedece la orden superior; lo propio se planteaba en el derecho germánico donde se concebía el “quebramiento” del deber oficial de fidelidad al superior cuando se desatendía la orden, siendo sancionado con pena de muerte y confiscación... (...) Para el caso Colombiano la descripción comportamental estaba dispuesta desde las Ordenanzas de Carlos III y reafirmadas en el Código de Santander, pero con mayor riqueza descriptiva en el artículo 136 del Código Penal Militar de 1958, Decreto 250; posteriormente reiterado en el artículo 97 del Decreto 2550 de 1988, así como en el artículo 112 de la Ley 522 de 1999, y hoy en el canon 93 del Código Penal Militar actual –Ley 1407 de 2010–, que preserva, a pesar del paso de la historia, el núcleo esencial de su redacción desde 1958. Esta conducta punible se ha concebido como una desobediencia calificada y busca proteger precisamente el bien jurídico de la disciplina, categoría esencial para la existencia de la Fuerza Militar, pues a través de ella no sólo se cohesionan la institución militar, se disciplina, sino que se logra alcanzar los cometidos estatales que justifican la efectividad de la Fuerza Pública. El reato de insubordinación es de mera conducta y de naturaleza eminentemente dolosa, con lo cual, y de cara a la estructura del delito previsto en el artículo 15, debe tenerse en cuenta que al establecerse que el sólo nexo causal no explica la transgresión de la tipicidad subjetiva ni el elemento cofundante de la antijuridicidad, en la hipótesis de la insubordinación; se requiere además la verificación de un elemento adicional, como lo es el vínculo normativo. Debe tenerse en cuenta que por insubordinación se entiende “la falta de subordinación, aquel que rechaza la subordinación”; de igual forma subordinación es sujetar a alguien a la dependencia de otro,

“sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”. Nuestro legislador cualificó la conducta, para diferenciarla de la desobediencia, bajo el prurito que edifica el elemento subjetivo: “actitudes violentas” y la relacionó con la desatención de la orden legítima, esto es, no basta desobedecer, sino que se estilen actos violentos que se orienten a expresar con ello el no cumplimiento de la orden, el desatender la subordinación, pero, rigurosamente que la orden debe estar relacionada con el servicio. A diferencia del modelo chileno y peruano nuestra legislación busca proteger la disciplina, y conductas adicionales a lo aquí referido no son modalidades estructurantes del tipo subjetivo, sino circunstancias que agravan el juicio normativo de culpabilidad cuando se realiza en concurso con otros, con armas, y frente a tropas formadas, siempre y cuando el agravante no se predique per se, sino que sea consustancial a la realización del injusto de insubordinación. Consecuente con lo anterior, corresponde recordar que la orden militar dinamiza y realiza el servicio a través del mando y control, y tanto aquella como este, se ejecutan y tienen fuerza vinculante cuando se imparte de forma verbal o escrita. La orden, encuentra su fundamento en el Manual de Estado Mayor que determina que las órdenes se refieren a hechos concretos y contienen tareas específicas que deben acatarse en un período de tiempo determinado y que se clasifican en rutinarias y operacionales. Las primeras comprenden instrucciones administrativas normales en guarnición o en eventos de operaciones, con carácter permanente o transitorio; y las segundas, que contienen detalles particulares orientados a lograr el objetivo de la misión e intensidad que se persigue con la operación militar. Todas ellas tienen fuerza vinculante y su desatención conlleva en específicas circunstancias a la realización del delito de desobediencia. Con estas sucintas citas se ha de afirmar que la insubordinación no es la respuesta al simple incumplimiento de un lábil mandato, sino que en ella se conjugan los principios de lesividad y gravedad, cuando se realizan actos violentos para no cumplir una orden, para evitar que otros la cumplan o para impedir o exigir que se emita la misma, pues en tal acción no sólo se atenta contra el contenido de la orden y lo que se busca con ella; sino que se rechaza la superioridad funcional de quien la imparte legítimamente y se constriñe la capacidad legal de decisión mediante la violencia, lo que sin duda socava la disciplina y tiene efectos en la eficacia del servicio. Por ello se ha de comprender su severa sanción, como también el rigor en la observancia de todos y cada uno de los elementos del modelo descriptivo para poder imputar y sancionar. Ahora bien, no puede desatenderse que la orden que se imparte y que se rechaza debe tener relación con el servicio, lo que comporta recordar que por servicio se ha de entender: “La sumatoria de misiones, tareas, objetivos menesteres, acciones que la Constitución y la ley le asignan a la Fuerza Pública necesarias para cumplir la función constitucional y legal y que justifican su existencia”. Bajo esta premisa, entender el servicio demanda una lectura sistemática de la Constitución, la ley y los reglamentos que regulan la actividad militar y de la Policía Nacional; lo que a manera de ejemplo encierra las labores de incorporación, instrucción y entrenamiento, inteligencia, operaciones, operativos policiales, logísticas y administrativas,

contrainteligencia, relaciones cívico militares, las tareas propias de guarnición y régimen interno, las comisiones administrativas, etc. Por ello con razón la Corte Constitucional precisa que la Justicia Militar no conoce de actos del servicio, porque el acto del servicio, per se, es lícito, lo que conoce la jurisdicción especializada es de delitos cometidos en actos del servicio, es decir, valerse del servicio, de cualquiera de esas múltiples actividades que se realizan para cometer el injusto, para extralimitarse en el ejercicio de la función... (...) El modelo descriptivo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal Militar, prevé una forma de comportamiento activo, no omisivo como erradamente lo concibe el impugnante, y

esa conducta está condicionada, para que sea jurídicamente relevante, a que sea la respuesta a una orden del servicio y su negativa mediante actitudes violentas a cumplirla, a impedir que otros la acaten o que el superior la imparta, vale decir, el legislador cualifica el comportamiento humano para evitar el desborde del derecho penal a límites insospechados, generando ingredientes normativos que demandan juicios de valor jurídico o extrajurídico, sobre los cuales se edifica los elementos subjetivos del tipo". (TSM. RAD. 158274-7189-XIV-551-FAC.M. P. CR Camilo Andrés Suárez Aldana, noviembre veinticinco (25) de dos mil quince (2015).

Artículo 94. Causales de agravación.

La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realiza:

1. Con el concurso de otros.
2. Con armas.
3. Frente a tropas formadas.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Actuación violenta en el concepto de insubordinación dentro del derecho penal militar.**

"De igual forma la conducta endilgada tampoco deviene en atípica, ya que sí se realizó el injusto de insubordinación agravada, por lo que resulta oportuno evocar lo que en proveído del 3 de septiembre de 2008 esta Sala enseñó: ... (...)" Una definición etimológica extraída de la enciclopedia jurídica OMEBA, nos enseña que insubordinación es "quebrantar la subordinación, sublevarse, comporta romper la disciplina, alzarse contra el superior jerárquico, rebelarse... resistencia a las órdenes dadas por los superiores"... (...). Caracteriza igualmente el delito de insubordinación el que cualifica la desobediencia por la presencia del ingrediente subjetivo del tipo que corresponde a la actitud violenta, cuando se rechaza la orden legítima del servicio... (...). La génesis del episodio fáctico comporta la desatención de situaciones propias del servicio y a partir de él se desarrolla el in factum caracterizado por la

sublevación a la orden legítima, situación que recoge con mayor alcance y precisión el tipo penal de Insubordinación... (...). En igual sentido la prueba demostró, y no se modificó a lo largo del proceso, que el Capitán ordenó la entrega del armamento, el radio y la consecuente negativa y actitud violenta del procesado, verificado en que el Agente Arcia maniobró, cargó el arma y apuntó, comportamiento que no se interpreta para la protección del servicio, como lo pretende en su ardid el gendarme encartado, sino donde se concreta la negación del mismo a cumplir una orden orientada a restablecer el servicio, mantener la disciplina y donde se hace palmaria la actitud violenta. Tal proceder conforme a los usos sociales y en particular en las actividades de conocimiento especial, como lo es la Fuerza Pública, no sugiere nada diferente a no querer ceder el material bélico y la probabilidad de emplearlo, es decir, comprometer la integridad del superior que reclamaba... (...)" (TSM. RAD.003-155246-6796-XIV-156-PNC, M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, enero veintiocho (28) de dos mil once (2011).

Artículo 95. Insubordinación por exigencia.

El que mediante actitudes violentas haga exigencias de cualquier naturaleza al superior, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

ELEMENTOS NORMATIVOS. ARTICULO 93, 94 Y 95

I. ORDEN LEGÍTIMA. LEY 1862 DE 2017

Artículo 10. Orden ilegítima. La orden es ilegítima cuando excede los límites de la competencia o conduce manifiestamente a la violación de la Constitución Política, la ley, las normas institucionales o las órdenes legítimas superiores.

Si la orden es ilegítima, el subalterno no está obligado a obedecerla; en caso de hacerlo la responsabilidad recaerá sobre el superior que emite la orden y el subalterno que la cumple o ejecuta.

Artículo 11. Oportunidad de la orden. Las órdenes deben cumplirse en el tiempo y del modo indicado por el superior. Cuando al ejecutar la orden aparecieren circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que modificaren el tiempo o el modo previstos para su ejecución, su cumplimiento puede ser dilatado o modificado siempre que no pudiese consultarse al superior, a quien se comunicará la decisión tomada tan pronto como fuere posible.

II. RECHAZAR. DEFINICIÓN. DICCIONARIO REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

1. Forzar a algo o a alguien a que retroceda.
2. tr. Resistir al enemigo, obligándolo a retroceder.

- 3.tr. *Contradecir lo que alguien expresa o no admitir lo que propone u ofrece.*
- 4.tr. *Denegar algo que se pide.*
- 5.tr. *Mostrar oposición o desprecio a una persona, grupo, comunidad, etc.*
- 6.tr. *Med. Producir o experimentar rechazo (inmunológico).*

III. IMPEDIR. DEFINICIÓN. DICCIONARIO REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo.

IV. IMPARTIR. DEFINICIÓN. DICCIONARIO REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

Dar o distribuir algo, especialmente de carácter no material.

**CAPÍTULO II
DE LA DESOBEDIENCIA**

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.

JURISPRUDENCIA – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne vs. Chile.

“[...] Oportuno indicar cuáles de los estándares o parámetros sobre limitaciones que debe observar la jurisdicción militar fueron adaptados con la referida reforma legal del 2010 y cuáles continúan pendientes de adecuación. En síntesis, tales estándares establecen que dicha jurisdicción:

a) Sólo puede juzgar a militares en servicio activo,

b) sólo puede juzgar la comisión de delitos o faltas (cometidos por militares activos) que atenten, por su propia naturaleza, contra bienes jurídicos propios del orden militar, y c) no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de todas las violaciones de derechos humanos. La Corte ha establecido que toda persona tiene el derecho de ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las Fuerzas Militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.”¹³². La Corte estima que en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado. La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, este debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno.

133. En el presente caso, la amplitud de la jurisdicción penal militar aplicada al señor Palamara Iribarne trajo como consecuencia que

se juzgara a un empleado civil a contrata en el fuero castrense por la comisión, inter alia, de conductas que atentaban contra los “deberes y el honor militar” o suponían “insubordinación”, como lo son los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares, establecidos en el Código de Justicia Militar, así como delitos que atentan contra el “orden y la seguridad públicos”, como lo es el desacato.¹³⁹ El Tribunal ha señalado que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo, al observar en un caso que “al tiempo en que se abrió y desarrolló [el] proceso [en su contra], [la víctima tenía] el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgad[a] por los tribunales militares. (...)”¹⁴⁰. Los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares tipificados en el Código de Justicia Militar estipulan que el sujeto activo debe ser un “militar”. Al respecto, la Corte estima que el señor Palamara Iribarne, al ser militar en retiro, no revestía la calidad de “militar” necesaria para ser sujeto activo de dichos delitos imputados, y por ello no se le podían aplicar las referidas normas penales militares. (...)”

[...]La Corte ha dicho que “[cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al Juez Natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. El juzgamiento de civiles corresponde a la justicia ordinaria”[...] . Las restricciones impuestas al señor Palamara Iribarne y a su abogado defensor en la Causa Rol N.º 464 por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares y en la Causa Rol N.º 471 por el delito de desacato, ambas ante el Juzgado Naval de Magallanes, vulneraron las garantías propias del derecho de defensa, así como el de hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, reconocidos en el artículo 8.2.f) de la Convención. ¹³⁹. El Tribunal ha señalado que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo, al observar en un caso que “al tiempo en que se abrió y desarrolló [el] proceso [en su contra], [la víctima tenía] el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgad[a] por los tribunales militares”. Chile, como Estado democrático, debe respetar el alcance restrictivo y excepcional que tiene la jurisdicción militar y excluir del ámbito de

dicha jurisdicción el juzgamiento de civiles.¹³² La Corte estima que en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado. La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, este debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno.¹³³ En el presente caso, la amplitud de la jurisdicción penal militar aplicada al señor Palamara Iribarne trajo como consecuencia que se juzgara a un empleado civil a contrata en el fuero castrense por la comisión, inter alia, de conductas que atentaban contra los “deberes y el honor militar” o suponían “insubordinación”, como lo son los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares, establecidos en el Código de Justicia Militar, así como delitos que atentan contra el “orden y la seguridad públicos”, como lo es el desacato.¹³⁹ El Tribunal ha señalado que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo, al observar en un caso que “al tiempo en que se abrió y desarrolló [el] proceso [en su contra], [la víctima tenía] el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgad[a] por los tribunales militares. (...)”

140. Los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares tipificados en el Código de Justicia Militar estipulan que el sujeto activo debe ser un “militar”. Al respecto, la Corte estima que el señor Palamara Iribarne, al ser militar en retiro, no revestía la calidad de “militar” necesaria para ser sujeto activo de dichos delitos imputados, y por ello no se le podían aplicar las referidas normas penales militares.¹⁴² La jurisdicción tan extensa que tienen los tribunales militares en Chile que les otorga facultades de fallar causas correspondientes a los tribunales civiles no es acorde con el artículo 8.1 de la Convención Americana.¹⁴³ La Corte ha dicho que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al Juez Natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. El juzgamiento de civiles corresponde a la justicia ordinaria”. [...] Las restricciones impuestas al señor Palamara Iribarne y a su abogado defensor en la Causa Rol N.º 464 por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares y en la Causa Rol N.º 471 por el delito de desacato, ambas ante el Juzgado Naval de Magallanes, vulneraron las garantías propias del derecho de defensa, así como el de hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, reconocidos en el artículo 8.2.f) de la Convención. [...] 181. Por todas las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 8 de la Convención en sus incisos 1, 5, 2.c), 2.d), 2.f) y 2.g), en perjuicio del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, y ha incumplido la obligación general de respetar

y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias a las garantías del debido proceso protegidas en los referidos incisos del artículo 8 de la Convención, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención. 256. En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares (supra párrs. 120 a 144).
CIDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Del 1º de septiembre de 2016. Caso Palmara Iribarne vs. Chile.

JURISPRUDENCIA – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú.**

“[...]El 25 de septiembre de 1994, el Comandante General del Destacamento Leoncio Prado informó a la presunta víctima que como consecuencia de la investigación efectuada por la Inspectoría del Destacamento, fue denunciado: i) En el fuero penal ordinario, por el delito de tráfico ilícito de drogas contemplado en el artículo 296 del Código Penal, y ii) en el fuero penal militar, por los delitos contra el deber y dignidad de la función, falsedad, negligencia, contra la administración de justicia y desobediencia contemplados en los artículos 200, 299, 238, 302, 180 y 158 del Código de Justicia Militar 43F. 44.[...] 82. La Comisión alegó que el Estado violó el artículo 8.4 de la Convención en perjuicio del señor Rosadio Villavicencio porque este fue condenado en dos sentencias firmes, una en la jurisdicción ordinaria por 15 años de pena privativa de libertad y otra en la jurisdicción militar a 28 meses de prisión. Alegó, además, que son sanciones de la misma naturaleza sobre la base de los mismos hechos. Según la Comisión, el doble enjuiciamiento y condena se corrobora con la motivación de la sentencia en la jurisdicción penal militar que, si bien condena a Rosadio Villavicencio por el delito de desobediencia, en análisis no se efectuó una determinación autónoma sobre dicho delito. La desobediencia se basó, al menos parcialmente, en que los hechos se encuadraban en el delito de tráfico ilícito de drogas que se estaba ventilando en la jurisdicción ordinaria.[...] En lo que respecta al proceso penal militar, alegó que la presunta víctima fue sancionada por el delito de desobediencia por no dar cumplimiento a disposiciones emanadas del Comando. Por último, sostuvo que el proceso penal militar se desarrolló bajo fundamentos distintos del proceso penal ordinario, no solo por la calidad de los sujetos que son sancionados en el primero, sino también por el tipo de hechos que conocen, que afectan única y exclusivamente bienes jurídicos del ámbito militar o policial. Por todo lo anterior, el Estado solicitó a la Corte declarar que no violó el artículo 8.4 de la Convención.[...]”

En lo que respecta al proceso penal militar, alegó que la presunta víctima fue sancionada por el delito de desobediencia por no dar cumplimiento a disposiciones emanadas del Comando. Por último, sostuvo que el proceso penal militar se desarrolló bajo fundamentos distintos del proceso penal ordinario, no solo por la calidad de los sujetos que son sancionados en el primero, sino también por el tipo de hechos que conocen, que afectan única y exclusivamente bienes jurídicos del ámbito militar o policial. Por todo lo anterior, el Estado solicitó a la Corte declarar que no violó el artículo 8.4 de la Convención.[...] 100. Lo anterior resulta que es bastante claro que en el caso las dos sentencias condenatorias tienen la misma base fáctica, o sea recaen sobre la misma acción imputada a la presunta víctima. En efecto, si bien el Consejo de Guerra Permanente (CGP) de la Sexta Zona Judicial del Ejército, en su sentencia de 15 de diciembre de 1997 93F94 determinó condenar a Rosadio Villavicencio por el delito de desobediencia en el fuero penal militar, la conducta constitutiva de esta calificación típica era la misma que había dado lugar a la sentencia condenatoria en la jurisdicción ordinaria. Lo anterior se considera así porque en dicha sentencia, el CGP, después de reiterar los hechos que tuvo por probados, refirió en su único considerando que “[...] los hechos cometidos por el Teniente de Inteligencia Rosadio Villavicencio Jorge, están encuadrados dentro del delito de Tráfico ilícito de Drogas, causa que se ventila en el Juzgado Especializado Penal de Juanjui, especialmente lo que se refiere a los vuelos de avionetas que transportaban droga [...]”94F 95, para luego indicar que los actos cometidos por Rosadio Villavicencio constituían el delito de desobediencia “[...] por no dar cumplimiento a disposiciones emanadas del Comando para el personal Militar que prestaron servicios en estas Zonas de Emergencia [...]”95 F96. No obstante, precisamente el incumplimiento a tales disposiciones consistió en autorizar el vuelo de aeronaves que transportaban drogas. Esto demuestra que la conducta de insubordinación correspondía materialmente con el hecho que estaba siendo investigado por la jurisdicción ordinaria, correspondientes al tipo penal ordinario del tráfico ilícito de drogas. [...] La Corte observa que cuando una misma conducta o acción resulta prohibida a la luz de las normas que subyacen en dos o más tipos penales, siempre se trata de un único delito, pues todo delito es una conducta humana y a un único delito debe corresponder una única punición. Esto es precisamente lo que ocurre en este caso, se trata de una única conducta imputada al señor Rosadio Villavicencio: Permitir el vuelo de aeronaves que transportaban droga, lo que encuadra simultáneamente en los tipos penales de desobediencia y de tráfico ilícito de drogas. Entender que la posibilidad del doble encuadramiento típico de los mismos hechos supone la comisión de dos delitos distintos, los cuales a su vez pueden ser sancionados con dos puniciones distintas, parte del errado supuesto que se trata de dos conductas distintas, lo que habilitaría la plural e interminable cadena de puniciones que el derecho penal material no permite y a la que se llegaría por efectos del desdoblamiento del mismo hecho en tantos pretendidos delitos como número de tipos penales aplicables”. **(Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú. Sentencia de 14 de octubre de 2019).**

**JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– Derecho Internacional Humanitario –
Obediencia Debida – Orden del Servicio –
Deber de Obediencia:**

“[...] La materia propia de las órdenes militares es el uso de la fuerza con el objeto de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. Esa actividad del Estado está sujeta a la Constitución y a las normas del derecho internacional humanitario que con la primera integran, para estos efectos, el bloque de constitucionalidad. [...] La regla de responsabilidad que contiene el primer inciso de la norma examinada, postula: “La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta”. La responsabilidad absoluta que se endilga al militar que imparte la orden, no es objeto de controversia. La absoluta exoneración de responsabilidad que cobija al militar que la ejecuta, en cambio, deberá analizarse con mayor detenimiento. En las Fuerzas Militares, la disciplina es una condición esencial de su existencia (DL 85 de 1989). La disposición que ocupa la atención de la Corte, tiene una relación íntima con el deber profesional de obediencia que los subalternos, en el ámbito militar, deben a sus superiores. Precisamente, en virtud del principio de disciplina y jerarquía militares, el superior, dentro de sus atribuciones, puede dictar órdenes al subalterno que “dentro de sus obligaciones”, debe proceder a cumplir en el tiempo y del modo indicado “con exactitud y sin vacilación” (D.L. 85, arts. 3° y 14), so pena de incurrir en el delito de desobediencia (D.L. 2550 de 1988). No es, en verdad, concebible que las Fuerzas Militares puedan cumplir su misión constitucional, sino se garantiza y mantiene una estricta disciplina en su seno que, sin lugar a dudas, es superior a la existente en cualquiera otra organización estatal.[...] La doctrina de la Corte Constitucional, desde un principio, ha considerado indispensable que dentro de las Fuerzas Militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense.[...] Adicionalmente a los argumentos expuestos, la Corte considera necesario reafirmar que las Fuerzas Militares están sujetas al principio de legalidad y al de subordinación a la autoridad civil. La Constitución y las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, tienen carácter plenamente vinculante para las Fuerzas Militares (CP., arts. 4° y 6°). El Estado de derecho no ofrece solución de continuidad ni crea espacios en la sociedad o el Estado, a cuya sombra puedan subsistir y actuar poderes independientes o autónomos a sus dictados. Admitir esta posibilidad, privaría de todo sustento a la anotada cualidad ontológica del Estado colombiano. Si en las Fuerzas Militares la potestad de mando es más intensa, ello es así porque la Constitución y la ley lo han establecido. Obligar a un militar a cumplir una orden manifestamente ilegal, pese a la advertencia formulada en este sentido, por lo tanto, equivale a renunciar a la idea más cara al constitucionalismo que no es otra que la sumisión del poder al derecho”. **(Corte Constitucional, Sentencia C-5780/95, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995). M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– **Derecho Internacional Humanitario –
Obediencia Debida – Orden del Servicio –
Deber de Obediencia:**

“[...] La doctrina de la Corte Constitucional, desde un principio, ha considerado indispensable que dentro de las Fuerzas Militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. El principio no absoluto de obediencia debida que prohija la Corte, no solamente corresponde a la noción aceptada por la conciencia jurídica universal como fruto de la evolución histórica y filosófica de tal concepto, sino que también coincide con el alcance que la doctrina del derecho penal le concede.

[...] La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. [...] En las Fuerzas Militares, la disciplina es una condición esencial de su existencia (DL 85 de 1989). La disposición que ocupa la atención de la Corte, tiene una relación íntima con el deber profesional de obediencia que los subalternos, en el ámbito militar, deben a sus superiores. Precisamente, en virtud del principio de disciplina y jerarquía militares, el superior, dentro de sus atribuciones, puede dictar órdenes al subalterno que “dentro de sus obligaciones”, debe proceder a cumplir en el tiempo y del modo indicado “con exactitud y sin vacilación” (D.L. 85, arts. 3º y 14), so pena de incurrir en el delito de desobediencia (D.L. 2550 de 1988). No es, en verdad, concebible que las Fuerzas Militares puedan cumplir su misión constitucional, sino se garantiza y mantiene una estricta disciplina en su seno que, sin lugar a dudas, es superior a la existente en cualquiera otra organización estatal.” (Corte Constitucional, Sentencia C-570/03, quince (15) de julio de dos mil tres (2003). M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).

JURISPRUDENCIA. CONSEJO DE ESTADO
– Acción de Reparación Directa – **Privación
Injusta de la Libertad – Detención Preventiva
– Delito de Desobediencia:**

“En efecto, los delitos investigados –desobediencia y abandono del puesto– atentan contra la disciplina y el servicio, pues están relacionados con el ejercicio de la función militar o policial que le era propia al hoy demandante <<libro segundo - delitos en particular, título primero “delitos contra la disciplina” y título segundo “delitos contra el servicio”, capítulo I>>, lo que justificaba y hacía procedente la imposición de la respectiva medida de aseguramiento contra el señor Román Santos”. (Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección A. C.P: María Adriana Marín. Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR. **Desobediencia Tipo Penal en Blanco
y Mera Conducta.**

“[...] Esta Corporación ha venido sosteniendo que el delito de Desobediencia es de aquellos que en relación con su estructura y contenido se clasifica como un tipo penal en blanco y de mera conducta. En este sentido, la descripción típica del artículo 96 del Código Penal Militar contiene elementos normativos, como “orden legítima del servicio”, “superior”, “formalidades legales”, que requieren la remisión a otros ordenamientos de carácter legal o reglamentario para precisar su definición; y se configura con la ejecución del comportamiento descrito en el tipo penal.

Independientemente de sus consecuencias, ello en tanto el solo incumplimiento o modificación de una orden legítima del servicio afecta el bien jurídico de la disciplina militar o policial. La disciplina en la Policía Nacional se encuentra definida como una de las condiciones esenciales para el funcionamiento de la institución que implica la observancia de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que consagran el deber profesional. El bien jurídico de la disciplina es considerado como de mayor envergadura para la Fuerza Pública, concepto frente al cual la doctrina ha señalado: “Las Fuerzas Militares son esenciales para la existencia de una nación, y por ello, es la particular situación jurídica de sus miembros que, al integrar ese cuerpo especializado que le corresponde tan titánica responsabilidad, debe estar sujetos a una organización jerárquica rigidamente disciplinada y ordenada, y al cumplimiento de unos deberes completamente diferentes para otros servidores públicos que no tienen la condición de militares, y el quebrantamiento de esos deberes asume especiales características, ya que genera peligros gravísimos para la cohesión y el detrimento que puede sufrir la eficacia en el ente militar, razón por la cual las conductas más graves e intolerables de sus miembros que atenten contra la disciplina, pilar fundamental de toda fuerza militar, ha sido rígida por la mayoría de las legislaciones desde antaño como un delito, partiendo de la premisa de que las normas penales solo pueden proteger bienes jurídicos “en cuanto relaciones sociales concretas que surgen de la propia sociedad que es la que determina qué relaciones sociales concretas, son merecedoras de protección en un estado social y democrático de derecho”. En la institución policial la disciplina se mantiene mediante el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes, tarea cuya responsabilidad recae en todos los miembros de la institución. Se encauza a través de medios preventivos cuando la conducta no trasciende ni afecta la función pública, ejerciendo el mando por quien tenga la atribución para orientar el comportamiento de los subalternos a través de llamados de atención verbal, trabajos que involucren acciones pedagógicas, asistencia a cursos, entre otros; y por medios correctivos adelantando la correspondiente acción disciplinaria.” (Tribunal Superior Militar y Policial. Sala primera de decisión. Juzgado de Primera Instancia de Policía Metropolitana del Valle de Aburrá. M. P.: CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez. Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil diecisiete (2017).

JURISPRUDENCIA – Tribunal Militar Y POLICIAL
– **Delito de Desobediencia Cumplimiento
Órdenes Indicadas y Tiempo Indicado.**

“El delito militar de desobediencia constituye un atentado grave contra el bien jurídico de la disciplina, precisamente por el valor inherente que tiene para una organización estructurada y jerarquizada, comoquiera que se convierte en el soporte inmodificable e insustituible que le permite actuar como garante para la defensa de las instituciones del Estado. En este mismo sentido la Corte Constitucional ha manifestado que:

“(…) las Fuerzas Militares se caracterizan por su carácter jerarquizado y “adoptan una disciplina absolutamente refractaria a que las órdenes superiores sean discutidas o discutibles por sus destinatarios. La Constitución de otra parte propicia este régimen, considerado indispensable para conservar la unidad y garantizar el desempeño eficaz de su cometido...”. También ha dicho que en virtud del principio de disciplina y jerarquía militares, el superior dentro de sus atribuciones puede emitir órdenes al subalterno que “dentro de sus obligaciones” debe cumplirlas en el tiempo y del modo indicado, so pena de incurrir en el delito de desobediencia, “No es en verdad concebible que las Fuerzas Militares puedan cumplir su misión constitucional, si no se garantiza y mantiene una estricta disciplina en su seno que, sin lugar a dudas, es superior a la existente en cualquiera otra organización estatal (...).” **(Tribunal Superior Militar y Policial. Sala primera de decisión. Juzgado de primera instancia. Departamento de policía Atlántico, Antioquia y Magdalena. M. P.: CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez. Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).**

JURISPRUDENCIA – Tribunal Militar Y POLICIAL
– **Delito de Desobediencia – Tipicidad.**

“[...] Paralelo a ello, en la dialéctica de la tipicidad de la conducta investigada es pertinente reconocer la técnica descriptiva del punible a analizar, que nos lleva a determinar las distintas clases de tipos penales a partir de su estructura, contenido, sujeto activo y bien jurídico tutelado, siendo del caso establecer a qué clase corresponde el delito militar de desobediencia que aquí nos ocupa y que fue descrito por la ley penal militar en los siguientes términos (Ley 1407 de 2010 art. 96):

“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”. Descripción típica de la que se extracta que en cuanto a su contenido se trata de un delito de mera actividad, puesto que se consuma con la sola realización de la conducta teniendo en cuenta que: El bien jurídico que ampara –la disciplina– es inmaterial (Rubio, 2008) catalogándose además como de peligro abstracto por cuanto se concreta con el incumplimiento de una orden emitida por el superior, sin necesidad de que se produzca un resultado material puesto que la amenaza al bien jurídico determina su antijuridicidad (Rubio, 2008). En relación con el sujeto activo podemos afirmar que el delito de desobediencia se estima mono subjetivo por cuanto la conducta puede ser realizada por un único autor (Velásquez, 2014)⁷. Así mismo y en relación con el bien jurídico tutelado es considerado como mono ofensivo en tanto ampara solo un bien jurídico, la disciplina (Velásquez, 2014). Respecto de su estructura es del caso referir que el delito de desobediencia corresponde a un tipo penal en blanco, lo que implica que la norma que lo contiene se ha de articular con otra disposición legal que conduzca a su comprensión, teniendo en cuenta que el supuesto de hecho no está regulado de manera íntegra en el precepto (CSJ. SP. Rad. 29726, nov. 2017). A este respecto la Corte Suprema de Justicia enseñó: “En los tipos penales en blanco es necesario distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. En el primero, cuya configuración es del resorte exclusivo del legislador, se describen los elementos básicos de la conducta prohibida y su correspondiente punibilidad, así como el reenvío expreso o tácito a otro precepto. En el segundo, esto es, el complemento, se determinan específicamente las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal, con la exigencia de que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia constitucional para proferirlo. [...] En virtud de lo anterior y considerado el delito de desobediencia como un tipo penal en blanco, imperioso resulta acudir al Reglamento del Servicio de Guarnición”. **(Tribunal Superior Militar y Policial. Sala segunda de decisión. Juzgado de Instancia de las Brigadas de Infantería y Marina. M. P.: TC. Wilson Figueroa Gómez. Bogotá D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil diecinueve (2019).**

COMENTARIO

Las órdenes militares y policiales deben cumplir con los principios constitucionales, por lo que deben ser legales y dirigidas a cumplir la constitución y la ley, además de reunir los requisitos contemplados en el artículo 9° de la Ley 1862 de 2017 y 28 de la Ley 2196 de 2022. El delito de desobediencia se justifica en el mantenimiento de la disciplina en la Fuerza Pública, sin embargo, se han desarrollado figuras jurisprudenciales como la obediencia de vida ante la no existencia de una obediencia ciega que permiten a los subalternos realizar un análisis sobre los requisitos de una orden.

Artículo 97. Desobediencia de personal retirado.

El oficial o suboficial en retiro temporal o de reserva que no se presentare a la unidad correspondiente el día y hora señalados en los decretos de movilización o de llamamiento especial al servicio, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – **Retiro Definitivo del Servicio Activo – Soldado Profesional.**

“[...] Por el contrario, indica, el retiro de los soldados profesionales a quienes se les dicte medida de detención preventiva por más de 60 días es definitivo ya que no existen las anteriores previsiones ni en las normas demandadas ni en otras del Decreto ley 1793 de 2000. Nótese que, aunque el artículo 8° del Decreto ley 1793 de 2000, utiliza el adjetivo “temporal” para describir el retiro que se produce cuando a un soldado profesional le dictan detención preventiva por más de 60 días, la misma norma indica que este retiro es “con pase a la reserva”, lo que significa que sólo podrán ser reincorporados cuando se presenten las hipótesis de llamamiento al servicio contenidas en los artículos 21 y 22 del mismo decreto ley, las cuales no constituyen un derecho de los retirados sino una facultad que pueden ejercer los Comandantes de las Fuerzas Militares. De acuerdo con estas dos normas, los soldados retirados en forma temporal “podrán” ser reincorporados en dos eventos: a solicitud de parte dentro del año siguiente al retiro o en cualquier tiempo por los comandantes de Fuerza “para satisfacer necesidades orgánicas de las Fuerzas o para hacer frente a las exigencias de seguridad nacional”. (Corte Constitucional, Sentencia C-289/12, D. C., dieciocho (18) de abril de dos mil doce (2012). M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

JURISPRUDENCIA – Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Unificación – **Asignación De Retiro – Retiro Soldado Profesional.**

“[...] En verdad que la orden o decreto de movilización o de llamamiento implica por sí mismo, la reincorporación al servicio sin que sea necesario otro acto que la ratifique, por lo cual produce efectos inmediatos. y el primero de estos es el de que, si se desatiende tal convocatoria, se incurre en la infracción prevista en el estatuto penal militar.[...] Interpretación que resulta acorde con la situación irregular que debe ser objeto de juzgamiento, porque de otra manera debería juzgarse por la justicia ordinaria delito que está contemplado expresa y únicamente por la legislación penal militar, conforme a su naturaleza y que corresponde por lo tanto a esta”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P.: Doctor Guillermo Dávila Muñoz. Bogotá D. C., veinticinco (6) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

JURISPRUDENCIA – CONSEJO DE ESTADO– SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – **Asignación de Retiro – Retiro Soldado Profesional.**

“El retiro del servicio, en los términos del artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, dejan de estar obligados a prestar sus

servicios en actividad, por disposición de autoridad competente, quien determina igualmente si es temporal o absoluta. En esas condiciones, y teniendo en cuenta que la reincorporación implica un nuevo ingreso a las Fuerzas Militares, es a los funcionarios anteriormente señalados a quienes corresponde determinar su procedencia o no, en concordancia con el artículo 115 del mismo Decreto 1790 que atribuye a las mismas autoridades la competencia de determinar quiénes serán llamados al servicio nuevamente. La competencia para la expedición del acto administrativo, entendida como la aptitud legal, constitucional o reglamentaria conferida a un determinado ente administrativo, para que ejecute y manifieste válidamente su voluntad, es un elemento de la esencia de los actos administrativos, en consecuencia, es nulo el acto cuando ha sido expedido por un funcionario sin la capacidad legal para decidir el asunto planteado. Lo anterior quiere decir que para que proceda la reincorporación no basta con la sola solicitud para que se considere aprobada, se requiere que medien necesidades del servicio”. (Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P: William Hernández Gómez. Bogotá D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR – **Delito de Desobediencia – Apelación. Órdenes del Servicio.**

“[...] El Juzgado Trece de Brigada para absolver de responsabilidad penal al SLP. HCA, luego de transcribir el artículo 17 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, que define la disciplina, argumentó que las órdenes del servicio implican la ejecución de actividades tendientes a cumplir con las finalidades de las Fuerzas Militares; que para la estructuración del delito militar de desobediencia es necesario que la orden incumplida esté estrechamente ligada a la ejecución de los fines institucionales, por lo que no todo desacato de aquella constituye infracción a la ley penal, y es contravención disciplinaria cuando esta no guarda relación con la misión constitucional y legal asignada a la Fuerza Pública, [...]” (TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Cuarta de Decisión Juzgado 13 de Brigada. M. P. TC. (r) Jacqueline Rubio Barrera. Bogotá, D. C., catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **Delito de Desobediencia – Abandono del Puesto – Diferencia Normativa.**

“[...] En este orden de ideas, si el agente abandona el servicio, así no se encuentre en su periodo de facción, incurre en la descripción típica establecida para el delito de Abandono de Puesto y no para el delito de Desobediencia, de tal suerte, que no interesa si lo abandonó durante el período de facción, o bien durante el ciclo de

disponibilidad o descanso, para que se adecúe típicamente al delito que vulnera el bien jurídico del servicio y no el de la disciplina. Cosa distinta ocurre si el agente no asumió el servicio desde un comienzo, es decir, desde el momento en que iniciaba a contarse el período de veinticuatro horas durante el cual desarrollaría la función de seguridad, circunstancia que determinaría

la comisión del delito de Desobediencia por el incumpliendo a la Orden del Día de asumir el servicio". (TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Sala Segunda de Decisión. Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Sur. M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez. Bogotá, D. C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

COMENTARIO

La desobediencia en el personal retirado es una conducta tipificada por el legislador, esto en razón a la necesidad de contar con el reintegro de los miembros en retiro temporal o en reserva para lograr el mantenimiento de la soberanía o el orden público. La Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha reiterado la obligación de los reservistas a presentarse en servicio cuando se da la orden de movilización en las condiciones de lugar, hora y fecha señalada por el decreto de movilización. Agrega la corte que, se sumará el término de la distancia cuando el individuo se encuentre en el extranjero. El decreto de movilización hace que se retome el servicio activo del individuo que se encontraba en retiro temporal o en reserva, de tal forma que las conductas que este desarrolla pueden ser judicializadas por la justicia penal militar, este pronunciamiento de la Corte Constitucional concuerda con lo expuesto en el pronunciamiento citado de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, la Corte relaciona la norma bajo la cual se establecen los dos eventos en que se reincorporan los miembros de la Fuerza Pública en reserva o en retiro temporal, estos son: A solicitud de parte dentro del año siguiente al retiro, o en cualquier tiempo por los comandantes de Fuerza "para satisfacer necesidades orgánicas de las Fuerzas o para hacer frente a las exigencias de seguridad nacional. El Tribunal Militar hace referencia en su pronunciamiento a la desobediencia en sí misma, dejando en claro que el incumplimiento de una orden que para la conducta analizada sería el decreto de movilización, da para judicializar a un miembro de la Fuerza Pública. En conclusión, es claro que los oficiales o suboficiales en retiro temporal o que se encuentren en reserva una vez sean comunicados del decreto de movilización están obligados a cumplir con la orden de reintegro, y aunque estos no se presenten se entiende que están en servicio activo por lo que es permitido para la justicia penal militar judicializarlos eliminando la posición de civil con la que contaban por encontrarse en reserva.

Artículo 98. Desobediencia de reservistas.

El personal que haya prestado el servicio militar obligatorio y esté en situación de reserva, que no se presentare en los términos previstos en el artículo anterior, incurrirá en prisión de seis (6) meses a un (1) año.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– **Servicio Militar – Fuerzas Militares – Reservistas – Llamamiento de Reservistas – Decreto de Movilización o Llamamiento Especial:**

"[...]En ese orden de ideas se tiene que, los reservistas estarán obligados a concurrir a la convocatoria en el lugar, fecha y hora señalados en el Decreto de Movilización o Llamamiento especial. Los reservistas residentes en el extranjero deberán presentarse en el término de la distancia ante las autoridades consulares colombianas más cercanas.[...] Con base en las anteriores consideraciones para la Corte, contrariamente

a lo sostenido por el actor, cuando una persona tiene la calidad de reservista de primera clase y es llamado al servicio, en los términos antes descritos, readquiere la calidad de militar en servicio activo, desde el mismo momento en que se formaliza dicho llamamiento. En efecto, una vez el Gobierno nacional convoca a las reservas, mediante acto administrativo, indicando el lugar, la fecha y la hora en que deben presentarse, a partir de ese momento se entienden nuevamente vinculadas al servicio activo y, por lo tanto, les son aplicables las normas que regulan la actividad militar." (Corte Constitucional, Sentencia C-740/01, once (11) de julio del año dos mil uno (2001). M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis).

CAPÍTULO III DE LOS ATAQUES Y AMENAZAS A SUPERIORES E INFERIORES

Artículo 99. Ataque al superior.

El que, en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un superior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Afectación Bien Jurídica Disciplina.**

(...) El régimen militar se caracteriza por las relaciones de mando y obediencia, que sin lugar a dudas han de estar presididas por la puesta en vigencia del principio de la dignidad, que impide los actos que atenten contra los derechos

humanos. Es así como dentro de ese contexto, los superiores, en el ámbito militar, tienen el deber de preservar la disciplina, bien jurídico que se afecta hondamente cuando el inferior reacciona violentamente ante cualquier requerimiento que le sea efectuado, como aconteció en el evento objeto de análisis, y frágil servicio se le haría a la institución castrense, si se tomara como rasero

para determinar la presencia o no de afectación al bien jurídico tutelado, las consecuencias que en últimas produjo la reacción agresiva en la humanidad del ofendido. (...) “las vías de hecho” consisten en impedir que las autoridades vulneren o amenacen derechos fundamentales, pues se trata en esta oportunidad de una actuación penal por el punible de ataque al superior, que implica el “ataque por vías de hecho”, y no la presencia de una vía de hecho en el curso de un trámite judicial o administrativo (...). No puede perderse de vista que la causal de inculpabilidad por insuperable coacción ajena, esto es, sobre la facultad del entendimiento que mueve al ser humano a obrar conscientemente y, en consecuencia, no procede cuando la coacción o fuerza externa que obliga a la voluntad a realizar un hecho que le repugna o a desistir de un acto obligatorio, no cuenta con la capacidad suficiente de perturbar el entendimiento y anular el acto voluntario. **(Corte Suprema de Justicia, número de proceso: 36615, abril 18/2012. M. P. José Luis Barceló Camacho).**

Artículo 100. Ataque al inferior.

El que, en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Diferencia Abuso y Ejercicio de la Disciplina.**

“(…) La sala menciona que el delito de ataque al inferior, cuyo supuesto de hecho legal consiste en: «El que, en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad, o categoría. (...) La pretensión de considerar simples abusos del superior en el legítimo ejercicio de disciplinar al inferior infractor, los actos atribuidos al acusado, desconoce el carácter histórico de los derechos humanos que corresponden a estructuras socio jurídicas de un momento dado, en el que su exigibilidad está relacionada con el de su eventual vulneración, puesto que su contenido y alcance es dinámico y socialmente cambiante. En tanto la Ley 836 de 2003, reconoce el derecho a los miembros de las Fuerzas Militares infractores del régimen disciplinario establecido en ella, a ser tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, el superior está legitimado para imponer la sanción y el correctivo de acuerdo con la naturaleza de la falta disciplinaria. (...) Por lo demás, en su artículo 67 proscribió expresamente la aplicación de correctivos atentatorios contra la dignidad y la integridad personal, luego en el mundo axiológico la noción de individuo adquiere una dimensión superlativa que se corresponde con el avance que propende por el mejoramiento de la condición de los congéneres en los roles y actividades desplegados por ellos, incluso la militar. Es así, como (...) en el Estado Social de Derecho que nos rige, la dignidad humana constituye pilar fundamental. Su reconocimiento implica que toda persona tiene el derecho a ser tratada con el respeto debido como ser humano en todos los ámbitos de su vida, así que atentan contra ella sanciones y castigos que derivados del poder correccional legal resultaban admisibles, verbi gratia, el que ejercían los padres

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **No se requiere para su estructuración que se hayan producido daños o lesiones corporales.**

“Salta de bulto que el ilustre libelista condiciona la estructuración del delito de ataque al inferior a la demostración de la existencia de unas lesiones personales o daños corporales, tesis contraria al contenido normativo del artículo 100 de la ley 1407 de 2010, en el que el legislador determinó como única acción el ataque por vías de hecho, para la estructuración del delito de ataque al inferior, en otras palabras, se trata de un delito de pura acción o mera conducta, no de resultado, conforme al ingrediente normativo que señala de manera expresa que el sujeto activo de la conducta, incurrirá en la pena allí prevista, “por esa sola conducta”, es decir, no se requiere que se hayan producido daños corporales, psicológicos o de cualesquier otro orden para reputar la comisión del reato, se insiste, se trata de un reato de mera conducta no de resultado en sentido puramente naturalístico.” **(Tribunal Superior Militar- Rad. 157986-253-XV-123, mayo 29/2015 M. P. My(r) José Liborio Morales Chinome).**

frente a sus hijos sin limitación alguna distinta al propio parentesco, los maestros en relación con sus alumnos o los superiores respecto de sus subordinados en las Fuerzas Militares.(...) En el régimen disciplinario para las Fuerzas Militares consagrado en la Ley 836 de 2003, contempla los correctivos para encauzar, mantener o conservar la disciplina militar, que pueden ser impuestos por cualquier superior jerárquico, pero no son sanción disciplinaria. Son correctivos según la disposición legal citada “Temas escritos sobre asuntos militares o de carácter general; la disminución de las horas de salida; las presentaciones en horas especiales ante quien se determine; las labores de aseo de armamento o de aseo o arreglo de dependencias; la pérdida de salidas; las llamadas de atención o al orden y la corrección para la prestación adecuada del servicio”, es así como la imposición de correctivos que atenten “contra la dignidad humana o la integridad personal” del militar sujeto de él, está prohibida. **(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero, SP9477-2016, Radicación n.º 42129, julio 13/2016).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Definición relación con el servicio.**

“(…) “La expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la Fuerza Pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometen delitos que tengan ‘relación con el mismo servicio’. El término ‘servicio’ alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades

propias de las Fuerzas Militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la Policía Nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica. “La norma constitucional parte de la premisa de que el miembro de la Fuerza Pública actúa como tal, pero también se desempeña como persona y ciudadano. El servicio público no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de la Fuerza Pública, como por lo demás ocurre con cualesquiera otra persona. La totalidad de los actos u omisiones del miembro de la Fuerza Pública no puede, en consecuencia, quedar comprendida dentro del fuero castrense. Para los efectos penales, se torna imperioso distinguir qué actos u omisiones se imputan a dicho sujeto como miembro activo del cuerpo militar o policial, y cuáles se predicen de su actividad propia y singular como persona o ciudadano ordinario. La distinción es básica y obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar, que complementa el derecho penal común, pero que en modo alguno lo sustituye”.

“La nota de especialidad del Derecho Penal Militar, que explica su contenido y fija su alcance, la determina la misma Constitución al vincular las conductas típicas sancionadas por este código a la prestación activa del servicio confiado a los integrantes de la Fuerza Pública. En un Estado de derecho, la función militar y la policiva están sujetas al principio de legalidad. El ejercicio del monopolio de la fuerza por el Estado, y las condiciones y modalidades en que se desarrolla, sólo son legítimos cuando se realizan conforme a la Constitución y a la ley. Entre las muchas normas que configuran el marco jurídico aplicable al uso y disposición de la fuerza que detenta el Estado, las que se plasman en el Código Penal Militar tienen la mayor relevancia en cuanto que en ellas se imponen deberes de acción o de abstención a los miembros de la Fuerza Pública. A través del derecho penal militar se pretende excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos”. “El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la Fuerza Pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la Fuerza Pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la Fuerza Pública. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la Fuerza Pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la

misión castrense encomendada: En este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la Fuerza Pública pierden toda relación el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo”. “Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental. Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la Fuerza Pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la Fuerza Pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la Fuerza Pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la Fuerza Pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias”.

“Además del elemento subjetivo –ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo–, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: El delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la Fuerza Pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquél que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de Derecho, puesto que este ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El servicio está asignado por las misiones propias de la Fuerza Pública, las cuales por estar sujetas al principio de legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo”. “No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la Fuerza Pública se inserte en el cuadro funcional propio de esta, es posible que, en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que, no obstante, tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial”. “La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una

misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”. “Conforme a lo anterior, la extensión del fuero penal militar a conductas que están más allá de los delitos estrictamente relacionados con el servicio representa una vulneración a la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la justicia penal militar... la justicia penal militar sólo se aplica a los delitos cometidos en relación el servicio”. **(Corte Const. Sentencia C – 561/97. noviembre 6/1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Elementos del delito ataque al inferior – **vías de hecho.**

(...) “En ese orden de ideas, conforme a la descripción contenida en la norma transcrita, se infiere que para la adecuación típica del delito de ataque al inferior, se requiere la presencia de unos elementos especiales que estructuran esta conducta punible, así: i) Un sujeto activo que ostente la condición de superior jerárquico en grado, antigüedad o categoría del sujeto pasivo de la conducta, ii) correlativamente el carácter de subordinado o inferior en grado, antigüedad o categoría del sujeto pasivo, iii) la mera ejecución de un ataque por vías de hecho, y, iiiii) que ese ataque se produzca en actos relacionados con el servicio, como lo ha señalado de manera pacífica esta Corporación”. (...) El artículo 100 de la Ley 1407 de 2010, en el que el legislador determinó como única acción el ataque por vías de hecho, para la estructuración del delito de ataque al inferior, en otras palabras, se trata de un delito de pura acción o mera conducta, no de resultado, conforme al ingrediente normativo que señala de manera expresa que el sujeto activo de la conducta, incurrirá en la pena allí prevista, “por esa sola conducta”, es decir, no se requiere que se hayan producido daños corporales, psicológicos o de cualesquier otro orden para reputar la comisión del reato, se insiste, se trata de un reato de mera conducta no de resultado en sentido puramente naturalístico. Al respecto, esta Corporación se ha pronunciado desde antaño: “Asiste razón a los apelantes cuando hacen ver que la estructura del delito no requiere de la existencia de lesiones personales, por cuanto las vías de hecho en el ataque al superior no solo se configuran sobre la humanidad a través de generadores de lesión, sino que puede presentarse de múltiples formas, siempre y cuando constituyan ataque que menoscabe la disciplina institucional”. En el mismo sentido, posteriormente se señaló: “... para la configuración del delito en comentario, la agresión o violencia física puede ser de cualquier naturaleza, sin que sea necesario para su consumación que se produzca afectación en la integridad personal

del subordinado, como equívocamente lo entiende la defensa según los argumentos expuestos en la audiencia de la Corte Marcial, pues si esto último ocurre se presenta un concurso material entren lesiones personales y ataque al inferior, por cuanto dicho reato es de mera actividad o formal, ya que para su consumación basta con el ataque por las vías de hecho”. (...) En suma, en la eventualidad de acreditarse daño corporal, fisiológico, psicológico o cualesquier otro menoscabo en la salud del ofendido, por tratarse de dos tipos penales que no son excluyentes, estaríamos en presencia de un concurso heterogéneo, de un lado, el ataque al inferior y de otro, lesiones personales, punibles que atentan contra dos bienes jurídicos disímiles, la disciplina y la integridad personal, respectivamente. Consecuente con lo expresado en precedencia y atendiendo el bien jurídico llamado a proteger, el concepto de vías de hecho, debe estar íntimamente relacionado con el bien protegido, esto es la disciplina, entendida como la condición esencial para la existencia de toda Fuerza Militar, que consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno, conforme a lo dispuesto en la ley 836 de 2003, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Militares, sistemática que prevé que la disciplina se mantiene cumpliendo los propios deberes y ayudando a los demás a cumplir los suyos con el ejemplo y el estímulo, responsabilidad que recae en todos los miembros de las Fuerzas Militares, en forma proporcional a los deberes y obligaciones del grado y el cargo que desempeñan, siendo los medios más eficaces para encauzarla los correctivos y sancionatorios; los primeros se utilizan para conservarla, mantenerla y vigorizarla; los segundos para restablecerla cuando ha sido quebrantada. La misma sistemática se encarga de definir de manera inequívoca en qué consisten los medios correctivos y los medios sancionatorios, así: “Artículo 19. Medios correctivos. Son las normas y preceptos cuya finalidad es proteger a los hombres contra su propia debilidad, preservándolos de toda influencia nociva y aquellos que incitan a perseverar en el cumplimiento estricto de los deberes. Artículo 20. Medios sancionatorios. Son las sanciones legalmente impuestas, que tienen como finalidad provocar la corrección de quienes han infringido las conductas consideradas como faltas y evitar la reincidencia”. En ese orden de ideas los únicos medios legalmente autorizados para mantener y encauzar la disciplina, son los establecidos en la sistemática disciplinaria, por los procedimientos allí establecidos y solamente se podrán aplicar las sanciones allí previstas, sin que sea permitido el uso de la fuerza, como medio para encauzarla, como lo ha expresado esta corporación de manera reiterada, pacífica y en muchas oportunidades, casi de manera casuística. “No se puede disciplinar a un subalterno, ejecutando conductas contrarias a la propia disciplina y por fuera del marco normativo impuesto por el Código Penal Militar. No debe olvidarse que, frente a actos indisciplinados de los subalternos, hacen falta comandantes que hagan valer primero la autoridad que la fuerza, porque si hacen lo contrario, las ofensas y agresiones que reciban no podrán tomarse como naturales de un ataque al superior, sino que tienen que interpretarse como mecanismos de defensa contra el poder abusivo de los comandantes. El respeto de la dignidad humana, de la cual son

merecedoras todas las personas, sea cual fuere su condición social, impone límites al ejercicio de la autoridad. (...). Nuestra Constitución protege la vida, la integridad física y moral y proscribire la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La singularidad en el ámbito castrense radica en la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las unidades militares. Si se otorga el poder al mando es preciso limitarlo, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los militares, en relación a los cuales se ejerce la jerarquía, otra cosa sería admitir la arbitrariedad y hacer factible que en la convivencia militar pudiera existir cualquier forma de vía abierta a actividades contrarias a la dignidad de la persona. Esa necesidad de garantía plena y obligada, en una convivencia social que es casi permanente y que está estructurada con base a la subordinación a las órdenes legítimas, es la que justifica la oportunidad y necesidad de descripciones típicas como las contenidas en el capítulo referente a los ataques y amenazas a superiores e inferiores del Código Penal Militar. Estas tipicidades específicas de las conductas señaladas para el ámbito militar por la especial configuración de las relaciones castrenses y por la naturaleza pluriofensiva de estos delitos (artículos 118 y 119 del Código Penal Militar), afecta el bien jurídico militar protegido de la disciplina, pero también, puede llegar a afectar la dignidad humana de los soldados, que busca protección por medio de estas normas. Sin embargo, el orden jurídico plantea otras salidas en caso de comprobados y verdaderos atentados contra la dignidad humana, las que serían aplicables en un determinado caso concreto. La doctrina internacional delimita como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o de alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana. Innegable es que, como comandante de una escuadra, de un pelotón o de una compañía, se tiene el deber de preservar la disciplina, pero para ello debe encauzar sus actos dentro del ordenamiento penal y disciplinario, de tal manera que no quebrante la disciplina, pretendiendo imponer disciplina. Resulta pertinente traer a colación apartes de la Ley 836 de 2003, por medio de la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, (...). Así, se considera que al procesado le era exigible proceder conforme las normas reproducidas y no atacar por vías de hecho a un subalterno, de donde el procesado tuvo la oportunidad de escoger entre actuar conforme a derecho o actuar contrario al ordenamiento jurídico, siendo de su entera decisión libre y voluntaria, emplear la violencia física, a sabiendas que ello era constitutivo de una infracción penal militar, dada su jerarquía, su antigüedad y su experiencia". Bajo tal entendimiento, cualquier acto de violencia o como lo señala el mismo apelante, "una acción con violencia en contra de un subalterno o inferior en grado o categoría", vale decir, cualquier agresión física en contra de un subalterno, así sea un simple empujón, como el que refiere el procesado y el apelante, se constituye en vías de hecho, pero no solo las

agresiones físicas se constituyen en vías de hecho, también aquellos ataques psicológicos y verbales que atenten contra dignidad de la persona. En suma, las vías de hecho son todo atentado físico, psicológico, moral o de cualquier otra índole que atente contra el derecho ajeno y contra las personas, o como lo afirma el tratadista Guillermo Cabanellas, las vías de hecho, no solo se constituyen por las heridas o golpes dirigidos contra el cuerpo de otro, sino también, por las ofensas al honor o dignidad, van desde el homicidio a las lesiones levisimas y desde la difamación o calumnia, pasando por la injuria a los insultos vulgares. **(Tribunal Superior Militar-Rad. 157986-253-XV-123, mayo 29/2015 M. P. My(r) José Liborio Morales Chinome).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Actos relacionados con el servicio.**

(...) "Desde este punto de vista, los actos relacionados con el servicio, como presupuesto para la tipificación del delito bajo estudio, no solamente cobijan todo ese conjunto de actividades que se ejecutan para desarrollar los fines constitucionales asignados a la Fuerza Pública, sino que deben ser analizados ampliamente para abarcar también todas aquellas actividades que se ejercen al interior de los cuarteles y Estaciones de Policía, como podrían ser las actividades de instrucción, administrativas, formaciones, etc., donde el bien jurídico de la disciplina también exige protección. De esta forma, la sala varía el criterio expuesto en anteriores oportunidades, dado que no se puede hacer una interpretación restrictiva del término "actos del servicio", de la manera en que lo ha interpretado la Honorable Corte Constitucional, bajo la luz del artículo 218 de la Constitución Política, porque en este caso ese ingrediente normativo debe ser considerado de una manera amplia para abarcar bajo tal denominación, todos aquellos actos que involucran la relación jerarquizada entre superior-subalterno, que merece protección en todas las actividades del servicio, en aras de mantener la cohesión que permita a la Fuerza Pública estar preparada para cumplir el fin constitucional para el cual ha sido destinada. **(Tribunal Superior Militar. Rad. 151860, 15 de mayo de 2009, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Actos del Servicio.**

(...) "La sentencia también desarrolla el concepto de servicio diciendo que: "(...) corresponde a la sumatoria de las misiones que la constitución y la ley le asignan a la Fuerza Pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo del servicio por un miembro de la Fuerza Pública, haciendo uso o no de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una

entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la Fuerza Pública (...). De otro lado, el miembro de la Fuerza Pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada; en este caso el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la Fuerza Pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tiene la virtud de mutar el delito común en acto relacionado con el mismo". La citada Corporación Judicial, así mismo, en la sentencia C-078 de 2000, dijo: "Ha sido el propio constituyente, entonces, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, en la sentencia 358 de 1997, entre otras, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de este, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la Fuerza Pública, entendiéndose Fuerza Militar y Policía Nacional, cuando estos cometan un delito relacionado con el servicio mismo. Así que ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las cortes marciales o tribunales militares. El primero de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo de carácter funcional, por cuanto el delito debe tener relación con el servicio"; "el elemento funcional representa el eje de este derecho especial". **(Tribunal Superior Militar. Rad. 155416, 29 de mayo de 2009, M. P. TC. Jacqueline Rubio Barrera, Sala Cuarta de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Inferior, Grado, Antigüedad, Categoría.**

(...) "El Código Penal Militar legitima los delitos de insubordinación, desobediencia y los ataques y amenazas a superiores e inferiores, bajo la consagración de que protegen el bien jurídico militar de la disciplina, que según el reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, "consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional".

El mismo reglamento considera a este bien jurídico como condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, lo que verdaderamente tiene su explicación, pues la disciplina es inherente y necesaria a toda aquella institución a quien se le confía las armas de la República. Al detentar el uso exclusivo de la fuerza legítima del Estado, la Fuerza Pública debe

manifestarse como una institución consolidada, cohesionada y jerarquizada, para así responder eficazmente al mandato constitucional para la que fue creada. De tal forma, que la disciplina se constituye en el medio a través de la cual la Fuerza Pública puede cumplir el fin que la Constitución Política le señala. Podría entonces considerarse, que uno de los principios que involucra el concepto de disciplina es el de jerarquía, fundamento esencial de la unidad y cohesión, indispensables en la institución militar. La Corte Constitucional ha manifestado en forma reiterada que las Fuerzas Militares tienen un carácter jerarquizado. A su vez el principio de jerarquía, que hace parte del bien jurídico de la disciplina, involucra los factores de superioridad o inferioridad, que se reflejan en el grado, la antigüedad o la categoría, y que el régimen Penal Militar atrae para consagrar los delitos de ataque al inferior o superior. Estos tres aspectos (grado, antigüedad, categoría) suponen el ejercicio del mando y son los criterios que finalmente permiten establecer la jerarquía militar o policial a efectos de la estructuración de los ataques y amenazas a superiores e inferiores. La jerarquía, en consecuencia, se muestra como un factor de íntima cohesión entre los miembros de la Fuerza Pública, que merece especial protección como parte integrante de la disciplina, bien jurídico tutelado por el Código Penal Militar. En últimas, entonces, los ataques protegen el principio de jerarquía. De ahí, que pueda establecerse que, si una conducta es constitutiva de vía de hecho, será objeto de punición por el delito de ataque al inferior o superior, si la jerarquía militar o policial se ve afectada, de lo contrario, será atípica. Y como el principio de jerarquía implica el ejercicio del mando, y el mando implica relación entre subalterno y superior, dicha relación encuentra un aspecto modulador y limitante a efectos de establecer su existencia, pues no siempre que exista relación entre subalterno y superior hay implicación de mando, es decir de jerarquía, aunque siempre que hay mando, hay relación entre subalterno y superior. Baste considerar que esa relación de mando no puede hacerse extensiva a todos los eventos y actuaciones de los uniformados, pues existen situaciones en las que ese principio de jerarquía deja de operar. En efecto, podría suponerse que no hay jerarquía cuando el personal militar se encuentra de vacaciones, franquicia o licencia, a pesar de que el respeto y la cortesía militar siguen imperando. Y precisamente para no hacer extensivo el delito de ataques a todas las circunstancias y eventos, el legislador consagró dentro del tipo la expresión "en actos relacionados con el servicio", presupuesto que no puede ser equiparado al exigido para la activación del fuero penal militar, porque como se dijo, aquel se constituye en un factor modulador de la actividad en la que se ejerce el mando, para significar que solamente se puede incurrir en el delito de ataques, solo en aquellos eventos en que exista esa relación superior-subalterno dentro de un marco estrictamente laboral, es decir, de servicio y no propiamente cuando se está en el campo de batalla o enfrentando a la delincuencia, en cumplimiento de la misión constitucional asignada a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional. **(Tribunal Superior Militar. Rad. 151860, 15 de mayo de 2009, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo).**

Artículo 101. Amenazas.

El que, en actos relacionados con el servicio, manifieste por cualquier medio apto para difundir el pensamiento amenazas con el propósito de intimidar a superiores o inferiores, incurrirá por esta sola conducta en prisión de uno (1) a tres (3) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Importancia del bien jurídico tutelado en las amenazas.**

“(…) Dentro de toda Fuerza Militar el honor, la disciplina y el servicio, son condiciones esenciales para su existencia, que consisten en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y obligaciones y deberes del subalterno. Aduce que el legislador establece abiertamente que tipos penales como la insubordinación, la desobediencia en distintas modalidades, el ataque y amenazas a superiores e inferiores, el abandono de comandos y puestos y del servicio, la deserción, el delito del centinela, etc., son tipos penales que por su condición esencial no pueden ser comparados con otros bienes jurídicos, pues, considera el Congreso que al otorgar beneficios a los sindicatos y condenados en delitos contra la disciplina en cualquiera de las actuaciones militares, atentaría contra la columna vertebral sobre la que se edifica la institución armada, cual es la disciplina. Así lo entendió el legislador, de ahí que jamás podrían asimilarse el honor y la disciplina con otros bienes jurídicos como la administración pública o la población y, agrega que mucho menos podría afirmarse que esos bienes son de menor entidad como lo pretende hacer ver el demandante.

(…) La institución castrense se encuentra estructurada jerárquicamente y, tiene como soporte inmodificable e insustituible de la vida militar aspectos como la disciplina, el servicio y el honor, entendidos, como condiciones esenciales de toda fuerza militar que le permiten actuar como garante para la defensa de las instituciones. Estas condiciones han sido reprimidas por la ley como delitos, es así, como el Código Penal Militar consagra como hechos punibles, la insubordinación, la desobediencia en sus distintas modalidades, las amenazas a superiores e inferiores, el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la deserción, el delito del centinela, la inutilización voluntaria, la cobardía, entre otros.

(…) Respecto del delito de amenazas a superiores e inferiores consideró el legislador que dada su condición de elemento esencial sobre la cual se estructura toda la institución castrense, y, bajo la consideración de que trata este tipo penal, se encuentran directamente relacionados con las funciones propias de los miembros de la Fuerza Pública, para lo cual gozaran de una especial protección al bien jurídico tutelado, para castigar aquellos miembros de la Fuerza Pública que intimidan a los superiores e inferiores con ocasión de su servicio, o que atenten contra su dignidad. **(Corte Constitucional, sentencia c-709/02, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, septiembre 3/2002).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **Amenaza y riesgo.**

(…) La Sala recordó las diferencias que esta corporación ha señalado entre el riesgo y la amenaza. El primero se refiere a una situación

*abstracta y aleatoria en la que se puede producir un daño. El segundo, por su parte, alude a la existencia de señales o manifestaciones que dan cuenta de hechos reales que, por su sola existencia, implican la alteración del uso pacífico del derecho atacado y hacen suponer que este va a ser vulnerado. Asimismo, precisó que una amenaza requiere de un peligro específico, individualizable, excepcional, desproporcionado y cierto o probable que comprometa bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto. Por último, concluyó que sólo en dichos casos se puede hablar de una amenaza ordinaria o extrema (según su intensidad), dando lugar a una protección especial por parte del Estado colombiano, la cual puede ser solicitada a través de los recursos ordinarios previstos para tal efecto, o mediante la acción de tutela cuando se cumplen los requisitos de procedibilidad respectivos. **(Corte Constitucional. T – 030/16. Febrero 5/2016. M. P. María Victoria Calle Correa).***

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Actos relacionados con el servicio.**

(…) “Al respecto de la expresión “servicio”, esta corporación en reiterada jurisprudencia ha considerado, que alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares, defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y de la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz¹⁶⁷.”

Sin embargo, como no todos los actos de los miembros de la Fuerza Pública pueden quedar comprendidos dentro del fuero castrense, para efectos de preservar la especialidad penal militar es imperioso distinguir qué actos u omisiones se les debe imputar como ciudadanos ordinarios, y cuales pueden imputarseles como miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo.

En efecto, cabe precisar en primer lugar, como lo ha considerado esta corporación, que “la sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la Fuerza Pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar” (negrilla fuera del texto original), pues ha podido cometer el delito al margen de la misión castrense encomendada, por lo que, “el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común¹⁶⁸”.

¹⁶⁷ Constitución Política, arts. 217 y 218.

¹⁶⁸ Sentencia C-358 de 1997.

Sin embargo, es posible que en el ejercicio de las tareas o misiones propias de la Fuerza Pública, voluntaria o culposamente, esta se altere radicalmente, o se incurra en excesos o defectos de acción originando una desviación de poder capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. En efecto, son estas conductas a las que se aplica el fuero penal militar y a las que se les aplica el Código Penal Militar.

En efecto, en el plano normativo, el legislador al configurar el Código Penal Militar, puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios de servicio militar y policial, es decir, los adapte al contexto de la función militar o policiva. De tal manera, el Código Penal Militar puede contener, en relación con el servicio, (i) tipos penales típicamente militares, siempre y cuando consideren las características propias del servicio militar y policial, y (ii) tipos penales comunes, incorporándoles elementos y circunstancias propias del servicio que presta la Fuerza Pública y que resulta relevante tomar en consideración". (Tribunal Superior Militar, Rad. 149738, 20 de febrero de 2009, M. P. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira).

Doctrina. La doctrina mayoritaria entiende que el injusto en el delito de amenazas está constituido por el ataque a la libertad personal, y en concreto, porque se afecta el aspecto psicológico de la libertad (bien jurídico protegido) o, lo que es lo mismo, la fase de formación de la voluntad; esto es, se trata de la pérdida de libertad en el proceso de toma de la decisión. Algunos autores, sin embargo, consideran que son dos los bienes jurídicos protegidos: El sentimiento de tranquilidad del sujeto y la libertad personal en la fase de formación de la voluntad.

Se establece que junto al delito de amenazas existe una falta de amenazas que castiga la amenaza de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos o la simple amenaza de carácter leve a otro. La gravedad de la amenaza deberá valorarse no por el modo como se realice la amenaza, sino a la conducta que se solicita con esa intimidación con el propósito de difundir pensamientos con el fin de intimidar bien sea a un superior o a un inferior que se encuentre realizando actos del servicio. (Carrasco, mar. 2010). **Coacciones y amenazas).**

TÍTULO II

DELITOS CONTRA EL SERVICIO

CAPÍTULO I

DEL ABANDONO DEL COMANDO Y DEL PUESTO

Artículo 102. Abandono del comando.

El que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas consecutivas, en tiempo de paz, o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública, incurrirá en la pena de que tratan los artículos siguientes.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – ESTADO DE CONMOCIÓN INTERIOR COMO ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SUS LÍMITES.

"El condicionamiento material que la Carta hace del estado de conmoción interior no sólo determina la legitimidad o ilegitimidad constitucional del decreto legislativo declaratorio, sino que también constituye el ámbito de sujeción de los decretos legislativos de desarrollo dictados con base en él. De este modo, si el acto declaratorio no satisface ese condicionamiento, contraría la Carta y deberá ser retirado del ordenamiento. Y si los decretos de desarrollo dictados con base en él no están directa y específicamente relacionados con los motivos de la declaración, contrarían también el Texto Superior y deberán ser declarados inexecutable. De allí que ese presupuesto constituya un límite material de ese particular estado de excepción". (...) "La justicia penal militar es un ámbito funcional especializado de la Fuerza Pública y no hace parte de la rama judicial. Por ello, su órbita funcional debe circunscribirse al fuero militar y no tiene por qué extenderse al juzgamiento de civiles pues de hacerlo se desconoce la reserva judicial de la libertad y también la imparcialidad y la independencia del juzgador como exigencias mínimas de una decisión justa". (...) "La anormalidad que conduce a la declaratoria del estado de conmoción interior radica facultades

excepcionales en el Presidente, pero el ejercicio de esas facultades no se sustrae a la legitimación que precisa todo acto de poder público pues, si bien el estado de anormalidad justifica las excepcionales facultades presidenciales, ella sola resulta insuficiente para afirmar su legitimidad. Esa situación viene a ser compensada por el sistema de controles diseñado por el constituyente y en ese contexto, el control político contribuye a rodear de legitimidad esos actos de poder." (...) "Sin desconocer que se trata de un acto que se proyecta políticamente, es evidente que el decreto mediante el cual se declara el estado de conmoción interior es un acto jurídico que contiene elementos reglados por la propia Constitución y un elemento discrecional también reconocido por la Carta. Los elementos reglados están expresamente señalados en el artículo 213, según el cual el Presidente sólo puede declarar el estado de conmoción interior "en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía". El elemento discrecional consiste en que el Presidente de la República es competente para apreciar la existencia de estos hechos y calificar su gravedad y su trascendencia así como para decidir si declara o no declara el estado

de conmoción interior. Tratándose de un acto jurídico, es claro que la declaratoria del estado de conmoción interior es un decreto legislativo de desarrollo que está sometido a controles jurídicos pues estos se orientan a determinar si se han cumplido o no los límites impuestos por el constituyente". **(Corte Constitucional, Sentencia C- 802/2002, octubre 2/02 M. P. Jaime Córdoba Triviño).**

deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia y (v) podrán –de forma transitoria– establecer nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente". **(Corte Constitucional, Sentencia C 156/2020, junio 3/20 M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– ESTADO DE CONMOCIÓN INTERIOR TRES
LÍMITES IMPUESTOS POR LA REGULACIÓN
CONSTITUCIONAL.

"En materia del estado de conmoción interior los límites impuestos por la regulación constitucional se reflejan en los siguientes aspectos. En primer lugar, se exige que los hechos tengan tal gravedad que atenten de manera inminente contra la integridad territorial, la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana, y que las circunstancias perturbadoras no puedan ser conjuradas con las atribuciones ordinarias de policía; en segundo lugar, las facultades excepcionales del Gobierno se limitan a aquellas estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos; en tercer lugar, los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción; y en cuarto lugar, el ejercicio de las atribuciones presidenciales debe respetar principios tales como los de proporcionalidad, necesidad, intangibilidad de derechos humanos, temporalidad y legalidad." (...) "Bajo los estados de excepción, lo que prohíbe expresamente el texto constitucional es la suspensión más no la restricción de los derechos humanos y las libertades fundamentales, razón por la cual los derechos humanos y las libertades fundamentales sí pueden ser restringidos bajo los estados de excepción, pero tales restricciones deben ajustarse a lo señalado por la Constitución, los tratados internacionales de derechos humano". **(Corte Constitucional, Sentencia C 070/2009, febrero 12/09 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– QUÉ SE ENTIENDE POR CALAMIDAD PÚBLICA.

"La calamidad pública alude a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente" (...) "El artículo 215 de la Constitución prescribe que la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica sólo puede llevarse a cabo "por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario". A su vez, la misma disposición prevé que los decretos legislativos en el marco del estado de emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) Motivados; (ii) firmados por el Presidente y todos los ministros; (iii) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente (iv)

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL –
DEFINICIÓN DE CALAMIDAD PÚBLICA.

"La calamidad pública se define como aquella situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país, o, como aquella desgracia o infortunio que afecte intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella y que perturbe o amenace perturbar de manera grave, inminente o intempestiva el orden económico, social o ecológico. Esta situación catastrófica puede tener una causa natural, por ejemplo, terremotos, sismos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, tsunamis (maremotos), incendios, entre otros, o puede tener una causa técnica como por ejemplo "accidentes mayores tecnológicos". El carácter catastrófico no sólo debe ser grave, sino que debe tener una ocurrencia imprevista o sobreviniente a las situaciones que normalmente se presentan en el ocurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones, y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales, presupuesto que se relaciona con el juicio valorativo." (...) "La declaratoria de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública tiene varios presupuestos que se relacionan con los elementos formales y materiales de carácter general que deben verificarse, como: i) Que se trate de una calamidad pública sea por causas naturales o por causas técnicas; ii) que dicha eventualidad no sólo sea grave sino que debe tener una ocurrencia imprevista o sobreviniente; iii) que la calamidad no sea generada por efectos de la guerra exterior o por el estado de conmoción; iv) que las facultades ordinarias del Ejecutivo resulten insuficientes para adoptar medidas de carácter económico, social y ecológico destinadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, y desborde la capacidad de atención ordinaria del sistema nacional para prevención y atención de desastres; v) que la ocurrencia de la calamidad pública y la eventual constitucionalidad de la declaratoria no elimine la posibilidad de responsabilidad del Estado o de sus funcionarios en el desarrollo de tales hechos; vi) que el decreto de declaratoria este motivado y establezca término de vigencia y ámbito territorial de aplicación; y vii) que en el decreto de declaratoria estén enunciados pormenorizadamente los hechos, la gravedad y el impacto en el orden económico, social y ecológico, así como la insuficiencia de las facultades gubernamentales ordinarias y la necesidad de las medidas extraordinarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos". **(Corte Constitucional, Sentencia C 216/2011 marzo 29/11 M. P. Juan Carlos Henao Pérez).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– LA CALAMIDAD PÚBLICA PUEDE TENER UNA
CAUSA NATURAL O UNA CAUSA TÉCNICA.

“Este tribunal ha señalado que “los acontecimientos, no solo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el transcurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales”. En tales términos, esta Corte ha reconocido que la calamidad pública puede tener una causa natural, como ha sucedido por cuenta de temblores o terremotos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, etc.; o puede tener una causa técnica como es el caso del cierre de una frontera internacional, o “accidentes mayores tecnológicos”. (...) “La Corte ha indicado que los requisitos mencionados se fundamentan en tres fuentes normativas concretas, todas ellas integradas al parámetro de constitucionalidad: (i) Las disposiciones de la Carta Política que regulan los estados de excepción (Arts. 212 a 215 CP.); (ii) el desarrollo de esas reglas, previstas en la LEE-; y (iii) las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no pueden ser suspendidas en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles) **(Arts. 93.1 y 214 CP.)**”. **(Corte Constitucional, Sentencia C 403/2020, sept 16/20 M. P. Alberto Rojas Ríos)**.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– DEBER CÍVICO DEL CIUDADANO EN CASO DE
GUERRA EXTERIOR.

“El aparte subrayado lesiona el artículo 212 de la Constitución nacional, disposición esta que no consagra limitación a las atribuciones con que cuenta el Gobierno durante el estado de guerra exterior, distintas a las “estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad”; en consecuencia, el legislador no podía válidamente estatuir otras, como la de la “reciprocidad”. Por tanto, la expresión “atendiendo el principio de reciprocidad por parte del Estado con el cual exista conflicto”, será declarada inexecutable por infringir abiertamente el mandato constitucional”. (...) “Resulta obvio afirmar, que cuando el Gobierno decida enviar tropas a un Estado que está sufriendo una agresión armada, no es necesario declarar el estado de guerra exterior en Colombia, pues las hostilidades militares, además de realizarse en territorios ajenos al nuestro, no atentan contra la independencia, seguridad, estabilidad o soberanía colombiana, y por consiguiente no se dan las circunstancias que permiten hacer uso de ese mecanismo excepcional, se trata simplemente de una labor de apoyo y solidaridad con el país al que se le presta la ayuda.” (...) “El Gobierno nacional está autorizado para decretar expropiaciones en período de

guerra exterior, única y exclusivamente cuando las necesidades de la misma lo aconsejen, mediante indemnización, cuyo pago se hará con posterioridad a los acontecimientos. Dicha expropiación sólo recae sobre bienes muebles, pues para el caso de los inmuebles, el inciso segundo del mismo precepto constitucional citado, sólo permite la ocupación temporal de los mismos, y exclusivamente para atender las exigencias de la guerra o para destinar a ella sus productos. Aclarar que el control jurisdiccional por vía contencioso administrativa, y a petición de parte, de las decisiones que en esta materia se dicten, está referido única y exclusivamente a las resoluciones o actos administrativos que se expidan en relación con la cuantía de la indemnización, y la responsabilidad del Estado, más no en lo que respecta al decreto legislativo expedido por el Gobierno, pues como es de todos sabido, este último ordenamiento está sujeto al control de la Corte Constitucional.” (...) “Esta disposición se ajusta a la Constitución, concretamente a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 216, que permite a la ley, y el Gobierno en épocas de excepción obra como legislador, determinar las condiciones que “en todo tiempo” eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo. En consecuencia, bien pueden modificarse transitoriamente, en los casos de guerra exterior, las normas preexistentes, que rigen esta materia, y así obligar a todos los colombianos a cumplir con el deber cívico ciudadano de defender a su patria, cuando las necesidades públicas así lo exijan. No sobra aclarar que las normas preexistentes que rigen el servicio militar, quedarían simplemente suspendidas, pues la facultad legislativa del Presidente de la República durante los estados de excepción, no le permite derogarlas, ni dictar disposiciones con vocación de permanencia”. **(Corte Constitucional, Sentencia C 179/1994, abril 13/ M. P. Carlos Gaviria Díaz)**.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– TEMPORALIDAD DE LOS ESTADOS DE
EXCEPCIÓN.

“Sobre la temporalidad de los estados de excepción, acogido el principio de limitación temporal, tiene como finalidad evitar la prolongación y la perennidad de las potestades normativas extraordinarias en el ejecutivo, y fue desarrollado por el constituyente de 1991 en los artículos sobre los estados de excepción en donde se consagran diferentes términos de vigencia, que como ha establecido la jurisprudencia constitucional restringen, la temporal asunción de la función legislativa por parte del Gobierno y el virtual poder que de ello se sigue para restringir las libertades y garantías constitucionales. Así, para el estado de guerra exterior se establece que estos rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare reestablecida la normalidad; para el estado de conmoción interior se consagra que podrá declararse por un término no mayor de noventa días, prorrogables hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere el concepto previo y favorable del Senado de la República; y para el estado de emergencia se establece que se puede declarar por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. **(Corte Constitucional, Sentencia C**

216/2011, marzo 29/2011 M. P. Juan Carlos Henao Pérez).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. QUÉ SE ENTIENDE POR EL VERBO NO EJERCER COMO OMISIÓN DE UNA ACCIÓN DETERMINADA.

“Por la descripción típica de este tipo penal respecto a la acción que se espera del sujeto activo, tenemos que se trata de la omisión de una acción determinada, pues el verbo ejercer que se constituye en el encargado de regir la acción o el verbo rector, es de tipo limitativo, al requerir la omisión de una acción posible del agente. La acción posible para ser realizada por el sujeto, es el ejercicio de las funciones propias como comandante, jefe o director, y el tipo penal exige precisamente la omisión de esa acción posible. Desentrañando el significado de ejercer, tenemos de acuerdo al diccionario de la real academia que es: “practicar los actos propios de un oficio, facultad, virtud”, siendo sinónimo de actuar, ejercitar, practicar, trabajar, desempeñar, profesar. Luego, no ejercer sería la omisión a esa acción, es decir, no realizar las funciones propias de ese oficio, que para la conducta penal que se estudia, está relacionada con las funciones propias del comando, jefatura o dirección”.

(...) Y el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional –vigente para la época de los presentes hechos–, estableció las

normas que regulan la prestación del servicio policial, prescribiéndose en el artículo 17, que el servicio que presta la policía es esencialmente, público, obligatorio, monopolizado, primario, directo, destacándose el ser permanente “no se puede suspender”, inmediato “se debe prestar instantáneamente 65 C-020 del 23 de enero de 1996. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. 66 Resolución 9960 del 13 de noviembre de 1992. SV. Navas Montiel Carlos Alberto. Abandono de comandos especiales. 155430. 37 ante perturbación del orden” e indeclinable “no se puede rehusar ni retardar”. Al ser un servicio permanente e ininterrumpido, el planeamiento del mismo juega un papel primordial para poder cumplirlo de manera eficiente, así lo expresa el artículo 54 de la misma normatividad: “los comandantes de las unidades policiales planearán y distribuirán los servicios, teniendo en cuenta los análisis y conclusiones del comité de vigilancia. Los planes de policía serán objeto de elaboración y revisión permanente, de acuerdo con las tendencias delincuenciales y contravencionales en su respectiva jurisdicción. La elaboración y ejecución de los planes para el control de las modalidades delictivas y contravencionales, requieren atención y especial cuidado, con el fin de determinar en ellos criterios e instrucciones de procedimiento, para que el personal uniformado tenga unidad de pensamiento y acción poniendo en práctica las políticas institucionales. Con lo anterior se evita que las unidades policiales actúen improvisadamente”. (TSM. RAD. 155430-9795-XIV-504-PNC M. P.: MY(r) Marycel Plaza Arturo, febrero (29) de dos mil doce (2012).

Artículo 103. Abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones.

Cuando quien ejecute la conducta descrita en el artículo anterior sea el comandante general de las Fuerzas Militares, los comandantes de fuerza, el jefe del estado mayor conjunto, los comandantes de comandos conjuntos y de fuerzas de tarea, el director general de la policía, los comandantes de unidades operativas y tácticas y sus equivalentes en la armada y la fuerza aérea, los directores de las escuelas de formación, los comandantes de departamento de policía y los comandantes de comandos unificados, específicos y operativos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – REVISIÓN OFICIOSA DE LAS OBJECIONES PRESIDENCIALES PRESENTADAS AL Proyecto de ley número 111/06 SENADO, 144/05 CÁMARA, “POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL MILITAR”.

“La Corte concluye que el trámite de discusión y aprobación del texto rehecho del Proyecto de ley número cumplió con los requisitos constitucionales exigibles a ese procedimiento. En efecto, (i) el texto fue publicado en la **Gaceta del congreso** número del Congreso antes de iniciarse el debate en la Cámara de Representantes, cumpliéndose con ello el requisito de publicidad previsto en el artículo 157-1 de la Constitución Política; (ii) en el debate y aprobación en cada una de las plenarias se cumplió con el requisito de anuncio previo a la votación, dispuesto en el inciso final del artículo 160 de la Carta Política; y (iii) el texto rehecho fue discutido y aprobado por las mayorías exigidas por la Constitución. Del mismo modo, se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 167 de la Constitución Política, en tanto el Ministro de Defensa Nacional presentó su concepto con anterioridad a la discusión y aprobación del texto rehecho por parte de las plenarias del Senado y de la Cámara

de Representantes.” (Corte Constitucional, Sentencia C 469/2009, julio 15/2009 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Jurisprudencia Concordante: (Corte Constitucional, Sentencia C 670/2015, octubre 28/2015 M. P. María Victoria Calle Correa).

Reglamento de Supervisión y Control de Servicios para la Policía Nacional Resolución N.º 03514 del 5 de noviembre de 2009. Artículo 16: “El Comandante de Estación de Policía deberá cumplir con las siguientes funciones:

1. Brinda un servicio de Policía oportuno, con calidad y respeto a la comunidad.
2. Aplica el Código Nacional de Policía y Local si existe en la jurisdicción, de acuerdo con las facultades otorgadas.
3. Participa activamente en las actividades realizadas por la comunidad en representación de la Policía Nacional.
4. Reglamenta el régimen interno de su unidad, donde quede establecido que el personal soltero por su disponibilidad debe pernoctar

en las instalaciones para poder apoyar la seguridad de la unidad en momentos de una alteración del orden público.

5. Dispone las medidas necesarias para garantizar la preservación del lugar de los hechos y cadena de custodia, hasta que lleguen los funcionarios de investigación criminal, en los casos a que haya lugar.
6. Verifica que el personal bajo su mando cuente con la instrucción apropiada para la preservación del lugar de los hechos y cadena de custodia, así como para suplir los funcionarios de Policía Judicial en los eventos en que esta no se encuentre y la Policía deba asumir dicha función.
7. Realiza los comités de vigilancia de la Estación, a fin de trazar las pautas de los servicios de su jurisdicción.
8. Desarrolla los procesos de gestión territorial de la seguridad y convivencia ciudadana en la jurisdicción.
9. Coordina con las autoridades administrativas de la jurisdicción, los actos administrativos y apoyos presupuestales requeridos para fortalecer el servicio de Policía.
10. Participa en la definición, diseño, formulación y aplicación de planes, programas, estrategias y actividades, que permitan detectar acciones delincuenciales y neutralización de grupos al margen de la ley, que alteren el orden público y la tranquilidad ciudadana.
11. Atiende las quejas, reclamos y denuncias presentadas ante la Estación y realiza los trámites establecidos para ser atendidos por el personal delegado en tiempo real.
12. Desarrolla campañas, reuniones y juntas con la comunidad, donde se indiquen factores de riesgo y modalidades delictivas.
13. Recepciona información de interés institucional sobre aspectos criminales, sociales y políticos, que permitan fortalecer la inteligencia policial.
14. Administra, capacita, instruye, actualiza, orienta y evalúa al Talento Humano adscrito a la Estación en aquellos requerimientos, objetivos y metas dispuestas por la Metropolitana, Departamento de Policía o Comando Operativo Especial de Seguridad Ciudadana y además por la Dirección de Seguridad Ciudadana o la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural.
15. Vela por el adecuado manejo del clima laboral y la evaluación y fortalecimiento de las competencias laborales del personal. [1].
16. Diseña, implementa y establece mecanismos y metodologías necesarios para optimizar la prestación del servicio y prevenir actos de corrupción por parte del Talento Humano adscrito a la Estación.
17. Inspecciona periódicamente las subestaciones, los Comandos de Atención Inmediata (CAI) y puestos de Policía, zonas seguras y demás dependencias verificando el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Estación.
18. Reacciona en tiempo real, para el desarrollo y apoyo de unidades, en operaciones y demás alteraciones del orden público.
19. Planea y desarrolla actividades policiales en colaboración con la comunidad y demás entes interesados en la disminución del

índice delincencial y contravencional que se presente en la jurisdicción.

20. Cumple los objetivos y metas estratégicas de la Estación que contribuyan al Plan Estratégico Institucional.
21. Diseña y desarrolla estrategias que permitan la conservación y mantenimiento de las instalaciones, equipos y elementos asignados a la unidad policial.
22. Lidera y dirige en coordinación con los frentes y escuelas de seguridad, redes de apoyo, cooperantes y vigilancia privada del sector, acciones encaminadas a fortalecer la vigilancia Comunitaria en su jurisdicción.
23. Desarrolla y lidera los programas y campañas de infancia y adolescencia, ambiental y ecológica, de turismo y prevención en accidentalidad vial.
24. Difunde, instruye e implementa la aplicación de procedimientos de la Policía Nacional.
25. Planea, dirige y ejecuta acciones, procedimientos y operaciones policiales relacionadas con la prevención del delito y conservación del orden público en el territorio de su jurisdicción.
26. Asiste y participa en reuniones de trabajo, juntas, comités y demás consejos de carácter oficial que considere pertinente la Metropolitana, Departamento de Policía, Comando Operativo Especial de Seguridad Ciudadana, la Dirección de Seguridad Ciudadana o la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural.
27. Las demás que le sean asignadas, de acuerdo con la ley, los reglamentos o la naturaleza de la dependencia”.

“REGLAMENTO DE RÉGIMEN INTERNO PARA UNIDADES TÁCTICAS RESOLUCIÓN NÚMERO 1692 DE 2009 24 DE NOVIEMBRE DE 2009” EL COMANDANTE DEL EJÉRCITO NACIONAL

“2.1 FUNCIONES Y COMPETENCIAS

2.1.1 Comandante de la Unidad Táctica Oficial de grado Teniente Coronel o Mayor, profesional en ciencias militares. Su actividad fundamental es dirigir la unidad táctica en todos los aspectos del mando en estrecha coordinación con su plana mayor.

- Es el representante legal de la entidad para los efectos fiscales y administrativos y quien responde ante los organismos de control interno y externo por el correcto manejo de los recursos asignados por el gobierno nacional y por los propios captados por la unidad.
- El Comandante tiene libertad de acción para tomar decisiones, reunir elementos de juicio y traducir sus decisiones en órdenes, las cuales debe supervigilar con el fin que se cumplan exactamente. Por medio de esas órdenes regulariza el funcionamiento de los servicios de su unidad.
- Administra justicia firmemente. Coordina la acción de sus subalternos, debe ser para ellos guía, ejemplo y líder en toda circunstancia; además debe ser apoyo, y recurso. Debe emplear su influencia para mantener el espíritu de cuerpo y los lazos de un franco compañerismo y camaradería entre los integrantes de la unidad.

- La educación moral de los subalternos depende en gran parte de las virtudes militares que adornen la personalidad del Comandante de Unidad Táctica. En consecuencia, es un deber profesional, acrecentarlas en sí mismo.
 - La disciplina debe ser mantenida con firmeza a toda prueba, velando constantemente por la equidad, dando ejemplo a sus subordinados con el cumplimiento estricto de sus deberes.
 - El cumplimiento estricto del Régimen Disciplinario, requiere una permanente vigilancia en todo comandante. Nada fomenta tanto la indisciplina y mina la moral de las tropas, como la aplicación de sanciones injustas, inadecuadas o no reglamentarias. Al estímulo se le debe dar la gran importancia que le corresponde. La práctica de medios que la desarrollan, tales como el cuadro de honor, felicitaciones en la Orden del Día de la unidad, entre otras, tienen un valor inapreciable, siempre y cuando sea justa e imparcial.
 - Las Directivas de Instrucción, vigentes para el Ejército, establecen normas y criterios precisos, los cuales deben ser conocidos y supervigilados en su ejecución.
 - Dirigir la administración de la Unidad en coordinación con el Ejecutivo y Segundo Comandante, de conformidad con los reglamentos, estatutos y normas legales, teniendo como principios básicos que las partidas asignadas a su Unidad deben invertirse en forma metódica y planeada, teniendo como fin primordial el cumplimiento de la misión en especial y el bienestar de las tropas.
 - Entrenar la Plana Mayor es también responsabilidad del Comandante. Sin embargo, generalmente este conduce solamente la parte individual y delega la colectiva al segundo comandante.
 - Elaborar datos estadísticos exigidos, la información completa a todas las autoridades o personas relacionadas con los aspectos de movilización, y en general el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia, constituyen un elemento vital en el cumplimiento de la misión asignada en la Constitución Nacional al Ejército.
 - Conocer a fondo sus subalternos de tal manera que pueda formarse un juicio acertado y justo en su carácter, inteligencia y capacidad profesional, para emplearlos y conducirlos correctamente. Uno de los medios más eficaces para lograr este objetivo es la entrevista, el contacto personal y los exámenes de competencias.
 - Se desempeña como ordenador del gasto. A partir de la vigencia 2007, en los Batallones de ASPC. la facultad de ordenar gastos y realizar funciones y competencias relacionadas con la contratación de bienes y servicios entre 0 y 3000 SMMLV, fue delegada en los Comandantes.
 - Es el Directo responsable del cumplimiento de los planes de moral y bienestar de sus subalternos.
- 2.4 Oficial de operaciones • Oficial de grado Mayor o Capitán, tercero en la jerarquía de la unidad su función fundamental está en lo relacionado con organización, instrucción, entrenamiento y operaciones de la unidad.**
- Reemplazar al Segundo Comandante en su ausencia cuando tenga la antigüedad para ello.
 - Verificar constantemente las actividades que realiza el Oficial S-2 en busca de información de las actividades del enemigo con el fin de planear misiones tácticas.
 - Desempeñar aquellas funciones que se relacionan con la organización, instrucción, entrenamiento y las misiones tácticas.
 - Estudiar constantemente la Organización de la Unidad y proponer las reformas que impongan la lógica.
 - Planear la organización para los movimientos, instrucciones, entrenamientos y misiones.
 - Coordinar con los demás miembros de la Plana Mayor la recuperación del personal destinado a la Unidad, su asignación y su empleo.
 - Crear un comité de seguridad para las instrucciones que impliquen algún riesgo.
 - Organizar transitoriamente la Unidad de tal manera que, en misiones especiales, dicha organización esté estipulada en la TOE, sea perdurable y procurar que sean los mismos comandantes que los entrenaron, los que dirijan las misiones de mantenimiento de orden público.
 - Proponer los cambios que se estimen convenientes para mayor eficiencia en el combate de acuerdo a las experiencias obtenidas en el entrenamiento.
 - Establecer coordinación con la sección tercera del Comando de la Brigada sobre todo lo relacionado con la instrucción y misiones tácticas.
 - Elaborar los programas y horarios semanales de revista, rindiendo a la vez los informes correspondientes en las fechas fijadas en el calendario respectivo.
 - Dirigir la instrucción de acuerdo a las directivas, planes y programas vigentes organizando la prelación y el desarrollo de la misma, tanto en el cuartel como en el terreno, emitiendo órdenes para corregir las fallas observadas.
 - Controlar y dirigir la preparación de la Instrucción en las Unidades Fundamentales.
 - Elaborar, solicitar y presentar propuestas de reglamentos o modificaciones a los mismos.
 - Orientar el entrenamiento físico en forma gradual entre el personal de cuadros para la presentación posterior de la prueba física, previo examen por parte del oficial de sanidad.
 - Supervisar que se efectuó la prueba física bimensual según el nivel entre el personal de cuadros de su unidad enviando los resultados al Comando Superior.

- Apoyar y estimular al personal con actitudes deportivas especiales.
- Elaborar las órdenes y planes de operaciones pertinentes de la unidad en desarrollo de los planes de seguridad interna.
- Preparar e implantar órdenes para el empleo de las tropas en misiones tácticas.
- Mantener al día la información sobre la situación de operaciones y su desarrollo.
- Recomendar al Comandante, la prioridad para la asignación del personal y equipo.
- Hacer apreciaciones de situación, presentando verbalmente o por escrito sus propuestas y recomendaciones para el empleo de las unidades.
- Supervisar la labor de las tropas empleadas en las misiones tácticas.
- Elaborar el SOP de la unidad.

REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DE SERVICIOS PARA LA Policía Nacional. Resolución 00912 de 2009.

Artículo 102. unidades de Policía

Dentro de la concepción estratégica operacional policial, la Policía Nacional, actúa a través de unidades regulares y especializadas esencialmente en tres niveles de despliegue:

- Nivel estratégico, compuesto por las direcciones operativas, quienes interactúan con el mando institucional, con el fin de determinar los objetivos estratégicos, que dan respuesta y cumplimiento a las metas del gobierno nacional.
- Nivel táctico desconcentrado, encargado del despliegue de los objetivos estratégicos y su materialización. Está integrado por las regiones, metropolitanas y departamentos de Policía, bajo el control del Director de Seguridad Ciudadana.
- Nivel operacional, compuesto por los distritos y estaciones, subestaciones, comandos de atención inmediata (CAI) y puestos de Policía que integran las unidades básicas, encargadas de ejecutar las acciones, programas y planes policiales.

encargadas de ejecutar las acciones, programas y planes policiales.

Artículo 103. Región de policía

Son unidades policiales desconcentradas de la Policía Nacional adscritas a la Dirección de Seguridad Ciudadana, integradas por las policías metropolitanas, departamentos de Policía y comandos operativos especiales de seguridad ciudadana.

Las regiones de policía permiten fortalecer el servicio policial en el territorio nacional a través del desarrollo de la Política Estratégica Operacional sobre los siguientes criterios:

- Garantizar la protección de las comunidades;

- Desplegar la Institución consecuentemente con los escenarios criminales y el delito interregional;
- Neutralizar y desarticular los grupos armados ilegales;
- Afianzar la presencia policial sobre zonas claves para el narcotráfico;

Artículo 105. Policía Metropolitana

Se entiende por Policía Metropolitana a la unidad mayor de policía del orden administrativo y operativo, dependiente del Comando de Región, cuya jurisdicción puede corresponder a áreas metropolitanas o distritos establecidos por la ley o a la integración de dos o más municipios que sumen una población superior al millón de habitantes, con características políticas, económicas, sociales, culturales, delincuenciales y físicas similares.

Artículo 107. Departamento de Policía

Corresponde a la unidad mayor de Policía del orden administrativo y operativo, dependiente de la región de Policía, cuya jurisdicción corresponde generalmente a la división político-administrativa del territorio colombiano.

Artículo 109. Comando operativo especial de seguridad ciudadana

Se constituye en la unidad atípica de policía que por disposición del señor Director General de la Policía Nacional, se crea en una determinada circunscripción territorial, con el objeto de direccionar, coordinar, ejecutar y controlar el servicio de Policía orientado a la prevención y disuasión de delitos, contravenciones y demás motivos de policía, y que le permita adaptarse con oportunidad a los cambios del entorno, la normatividad legal y a las políticas de gobierno en materia de seguridad; son además unidades con autonomía suficiente a nivel presupuestal y operativo con el propósito de atender de manera integral las necesidades y la compleja situación que demandan de un servicio de policía fortalecido.

Artículo 110. Distrito de Policía

Es la unidad policial encargada de la orientación, articulación, coordinación y control de la actividad operativa y administrativa de dos (2) o más estaciones en una determinada jurisdicción, base para el despliegue de los servicios especiales, con capacidad mínima de respuesta para el apoyo a las unidades a su cargo y promotor de la interlocución regional policial con las autoridades locales.

Representa una unidad de coordinación subregional, encargada de mantener el control territorial, coordinar y verificar el desarrollo de la actividad policial de las Estaciones, Subestaciones y Puestos de Policía en el contexto urbano y rural, teniendo como base fundamental para el cumplimiento de la misión institucional, la adaptación de las prioridades de sus unidades de acuerdo con las exigencias sociales.

Artículo 112. Estación de Policía

Es la unidad básica de la organización policial, cuya jurisdicción corresponde a los municipios en que se divide el territorio nacional y las localidades o comunas de las ciudades que contemplen esta división territorial.

Artículo 114. Subestación de Policía

Es la unidad policial menor dependiente de la Estación de Policía, destinada a ejercer control policial en una determinada jurisdicción y dar aplicación a las normas contempladas en el Código Nacional de Policía.

Artículo 116. Comando de Atención Inmediata (CAI)

Es la unidad policial desconcentrada con menor jurisdicción, estratégicamente ubicada en los perímetros urbanos de los municipios, localidades o comunas de las principales ciudades que

posean esta división territorial. Estos comandos obedecen a la necesidad de desconcentrar los servicios de las estaciones, lo cual permite dar autonomía operativa, descentralizando el servicio que se presta desde la Estación de Policía, acercándolo a la ciudadanía, mediante el trabajo participativo con ella y las autoridades locales.

Artículo 118. Puesto de Policía

Unidad policial que depende directamente de la Estación y cumple misiones de seguridad específicas sobre objetivos de gran valor económico, productivo y de desarrollo para el país; labor que en muchos casos se cumple en zonas lejanas y poco pobladas de la geografía colombiana, a la vez que se aprovecha la presencia de la Policía para brindar su servicio a los caseríos que por su ubicación y condiciones poblacionales no cuentan con presencia policial permanente.

Artículo 104. Abandono de comandos especiales.

Si cualquiera de las conductas de que trata el artículo 102 de este código fueren realizadas por los comandantes de base, patrullas, contraguerrillas, tropas de asalto, fuerzas especiales y demás unidades militares o de policía, comprometidas en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– Qué se entiende por hechos acaecidos en
conflicto armado.

“(…) la Corte Constitucional ha examinado el contexto en el cual se produce la vulneración de los derechos de las víctimas y ha reconocido que se trata de víctimas del conflicto armado cuando los hechos acaecidos guardan una relación de conexidad suficiente con este. Desde esa perspectiva ha reconocido como hechos acaecidos en el marco del conflicto armado (i) los desplazamientos intraurbanos, (ii) el confinamiento de la población; (iii) la violencia sexual contra las mujeres; (iv) la violencia generalizada; (v) las amenazas provenientes de actores armados desmovilizados; (vi) las acciones legítimas del Estado; (vii) las actuaciones atípicas del Estado; (viii) los hechos atribuibles a bandas criminales; (ix) los hechos atribuibles a grupos armados no identificados, y (x) por grupos de seguridad privados, entre otros ejemplos. Si bien algunos de estos hechos también pueden ocurrir sin relación alguna con el conflicto armado, para determinar quiénes son víctimas por hechos ocurridos en el contexto del conflicto armado interno, la jurisprudencia ha señalado que es necesario examinar en cada caso concreto si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno.” (...) “En contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. El artículo 3° común simplemente hace referencia a este punto, pero en realidad no define ‘un conflicto armado sin carácter internacional’. No obstante, en general se entiende que el artículo 3° común se aplica a confrontaciones armadas abiertas

y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular. Por lo tanto, el artículo 3° común no se aplica a motines, simples actos de bandolerismo o una rebelión no organizada y de corta duración. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3°, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del Gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados. También se aplica a situaciones en las cuales dos o más bandos armados se enfrentan entre sí, sin la intervención de fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el Gobierno establecido se ha disuelto o su situación es tan débil que no le permite intervenir. Es importante comprender que la aplicación del artículo 3° común no requiere que existan hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar con una guerra civil en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional. La Comisión observa que el Comentario autorizado del CICR sobre los Convenios de Ginebra de 1949 indica que, a pesar de la ambigüedad en el umbral de aplicación, el artículo 3° común debería ser aplicado de la manera más amplia posible. // El problema más complejo en lo que se refiere a la aplicación del artículo 3° común no se sitúa en el extremo superior de la escala de violencia interna, sino en el extremo inferior. La línea que separa una situación particularmente violenta de disturbios internos, del conflicto armado de nivel “inferior”, conforme al artículo 3°, muchas veces es difusa y por lo tanto no es fácil hacer una determinación. Cuando es necesario determinar la naturaleza de una situación como la mencionada, en el análisis final lo que se requiere es tener buena fe y realizar un estudio objetivo de los hechos en un caso concreto”. (Corte Constitucional, Sentencia SU 599/2019, diciembre 11/2019 M. P. Cristina

Pardo Schlesinger). (Corte Constitucional, Sentencia C- 253A/2012, C-621/2001, C-038/2006, C-820/2006).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL –
Concepto de conflicto armado.

“la Corte Constitucional precisó que la noción de “conflicto armado” debe ser entendida de manera amplia, con el fin de garantizar una atención adecuada y oportuna a las víctimas y asegurar el goce efectivo de sus derechos. En esta decisión, la Corte afirmó que una concepción amplia del conflicto armado es aquella que “reconoce toda la complejidad real e histórica que ha caracterizado a la confrontación interna colombiana”. En este sentido, la Corte reconoció que el entendimiento del concepto de conflicto armado desde una perspectiva amplia se contrapone a “una noción estrecha” de dicho fenómeno, en la cual este: i) Se limita a un conjunto específico de acciones y actores armados; ii) se caracteriza por el uso de ciertas armas y medios de guerra; o iii) se circunscribe a áreas geográficas específicas. Esta corporación determinó que esa concepción reducida del conflicto armado vulnera los derechos de las víctimas y, además, “reduce las posibilidades de cumplimiento del deber de prevención, atención y protección que deben brindar las autoridades a todos los habitantes del territorio colombiano frente a actos violentos”. **(Corte Constitucional, Sentencia T 092/ 2019, marzo 4/2019 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL –
El derecho humanitario no legitima la guerra.

“Desde una perspectiva constitucional, la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente. Ya esta Corporación había señalado que no debe ser la pretensión del Estado social de derecho negar la presencia de los conflictos, ya que éstos son inevitables la vida en sociedad. Lo que sí puede y debe hacer el Estado es “proporcionales cauces institucionales adecuados, ya que la función del régimen constitucional no es suprimir el conflicto –inmanente a la vida en sociedad– sino regularlo, para que sea fuente de riqueza y se desenvuelva de manera pacífica y democrática”. Por consiguiente, en relación con los conflictos armados, el primer deber del Estado es prevenir su advenimiento, para lo cual debe establecer mecanismos que permitan que los diversos conflictos sociales tengan espacios sociales e institucionales para su pacífica resolución. En ello consiste, en gran parte, el deber estatal de preservar el orden público y garantizar la convivencia pacífica.

(...) El derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II. Esto obviamente

no significa, como bien lo destaca el Ministerio Público, que las normas humanitarias sólo se puedan y deban aplicar en escenarios de una eventual negociación, pues ellas son obligatorias per se para las partes en un conflicto armado. Además, la aplicación del derecho internacional humanitario no menoscaba la responsabilidad del gobierno de mantener o restablecer el orden público, como lo precisa el artículo 3º del Protocolo II”. **(Corte Constitucional, Sentencia C 225/ 1995, mayo 18/1995 M. P. Alejandro Martínez Caballero).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL –
Orden axiológico- orden constitucional y orden respetuoso de la dignidad humana.

“La Constitución no es neutral frente a los asuntos militares, sino que ha definido un orden axiológico que impone la obligación al Estado de repudiar las conductas de los integrantes de las Fuerzas Armadas que desconozcan el deber de humanizar la guerra. No quiere ello decir que la Carta propugne por unas Fuerzas Armadas dóciles e incapaces de actuar frente a los agentes violadores del orden constitucional y que atenten contra la soberanía nacional. Por el contrario, exige que las Fuerzas Armadas estén en capacidad y disposición absoluta de lograr la restauración de dicho orden constitucional y la efectiva protección de la soberanía nacional, pero de manera compatible con un orden respetuoso de la dignidad humana. Exige, pues, unas Fuerzas Armadas donde el exceso de paso a un uso racional de la fuerza” **(Corte Constitucional, Sentencia C 709/2002, septiembre 3/2002 M. P. Alfredo Beltrán Sierra).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **Elementos estructurales del tipo penal de abandono de comandos especiales.**

“(…) El artículo 104 del Código Penal Militar reza: “Abandono de comandos especiales. Si cualquiera de las conductas de que trata el artículo 102 de este código fueren realizadas por los comandantes de base, patrullas, contraguerrillas, tropas de asalto, fuerzas especiales y demás unidades militares o de policía, comprometidas en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión”. Y el artículo 102 de la misma normatividad describe: “Abandono de comando. El que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas consecutivas, en tiempo de paz, o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública, incurrirá en la pena de que tratan los artículos siguientes”. De las normas transcritas se desprenden los elementos estructurales del tipo penal de Abandono de Comandos Especiales, siendo ellos: i) Que el sujeto activo de la conducta sea un militar o policía en servicio activo que haya sido nombrado y ejerza su función como comandante de base, patrulla, contraguerrilla, tropa de asalto, fuerzas especiales, o cualquier otra unidad; ii) que esa unidad militar o policial se encuentre comprometida en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden

público, guerra o conflicto armado y, iii) que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas consecutivas en tiempo de paz, o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública. Para comprender los anteriores elementos es menester entender que comandante es “La persona de condición militar, a quien se ha investido del poder de ejercer autoridad”¹⁶⁹; operación, es la acción militar para cumplir misiones estratégicas, tácticas, logísticas de entrenamiento o administrativas; se trata de un proceso de combate que incluye movimiento, abastecimiento, ataque, defensa y maniobra, necesaria para obtener los objetivos asignados¹⁷⁰, que de conformidad al artículo 217 Superior, para las Fuerzas Militares lo serán la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional; de manera que toda acción o procedimiento de la Fuerza Pública realizada en el marco del cumplimiento del servicio que le ha sido asignada por la Constitución, la ley o los reglamentos, queda comprendida en el concepto de operación. Por orden público, debe ser entendido el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos¹⁷¹, se trata de la armonía de los derechos, deberes, libertades y poderes dentro del Estado¹⁷². Ahora bien, cuando la norma se refiere a operaciones relacionadas con la guerra, a la luz del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949 habrá de entenderse como un conflicto armado internacional, que ocurre cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento; en tanto que un conflicto armado será aquél no internacional, en donde participan uno o más grupos armados no gubernamentales, o entre las Fuerzas Armadas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales”. (TSM. RAD. 158648-XV-307 EJC. M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, agosto (29) de dos mil diecisiete (2017).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Requisitos para que se configure el delito de abandono de comandos especiales.**

“(…) debe tenerse en cuenta que para que se configure el delito de abandono de comandos especiales, previsto en los artículos 121 y 123 del Código Penal Militar de 1999, es necesario el agotamiento de los siguientes requisitos concomitantes: i) Que el sujeto activo de la conducta, sea un miembro activo de la Fuerza Pública, que ostente el cargo de Comandante de alguna de las siguientes unidades militares o policiales: Bases, patrullas, contraguerrillas, tropas de asalto; ii) que sin causa justificada, 15 157098-XII-168 ss. Serrano Bernal Fredy Giovanni abandono de comando especial dicho agente no ejerza las funciones de comando por más de

24 horas consecutivas, si se está en tiempo de paz o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública y iii) que la unidad militar o policial que dirige, este comprometida en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado. (...) debe tenerse presente que el delito de abandono de comandos especiales es un delito de mera conducta, para cuyo caso no interesa el resultado que se obtuviere del abandono, pues lo que se reprocha es precisamente esa puesta en peligro del bien jurídico tutelado del servicio, peligro que debe ser efectivo. (TSM. RAD. 157098-XII-168 (08) EJEC. M. P.: TC Ismael Enrique López Criollo, abril (30) de dos mil doce (2.012).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Elementos estructurales del delito de abandono de comandos especiales.**

“El artículo 123 de la Ley 522 de 1999, reza: “Abandono de comandos especiales. Si cualquiera de las conductas de que trata el artículo 121 de este código fueren realizadas por los comandantes de base, patrullas, contraguerrillas, tropas de asalto y demás unidades militares o de policía, comprometidas en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión”. Y el artículo 121 de la misma normatividad: “Abandono de comando. El que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas consecutivas, en tiempo de paz, o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública, incurrirá en la pena de que tratan los artículos siguientes.” (...) De las normas anteriores, se desprenden los elementos estructurales del tipo penal de abandono de comandos especiales, siendo ellos: 1.- Que sea realizado por el comandante de base, patrulla, contraguerrilla, tropas de asalto y demás unidades militares o de policía. 2.- Que esa Unidad se encuentre comprometida en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado y 3.- Que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección: a.- Por más de veinticuatro (24) horas consecutivas, en tiempo de paz. b.- En cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública. 1.- Respecto al primer requisito, “Que sea realizado por el comandante de base, patrulla, contraguerrilla, tropas de asalto y demás unidades militares o de policía” encontramos que este tipo penal está dirigido a un sujeto activo doblemente cualificado, pues no basta que el agente se encuentre en servicio activo para incurrir en él, al requerirse adicionalmente que se desempeñe como comandante. Comandante por su parte, de acuerdo al diccionario de términos militares es: “La persona de condición militar, a quien se ha investido del poder de ejercer autoridad”. Diccionario de términos Militares del Comando General de las Fuerzas Militares, pg. 46. Abandono de comandos especiales. Para el caso presente, al no estar la estación de Policía comprendida de manera tácita en la enunciación de las diferentes unidades que operan en la Fuerza Pública, nos remitimos al Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía Nacional

169 Diccionario de términos militares del Comando General de las Fuerzas Militares, pg. 46, primera edición 1972.

170 Ídem, pg.116.

171 Corte Constitucional, sentencia C-825 de 2004.

172 Corte Constitucional, sentencia C-045 de 1996.

vigente para la época de los hechos, donde se consagra que la Unidad es la dependencia orgánica de la Institución que cumple funciones operativas y/o administrativas, orientadas por un Director, Comandante o Jefe, con la autonomía que le señalen las normas reglamentarias. Y el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional define a la estación en el capítulo de las Unidades Policiales, como la unidad básica de la organización policial, conformada por dos o más subestaciones de policía. Concepto que es reiterado en el Reglamento de Supervisión y Control de Servicios para la Policía Nacional[19], quien en su artículo 16 consagra a la estación de policía como la Unidad básica de la organización policial, que compete a un municipio o localidad, orientada a fortalecer y asegurar el control territorial, proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, hacer cumplir los deberes, desarrollar los procesos de gestión territorial de la seguridad ciudadana con sus autoridades locales y proporcionar mecanismos institucionales que permitan una convivencia pacífica, fortalecer la solidaridad con la ciudadanía, la autoridad democrática y el Estado social de derecho (...) queda comprendido dentro de la norma para ser sujeto activo del delito de abandono de comandos especiales, no solo por ser la estación de Policía una unidad policial, la más básica de la organización policial, sino también, porque quien ejerza su dirección como comandante se encuentra revestido de autoridad para cumplir funciones operativas en su jurisdicción de acuerdo a la misión que le ha sido encomendada a la Policía Nacional. 2.- En cuanto al segundo elemento estructural "Que esa Unidad se encuentre comprometida en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado", en este punto, tendríamos que desentrañar el significado de varios términos para comprender el real sentido de lo que se quiere significar con ellos:

- Operaciones
- Orden público
- Guerra o conflicto armado

Por operación, se entiende la acción militar para cumplir misiones estratégicas, tácticas, logísticas de entrenamiento o administrativas; proceso de combate incluyendo movimiento, abastecimiento, ataque, defensa y maniobra, necesaria para obtener los objetivos asignados, que de conformidad al artículo 217 20 Folio 107 C.O.1 Constancia que expide el Jefe del Área de Talento Humano del Departamento de Policía Chocó- oficio 1279 del 2 de octubre de 2008. Anotaciones en la minuta de servicios de la precitada unidad policial (Fls.82 al 85 C.O.1). Declaración del Mayor Clavijo López Pablo César (folio 42), Comandante del Tercer Distrito de Policía a donde se encontraba adscrita la Estación de Policía Nuquil. 21 Diccionario de términos Militares del Comando General de las Fuerzas Militares, pg. 116. Primera Edición 1972. SV. Navas Montiel Carlos Alberto. Abandono de comandos especiales. 155430. 14 constitucional, para las Fuerzas Militares serán la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Y para la Policía Nacional, esa acción o proceder policial estaría encaminado de acuerdo a la norma constitucional, al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los

derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

(...) Y por orden público, en la sentencia de constitucionalidad C-825 del 31 de agosto de 2004, se afirma que "En una democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos y de la dignidad de las personas (CP. Arts. 1º, 3º y 5º), el orden público no es un valor en sí mismo ya que, tal y como lo ha señalado esta Corte en múltiples oportunidades, es "un valor subordinado al respeto a la dignidad humana"... Por ello el orden público debe ser entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. Este marco constituye el fundamento y el límite del poder de policía, que es el llamado a mantener el orden público, pero en beneficio del goce pleno de los derechos...". (Subrayas del despacho).

(...) Y en la sentencia N.º C-045/96 refiriéndose al mismo tema, dijo: "El orden público, en primer término, es una garantía de los derechos y libertades comprendidos dentro de él. El Estado social de derecho, se fundamenta en el orden (parte estática) y produce un ordenamiento (parte dinámica). En la parte estática entra la seguridad de la sociedad civil dentro del Estado, y en la parte dinámica la acción razonable de las libertades. Luego el orden público supone el ejercicio razonable de la libertad. Es así como el pueblo tiene derecho al orden público, porque este es de interés general, y como tal, prevalente" (...). "El orden público no sólo consiste en el mantenimiento de la tranquilidad, sino que, por, sobre todo, consiste en la armonía de los derechos, deberes, libertades y poderes dentro del Estado. La visión real del orden público, pues, no es otra que la de ser el garante de las libertades públicas. Consiste, para decirlo con palabras de André Hauriou, en la coexistencia pacífica entre el poder y la libertad. No hay libertad sin orden y este no se comprende sin aquella. Libertad significa coordinación, responsabilidad, facultad de obrar con conciencia de las finalidades legítimas, y no desorden, anarquía o atropello. Toda situación de inseguridad, anula la libertad, porque el hombre que se ve sometido a una presión psicológica, que le lleva al miedo de ser agredido por otros, constantemente y sin motivo, no es verdaderamente libre. El orden público, entonces, implica la liberación del hombre, porque le asegura la eficacia de sus derechos, al impedir que otros abusen de los suyos". (Subrayas del despacho).

Sobre el concepto de guerra o conflicto armado, en términos generales, el derecho internacional humanitario hace una distinción entre dos tipos de conflictos armados, a saber: Conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales. Según el sentido del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 un conflicto armado internacional (CAI) es aquel en que se enfrentan "Altas Partes Contratantes", en el sentido de Estados. Un conflicto armado internacional ocurre cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento y un conflicto armado no internacional, sería aquel en el que participan uno o más grupos armados no gubernamentales y según la situación, puede haber hostilidades entre las Fuerzas Armadas gubernamentales y

grupos armados no gubernamentales o entre esos grupos únicamente.

El tercero de los requisitos, exige "... que sin justa causa no ejerza las funciones propias del

comando, jefatura o dirección" (...) "por más de veinticuatro (24) horas consecutivas, en tiempo de paz". (TSM. RAD. 155430-9795-XIV-504-PNC M. P.: MY(r) Marycel Plaza Arturo, febrero (29) de dos mil doce (2012).

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.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Cuando un centinela abandona su puesto, no comete 'el delito del centinela' sino el de 'abandono del puesto'.**

"El delito del centinela debe distinguirse del de abandono del puesto, sancionado en el artículo 105 de la misma normatividad y que contempla una descripción típica afín a la examinada, pues la Corte ha dicho de antaño con argumentos que hoy se reiteran, cómo los acontecimientos de cada evento específico son los que permiten vislumbrar la calificación jurídica procedente, siendo criterio definitorio prevalente en estos casos si el sujeto activo ha abandonado de manera física el sitio de emplazamiento: "Cuando el artículo 163 se refiere a las consignas que haya recibido el centinela, obviamente trata de las que 'corresponden a la situación especial del puesto' y no a esas otras de carácter general, 'que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados', las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse de ese servicio. No tiene, por tanto, fuerza el argumento que trae la sentencia acusada, según el cual el hecho de separarse el centinela del sitio o lugar que se le asigne, por tratarse de una consigna general, hace incurrir a aquel en el 'delito del centinela' y no en el de 'abandono del puesto' (art. 153 del C. de J. P. M.) [...]. Si una conducta está expresa y claramente prevista como determinado delito, no corresponde acomodarla a otra definición punible, cuando para esto se requiere darle un alcance extensivo que aquel no exige. Así, el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar sanciona a quien, 'estando de fracción o servicio abandona su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo...', puesto que, no cabe duda, puede ser el señalado al centinela. En cambio, en el artículo 163 ('delito del centinela'), no se habla de 'abandono del puesto', sino de dormir, faltar a las consignas que haya recibido, dejarse sorprender o relevar por quien no sea su comandante o de quien autorizadamente haga sus veces. (CSJ SP, 7 sep. 1970, GJ: Tomo CXXXIV n.º 2326, 2327 y 2328, pág. 335-341). Ha sido reiterada la afirmación de la Corte de que, cuando un centinela abandona su puesto, no comete 'el delito del centinela' sino el de 'abandono del puesto'. Se ha basado la Corporación en que no es posible interpretar el art. 163 del Código de Justicia Penal Militar, en la parte que dice 'el centinela que... falte a las consignas que haya recibido' como una referencia a las consignas generales que contiene el Reglamento Militar, especialmente a la que señala el numeral 1º del art. 46 cuando impone a los centinelas el deber de no separarse, por ningún motivo, del lugar o

del sitio que se les asigne [...]. Si así no fuera, el Código en mención estaría pecando contra toda lógica ya que, teniendo para el reglamento militar la misma gravedad los diversos actos que menciona la disposición ya citada, a saber, separarse el centinela del sitio que se le ha asignado, sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o distraer su atención en alguna forma, habría escogido solo una de esas actividades, la primera, para configurar el delito de que trata el art. 163 del Código Penal Militar, dejando aparte las demás, lo cual no es admisible. Menos aún lo es si se considera que esa conducta está especialmente prevista por otra norma del mismo ordenamiento, esto es, el art. 153 que tipifica con ella el delito de abandono del puesto. Es bien conocida, la regla de interpretación que se enuncia diciendo 'lex generale per speciale derogatur' conocida también con el nombre de 'principio de la especialidad', según el cual cuando dos normas tienen el mismo objeto, se aplica de preferencia aquella que contiene elementos especiales [...]. En consecuencia, cuando un militar ejecuta la acción específica de abandonar el puesto, la norma aplicable viene a ser, en forma exclusiva, el art. 153 y el delito que comete es el denominado 'abandono del puesto'. (CSJ SP, 7 Sep. 1970, GJ: Tomo CXXXV N.º 2330, 2331 y 2332, Pág. 254-257)". (CSJ, Sent. Casación N.º 45704, may. 3/2017. M. P. José Luis Barceló Camacho).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **El abandono del puesto es un delito típicamente militar. El verbo rector "abandonar", debe ser comprendido tanto en el sentido espacial y temporal como en el aspecto funcional.**

"Es innegable que la finalidad del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos, pero de igual manera lo es, que la dinámica y dialéctica social han incrementado en cierta forma la afectación de un bien determinado, pues el conflicto del cual ha sido víctima nuestro país, los factores y agentes generadores de violencia, han conllevado a que la Policía Nacional y en general la Fuerza Pública estén comprometidas en el desarrollo de sus funciones constitucionales, dando una nueva dimensión al injusto en aras de mantener vigente la protección del bien jurídico; bajo esta premisa, se destaca que el delito de abandono del puesto involucra no solo el abandono espacial del puesto sino también la incuria funcional por parte del agente que se encuentre de fracción o de servicio, estableciendo para ello una serie de verbos rectores que, de cumplirse de manera independiente o conjunta,

determinan la configuración típica de la conducta punible, entre ellos: Abandonar el puesto por cualquier tiempo, dormirse, embriagarse o ponerse bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Necesario entonces se torna, distinguir que esta Sala en sendas oportunidades ha decantado el tema, exponiendo que el verbo rector “abandonar”, debe ser comprendido tanto en el sentido espacial y temporal como en el aspecto funcional, esto significa que no solo abandona el puesto el militar o policía que interpone distancia entre el lugar en donde debe desarrollar su función y el sitio donde este efectivamente se encuentre, sino que además, involucra el efectivo incumplimiento de las responsabilidades asignadas en virtud del servicio encomendado; en este orden de ideas, abandona los compromisos inherentes al servicio, quien pone distancia entre sí y el puesto en el que funge, claro está siempre que ese aspecto espacial le impida prestar la función en las condiciones de seguridad, vigilancia y permanencia exigidas por el servicio, como también los abandona quien encontrándose en el puesto que le corresponde se duerme, no porque la distancia le impida el cabal cumplimiento de sus funciones, sino porque mental y físicamente incumple aquellas aunque espacialmente se encuentre en el puesto correspondiente, situación que se patentiza en la efectiva vulneración del servicio de suma importancia al interior del estamento militar y policial, al punto de haber sido elevado a la categoría de bien objeto de salvaguarda jurídica por parte de la normatividad penal militar. Nuestra Constitución Política establece que la Policía Nacional tiene como fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz; del mismo modo, el artículo 35 del Reglamento de Servicio de Policía, señala que este es un servicio público a cargo del Estado, encaminado a mantener y garantizar el libre ejercicio de las libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio nacional, que propende por la armonía social, la convivencia ciudadana, el respeto recíproco entre las personas y de éstas hacia el Estado, con un carácter eminentemente comunitario, preventivo, educativo, ecológico, solidario y de apoyo judicial. Surge así el concepto de régimen de policía preventivo aplicable, por lo general, cuando se trata de cuestiones relativas a la higiene, la salubridad, la seguridad, la moralidad y la tranquilidad públicas, elementos que integran el concepto de orden público interno. (...) De manera entonces, que cuando el uniformado despliega un comportamiento contrario o distinto al establecido, verbi gratia se duerme, vulnera abiertamente el bien jurídico del servicio protegido por el legislador mediante la consagración del tipo penal contenido en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, puesto que no dirige su accionar en procura de desarrollar acciones preventivas, disuasivas y de control que aseguren la convivencia y seguridad ciudadana, sino que por el contrario, su actuar pervierte tales cometidos institucionales en la medida que resultan reprochables y ajenos a la función propia que le fuera asignada”. (TSM., Sent. Rad N.º 158357-XV-260, feb.29/2016. M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Antijuricidad en el delito de abandono del puesto.**

“Así las cosas, la antijuricidad debe ser entendida como aquel juicio negativo de valor, objetivo y subjetivo realizado al comportamiento humano concretado, con el cual se determina si la conducta típica pugna o no con el ordenamiento jurídico – aspecto formal, e igualmente, es indispensable establecer si la conducta en concreto representó una amenaza o riesgo real o causó un daño efectivo al bien jurídico tutelado –aspecto material– pues el derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables. Bajo tal entendido, resulta necesario advertir que el abandono del puesto es un tipo penal de mera conducta, se trata de un comportamiento cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico que se ha querido proteger, no obstante, no se puede examinar el servicio como bien jurídico de manera aislada, sino que debe valorarse dentro del contexto general de las misiones encomendadas constitucionalmente a las Fuerzas Militares y de Policía, pues los intereses colectivos que protege la Fuerza Pública son de tal importancia, que el legislador no espera que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los protege incluso de conductas que tengan el poder para afectarlos, menguarlos o colocarlos en peligro, por lo tanto, ha considerado que la sustracción de los deberes funcionales de quienes conforman la institución castrense, disminuye la capacidad de acción de la fuerza y en consecuencia, tal comportamiento es idóneo para amenazar el bien jurídico, sin que se requiera que efectivamente lo haya lesionado. (TSM., Sent. Rad. N.º 158565-329-XV-199, nov. 9/2017. M. P. : MY(r). José Liborio Morales Chinome).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Conceptos de servicio y facción. El servicio es el marco general que comprende la función constitucional. Facción se refiere al cumplimiento o realización de una tarea concreta.**

“Dogmáticamente el punible de abandono de puesto está determinado como un delito de función, por tanto, solo puede consumarlo quien ostenta la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública y esté debidamente asignado de “facción o de servicio” y en esa condición, ejecute cualesquiera de las conductas alternativas establecidas en la norma, “abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes”, sin que para su materialización se requiera la ejecución de todos los comportamientos que describen los verbos rectores, solo basta que se incurra en una sola de esas conductas. El centro de discusión en el caso que nos ocupa, son las expresiones servicio y facción, contenidos en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, materias suficientemente decantadas por la doctrina y la jurisprudencia, debiéndose recordar que en esencia el vocablo facción se refiere al cumplimiento o realización de una tarea concreta, una actividad, una labor,

una función propia del servicio; y servicio, como el conjunto de funciones, deberes y obligaciones asignados a la Fuerza Pública para cumplir con la misión constitucional consagrada en los artículos 217 y 218, y demás leyes, decretos, reglamentos y disposiciones que las desarrollan (...) En suma, el servicio es el marco general que comprende la función constitucional y legalmente asignada a los miembros de la Fuerza Pública y la facción, son todas las actividades concretas, objetivas y materiales que debe realizar ese funcionario uniformado para el cumplimiento de la función, por ello, cuando se está de facción, también se está de servicio, se está de facción, pues el servicio es el género y la facción es la especie. Así las cosas, cuando el militar o policial ha sido designado para un servicio de veinticuatro horas, como ocurre en el caso bajo estudio, habrá periodos en que está de facción, por tanto de servicio y periodos en que está solamente de servicio como cuando está disponible para recibir nuevamente de facción, así mismo cuando el reglamento o su superior con competencia, lo autoriza para retirarse a descansar, dormir, comer, etc., no obstante, esta actividad no interrumpe el servicio, pues está nombrado para un término de veinticuatro horas, así el periodo autorizado para descansar o dormir, sea fuera de las instalaciones militares o policiales donde le corresponde prestar la facción y ese tiempo debe entenderse como periodo de servicio. (TSM., Sent. Rad. N.º 158260-282-XV-152, Mar. 31/2016. M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sujeto activo abandono del puesto.

“El abandono del puesto está destinado para el miembro integrante de la Fuerza Pública que estando de facción o de servicio, abandono el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de cualquier sustancia psicotrópica, es decir, no requiere una disponibilidad permanente, salvo los servicios de guardia, los cuales según el Reglamento de Servicio de Guarnición – capítulo III guardias determina “el personal destinado a los servicios de guardia debe nombrarse por periodos de 24 horas como máximo” casos en los cuales si implica una disposición continúa, un estado constante de vigilancia en grado de alistamiento, para el evento de ser requeridos se pueda disponer inmediatamente de este personal. Desprendiéndose de lo anterior, que esa disponibilidad, cumplimiento de su función y alistamiento está inmersa, únicamente, para el turno o servicio designado, donde le es prohibido realizar las conductas alternativas consagrada en el mandato legal de abandono del puesto como son abandonar el puesto, embriagarse, dormirse o ponerse bajo los efectos de sustancias alucinógenas y una vez culminado el mismo el militar o policial, suspende las actividades inherentes al servicio hasta su próximo turno o disponibilidad. No ocurriendo lo mismo con el Comandante de la Estación, quien precisamente por ser quien dirige la unidad policial, su disposición debe ser permanente y las funciones que desempeña al amparo de esta condición no están circunscritas a la prestación de un servicio determinado y limitado en tiempo, espacio o lugar, esta misión debe cumplirla constantemente sin que pueda predicarse

válidamente que una vez culminado el servicio, o turno, se sustraiga de tal condición (comandante) y la asuma nuevamente en su nuevo servicio, sus funciones como comandante las debe realizar a cabalidad mientras ostente ese cargo, por ello no debe confundirse el Comandante de Estación, con el “Comandante” que refiere el agravante del artículo 124, pues este se entiende de quien funge como tal en el respectivo turno, verbi gracia: comandante de guardia, de patrulla, de vigilancia, quienes concluido el servicio se despojan de esta calidad. Es claro, que dadas las funciones que desempeña el comandante de la unidad, quien como líder y máxima autoridad de la unidad policial, en este caso de la Estación, no puede reducir su actividad solamente a la vigilancia y seguridad, ya que de ser así, estaría descuidado actividades importantes y propias del cargo asignado, como coordinar servicios, emitir ordenes, velar por el buen funcionamiento de la unidad, entre otras”. (TSM., Sent. Rad N.º 156768-9407-XIV-507, Mar. 30/2011. M. P. TC. Pedro Gabriel Palacios Osma).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Estructura del delito de abandono del puesto. La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo.

“Con relación al elemento objetivo del delito es necesario recordar que se trata de un ilícito de mera conducta, eminentemente doloso, que protege el servicio, cuya descripción típica exige: i) De un miembro activo de la Fuerza Pública que estando de facción o de servicio; (ii) concreta la conducta alternativa ya sea de abandonar el puesto, quedarse dormido, embriagarse o ponerse bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas a través de cuyos comportamientos deja de lado el cumplimiento de las funciones institucionales que le fueron asignadas previamente. En cuanto al primer requisito, esto es la calidad de servidor público en servicio activo, no ha existido controversia en el caso bajo estudio, habida cuenta que se halla plenamente acreditado dentro de las probanzas la condición de patrullero de la Policía Nacional que ostentaba el acusado (...) para la fecha de los hechos. Ocurre lo mismo en relación con el servicio que cumplía el procesado para la fecha de marras, dado que, se demostró con la copia del folio N. 218 del libro de minuta de servicio que para el día 3 y 4 de abril de 2016 este suboficial estaba nombrado como Comandante de Guardia de la Estación de Policía Sampaús (Sucre) para el cuarto y primer turno. Ahora bien, el debate propuesto por el impugnante recae sobre el tercer elemento de estudio del tipo objetivo, es decir, sobre la realización de la conducta de haberse dormido justo cuando se encontraba cumpliendo su servicio como Comandante de guardia. En este sentido debemos analizar entonces si las pruebas son indicativas que, en la condición ya referida, se durmió y emergió como consecuencia de ello el incumplimiento de las funciones que desempeñaba dentro del turno fijado previamente por el Comandante de la estación. (...) Avizora en este sentido el Tribunal Penal Militar, que la apelación adolece de este ejercicio técnico de argumentación, sin embargo, ello no es impedimento para sustraernos de dar respuesta al problema jurídico propuesto por el apelante como quiera que de bulto se observa

la no trasgresión del procedimiento procesal en desfavor del enjuiciado, en tanto que en la sentencia el Juez expuso clara y razonadamente cual fue el mérito que le otorgó al documento fotográfico y además de ello no lo hizo en forma sesgada como lo pretende hacer ver la defensa, sino en armonía con las valoraciones que le dio tanto a los testimonios de cargo como a lo expuesto por el acusado en indagatoria, luego no le asiste razón al impugnante cuando sostiene que la fotografía no fue apreciada por el Juez en conjunto con los demás medios probatorios. (...) Ha explicado la Jurisprudencia Constitucional, que la fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido no obstante debe ser valorado por el Juez en conjunto: (...) la fotografía es un medio que el juez está en la obligación de valorar dentro del conjunto probatorio, siguiendo las reglas de la sana crítica. Por ser un documento, se determinará si es privado o tiene las connotaciones para ser asumido como público y se verificará su autenticidad y genuinidad, conforme a la preceptiva correspondiente. El valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición, lo que, como se indicó, obliga al juzgador a valerse de otros medios probatorios y a apreciar razonadamente el conjunto". "(TSM., Sent. Rad. 158703-9616-XV-129-PONAL, oct. 10/2017. M. P. Coronel (RA) Pedro Gabriel Palacios Osma).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Diferencias entre centinela y abandono del puesto.**

"Pues bien, confrontado el episodio fáctico con la prueba obrante, resulta equivocado y contrario a la estructura del delito, concebir que un comportamiento como el asumido por el procesado se ajuste a los presupuestos del reato de abandono del puesto, pues aunado a lo anteriormente dicho, la diferencia entre estos dos tipos penales radica en el sujeto activo de la conducta puesto que el delito del centinela exige que quien cometa la conducta ostente la calidad de centinela, es decir, que se trate de un individuo armado de la guardia, que colocado en un sitio o lugar determinado, tiene una misión definida de vigilancia y seguridad. De acuerdo con el Reglamento de Servicios de Guarnición para las Fuerzas Militares, todo cuerpo o unidad de tropa debe establecer por medio de la Orden del Día, su guardia respectiva, dentro de la que deben estar debidamente nombrados todos los servicios, incluyendo los centinelas que prestaran turnos por periodos de 24 horas". (TSM., Sent. Rad. N.º 157565-XII-218, May. 22/2013. M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Abandono del puesto elementos normativos facción o servicio.**

"Frente a ese argumento debe señalarse que el tipo penal de abandono de puesto previsto en

el artículo 105 de la ley 1407 de 2010, no contiene como elemento normativo que haya sido nombrado mediante Orden del Día, tampoco que la misma sea notificada o comunicada a quien le haya sido designado un servicio, pues solamente exige que, para la comisión del delito, el sujeto debe estar de facción o de servicio. De otro lado, si bien es cierto y por tratarse de un tipo penal en blanco se debe recurrir a las normas que regulan los servicios y que dentro del "Régimen Interno de los Servicios de las Unidades Tácticas" aprobado por la resolución 1692 de 2009 del Comando General del Ejército, no del reglamento de servicios de guarnición como lo afirma el apelante, se halle reglado el servicio de suboficial de administración para determinar las funciones que debe cumplir, en el que además se dispone que tales servicios deben ser designados por Orden del Día de la Unidad Táctica, también lo es que, con ello no se quiere significar que si por algún motivo no se nombra tal servicio mediante ese acto administrativo, sino en forma verbal o por cualquier otro medio, por ese solo hecho se considere viciado el nombramiento, dado que se trata de un formalismo que no puede prevalecer frente a lo sustancial representado en el servicio. Téngase en cuenta que, el servicio, entendido como la actividad que desarrolla el uniformado de acuerdo a las funciones previstas en la Constitución y la ley, es dinámico, no estático y en desarrollo de esa actividad material del servicio, pueden presentarse situaciones que deben conjurarse en forma inmediata y bajo ese entendido, puede el competente designar así sea de manera verbal un servicio, sin que por ello, pueda predicarse que dicha designación sea irregular o inexistente, o más grave aún, que al funcionario a quien se le ha asignado esa tarea tenga la potestad de incumplirla a motu proprio o que por ello, no le sea exigible el cumplimiento de las funciones asignadas, pues ello, no solo sería atentatorio contra la disciplina castrense, la estructura jerarquizada de la Fuerza Pública, sino que además, quebrantaría el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal. (...) Ahora bien, por tratarse de un acto administrativo de carácter general, no era necesario ser notificado a quienes estaban designados para el servicio, bastaba con darle publicidad, es decir, comunicarlo de manera general a la comunidad militar de esa Unidad Táctica, que como lo enseñan las reglas de la experiencia, se hace en la formación que se realiza en las unidades a primera hora del día, acto que se cumplió según se infiere de los testimonios de los militares, es decir se cumplió con la publicidad, amén de ello, es evidente que el procesado estaba enterado de la designación de ese servicio, pues en la indagatoria no afirmó que desconociera tal designación, por el contrario, muestra que tenía conocimiento del nombramiento de ese servicio y bajo ese entendimiento, le recibe formalmente el servicio a su homólogo (...). De cara a este argumento, debe señalarse que, como lo precisa el mismo apelante la presunta adulteración por adición solo se presenta en la parte final de la Orden del Día 064, en cuanto que, en la fotocopia de ese acto administrativo que obra a folios 187 y siguientes, se observa un texto adicional en la página cinco, contexto que se evidencia con el simple cotejo de los dos documentos, lo cual nos lleva a presumir que en ese aspecto posiblemente fue adulterada por adición, pero sin afectar el contenido inicial del documento, el cual conserva su identidad en todas sus partes. (...) Ahora bien, en gracia de discusión, de considerarse que por

tal circunstancia no resulte idóneo como medio de prueba, como lo alega el apelante, dado que en el sistema probatorio penal colombiano no rige el sistema de tarifa legal en materia de pruebas, con los testimonios de los señores (...), entre otros, se demuestra que el señor (...) fue nombrado como suboficial de administración para el día 1 de abril de 2012, como se precisó en párrafos precedentes, nombramiento que el mismo procesado evidencia en la indagatoria, debiendo además destacar, que se halla demostrado que asumió el servicio de manera efectiva". (TSM., Sent. Rad N.º 157835-230-XV-100, Nov. 29/2013. M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR. **Prueba de embriaguez. Principio de libertad probatoria.**

"Ahora bien recuérdese que la embriaguez puede ser probada, conforme al principio de libertad probatoria consagrada en los artículos 402 de la ley 522/99 y el 514 de la ley 1407/10, con cualquiera de los medios de pruebas contemplados en la ley, y sobre ello conviene citar el siguiente pronunciamiento de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia: "c) Es cierto, igualmente, que un dictamen pericial, en principio, es la mejor prueba que puede presentarse en relación con el estado de embriaguez en que pueda encontrarse una persona, pero de ello no puede concluirse que ésta sea la única forma de establecer dicho aspecto, pues ante la libertad probatoria consagrada en el artículo 253 del CPP., es claro que el juzgador puede acudir a todos los medios de convicción obrantes en el proceso, tal como lo hizo el sentenciador de segunda instancia en el caso sub iudice". Con base en lo inmediatamente anterior se puede precisar que en el presente caso no hubo prueba pericial que permitiera la medición de presencia de alcohol etílico en el procesado, a través de prueba de alcoholemia bien sea mediante exámenes de laboratorio o de sistemas como el alcohosensor, por un lado, o con base en examen clínico por parte de perito en el que se pueda examinar fenómenos como la incoordinación psicomotriz, logorrea, taquicardia, taquipnea, diplopía, midriasis, hipotermia, hipotonía, bradicardia, ataxia y disartria, miocardiopatía, etc. Por otro lado, la prueba técnica con el alcohosensor, no se allegó a la actuación, y, por el contrario, de acuerdo al testimonio (...) ella no se realizó porque el procesado se negó a ello sin dar ninguna explicación. (...) Finalmente la prueba testimonial no permite inferir que el procesado se encontraba en un estado de embriaguez porque ella da cuenta únicamente del aliento alcohólico, o "tufo", lo que se explica porque el mismo procesado ha admitido que se tomó dos cervezas en un lugar cerca al CAI. (...) Así las cosas, dos circunstancias están relacionadas con el posible estado de embriaguez del procesado, esto es, el aliento alcohólico y la agresividad verbal que dirigió al uniformado. Sin embargo, el aliento alcohólico se explica por la misma aceptación del consumo de dos cervezas por parte del procesado, y la agresión que dirigió al (...), como respuesta de la agresión recibida por el procesado por parte de aquél. Pero estas dos circunstancias no permiten concluir que el auxiliar bachiller se encontraba bajo un trastorno de sus facultades físicas y mentales a causa de la ingesta de las cervezas (dos)".

(TSM., Sent. Rad N.º 157781-10680-XIII-362, Jun. 11/2014. M. P. CN. (RA) Jorge Iván Oviedo P.).

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA. **Deslinde entre las conductas típicas militares de desobediencia y abandono del puesto.**

"(...) Elevados por el legislador a la categoría de bienes jurídicos la disciplina y el servicio, para la correcta selección de la norma aplicable al caso, además del examen de los elementos del tipo, se impone la inmediata referencia al sentido y alcance de cada uno de aquellos conceptos. Pues bien, en cuanto a la disciplina se refiere, en el Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares (Decreto N.º 1797 de septiembre 14 de 2000), el artículo 16º precisa: "La disciplina, condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional". Y en relación con el concepto de servicio, tal como sin dificultad surge de la previsión contenida en el estatuto castrense, se tiene que es término referido a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública a quienes se asignan labores de dirección o vigilancia. La delegada, entonces, carece de razón cuando otorga mayor amplitud a este último, porque lo que surge claro es que entre estos bienes jurídicos, y desde luego entre los injustos a través de los cuales se protegen, existe una relación de género a especie, porque si bien los atentados contra la disciplina pueden predicarse de todos los miembros de la Fuerzas Militares, las faltas contra el servicio sólo son atribuibles al militar en servicio activo a quien a través de trámites formales previamente establecidos se le haya asignado una función, tarea o cargo específico como los atrás señalados, que luego incumple. Además, si se considera que el espectro de los delitos de desobediencia se amplía a los oficiales y suboficiales en retiro temporal o de reserva, y al personal que haya prestado servicio militar obligatorio y esté en situación de reserva que no atiende los decretos de movilización o llamamiento especial al servicio, ello constituye razón adicional para concluir que el bien jurídico de mayor envergadura es la disciplina y no el servicio. A partir de los anteriores conceptos y desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, razón le asiste a la demandante cuando como planteamiento general concluye que se está frente a un delito de desobediencia cuando el bien jurídico afectado es la disciplina, y a uno de abandono del puesto cuando el bien afectado es el servicio, porque ciertamente en este último evento más allá del genérico quebranto de la disciplina se conculca específicamente el servicio. Pero se equivoca la actora cuando critica la adecuación típica dada al comportamiento del soldado ...E en el fallo impugnado, con el argumento de que no podía haber incurrido en un delito de abandono del puesto porque si una vez terminado un turno, por razones personales, se alejó de la guarnición y no se presentó a la ronda siguiente, ello implica que no se encontraba de "servicio o de facción" como lo exige la norma,

o según precisa la censora, si no se encontraba de "puesto", por sustracción de materia "no lo abandonó", porque causaría afrenta al principio de legalidad de los delitos y las penas si se consideraran como continuidad del servicio los intervalos de alistamiento que separan los turnos de seguridad. Con esta percepción de los hechos, pierde de vista la impugnante que el procesado había sido designado previamente y con las formalidades de ley para un turno de veinticuatro (24) horas, que implicaba como lo anota con acierto la Delegada "disponibilidad permanente y continua", por lo que el abandono de la función como tal, que no del puesto entendido en la estrecha acepción de espacio o lugar donde aquella se cumple, estructuraba el tipo penal previsto en el artículo 111 de Código Penal Militar vigente para la fecha de los hechos, esto es, la conducta punible consagrada hoy en el artículo 124. Ahora, como según la disposición número 010 de mayo 24 de 1982, por la cual se aprueba el Reglamento de Servicio de Guarnición de las Fuerzas Militares, "facción" equivale a "función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia", es claro que la conducta del soldado ... se subsume en el tipo de abandono del puesto y no en el de desobediencia, porque al alejarse de la facción en que se hallaba el agente del reato no incumplió una orden del servicio que estuviera pendiente de ejecutarse, sino que interrumpió la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia como Orden del Día N.º 096, artículo 348, del 15 de abril de 1996, que no terminaba con el turno de la madrugada del 17 siguiente, ni se suspendía con los intervalos de reanimación o alistamiento que separan los lapsos de efectiva vigilancia, en uno de los cuales aquél decidió abandonar el puesto. Lo anterior porque correspondiendo el deber a una función determinada, para cuyo ejercicio se señalan términos específicos (24 horas), de ella forman parte los lapsos de disponibilidad y alistamiento que además de proporcionar el descanso necesario tienen por finalidad permitir que los miembros de la Fuerza Pública que la cumplen, puedan reasumir los turnos pendientes cuando sean requeridos. Y es tal la continuidad cuando se está de facción, que en tratándose de delitos militares se ofrece consustancial al servicio, pues ante la ausencia del encargado de cumplir la labor de vigilancia debe procederse de inmediato a la designación de un relevo, como en efecto ocurrió en este caso ante el comprobado abandono de la función por parte del procesado. (CSJ, Sent. Casación N.º 12878, May. 23/2001. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

DOCTRINA:

Comando General de las Fuerzas Militares. Resolución N.º 027 de 2017. Por la cual se aprueba la actualización del Reglamento de Servicios de Guarnición. (...)

FACCIÓN. Son todas las actividades concretas, objetivas y materiales que debe realizar el funcionario uniformado para el cumplimiento de la función cuando se está nombrado de servicio. (Tribunal Superior Militar. Segunda Sala de Decisión. Radicado 156453. Auto de 10 de abril de 2010. M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas).

SERVICIO. Son el conjunto de funciones, deberes y obligaciones asignados a la Fuerza Pública para cumplir con la misión consagrada en la

Constitución y demás leyes, decretos, reglamentos y disposiciones que las desarrollan.

CONCEPTO. SUEÑO. Organización mundial de la salud. El sueño es un período fisiológico de reposo que permite al cuerpo y a la mente descansar y restablecerse. En este proceso el ser humano emplea un tercio de su existencia y es, además, una de las actividades que más repite a lo largo de esta, día a día, noche tras noche.

CARACTERÍSTICAS DEL SUEÑO. Las características conductuales que se asocian con el sueño en el ser humano son: 1) Disminución de la conciencia y reactividad a los estímulos externos, 2) se trata de proceso fácilmente reversibles (lo cual lo diferencia de otros estados patológicos como el estupor y el coma), 3) se asocia a inmovilidad y relajación muscular, 4) suele presentarse con una periodicidad circadiana (diaria), 5) durante el sueño los individuos adquieren una postura estereotipada y 6) la ausencia de sueño (privación), induce distintas alteraciones conductuales y fisiológicas, además de que genera una "deuda" acumulativa de sueño que eventualmente deberá recuperarse. (Neurobiología del sueño. Paul Carrillo-Moraa, Jimena Ramírez-Perisb, Katia Magaña-Vázquez. Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM. Vol. 56, N.º 4. Julio-agosto 2013).

RESOLUCIÓN 315 DE 2020. Diario Oficial N.º 51.244 de 2 de marzo 2020. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Por la cual se actualizan los listados de estupefacientes, psicotrópicos, precursores y demás sustancias sometidas a fiscalización, de aquellas clasificadas como monopolio del Estado y de los medicamentos de control especial de uso humano y veterinario, y se dictan otras disposiciones.

Resolución 001315 (abril 25) de 2006. Ministerio de la Protección Social. Por la cual se definen las Condiciones de Habilitación para los Centros de Atención en Drogadicción y servicios de Farmacodependencia" (...) Sustancia Psicoactiva - spa: "Son aquellas sustancias químicas o naturales que por sus características farmacológicas, tienen la posibilidad de ser consumidas por varias vías, ser absorbida, concentrarse en la sangre, pasar al cerebro, actuar sobre las neuronas y modificar principalmente el funcionamiento del sistema nervioso central y crear dependencia física o psicológica".

LEY 30 DE 1986. "Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones". Artículo 2º. Para efectos de la presente ley se adoptarán las siguientes definiciones: a) Droga: Es toda sustancia que introducida en el organismo vivo modifica sus funciones fisiológicas. b) Estupefaciente: Es la droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia. c) Medicamento: Es toda droga producida o elaborada en forma farmacéutica reconocida que se utiliza para la prevención, diagnóstico, tratamiento, curación o rehabilitación de las enfermedades de los seres vivos. d) Psicotrópico: Es la droga que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo efectos neuropsicofisiológicos. e) Abuso: Es el uso de droga por una persona, prescrita por ella misma y con fines no médicos. f) Dependencia psicológica: Es la necesidad repetida de consumir

una droga, no obstante, sus consecuencias. g) Adicción o drogadicción: Es la dependencia de una droga con aparición de síntomas físicos cuando se suprime la droga. h) Toxicomanía: Entiéndese como dependencia a sustancias médicamente calificadas como tóxicas. i) Dosis Terapéutica: Es la cantidad de droga o de medicamento que un médico prescribe según las necesidades clínicas de su paciente. j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. Declarado Exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad. k) Precursor: Es la sustancia o mezcla de sustancias a partir de las cuales se producen, sintetizan u obtienen drogas que puedan producir dependencia. l) Prevención: Es el conjunto de actividades encaminadas a reducir y evitar la dependencia. m) Tratamiento: Son los distintos métodos de intervención terapéutica encaminados a contrarrestar los efectos producidos por la droga. n) Rehabilitación: Es la actividad conducente a la reincorporación útil del farmacodependiente a la sociedad. ñ) Plantación: es la pluralidad de plantas, en número superior a veinte (20) de las que pueden extraerse drogas que causen dependencia. o) Cultivo: Es la actividad destinada al desarrollo de una plantación en los términos descritos en el literal anterior.

Guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses sobre adicción a sustancias. Código: DG-M-Guía-05-V01. Versión 01, diciembre de 2009. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (...) Embriaguez: desde una perspectiva jurídica

forense es el estado de alteración transitoria de las condiciones físicas y mentales, causado por ingesta de una sustancia que no permite una adecuada realización de actividades de riesgo. Este concepto incluye lo que se entiende en la nosología clínica como intoxicación aguda.

LEY 769 DE 2002. (6 de julio). Diario Oficial N.º 44.932 de 13 de septiembre de 2002. Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones. (...) Embriaguez: "Estado de alteración transitoria de las condiciones físicas y mentales, causada por intoxicación aguda que no permite una adecuada realización de actividades de riesgo".

Guía para la determinación clínica forense del estado de embriaguez aguda. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (...) Alchoholemia: Concentración de alcohol etílico contenido en la sangre, se expresa en mg de etanol/100 ml de sangre total, conforme al literal a) del artículo 1º de la Resolución 0414 de 2002 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

LEY 1696 DE 2013. Diario Oficial N.º 49.009 de 19 de diciembre de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas.

Artículo 152. Sanciones y grados de alchoholemia. (...).

Grado cero de alchoholemia: Entre 20 y 39 mg de etanol/100 ml de sangre total.

Primer grado de embriaguez: Entre 40 y 99 mg de etanol/100 ml de sangre total.

Segundo grado de embriaguez: entre 100 y 149 mg de etanol/100 ml de sangre total.

Tercer grado de embriaguez: Desde 150 mg de etanol/100 ml de sangre total en...

Artículo 106. Agravación punitiva.

Si la conducta de que trata el artículo anterior se comete en tiempo de guerra o conmoción interior, la pena será de prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Constitución Política de Colombia. "Artículo 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare

restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración. En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar".

LEY 137 DE 1994. "(...) Artículo 34. Declaratoria del Estado de Conmoción Interior. Cuando se presente una grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, de conformidad con el artículo 213 de la

Constitución, el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros podrá declarar el Estado de Conmoción Interior. El decreto

declaratorio determinará el ámbito territorial de la Conmoción Interior y su duración, que no podrá exceder de 90 días”.

CAPÍTULO II DEL ABANDONO DEL SERVICIO

ARTÍCULO 107. Abandono del Servicio.

El oficial o suboficial de la Fuerza Pública, o el personal de agentes o del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que abandone los deberes propios del cargo por más de cinco (5) días consecutivos, o no se presente al respectivo superior dentro del mismo término contado a partir de la fecha señalada por los reglamentos u órdenes superiores, para el cumplimiento de actos del servicio, o no se presente dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de su cancelación comunicada legalmente, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Cuando el uniformado no cumple con sus deberes, obligaciones y funciones propias de su cargo, puede incurrir en el delito de abandono del puesto.**

“... La primera de las conductas referidas, esto es el simple y llano abandono de los deberes propios del cargo por más de cinco (5) días, implica la abdicación, dimisión, cesación, dejación, desprendimiento o incumplimiento de los deberes, obligaciones y funciones propias de su cargo como miembro de la Fuerza Pública, comportamiento que puede presentarse bien porque abandona físicamente la unidad en la que presta o debe cumplir sus servicios, por ende sus funciones o simplemente, así se encuentre dentro de las instalaciones militares o policiales cesa el cumplimiento de deberes y obligaciones, no realiza ninguna función o labor propia del servicio, sin ninguna justificación. (Rad. 158405, M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión del 30 de noviembre de 2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La contabilización del término “más de cinco días”.**

“... permite afirmar que ello se constituye en un ingrediente normativo del tipo, que solo alcanza su contenido en la norma que lo complementa, comoquiera que se trata de un tipo en blanco. Comporta para cabal entendimiento el reenvío a los artículos 67 y 68 del Código Civil Colombiano y cánones 59 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, disposición que al tenor literal reza: “Todos los plazos de días, meses o años, de que se hagan mención legal, se entenderán que terminan a la media noche del último día de plazo. Por año y por mes se entiende los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal. Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo (...)”. Con base en lo antes señalado, la contabilización del término fijado en el artículo 126 del CPM., no inicia en la hora de presentación, sino a partir del vencimiento del mismo, esto es, a la media noche del pluricitado 23 de marzo de 2008 cuando fue requerido, o lo que es a partir de la 0.00 horas del día 24 de marzo, independiente de que hubiese sido domingo, ya que prima la condición de servicio y disponibilidad permanente

que implica la actividad de la Fuerza militar, sobre todo en tratándose de un suboficial de abastecimientos...” (Rad. 156389, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión del 15 de marzo de 2010).

“O NO SE PRESENTE AL RESPECTIVO SUPERIOR DENTRO DEL MISMO TÉRMINO CONTADO A PARTIR DE LA FECHA SEÑALADA POR LOS REGLAMENTOS U ÓRDENES SUPERIORES, PARA EL CUMPLIMIENTO DE ACTOS DEL SERVICIO”

“no se presente”: “Conforme los reglamentos y protocolos policiales, la presentación es el acto por medio del cual el subalterno se coloca material y objetivamente a órdenes de su superior, quien a partir de ese momento puede disponer de él para dinamizar el cumplimiento del fin constitucional garantizado con el acatamiento del servicio. El Bien jurídico protegido propende contar con el número de efectivos suficientes de manera permanente y constante para emplearlos en la multiplicidad de situaciones y funciones que permiten alcanzar dicho propósito Superior que justifica la existencia de la Fuerza Pública. (...) Luego entonces, la actuación del enjuiciado, esto es, acudir momentáneamente a la Estación de San Gil, no constituye presentación formal, no estructura en rigor acto vinculante conforme los protocolos y reglamentos de cortesía y función de Policía para entender que con tal comportamiento se interrumpa su ausencia y se entienda superado el deber de presencia. Como se ha indicado, dicho acto ante el Comandante natural soporta no sólo contenidos formales sino materiales, es decir, para que vincule y produzca efectos jurídicos sugiere que el subalterno acuda ante el superior que avaló el permiso o licencia, es de este Institucional del que se depende funcionalmente, que no es cualquiera en el universo del mando policial sino quien autoriza la ausencia y con ello la legitima, es el que le fija límites, para el caso en estudio el Director de la Escuela de Policía Judicial e Investigación de Bogotá, quien en últimas es el único que puede disponer de él (para el caso el PT. xxx) como subalterno y con su acción efectivizar el cumplimiento de la misión que se expresa en la realización de actos del servicio, teniendo en cuenta que los deberes propios del cargo que en ese momento ostentaba eran los de practicante en el Laboratorio de Documentología de la Seccional de Policía Judicial, donde debía efectuar presentación”. (Rad. 157560, M. P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión del 15 de mayo de 2013).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. *La ausencia del militar a las filas genera un riesgo en la estructura de defensa y operacional de la unidad militar cuando ocurre por fuera de los periodos normativos fijados.*

“Lo anterior, implica señalar que la ausencia al servicio per se, genera un riesgo, pues se debilita la capacidad operacional de la unidad militar, riesgo permitido cuando la ausencia del militar está programada y permite desarrollar actividades que cubran la debilidad operacional por su ausencia, se reitera riesgo permitido, por cuanto su ausencia se da dentro del periodo de vacaciones que autoriza la norma, por ello es posible planear y ejecutar medidas que ayuden a contrarrestar la debilidad operacional y así continuar con la misión. Sin embargo, cuando la ausencia no se hace dentro de los periodos normativos fijados, se genera una ausencia al servicio sin planeación ni programación, en consecuencia, se incrementa una debilidad operacional en la unidad de combate, en otras palabras, esa intempestiva ausencia incrementa sin justificación alguna el riesgo permitido. Adicional a lo anterior, un militar de grado sargento, con los años de experiencia en las filas que ello implica, condecorador que su ausencia genera debilidad en la Unidad pues falta un comandante de escuadra que lidere la conducción de operaciones y que dicha ausencia no estaba prevista, le genera a este militar el deber de advertir dicha vulneración a la organización operacional de la Unidad, sin embargo, no lo hizo como lo hubiera hecho otro militar prudente, atento, diligente y con la misma experiencia del aquí procesado; son estas breves premisas, las que permiten afirmar que la ausencia del procesado generó un riesgo no permitido, en otras palabras, elevó el riesgo al transgredir la norma, no advertir el peligro, y por qué no, bajo un modelo diferenciado no desarrollar las acciones como otro de manera diligente lo hubiera hecho; en suma todo ello implica en términos de antijuridicidad, un peligro efectivo para el bien jurídico tutelado del servicio. Ahora bien, se ha de precisar un poco más el concepto de servicio sobre el cual se pregona su afectación, es así que la defensa plantea que, en los diferentes testimonios, no se estableció ninguna actividad asignada al SV. PB. y en ese orden de ideas edifica su hipótesis de la no existencia de antijuridicidad material por no existir un peligro efectivo; ha de señalarse por parte de esta Sala, una hipótesis defensiva muy recursiva junto con el señalamiento que solo fueron dos días de retraso, sin embargo, unos y otros no están llamados a prosperar. Frente a tal propuesta, ha de advertirse que el servicio derivado de la especialidad para cumplir la función constitucional, es distinto a los servicios de régimen interno, es decir aquellos que contribuyen de manera general a la seguridad de la unidad como los de oficial de inspección, oficial de servicio, comandante de guardia, relevante de guardia, reemplazante, etc., como también pertenecer a aquellos grupos de reacción y contraataque en el plan de seguridad de la unidad, son los servicios que hipotéticamente se refieren los testimonios que aduce la defensa. En tal sentido se ha de afirmar que la ausencia del militar a las filas como ya se manifestó, genera un riesgo en la estructura de defensa y operacional de la unidad militar, pero que es permitido, y no

tendría relevancia penal si dicha ausencia se hace dentro de los postulados de la norma jurídica, es decir, dentro de los lapsos de vacaciones como en el caso sub júdice, porque dicha programación le permite al comandante desarrollar medidas que contrarresten esa debilidad y así cumplir con la misión operacional. Pero aquellas ausencias que están por fuera de los periodos que gobierna la norma jurídica o la *lex artis* o por fuera de la figura del modelo diferenciado o incluso el suboficial con su conocimiento no desarrolla el deber de advertir el peligro de su ausencia, como ocurrió a partir del día 5 de junio de 2013, es una situación que naturalmente afecta la operación de la unidad militar, dicha afectación es un riesgo que no está permitido y por tanto resulta relevante para el derecho penal, específicamente constitutivo de un peligro efectivo para el bien jurídico del servicio. A este respecto se dirá en primer lugar, que esa ausencia afecta el normal desarrollo de los servicios de régimen interno y en tal sentido, el personal presente en la unidad se ve abocado a doblar esfuerzos, asumiendo turnos, disponibilidades y servicios por mayor tiempo, para cubrir ese imprevisto generado por la ausencia no planeada ni autorizada del SV. PBT, y naturalmente el comandante de la unidad ante la ausencia del suboficial, no lo programará en ninguna de esas actividades, es la razón para que los testimonios que alude la defensa, señalen que el aquí procesado no estaba programado en los servicios, pero ello no implica desconocer, que la ausencia alteró la prestación de los referidos servicios. **(Rad. 158461, M. P. Coronel (RA) Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión del 27 de octubre de 2016).**

“O NO SE PRESENTE DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA DEL VENCIMIENTO DE UNA LICENCIA, PERMISO, VACACIONES O DE SU CANCELACIÓN COMUNICADA LEGALMENTE”.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. *Circunstancias en que puede presentarse el abandono del servicio.*

“Los otros dos comportamientos descritos en la norma, no requieren mayor explicación, simplemente se refieren a la no presentación dentro del término allí fijado, para el cumplimiento de actos del servicio, en el primer caso, en el fijado en los reglamentos o en las órdenes superiores y en el segundo, al vencimiento de licencias, permisos, vacaciones, excusas de servicio, etc. No puede confundirse entonces que el abandono del servicio se presenta solamente por estas últimas conductas (no presentarse dentro de los cinco días a la unidad a al que había sido trasladado), como pareciera lo entienden el Juzgado de Primera Instancia y el ilustre Defensor, sino que además se puede incurrir en esa conducta cuando el uniformado no cumple con sus deberes, obligaciones y funciones propias de su cargo, aunque permanezca dentro de las instalaciones militares o policiales y a la vista de sus superiores, como acertadamente lo entendió la Fiscalía en la resolución de acusación y en la audiencia de corte marcial. Así las cosas, atendiendo el supuesto fáctico inferido en el numerada anterior, consonante con los presupuestos de orden conceptual y normativo expuestos en precedencia, se debe afirmar que el comportamiento imputado en la resolución de acusación se adecúa a los elementos estructurales del tipo de abandono de

servicio previsto en el artículo 107 de la ley 1407 de 2010, en cuanto se encuentra demostrado que el PT. O.R.A. abandonó los deberes propios de su cargo desde el día 27 de diciembre de 2013, habiendo transcurrido un periodo de más de once (11) meses hasta cuando fue escuchado en indagatoria, sin que haya cumplido función, misión o labor alguna del servicio. **(Rad. 158405, M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión del 30 de noviembre de 2016).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Se reclama es el deber de presencia en el delito de abandono del servicio, es un delito omisivo.**

Tenemos entonces, que se trata del delito de Abandono del Servicio, que tutela el bien jurídico del Servicio, por cuanto lo que se reclama en este reato es el deber de presencia, tal como lo describe el tipo penal, toda vez que la ausencia deliberada e inconsulta por parte del Oficial o Suboficial de la Fuerza Pública, o el personal de agentes o del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, altera el normal desarrollo del servicio. Asimismo tenemos que de los ingredientes normativos del delito típicamente militar de abandono del servicio, dos elementos básicos han de acreditarse en la hipótesis jurídica que habrá de elaborarse con sentido completo, y con la demostración de la omisión –ya que este punible es omisivo–, de un lado, el no haber ejercido unos deberes inherentes a un cargo público por más de cinco (5) días consecutivos, y por otro lado, el no presentarse al respectivo superior dentro del mismo término contado a partir de la fecha señalada por los reglamentos u órdenes superiores, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumplió el permiso. **(Rad. 158358, M. P. BG. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión del 31 de marzo de 2016).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El punible del abandono del servicio es un delito de conducta permanente.**

“Las conductas del punible son alternativas e independientes, como ya se acotó, pero todas ellas refieren el desinterés o falta de compromiso institucional, al no concurrir al servicio en un lapso superior a cinco (5) días previa autorización para ausentarse del mismo o al abandonar los deberes del cargo por igual término sin que medie autorización alguna. (...) La Sala ha venido acrisolando sobre el tipo de delito que comporta el abandono del servicio, concluyendo que se trata de uno de los doctrinalmente llamados de conducta permanente dado que se mantiene en el tiempo la afectación del bien jurídico protegido por la norma legal. Esto se ha dicho: “Así las cosas, resulta procedente, en consecuencia, reputar como delitos de conducta permanente aquellos en que la acción típica puede tener o no agotamiento naturalístico en un solo momento, pero independientemente de ello, los efectos del injusto y del proceso consumativo se proyectan en el tiempo, de manera tal que aquel sigue cometiéndose y lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico protegido por la norma hasta tanto su autor no decida hacerlo

cesar o hasta tanto no tenga lugar un evento externo que ponga final a tales efectos. Esto, de cara a los reatos militares de ausencia como el del abandono del servicio en los que el fin de protección de la norma es la plena disponibilidad del militar o policial al servicio, o, lo que es lo mismo, el deber de presencia de estos de manera tal que no exista interrupción injustificada alguna en el cumplimiento de los deberes que le atañen como servidores públicos y como miembros de la institución castrense, conduce a reputar como de conducta permanente el tipo penal en el que se hallan insertas las diferentes hipótesis comportamentales que lo pueden llegar a constituir, como igual acontece con los otros injustos típicamente militares subsumibles en aquella categoría, v. gr. el de la desertión y el de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales por no citar más...”. **(Rad. 158374, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, Tercera Sala de Decisión del 7 de abril de 2016).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La solicitud de retiro de la institución no configura error de tipo respecto del delito de abandono del servicio.**

“Lo relevante para la configuración del ilícito que se juzga en el ámbito de tipicidad a efectos de configurar un error de tipo, sería que el uniformado no se presente ante sus superiores dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de vencimiento de su periodo de vacaciones, porque actúa bajo un error invencible de que con su conducta no se constituye una descripción típica de abandono del servicio, bien porque desconoce plenamente el trámite legal que se agota en la institución cuando se pide el retiro definitivo de la misma, ora porque sus superiores le hayan informado que una vez se produjera su salida a vacaciones no se requería de su presencia nuevamente en la unidad, dado que ya estaría retirado legamente de la institución. En relación con la primera posibilidad observa la Judicatura, que por la antigüedad del patrullero TM, en las filas de la Fuerza Pública, no existe la más mínima posibilidad que desconociera que su condición policial estaría vigente hasta tanto se expidiera el acto administrativo de separación formal y material del servicio activo, dado que esta información es de conocimiento público y hace parte del conocimiento básico que se le imparte a los uniformados una vez ingresan a la Institución, así como en el momento de su retiro. Lo anterior, en razón a que el proceso de desvinculación de la Fuerza Pública aparece en muchos eventos de dos espacios de tiempo; uno el producido con la fecha de la novedad fiscal de vocación netamente presupuestal y el otro con la expedición del acto administrativo o resolución de tendencia personal y funcional, que es finalmente el que establece hasta cuando se ostenta la calidad policial para efectos de determinar desde y hasta cuando se es destinatario de la norma penal militar¹⁷³, que para el asunto bajo estudio solo se produjo hasta el 17 de octubre de 2013. Por lo tanto no puede colegir la Sala de

¹⁷³ En este mismo sentido véanse decisiones de la Tercera Sala de Decisión Rad. 156477. M. P. TC Pedro Gabriel Palacios Osma, junio 29 de 2010 y de la Cuarta Sala Rad. 156545. M. P. CR. Camilo Suárez Aldana, 2 de noviembre de 2010.

los elementos de juicio expuestos anteriormente que el procesado haya actuado sin consciencia de la ilicitud, vale decir, que erradamente haya estimado conforme a derecho que con el solo acto de su salida a vacaciones la Policía Nacional le hubiera aceptado, tramitado y expedido su baja definitiva de la institución, dado que como se dijo en precedencia por su antigüedad y grado de formación, le era exigible actualizar el conocimiento sobre el trámite de ley que debía agotar para su retiro de la institución y de esta forma superar cualquier errada representación que tuviera sobre las circunstancias que rodearon el hecho punible". (**Rad. 158463, M. P. Coronel (RA) Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión del 29 de julio de 2016**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La solicitud de retiro no faculta al militar y/o policial para abandonar el servicio a su arbitrio, debe ser resuelta positivamente y no opera de ipso facto.

"La solicitud de retiro por voluntad propia puede ser presentada por el policial en cualquier tiempo, concediéndose la baja cuando no medien razones de seguridad nacional o especial del servicio que requieran su permanencia en actividad, a juicio de la autoridad competente¹⁷⁴. Retiro que se dispone por medio de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional, cuando se trate de nivel ejecutivo, suboficiales y agentes. Precisado lo anterior, es claro para esta corporación que la presentación de la solicitud de retiro por parte del policial encausado de ninguna forma le facultaba o permitía abandonar el servicio a su libre arbitrio, puesto que si bien exteriorizó su decisión de retirarse de la institución armada, como servidor público uniformado le correspondía la obligación de mantenerse en actividad hasta tanto se expidiera el acto administrativo que resolviera la solicitud de retiro presentada. El encausado no tenía fundamento alguno para esperar legítimamente que su dimisión se produjera durante el periodo que le restaba para finalizar sus vacaciones, puesto que como lo afirma en diligencia de indagatoria había sido informado que de no producirse la decisión administrativa de retiro debía presentarse nuevamente a la estación de policía de donde era orgánico. Situación que el apelante se limita a enunciar sin explicar jurídicamente en que forma el acontecer fáctico le permitía al procesado apartarse del servicio. (...) El retiro del servicio activo por solicitud propia solo opera cuando este ha sido aceptado por parte de la administración, de tal suerte que si el uniformado deja de concurrir a cumplir sus funciones será no solo objeto de investigación disciplinaria por abandono del servicio, sino además de actuación penal por el delito de abandono del servicio. Refiere por otra parte el recurrente que el parsimonioso trámite dado por la institución policial a la solicitud de retiro violentaba los derechos de petición y libertad de escoger profesión y oficio del encausado, sin exponer las razones jurídicas por las cuales dicha situación exculpaba de responsabilidad penal a NP. La libertad de escoger profesión u oficio es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente a toda persona que

implica no solo facultad para escoger una determinada ocupación, sino para desarrollarla plenamente sin mayores limitaciones que las establecidas dentro de la Constitución y la ley¹⁷⁵. Sin embargo, conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional, la aplicación de estos derechos se ve limitada en ciertos grupos sociales que ejercen funciones propiamente estatales. Así, por ejemplo, los miembros de la Policía Nacional, en virtud del artículo 218 de la Constitución están llamados a mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Razón por la cual, pese a que tienen la posibilidad de presentar la solicitud de retiro en cualquier momento¹⁷⁶, este bien puede no ser autorizado por razones que impliquen el resguardo de la seguridad nacional o circunstancias especiales del servicio, que demanden la permanencia en el ejercicio del cargo del uniformado (...). En este orden de ideas, aunque el encausado es titular del derecho a escoger profesión u oficio, su condición como policial impone algunos límites a su ejercicio. El retiro por tanto no procedía de manera unilateral, directa o inmediata con la presentación de la solicitud, ni operaba ipso facto con ella, sino que estaba condicionado a que esta fuera resuelta positivamente. Trámite que si bien no fue expedito, no facultaba al procesado a abandonar el servicio a su arbitrio comoquiera que se hallaba pendiente la decisión de la administración pública al respecto y estaba de por medio el correcto funcionamiento de esta. (**Rad. 158262, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, Tercera Sala de Decisión del 17 de noviembre de 2015**).

Sujeto activo cualificado:

EL OFICIAL O SUBOFICIAL DE LA Fuerza Pública, O EL PERSONAL DE AGENTES O DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA Policía Nacional:

-Oficiales y suboficiales Fuerzas Militares

Decreto 1790 del 2000, artículo 6°. La jerarquía y equivalencia de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

OFICIALES

1. Ejército

a) Oficiales Generales

1. General
2. Teniente General
3. Mayor General
4. Brigadier General

¹⁷⁵ Artículo 26 de la Constitución Política Colombiana.

¹⁷⁶ El artículo 101 del Decreto 1790 de 2000, establece: "**Solicitud de retiro.** Los oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, y se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente, excepto lo dispuesto en el artículo 102 de este Decreto".

¹⁷⁴ Artículo 56 del Decreto 1791 de 2000.

b) Oficiales Superiores

1. Coronel
2. Teniente Coronel
3. Mayor

c) Oficiales Subalternos

1. Capitán
2. Teniente
3. Subteniente

2. Armada

a) Oficiales de Insignia

1. Almirante
2. Almirante de Escuadra
3. Vicealmirante
4. Contraalmirante

b) Oficiales Superiores

1. Capitán de Navío
2. Capitán de Fragata
3. Capitán de Corbeta

c) Oficiales Subalternos

1. Teniente de Navío
2. Teniente de Fragata
3. Teniente de Corbeta

3. Fuerza Aérea

a) Oficiales Generales

1. General del Aire
2. Teniente General del Aire
3. Mayor General del Aire
4. Brigadier General del Aire

b) Oficiales Superiores

1. Coronel
2. Teniente Coronel
3. Mayor

c) Oficiales Subalternos

1. Capitán

2. Teniente
3. Subteniente

SUBOFICIALES

1. Ejército

- a) Sargento Mayor de Comando Conjunto
- b) Sargento Mayor de Comando
- c) Sargento Mayor
- d) Sargento Primero
- e) Sargento Viceprimero
- f) Sargento Segundo
- g) Cabo Primero
- h) Cabo Segundo
- i) Cabo Tercer

2. Armada

- a) Suboficial Jefe Técnico de Comando Conjunto
- b) Suboficial Jefe Técnico de Comando
- c) Suboficial Jefe Técnico
- d) Suboficial Jefe
- e) Suboficial Primero
- f) Suboficial Segundo
- g) Suboficial Tercero
- h) Marinero Primero
- i) Marinero Segundo

3. Fuerza Aérea

- a) Técnico Jefe de Comando Conjunto
- b) Técnico Jefe de Comando
- c) Técnico Jefe
- d) Técnico Subjefe
- e) Técnico Primero
- f) Técnico Segundo
- g) Técnico Tercero
- h) Técnico Cuarto
- i) Aerotécnico

Parágrafo. Los grados y jerarquía de los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, se aplicarán también a los Oficiales y Suboficiales del Cuerpo de Infantería de Marina de la Armada Nacional".

Artículo 108. Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales.

El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña, operaciones militares, por cualquier tiempo, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

La pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión, cuando el soldado voluntario o profesional en cumplimiento de actividades propias del servicio se ausente de la unidad sin permiso por más de cinco (5) días, o cuando no se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado.

JURISPRUDENCIA. El soldado voluntario o profesional.

"Sujeto activo para su tipificación que se trate de un uniformado que ostente específicamente la condición de soldado voluntario o profesional, es

decir, que este tipo de abandono no se predica de los demás militares y policiales en actividad, sino que exige que la conducta provenga de aquellos incorporados a las Fuerzas Militares como soldados voluntarios o profesionales, término que necesariamente obliga la remisión

al Decreto Ley 1793 de 2000 que regula su propio régimen de carrera así: **“Artículo 1º. Soldados profesionales.** Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”. **(Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 158878, M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, Segunda Sala de Decisión del 24 de febrero de 2021).**

Soldado voluntario: La Ley 131 de 1985 crea el grado de soldado voluntario, reservistas de primera clase por una contraprestación económica, donde su artículo 3º signa “Las personas a que se refiere el artículo 2º de la presente ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta ley”; adicional a ello, se les aplica el Decreto 1793 de 2000, de conformidad con el artículo 42.

Abandonar por cualquier tiempo: “...el verbo rector “abandonar” contenido en el referenciado tipo penal no necesariamente implica que, para efectos de la tipicidad objetiva, el sujeto agente deba abandonar el espacio físico delimitado como área de operaciones o zona de campaña, ello es así, en la medida que esta modalidad de abandono del servicio también es funcional y no solamente espacio – temporal, de allí se desprende que el soldado profesional o voluntario puede incurrir objetivamente en la conducta penal cuando se sustrae de sus deberes oficiales aunque permanezca dentro del espacio físico que comprenda el área de operaciones o la zona de campaña”. **(Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 158878, M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, Segunda Sala de Decisión del 24 de febrero de 2021).**

JURISPRUDENCIA. **“Conceptos operación militar y campaña – son disímiles pero pertenecen a la misma estructura y accionar de la Fuerza Pública”.**

“Es importante hacer algunas precisiones, primero, en relación al concepto de campaña (...), y segundo al de operación militar (...) ya que, si bien son disímiles, pertenecen a la misma estructura y accionar de la Fuerza Pública, de tal forma que a contrario sensu de ser excluyentes, son correspondientes, a tal punto que la una es causa de la otra, y la otra, consecuencia y tiene su origen en la primera, y en fin, pertenecen al mismo campo. (...). Las operaciones dentro del combate irregular (no guerra convencional) se han descrito como las de ocupación, registro, control militar de área y repliegue ofensivo, y en cada evento se debe determinar el objetivo que persigue la maniobra, métodos y técnicas que emplea y las tropas que intervienen, entre otros. Esas operaciones se producen como resultado de un plan de campaña de la respectiva Fuerza, que a su vez tiene su raíz en la estrategia de seguridad nacional y que busca disuadir a un agresor,

mediante la realización de operaciones militares, como un medio para lograr los resultados innatos a los intereses nacionales. Por su parte, las misiones tácticas, que son ejecutadas por las unidades tácticas, materializan las operaciones militares mediante el cumplimiento de una serie de tareas derivadas de la operación militar. Así entonces, la relación entre misión táctica, operación militar y campaña son directas y próximas y pertenecen a un mismo hilo conductor, de tal suerte que forman un conjunto para apoyar el cumplimiento de la misión constitucional encomendada a la Fuerza Pública, conectadas como una vertiente, a la estrategia de seguridad nacional. Por ello afirmar que se está en ejecución de una misión táctica o una operación militar, equivale a indicar que se encuentra en desarrollo de una campaña militar; y si hay campaña militar, lo consecuente es la emisión de órdenes de operación, y de misiones tácticas (...). **(Tribunal Superior Militar y Policial Rad. 155645, M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo Pérez, del 2 de marzo de 2009).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- - **El elemento “campaña u operación militar” implica un estado que compromete la atención permanente del uniformado, y no a la tarea específica que desarrolla el investigado.**

Respecto al elemento “campaña u operación militar”, explicó la recurrente que conforme al art. 217 de la Constitución Política, al Ejército le corresponde la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional; y por tratarse de un dispositivo de control, ello era una función administrativa y no propia del servicio. (...) No es en consecuencia la labor o tarea específica que se esté adelantando en un momento determinado el uniformado, sino que la conducta refiere es la situación concreta de encontrarse en campaña u operaciones Militares, y esto último es lo que se evidencia en el expediente; es decir, un estado que compromete la atención permanente y fiel con lo que el Superior, como en este caso, le encomiende al personal, o sea, el control sobre la vía y la consecuente obligación de permanencia en el lugar –área de vivac–, cuando no se esté propiamente dentro del control vial. Por ello es que el legislador al proteger el Servicio contempló la dejación de los deberes propios del servicio. **(Rad. 156425, M. P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo P., Primera Sala de Decisión del 21 de febrero de 2012).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL **ii) De la indebida interpretación del concepto de operación militar con relación al de Servicio.**

El meollo del asunto, en consecuencia, radica en determinar si existe diferencia entre el concepto de operación militar y servicio; para el caso en concreto, tenemos que el Manual de Derecho Operacional del Comando General y las Fuerzas Militares, define la operación militar de los siguientes términos: “Desde el punto de vista legal, existen dos tipos generales de operaciones militares: (i) Operaciones en escenarios de hostilidades: Operaciones dirigidas contra un objetivo militar debidamente identificado, relacionado necesariamente con un grupo

armado organizado; y (ii) Operaciones para el mantenimiento de la seguridad: Todas las demás operaciones, que no están dirigidas contra un objetivo militar específico. Las primeras se refieren a todas las operaciones en las que el uso de la fuerza puede ser el primer recurso y cuyo planeamiento se adecua a las disposiciones del DIH., bajo el paradigma de hostilidades. Las segundas se refieren a todas aquellas operaciones que no tienen como propósito atacar un objetivo militar específico. Estas deben adecuarse a las normas de DD.HH. donde el uso de la fuerza debe ser la última opción (Capítulo III). Por ejemplo: operaciones de control militar de área, operaciones contra el narcotráfico, etc. Así estas operaciones pretenden, por ejemplo, impedir que grupos armados organizados de cualquier índole ingresen a una zona (control militar de área), si la operación no está dirigida contra un grupo específico en un lugar específico y enmarcada en una orden de operaciones soportada con la debida inteligencia, tiene que regirse por el paradigma de hacer cumplir la ley, es decir actuar en un marco de DD. HH. Con más razón cuando se trata de operaciones contra la criminalidad como las que desarrolla la Brigada contra el Narcotráfico (protección de la erradicación, destrucción de laboratorios, etc.), en las cuales por lo general no se trata de atacar un objetivo militar, sino de interrumpir las actividades del narcotráfico”.

De otro lado, la noción de servicio surge de las previsiones contenidas en la Constitución Nacional y en el propio Digesto punitivo castrense, refiriéndose a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública, tema que ya ha sido decantado por esta corporación, determinando que el “Servicio” es el marco general de la función encomendada; de ahí que las faltas contra el servicio sólo son atribuibles al militar o al policial en servicio activo a quien se le haya asignado una función, tarea o cargo determinado, porque de no serlo se resquebrajaría uno de los pilares fundamentales que sostienen la Institución castrense y policial. Sin embargo, el servicio a que se refiere la impugnante es el que constitucionalmente se otorga a las Fuerzas Militares en el arto 217 de la Carta Magna en el que se señala que las mismas tendrán por demás, como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. En armonía con lo anterior, nótese cómo estos conceptos van concatenados y de la mano, pues si bien el SLP. SV. se ausentó del área del vivac, misma comprendida en el área general de operaciones y que se hallaba especificada en la Misión Táctica “022 Obelisco 1” anexa a la Orden de Operaciones “Amazonas” de la Brigada 16, con una organización y planeación para el combate, con objetivos claros y el firme propósito de neutralizar aproximadamente a 31 terroristas al mando de alias “Parmenio”, “el Cubano” o “Burro” a través de una acción ofensiva, su servicio fue determinado por una orden de operaciones claramente definida, pero además, consagrado en la Carta Superior y abrigado con la misionalidad que implica el concepto de “Servicio”, al que estaba obligado por virtud de su calidad de soldado profesional asignado al Batallón de Contraguerrillas N.º 38 “Centaurus”, según lo reporta la Orden Administrativa de

personal N.º 1882 del 15 de diciembre de 2009¹⁷⁷; por lo tanto, la responsabilidad que le asistía era absoluta y necesaria, y si bien de las pruebas militantes en infolios se probó que no ocurrió alguna situación de hostilidad, ello no era óbice para soslayar sus deberes como al efecto lo hizo puesto que su ausencia física conllevó la necesidad de reorganizar el pelotón del cual hacía parte para ubicarlo y cumplir con la orden de abastecimiento, ello sin dejar de lado que el Soldado SV abandonó con total despreocupación el material de guerra a él asignado, bien estatal este que no se perdió gracias a la intervención oportuna de sus compañeros. Debe resaltarse entonces, que el enjuiciado no se encontraba prestando un servicio cualquiera, sino que se desempeñaba como miembro integrante de una operación militar que se desarrollaba en un escenario donde debía estar a la ofensiva empleando métodos de ataque y técnicas de combate en una zona de orden público, consignas propias plasmadas en la plurimencionada orden táctica y que eran de su pleno conocimiento, ello independientemente que al momento concreto de pretermir su deber de presencia, la tropa de la cual hacía parte estuviere en medio de un encuentro armado, en ejecución de una táctica o técnica de combate, pernoctando o esperando ser reaprovisionada, lo que a más de lo dicho conlleva que la Sala desestime la paternal postura del Juez de Instancia. **(Rad. 158208, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, Tercera Sala de Decisión del 11 de agosto de 2015).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Actividades soldado voluntario o profesional.**

“Que tenga lugar cuando el soldado voluntario o profesional se encuentre cumpliendo funciones propias del servicio”. **(Rad. 158732, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, Segunda Sala de Decisión del 27 de septiembre de 2019).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL ARTÍCULO 108 CONCEPTO.

El cumplimiento de la misión constitucional como fundamento del delito de abandono del servicio. “Se trata de un tipo penal que castiga el incumplimiento al deber de presencia y permanencia que tiene el uniformado, por lo que su objetivo es asegurar el mantenimiento del pie de fuerza que permita cumplir al estamento castrense su misión constitucional”. **(Rad. 158878, M. P. CR Wilson Figueroa Gómez, Segunda Sala de Decisión del 24 de febrero de 2021).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL Actos relacionados con el servicio –**No sólo los actos netamente operacionales se consideran actos del servicio–.**

“De manera pues que el contexto general es el desarrollo de operaciones militares y la circunstancia para que los militares que originaron los hechos que se investigan se encontraban en el

177 Ver folio 49 a 51 del C.O.1.

área del vivac, lo cual no implica su separación del servicio, su presencia allí obedece a la dinámica misma de la operación, pues allí hay algunos que avanzan, otros que están en el puesto de mando atrasado, otros descansan, es decir, cada uno tiene su rol específico. (...) **Que no sólo los actos netamente operacionales se consideran actos del servicio,** (...) la Constitución Política se señalan los fines de la Fuerza Pública, pero que ellos solo se alcanzan bajo el desarrollo de una estructura que ejecutan distintas actividades como lo son la incorporación, el entrenamiento, la ejecución, el uso de la fuerza, las acciones logísticas y las acciones administrativas, entre otras, es decir, el cumplimiento de diferentes roles, tareas, menesteres o actividades que permiten materializar los fines constitucionales asignados a la Fuerza Pública. Ha de resaltarse igualmente, que comportamientos similares desde la lupa del conglomerado social en general podrían resultar irrelevantes, pero desde la visión de la organización militar que tiene su columna vertebral en la disciplina comportamientos como el ocurrido, ponen en peligro esta estructura y por ende comportamientos así han de valorarse desde el lente de la jurisdicción penal militar dada su trascendencia y valor que adquiere la preservación del bien jurídico cual es la disciplina". (Negrilla fuera de texto original) Decisión: Confirma sentencia condenatoria. **(Rad. 157421, ataque al superior - M. P. Cr. Fabio Enrique Araque, marzo 15 de 2013).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **La sola acción de abandonar el servicio, bien jurídico de vital importancia para la Fuerza Pública, constituye en sí misma, una lesión material –y no simplemente formal– del interés que se busca proteger.**

"El demandante consideró que el fallo condenatorio dictado por el Tribunal es ilegal porque en él se desconoció el artículo 17 de la Ley 1407 de 2010 que consagra el principio de antijuridicidad material. En tal sentido, consideró que la conducta ejecutada por el soldado profesional DSV si bien es típica y formalmente antijurídica, al no haber lesionado o «puesto efectivamente en peligro» el bien jurídico tutelado, no constituye un injusto con trascendencia para el derecho penal. (...) Pues bien, para analizar si la conducta del soldado profesional DSV. lesionó o puso en peligro el bien jurídico tutelado, se debe partir por señalar que la justicia penal militar, además de sustentarse en el principio de la antijuridicidad material (art. 17 Ley 1407 de 2010), también se afianza en el concepto genérico de la «lesión de un deber», con el cual se legitima la atribución de consecuencias penales a comportamientos en los que no se produce un daño efectivo, como es el caso de los delitos que se soportan en el deber de obediencia. En otras palabras, el injusto penal militar se compone tanto de una infracción de deberes como de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. En ese orden no presenta mayor dificultad concluir que, en efecto, DSV. faltó al deber de permanecer en el servicio en operaciones militares, pues abandonó físicamente el lugar donde debía estar y se puso, de forma inconsulta y deliberada, en un estado en el que no podía cumplir con el deber de servicio al que estaba obligado como miembro activo de

las Fuerzas Militares, con lo que, además de crear un riesgo real para él mismo, para la tropa y las operaciones militares, generó una perturbación real de carácter institucional que también se concretó en la infracción a los deberes funcionales del militar. Es por eso que no le asiste la razón al recurrente cuando afirma que la conducta ejecutada por DSV. no generó ningún daño que legitime la imposición de una sanción penal, pues al ser el servicio un bien jurídico de especial importancia para la Fuerza Pública y su correcto funcionamiento, la sola acción de abandonarlo constituye, en sí misma, una lesión material –y no simplemente formal– del interés que se busca proteger. Es por esta razón que no es necesario que se produzca otro tipo de contingencia (pérdida de vidas humanas, disminución de la capacidad de acción de la Fuerza, desventaja frente al enemigo, etc.) para dar por satisfecho el principio de la antijuridicidad material en los tipos penales propios de los militares, pues se parte de la «necesidad de poder sancionar, desde una perspectiva claramente institucional y especializada, aquellos comportamientos que, de manera particular, afectan la buena marcha de la Fuerza Pública y los bienes jurídicos que a ella interesan»¹⁷⁸. Así las cosas, resulta incuestionable que la acción desplegada por el procesado de abandonar el servicio durante el día 10 de octubre de 2012, es lo suficientemente aflictiva para el interés jurídico protegido, pues para entender lesionado el servicio, contrario a la opinión del censor, no se requiere haber sufrido bajas de unidades militares o haber cedido ventaja al enemigo generada exclusivamente por la evasión del soldado infractor. Lo anterior, por cuanto el interés que tutelan las normas que criminalizan conductas que atentan o ponen en riesgo el servicio va en función no solo de garantizar la ejecución de «los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública»¹⁷⁹, lo que es considerado como el servicio en sí mismo, sino también en la defensa de «la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional»¹⁸⁰, como fines constitucionales de las Fuerzas Militares, los que, sin duda, se ponen en riesgo cuando uno de sus miembros activos decide abandonar los deberes propios del servicio en campaña o en operaciones militares". **(CSJ, Sent. Casación N.º 47236, oct. 2/2019. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Se reclama en el punible del abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales es el deber de presencia.**

Tenemos entonces, que se trata del delito de Abandono del Servicio de Soldados Voluntarios o Profesionales, que tutela el bien jurídico del servicio, por cuanto lo que se reclama en este reato es el deber de presencia, tal como lo describe el tipo penal, toda vez que la ausencia deliberada e inconsulta por parte del militar –Soldado Voluntario o Profesional–, altera el normal desarrollo del servicio. Asimismo

178 Corte Constitucional, C-326-16.

179 CSJ SP, 23 May. 2001, Rad. 12878.

180 Art. 217 Constitución Política.

tenemos que de los ingredientes normativos del delito típicamente militar de Abandono del Servicio de Soldados Voluntarios o profesionales, dos elementos básicos han de acreditarse en la hipótesis jurídica que habrá de elaborarse con sentido completo, y con la demostración de la omisión, ya que este punible es omisivo: De un lado, la obligación de ejercer unos deberes inherentes a un cargo público –Soldado Voluntario o Profesional– por más de cinco (5) días consecutivos, y por otro lado, para el caso la situación del Soldado Profesional que dentro del mismo no se presente a los superiores respectivos –en el Batallón de Infantería de Selva N.º 50 “Gr. Luis Acevedo Torres”– dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumplió un permiso. **(Rad. 158006, M. P. BG. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión del 4 de julio de 2014).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El punible del abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales es de ejecución permanente para las nuevas hipótesis introducidas por la Ley 1407/10.**

“A su vez, la recurrente entiende que la adecuación típica del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales no se produjo en el caso particular, dado que el injusto penal requiere “que el abandono de los deberes se realicen en campaña o durante el desarrollo de operaciones militares, entendida esta actividad con la ejecución de misiones asignadas a la Fuerza Pública, encaminadas a conjurar alteraciones de orden público o simplemente ejercer control de las AREAS DETERMINADAS (sic), mediando para ello las respectivas órdenes emanadas de los comandos superiores, empleando recursos militares para conseguir un objetivo específico”. Al respecto, necesario es precisar a la distinguida togada que, en virtud del cambio de legislación en la jurisdicción especializada, es otra la lectura que se le debe dar al delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, por cuanto el tipo penal consagrado en el artículo 127 de la Ley 522 de 1999¹⁸¹ fue modificado por el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010. Bajo ese entendido, debe recordarse que la descripción típica establecida en el Código Penal Militar de 1999 determinaba que se trataba de un delito de ejecución instantánea, puesto que su consumación tenía lugar cuando el soldado profesional o voluntario abandonaba los deberes propios del servicio, siempre y cuando se encontrara en campaña u operaciones militares, sin que importara el lapso que se mantuviera el abandono o si su intención era o no hacerlo de forma definitiva¹⁸². Sin embargo, con la expedición de la Ley 1407 de 2010, norma que cobró eficacia jurídica, es obligatoria y

oponible desde el 17 de agosto del mismo año¹⁸³ en su parte sustantiva no así la adjetiva en cuanto esta quedó sujeta al régimen de implementación del sistema penal oral de tendencia acusatoria¹⁸⁴, la estructura del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales se modificó, puesto que además de la hipótesis establecida en la Ley 522 de 1999, se introdujo una nueva modalidad conductual para este delito, así: Artículo 108. Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales (...). Ello permite establecer, que la segunda de las modalidades conductuales que configuran típicamente el punible de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales no interesa que la apostasía se produzca cuando el agente se encuentre cumpliendo comisión de tipo militar estratégica, táctica, de servicios, entrenamiento o administrativa, como lo hace ver la defensa, sino que tenga lugar cuando el soldado voluntario o profesional se encuentre cumpliendo funciones propias del servicio. Así mismo, a diferencia de la primera de las hipótesis normativa se incluye un ingrediente normativo temporal a la conducta delictual, al punto que se demanda que la ausencia se produzca por más de cinco (5) días, lo que determina que en este evento la estructura dogmática del delito se varíe, puesto que no se trata de una conducta punible de ejecución instantánea sino de ejecución permanente, en tanto los efectos del injusto y del proceso consumativo se proyectan en el tiempo, de manera que la conducta a pesar de consumarse formalmente pasado el quinto día sigue lesionando o poniendo en peligro el bien jurídicamente protegido por la norma, hasta tanto su autor no decida hacerlo cesar u ocurra otro evento externo que ponga fin a tales efectos¹⁸⁵. En esas condiciones, el actuar del SLP. REPF. se adecúa plenamente a la segunda de las hipótesis conductuales contenidas en el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010, por lo que su actuar resulta típico, como lo estableció la sentencia recurrida”. **(Rad. 158732 del 27 de septiembre de 2019, M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez).**

Jurisprudencia concordante: Rad. 156389, M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión del 15 de marzo de 2010; Rad. 157560, M. P. CR Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión del 15 de mayo de 2013.

183 Sentencia C-444 de 2011.

184 La “implementación” de una norma hace referencia al proceso por medio del cual la política que dicha norma articula jurídicamente es puesta en ejecución; se trata de una serie ordenada de pasos, tanto jurídicos como fácticos, predeterminados por la misma norma –o por aquellas que la desarrollen–, encaminados a lograr la materialización, en un determinado período de tiempo, de una política pública que la norma refleja. Por lo mismo, la noción de “implementación” tiene una dimensión jurídica, una dimensión material o fáctica y una dimensión temporal, cuyo contenido habrá de ser determinado por el Legislador. Analíticamente, una política pública primero es diseñada y luego es implementada. La articulación jurídica del diseño de la política conlleva que la implementación futura de esta no sea sólo política sino también judicial (sentencia C-873 de 2003).

185 Tribunal Superior Militar, Rad. 158224 del 24 de junio de 2015, M. P. CN. Julián Orduz Peralta.

181 Artículo 127. Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales. “El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña u operaciones militares, por cualquier tiempo, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años”.

182 Tribunal Superior Militar, sentencia 17 de mayo de 2011, Rad. 156981, MP. MY. (RA) Maycel Plaza Arturo.

CAPÍTULO III DE LA DESERCIÓN

Artículo 109. Deserción.

Incurrirá en prisión de ocho (8) meses a dos (2) años, quien estando incorporado al servicio militar realice alguna de las siguientes conductas:

1. Se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio.
2. No se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado.
3. Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares.
4. El prisionero de guerra que recobre su libertad hallándose en territorio nacional y no se presente en el término previsto en los numerales anteriores.
5. El prisionero de guerra que recobre su libertad en territorio extranjero y no se presente ante cualquier autoridad consular o no regrese a la patria en el término de treinta (30) días, o después de haber regresado no se presente ante la autoridad militar, en el término de cinco (5) días.

Los condenados por este delito, una vez cumplida la pena, continuarán cumpliendo el servicio militar por el tiempo que les falte.

Los condenados por este delito, una vez cumplida la pena, continuarán cumpliendo el servicio militar por el tiempo que les falte.

Artículo 110. Agravación punitiva.

La pena prevista en el artículo anterior se aumentará hasta en la mitad cuando la conducta se cometa en tiempo de guerra o conmoción interior, o ante la proximidad de rebeldes o sediciosos, y hasta el doble en tiempo de guerra exterior.

Artículo 111. Atenuación punitiva.

Las penas de que tratan los artículos anteriores se reducirán hasta en la mitad cuando el responsable se presentare voluntariamente dentro de los ocho (8) días siguientes a la consumación de la conducta.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

(...)

Artículo 216. La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

Ley 1861 de 2017 “por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”.

(...)

Artículo 4°. Servicio Militar Obligatorio. El servicio militar obligatorio es un deber constitucional dirigido a todos los colombianos de servir a la patria, que nace al momento de cumplir su mayoría edad para contribuir y alcanzar los fines del Estado encomendados a la Fuerza Pública. Todos los colombianos están obligados a tomar

las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional, y las instituciones públicas con los beneficios y exclusiones que establece la presente Ley. Salvo para quienes ejerzan el derecho fundamental a la objeción de la conciencia. (...)

TÍTULO II

CAPÍTULO I

DE LA SITUACIÓN MILITAR SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Artículo 11. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar como reservista de primera o segunda clase, a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad y hasta el día en que cumpla 50 años de edad.

Artículo 12. Causales de exoneración del servicio militar obligatorio. Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos:

- a. El hijo único, hombre o mujer.

- b. El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento.
- c. El hijo de padres Incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando estos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, siempre que dicho hijo vele por ellos.
- d. El hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio, a menos, que siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo.
- e. Los hijos de oficiales, suboficiales, soldados e infantes de Marina profesionales, agentes, nivel ejecutivo y de la Fuerza Pública que hayan fallecido, o que los organismos y autoridades médico-laborales militar o de policía hayan declarado su invalidez, en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, a menos que, siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo.
- f. Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Asimismo, los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias dedicados permanentemente a su cultura.
- g. Los casados que hagan vida conyugal.
- h. Quienes acrediten la existencia de unión marital de hecho legalmente declarada.
- i. Las personas en situación de discapacidad física, psíquica, o sensorial permanente.
- j. Los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior.
- k. Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil.
- l. Las víctimas del conflicto armado que se encuentren inscritas en el Registro Único de Víctimas (RUV).
- m. Los ciudadanos incluidos en el programa de protección a víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación.
- n. Los ciudadanos objetores de conciencia.
- o. Los ciudadanos desmovilizados, previa acreditación de la Agencia Colombiana para la Reintegración.
- p. El padre de familia.

Parágrafo 1º. Los ciudadanos adelantarán el trámite de reconocimiento de su objeción de conciencia, a través de la comisión interdisciplinaria creada para tal fin.

Parágrafo 2º. Las personas que se encuentren en una causal de exoneración podrán. Prestar el servicio militar cuando así lo decidan voluntaria y autónomamente. (...)

Artículo 15. Prestación del servicio militar obligatorio. El servicio militar obligatorio se prestará como:

- a. Soldado en el Ejército.

- b. Infante de Marina en la Armada Nacional.
- c. Soldado de Aviación en la Fuerza Aérea.
- d. Auxiliar de Policía en la Policía Nacional.
- e. Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Parágrafo 1º. Las personas que presten el servicio militar obligatorio como Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, previo convenio entre los Ministerios de Defensa Nacional, de Justicia y del Derecho y el INPEC, se regirán por las disposiciones de esta ley y las demás aplicables al servicio militar en Colombia.

Parágrafo 2º. El personal de que trata el presente artículo prestará su servicio militar obligatorio en las áreas geográficas que determine cada Fuerza y la Policía Nacional".

Respecto a los numerales 4 y 5 del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, encontramos la definición de Prisioneros de Guerra en el Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949, así:

(...) Artículo 4º – Prisioneros de guerra

A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:

- 1) Los miembros de las Fuerzas Armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas Fuerzas Armadas;
- 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:
 - a) Estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
 - b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;
 - c) llevar las armas a la vista;
 - d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;
- 3) los miembros de las Fuerzas Armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la potencia detenedora;
- 4) las personas que sigan a las Fuerzas Armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las Fuerzas Armadas a las cuales acompañan, teniendo estas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto;
- 5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la

marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional;

6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en Fuerzas Armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra.

B. Se beneficiarán también del trato reservado en el presente Convenio a los prisioneros de guerra:

1) Las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las Fuerzas Armadas del país ocupado, si, por razón de esta pertenencia, la potencia ocupante, aunque inicialmente las haya liberado mientras proseguían las hostilidades fuera del territorio que ocupa, considera necesario internarlas, especialmente tras una tentativa fracasada de estas personas para incorporarse a las fuerzas armadas a las que pertenezcan y que estén combatiendo, o cuando hagan caso omiso de una intimidación que les haga por lo que atañe a su internamiento;

2) las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el presente artículo que hayan sido recibidas en su territorio por potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes estas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional, sin perjuicio de un trato más favorable que dichas potencias juzguen oportuno concederles, exceptuando las disposiciones de los artículos 8, 10, 15, 30, párrafo quinto, 58 a 67 incluidos, 92 y 126, así como las disposiciones relativas a la potencia protectora, cuando entre las Partes en conflicto y la potencia neutral o no beligerante interesada haya relaciones diplomáticas. Cuando haya tales relaciones, las Partes en conflicto de las que dependan esas personas estarán autorizadas a ejercer, con respecto a ellas, las funciones que en el presente convenio se asignan a las potencias protectoras, sin perjuicio de las que dichas Partes ejerzan normalmente de conformidad con los usos y los tratados diplomáticos y consulares.

C. El presente artículo no afecta al estatuto del personal sanitario y religioso, como se estipula en el artículo 33 del presente convenio”.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
– **Servicio Militar** –

Justificación - El servicio militar está concebido como un deber de los colombianos, que se basa en la defensa de la independencia nacional y la protección de las instituciones públicas, presupuestos sine qua non del logro de los fines esenciales del Estado. Sin el concurso de la Fuerza Pública –que actualmente requiere del servicio militar obligatorio–, el Estado no podría garantizar su subsistencia, ni estaría en capacidad de asegurar a la población el ejercicio de sus derechos. Por esto, el deber de definir la situación militar tiene trascendencia social y,

para evitar su inobservancia, puede contar con los elementos de coerción previstos en los artículos 36, 37, 41 y 42 de la ley 48 de 1993”. **(Radicado C-406/94 M. P. Dr. Jorge Arango Mejía del 15 de septiembre de 1994).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – **¿Desde cuándo se adquiere la calidad militar?**

“7.3. La incorporación como soldado, sin embargo, solamente es predicable, una vez que se da de alta al conscripto mediante la Orden del Día u orden administrativa de la Unidad o contingente, comenzando la respectiva prestación del servicio militar y la instrucción correspondiente.

(...) 7.6. Una vez producida la incorporación del conscripto al servicio, previo el cumplimiento de los anteriores requisitos, a través de dicho acto se entiende para todos los efectos legales discernida la calidad de militar, que produce todos los efectos que le son inherentes, tanto desde el punto de vista de los derechos, prerrogativas y estímulos que esta condición otorga, como también, en cuanto al sometimiento a la estructura, organización y disciplina castrenses, quedando subordinado por el régimen y jurisdicción especiales que le son propios y que se han establecido para el cumplimiento de la garantía constitucional de defensa de la independencia nacional y las instituciones públicas. **(Proceso No 9921, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, del 14 de marzo 2002).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **El sujeto activo en el delito de desertión.**

“El acto administrativo que da de alta al soldado lo vincula con el servicio militar obligatorio. (...) Otorgada la incorporación al servicio militar como soldado al expedirse el Acto Administrativo, Orden del Día N.º 050, se entiende la calidad de militar y a partir de tal reconocimiento se generan todos los derechos y obligaciones, que enmarcan la organización militar, la cual contiene su régimen legal propio y para su preservación en igual sentido posee a su régimen disciplinario y penal. En ese orden de ideas una vez expedido el acto administrativo la calidad de militar se reconoce con presunción de legalidad y no es la justicia penal militar la llamada desconocer tal calidad. Razón por la cual, no es viable predicar una mala incorporación como causal de atipicidad suponiendo que el sujeto activo no tiene el requisito normativo de la legal incorporación. (...)”. **(Rad. 155858, 18 de marzo de 2010, M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **La calidad de militar se pierde con la ejecutoria del acto administrativo que dispone el retiro y no con la novedad fiscal.**

“(…) Ahora, si bien es cierto la Orden Administrativa de Personal N.º 1665 del 25 de octubre de 2009 del Comando Ejército, allegada al expediente, dispone el retiro del servicio activo del SLR. HRPM. con novedad fiscal 8 de agosto de 2009,

no puede ser considerada esta última fecha como la pérdida de su calidad de militar, pues se estaría desconociendo los términos de ejecutoria y efectos legales de un acto administrativo, sin que ello pueda confundirse con la figura de “novedad fiscal”, la cual es exclusivo para asuntos de nómina o prestacional, sumado a que ello no puede suprimir, modificar o anular efectos ya producidos durante ese lapso, como es la consumación de una presunta conducta delictiva militar.

En otros términos, el retiro efectivo del miembro de la Fuerzas Militares sólo rige a partir de la ejecutoria del acto administrativo que dispone su retiro, que para el caso en estudio es el momento de la ejecutoria de la Orden Administrativa N.º 1665 del 27 de octubre de 2009. (...).

Posterior a esto y conforme a lo arriba anotado, la Sala quiere perpetuar para no ser excluida la parte de la determinación de la novedad fiscal, el rehúso, de tomar como fecha de retiro de la Fuerza Pública la fecha de la novedad fiscal pues contemplamos que la calidad de ser militar deberá determinarse o perderse en el momento en que quede ejecutoriado y que cobre firmeza el acto administrativo, pues es claro que la novedad fiscal es entendida como efectos patrimoniales, o sea, suma de dinero que deja de percibir un miembro por un tiempo estipulado”. **(Rad. 156477, 29 de junio de 2010, M. P. TC Pedro Gabriel Palacios Osma, Tercera Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Acto administrativo de licenciamiento.**

Impacto en el delito de deserción “Sea lo primero precisar que está probada dentro del sumario, la ausencia física del auxiliar bachiller a las filas por un lapso de tiempo que superó los cinco (5) días que demanda el tipo penal de deserción, situación que no tuvo reparo alguno por parte de la defensa. Distinto es abordar el tema del acto administrativo del licenciamiento, señalando que goza de presunción de legalidad a pesar que materialmente no haya cumplido con el requisito de validez en el trámite de su expedición, al no haber cumplido con los doce (12) meses de servicio militar efectivo. Ese acto administrativo de licenciamiento, es una situación particular y concreta, con efectos individuales sobre la terminación del servicio militar obligatorio del AB. DFPC., mas no es una decisión que produzca efectos directos en cuanto a la responsabilidad penal por la comisión del delito de deserción. Del acto administrativo de licenciamiento, se puede afirmar que el atributo de la eficacia se ve reflejado en la expedición de la libreta militar, y el atributo de la validez se desarrolla por la presunción de legalidad, hasta tanto no se produzca el decaimiento del acto administrativo, ya sea por vía de la revocatoria directa, o la declaración de nulidad. En el caso sub júdice, podría sugerirse que el acto administrativo ha de ser nulo por cuanto los requisitos de validez están viciados ya que materialmente el tiempo de prestación de servicio no fue cumplido en su totalidad por el mencionado auxiliar bachiller.

(...) La única circunstancia en que el acto administrativo de licenciamiento impacta el delito de deserción imputado al AB. DFPC.,

es en cuanto al término de prescripción de la acción, bajo el entendido que siendo el delito de deserción de aquellos de ejecución permanente (TSM Rad.158237/14 Ago.2015) - (TSM Rad.158263/30 Oct.2015), cuando se produce el acto de licenciamiento, cesa el deber de presencia del policial a las filas y a partir de allí, se iniciaría a contar el término prescriptivo de la acción penal”. **(Rad. 158587 del 24 de enero de 2017, M. P. CR (RA) Fabio Enrique Araque Vargas, Tercera Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – **Etapas para la prestación del servicio militar.**

(...) La prestación del servicio militar obligatorio en este sentido, involucra varias etapas, que según las sentencias T-288 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-1083 de 2004 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), inician con la inscripción del ciudadano y finalizan con su clasificación⁴⁶, así:

“(i) La inscripción, que debe hacerse en el lapso del año anterior al cumplimiento de la mayoría de edad, (artículo 14, Ley 48 de 1993); (ii) la realización del primer examen de aptitud sicofísica para todos los inscritos, o de un segundo (opcional) a petición de las autoridades de reclutamiento o del propio inscrito (artículos 16 a 18, ídem); (iii) el sorteo, que se efectúa entre todos los ‘conscriptos’ aptos, salvo que el número de ellos no sea suficiente (artículo 19, ídem); (iv) la concentración e incorporación, que tienen lugar tras haber sido citados los conscriptos aptos elegidos, con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar (artículo 20, ídem); (v) la clasificación por falta de cupo, haber presentado una causal de exención o de inhabilidad, lo que significa eximir a la persona de prestar el servicio militar bajo banderas (artículo 21, ídem)”.

(...) En consecuencia, se concluye que el cumplimiento de las etapas mencionadas es presupuesto necesario para la expedición de la tarjeta o libreta militar, que es el documento que acredita la definición de la situación militar. Por lo tanto, aunque la tarjeta militar no puede ser exigida por las entidades públicas y privadas, sí se exige que éstas verifiquen el cumplimiento de esa obligación civil, cuando celebren contratos, se tome posesión de cargos públicos o se obtenga un grado profesional”. **(T-774/08, M. P. Mauricio González Cuervo, del 1º de agosto de 2008).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – **Trámite para prestar servicio militar.**

“De manera general, se prevé que todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar desde el momento en el que cumpla la mayoría de edad, con excepción de los jóvenes menores y mayores de edad elegidos, quienes pueden aplazar el cumplimiento de este deber y cumplirlo al finalizar los estudios de pregrado. Esta obligación únicamente cesará a los 50 años de edad¹⁸⁶. Para atender el compromiso relacionado

186 Esta obligación está consagrada en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”.

con la prestación del servicio militar obligatorio, se contemplan distintas modalidades¹⁸⁷ y se establecen diversas etapas que deben surtirse a efectos de lograr la definición de este mandato, las cuales fueron sistematizadas en el capítulo 2 de la Ley 48 de 1993 (artículos 14 al 22), en el capítulo 3 y siguientes del Decreto 2048 de 1993 (artículos 12 al 22)¹⁸⁸ y a la fecha en el capítulo 2 de la Ley 1861 de 2017 (artículos 17 al 25).

El trámite inicia con la inscripción, la cual debe efectuarse ante el distrito militar respectivo dentro del año inmediatamente anterior al cumplimiento de la mayoría de edad. Dicha inscripción prescribe al término del año; vencido este plazo surge la obligación de agotar tal trámite nuevamente¹⁸⁹. Posterior a la inscripción, el ciudadano deberá practicarse 3 exámenes médicos de aptitud psicofísica, para identificar si existen inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar y, de ser así, serán declarados “no aptos”; de lo contrario, serán declarados idóneos y hábiles para la prestación del servicio militar (aptos)¹⁹⁰.

Culminada la etapa anterior, frente a aquellos ciudadanos que fueron declarados conscriptos aptos, se iniciará el proceso de elección mediante el procedimiento de sorteo para el ingreso a la prestación del servicio militar en el lugar, fecha y hora determinados por las autoridades de reclutamiento. La Ley 1861 de 2017 aclaró que los colombianos declarados aptos podrán ser incorporados a partir de la mayoría de edad, hasta faltando un día para cumplir los 24 años¹⁹¹. El sorteo se realizará públicamente, y en él se escogerá al soldado principal y al suplente. Cualquier reclamación relacionada con el proceso de selección deberá hacerse después de terminado el sorteo y hasta 15 días calendario antes de la incorporación a las filas del Ejército¹⁹². **(T-553/17, M. P. Diana Fajardo Rivera. del 17 de agosto de 2017).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **La indebida incorporación no hace atípica la conducta. Ausencia de responsabilidad por estado de necesidad.**

“(…) No puede desconocerse y es necesario recalcarlo que nuestra Carta Política ha establecido en su artículo 5°, a la familia como institución básica de la sociedad y a los niños como titulares de privilegiados de un interés jurídico superior, así lo quiso el Constituyente de 1991 cuando consagró en su artículo 44 una protección especial para la niñez, tanto es así

que la norma establece que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”.

Esta especial protección para la niñez, no solo es consagrada por nuestra Carta Superior, sino también por Instrumentos Internacionales, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 de 1991, la cual hace parte integrante del Bloque de Constitucionalidad, conforme al artículo 93 Superior y ella trata “sobre el reconocimiento de la vulnerabilidad de los niños y sobre sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como elementos integrantes de un conjunto, los cuales constituyen el mínimo necesario para la supervivencia y el desarrollo de la Infancia. Ellos son, el derecho a la vida, a la identidad, a una relación armónica con los padres, a la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación en cuanto sean posibles, a la participación en la toma de decisiones sobre asuntos que lo afecten, a protecciones frente a abusos, circunstancias de desamparo o de conflicto, a un trato especial cuando la condición especial del niño lo requiera, a la vivienda y al abrigo, a la nutrición y a la salud, a la educación, a la recreación y a la cultura dirigidas al desarrollo de la personalidad, de las aptitudes y de la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”.

Dentro de los principios que establece la Convención encontramos que “un niño puede estar adecuadamente alimentado, pero si no se le educa, se le permite el acceso a la cultura, se le ampara de la explotación laboral y de cualquier forma de abuso, no puede decirse que esté protegido, pues se trata de derechos que conforman un todo integrado”.

Por lo dicho, es que encuentra esta sala de decisión que si bien es cierto el hoy acriminado se ausentó por más de cinco días consecutivos de la obligación legal de la prestación del servicio militar, también lo es que ello obedeció también a deberes de orden Constitucional, legal y moral, tendientes a la protección de su menor hijo y de su anciana madre, la cual, como ya se dijo, lo hace incurso en una causal excluyente de responsabilidad, como lo es el Estado de Necesidad, por la cual, como también se había anunciado en líneas precedentes se procederá a su absolució, como más adelante se decantará, dado que aquél deber debe ceder en favor de este, por la especial protección que en nuestro Estado Social de Derecho tienen los menores.” **(Rad. 155145, 25 de marzo de 2009, M. P. TC Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión).**

187 Artículo 13 de la Ley 48 de 1993, artículo 8° del Decreto 2048 de 1993 y artículo 15 de la Ley 1861 de 2017.

188 A partir del Capítulo III de este decreto se regula lo relacionado con las formalidades de la inscripción, los exámenes de aptitud psicofísica, el sorteo, la clasificación, las situaciones especiales, las exenciones y aplazamientos.

189 Artículo 14 de la Ley 48 de 1993, artículos 12 al 14 del Decreto 2048 de 1993 y artículo 17 de la Ley 1861 de 2017.

190 Artículos 15 al 18 de la Ley 48 de 1993, artículos 15 al 20 del Decreto 2048 de 1993 y artículos 18 al 21 de la Ley 1861 de 2017.

191 Parágrafo del artículo 23 de la Ley 1861 de 2017.

192 Artículos 19 y 20 de la Ley 48 de 1993, artículo 21 del Decreto 2048 de 1993 y artículos 22 al 24 de la Ley 1861 de 2017.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Presunción de legalidad de los actos administrativos de incorporación al servicio militar.**

“El acto administrativo es la manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos, que se presume legal hasta tanto no sea declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por su parte, corresponde a la Fuerza Pública por mandato constitucional instruir y preparar a los colombianos que deban “tomar las armas cuando la necesidad pública lo exija”. Para el cumplimiento de dicha finalidad, se delegó en las autoridades de reclutamiento realizar el proceso de selección e incorporación de los ciudadanos que deban resolver su situación militar, actividad que en su momento se encontraba reglada por la Ley 48 de 1993, que establecía las siguientes etapas o fases: “(i) La inscripción, que debe hacerse en el lapso del año anterior al cumplimiento de la mayoría de edad; (ii) la realización del primer examen de aptitud psicofísica para todos los inscritos, o de un segundo (opcional) a petición de las autoridades de reclutamiento o del propio inscrito; (iii) el sorteo, que se efectúa entre todos los “conscriptos” aptos, salvo que el número de ellos no sea suficiente; (iv) la concentración e incorporación, que tienen lugar tras haber sido citados los conscriptos aptos elegidos, “con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar”; (v) la clasificación por falta de cupo, haber presentado una causal de exención o de inhabilidad, lo que significa eximir a la persona de prestar el servicio militar bajo banderas”.

Procedimiento que cumplido satisfactoriamente, involucra al comandante de la respectiva fuerza o unidad para que profiera el acto administrativo de incorporación al servicio militar del conscripto, a través de una resolución, orden administrativa de personal, Orden del Día o cualquier otro acto positivo que establezca el ingreso al servicio militar obligatorio del ciudadano, manifestación de la administración que le otorga al incorporado no solo todos los derechos y deberes frente a la Fuerza Pública, sino que además, lo hace sujeto de acción disciplinaria conforme los Reglamentos de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y/o la Policía Nacional y, por su puesto, sujeto de aplicación de la ley penal militar en los eventos de comisión de delitos que guarden relación con el servicio.

Bajo ese contexto, no corresponde a la jurisdicción penal militar dilucidar la legalidad de ese acto administrativo, en tanto, la competencia para declarar su validez o nulidad radica en la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto éstos tienen la capacidad de crear o modificar una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permiten aplicar a esta una situación jurídica objetiva. (...)

En esas condiciones, desconocer el acto administrativo de incorporación calificándolo de “ilegítimo”, como lo hiciera la juez A quo, constituye un desbordamiento de la esfera propia de competencia atribuida al juez de conocimiento penal militar, en tanto, extiende su función a aspectos que son objeto de jurisdicción distinta, escenario propicio dentro del cual debe debatirse la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que determinará su declaratoria de nulidad, decisión solo a partir de la cual se separa de la presunción de legalidad y deja de producir efectos jurídicos”. (Rad. 158947 del 16 agosto de 2018, M. P. TC Wilson Figueroa Gómez, Segunda Sala de Decisión) (Cfr. Rad. 158944 del 26 de octubre de 2018).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **El delito de desertión protege el servicio militar obligatorio.**

“(…) porque el delito de desertión por el cual se adelanta la investigación contra el auxiliar bachiller MCDF., no protege como bien jurídico el servicio policial en sí, como lo pretende hacer ver el togado sino el servicio militar obligatorio, estando claro que este delito requiere de un sujeto activo calificado que no es otro que aquel que se encuentre incorporado al servicio militar, sin que importe el hecho o la circunstancia de que esté desarrollando alguna actividad propia del servicio militar o policial, pues es un reato de ausencia que se puede dar incluso cuando el Soldado, Infante de Marina o Auxiliar Bachiller no se presenta dentro de los cinco días consecutivos siguientes a la finalización de un permiso, licencia o comisiones”. (Rad. 155537, 28 de mayo de 2009, M. P. TC. Jacqueline Rubio Barrera, Sala Cuarta de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Naturaleza y características del delito de desertión.**

“Respecto del punible en comento, vale recordar que este Colegiado en múltiples oportunidades se ha pronunciado sobre su naturaleza y características, precisando que corresponde a un tipo penal compuesto de carácter especial, en la medida que describe una pluralidad de comportamientos que contienen ingredientes normativos particulares y autónomos que los identifican. Esta conducta punible registra la presencia de un sujeto activo calificado, que no simplemente corresponde al militar o policial en servicio activo, sino que, además, este debe estar prestando el servicio militar, y en virtud de ello ostentar la calidad de soldado o infante de marina regular, bachiller o campesino, auxiliar de policía o auxiliar bachiller, conforme a lo establecido en el artículo 216 de la Carta Política y la Ley 48 de 1993¹⁹³.

El tipo penal en referencia está diseñado para proteger el bien jurídico del Servicio, describiendo un comportamiento negativo que se agota con la acción del autor que no requiere la producción de un resultado, actuar omisivo y eminentemente doloso que se concreta en el incumplimiento del deber de presencia y permanencia que le asiste al uniformado en observancia del mandato constitucional y legal encomendado; tipo penal en el que objetivamente incurrió el hoy enjuiciado, pues superó el margen de los cinco (5) días que demanda el numeral primero del artículo en cita, en tanto dejó de asistir al servicio desde el 3 de febrero de 2016, luego de disfrutar un permiso otorgado”. (Rad. 158944 del 26 de octubre de 2018, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez).

193 El artículo 13 de la Ley 48 de 1993, estableció: “Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- Como soldado regular, de 18 a 24 meses.
- Como soldado bachiller, durante 12 meses.
- Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.
- Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.”

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- Alcances del tipo penal contenido en el artículo 128-3 del Código Penal Militar.

“es necesario precisar lo que debe entenderse como “los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares” (...).

Partiendo del término “campamento”, encontramos que en los distintos reglamentos militares no se hace alusión a este concepto para definirlo como aplicable a las Fuerzas Militares, siendo utilizado en el Reglamento de operaciones en combate irregular (Reglamento FF. MM. 3-10 Reservado - 2004) para identificar el sitio en el cual se centralizan las actividades político-armadas y organizativas de una determinada cuadrilla de mayor o menor tamaño y aún de las fracciones de grupo, si están actuando descentralizadamente, refiriéndose a la “subversión” como agentes generadores de violencia en nuestro país, agregando que también es el lugar que sirve de la misma manera para llevar a cabo reorganizaciones, conferencias y para el reposo. Que los mismos pueden ser semifijos y que las fracciones de grupo también utilizan el campamento cuando actúan descentralizadamente, aunque debido al tamaño y al reducido número de sus integrantes es de características transitorias, fácil de instalar y de movilizar y las medidas de seguridad de menor alcance”.

En el diccionario militar, aeronáutico, naval y terrestre, “campamento” significa: “acción de acampar o acamparse. Estacionamiento de tropas bajo tiendas; de semovientes, en círculos o en filas; y de vehículos y material, aparcados. Lugar en despoblado que sirve de establecimiento temporal, durante maniobras o en campaña, a fuerzas del ejército, resguardadas de la interperie con tiendas, chabolas o barracas, distribuidas de modo que dejen entre sí mediante calles o espacios libres, fácil tránsito para la rápida formación en caso de alarma, así como la circulación ordinaria y la vigilancia diurna y nocturna”.

“Y el mismo término en el diccionario de la academia de la lengua española, significa: “la acción de acampar o acamparse. Lugar circunscrito donde se establecen temporalmente las fuerzas del Ejército. Tropa acampada.

Y acampar: “detenerse, hacer alto en el campo, alojándose o no en tiendas o barracas”.

De los anteriores conceptos, aparece perfectamente claro que el término campamento se está refiriendo a la acción de detenerse temporalmente, de hacer un alto en el desarrollo de una maniobra u operación, cuando alguna necesidad específica así lo requiera.

En el reglamento de operaciones en combate irregular para las Fuerzas Militares, esta actividad de acampar se encuentra contenida en el concepto de “áreas de reunión (temporales)” las que se definen así: “cuando por circunstancias relacionadas con el enemigo, tiempo o terreno, se requiera que una patrulla se detenga por un corto período, debe seleccionar un área de reunión que proporcione por su ubicación y naturaleza, seguridad pasiva contra la acción del enemigo.

El tiempo de permanencia en esta área, depende de la situación que se presente en el momento. Las situaciones que normalmente requieren el establecimiento de un área de reunión son:

Suspender todo movimiento, para evitar que la patrulla sea descubierta por el enemigo.

- Ocultarse del enemigo y la población civil durante un reconocimiento prolongado y detallado del área objetivo.
- Recuperación física de los hombres, confección de alimentos, mantenimiento preventivo de material y reabastecimientos.
- Efectuar coordinaciones, recibir y/o emitir órdenes para las acciones en el objetivo. Reorganizar la patrulla después que esta se ha infiltrado.

Estas áreas de reunión así concebidas, en las operaciones de control militar de área, encuentran su denominación como bases de patrullaje móvil, las que encontramos en el mencionado reglamento, describiéndolas como: “durante el desplazamiento o en cumplimiento de misiones de patrullaje, las unidades se ven precisadas a hacer altos, durante períodos que se extienden por no más de veinticuatro horas. En este caso; ocupa una base móvil, a cubierto de la población civil, para continuar posteriormente la acción. En sí, la base móvil no es más que una porción de terreno, que ofrece ventajas y es ocupada transitoriamente”, cuyos propósitos encuentran equivalencia con el aérea de reunión transitoria, antes descritas, los que se transcriben a continuación:

Realizar actividades de carácter táctico-administrativo después de efectuar movimientos prolongados a fin de tomar descansos, preparar alimentos, limpiar armas, mantener el equipo y pernoctar.

- Efectuar apreciaciones de situación, para emitir órdenes fragmentarias.
- Hacer reconocimientos del terreno.
- Actividades de reabastecimiento y de apoyo logístico.
- Efectuar evacuaciones de personal.

De esta forma, la noción de campamento, queda reflejada en cualquier área de reunión temporal en los términos antes descritos, siempre que se esté desarrollando una operación militar, cuyos límites le corresponde fijar al Comandante de la Unidad comprometida en el área. Con lo dicho hasta aquí, esta Sala fija su criterio respecto del tema, el que se sustenta en el análisis de los reglamentos militares vigentes. Y aunque el actual Código Penal Militar ya no utiliza el término “campaña”, sino, “operaciones militares”, el criterio de transitoriedad que se venía manejando en la jurisprudencia de este Tribunal, traída por la Procuraduría Judicial que actúa ante esta corporación, de fecha 14 de marzo de 1984, fecha en que estaba vigente el decreto 250 de 1958, no difiere mucho cuando en ella se afirma: “la expresión campaña conlleva la idea de transitoriedad a diferencia de una base militar o Unidad destacada como la Base Alguacil (...).”.

Pasemos ahora a desentrañar el significado de “jefe de tropas en operaciones militares”, que

no puede ser otro que el comandante a cada nivel, encargado de la conducción militar (forma delegada del mando para ejercerlo a través de la planeación, la ejecución y el control), y aunque la aplicación del poder de combate requiere indiscutiblemente de una unidad de comando, la descentralización propia de las operaciones de combate irregular, al hacer difícil la unidad de dirección, descansa en cada comandante encargado en el área, el mando directo sobre los hombres y sobre las operaciones, que incluye obviamente la responsabilidad para usar eficazmente los recursos disponibles para el cumplimiento de la misión asignada y que tiene su sustento en el concepto de "cadena de mando" (sucesión de mando, que va del comando superior al inmediatamente subordinado y así sucesivamente)[31]. Pasando ahora al tema de las operaciones militares, tenemos que ellas son:

- Ocupación
- Registro
- Control militar de área
- Destrucción
- Repliegue ofensivo

Cuyos conceptos básicos y aplicación se encuentran ampliamente desarrollados en el Reglamento FF. MM. 3-10 antes aludido". (...).

"En este orden de ideas, los límites que se fijen en la base de patrullaje móvil, son los que nos van a permitir establecer si la conducta del procesado encuentra total adecuación al tipo penal que se le endilga, como el conocimiento que tuviera de ellos previo a su evasión de aquel sitio". (Rad. 155646, 2 de marzo de 2009, M. P. MY. (r) Marysel Plaza Arturo, Tercera Sala de Decisión). (Cfr. Reglamento FF. MM. 3-10 Reservado de 2004, en el diccionario militar, aeronáutico, naval y terrestre. Libro científico, de la bibliográfica Omeba, tomo I, impresión 1961 en Nicaragua, pág. 675, Diccionario EVEREST Cuspine. Editorial Everest. León (España), Reglamento FF. MM. 3-10 Reservado 2004, Numeral 3, artículo 128 del CPM 30 Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto para las Fuerzas Militares pg. 33 31 Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto para las Fuerzas Militares pg. 38)

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Puede presentarse un error de tipo cuando el uniformado tiene el convencimiento de que traspasar los límites del campamento no constituye delito, por considerar que ello solo se presenta por ausencia por más de cinco días.**

"Ahora bien, también se consideró en el recurso que el procesado tenía conocimiento de la Deserción clásica 'irse por más de 5 días', de tal forma que su asistido creyó que abandonar el lugar y regresar al día siguiente no era delictuoso, y aunque solamente aludió a lo expresado por el procesado en su indagatoria, apenas citando los apartes, es necesario volver sobre ellos y sobre la circunstancia ocurrida el día anterior a los hechos materia de verificación, para poder discernir si se está ante un error de tipo y si era vencible o no. En este sentido desde ahora debe denotarse el error de la sentencia de primer grado al considerar que el procesado se ausentó de la Base Móvil luego

de que se le designó la consecución de leña, pues ello ocurrió conforme al testimonio del Cabo RL la noche anterior.

(...) La modalidad de deserción por la que fue acusado el procesado (artículo 109 -3 Ley 1407/10) implica elementos descriptivos y normativos que no necesariamente permiten considerar que el soldado regular conocía de ellos porque no están en otras modalidades de deserción, como en la descrita en el numeral primero, que es a la que aparentemente se refiere el señor defensor, como deserción regular, normal y que consiste en el abandono del lugar donde se encuentre prestando el servicio militar en un término mayor a cinco días consecutivos, modalidad bien distinta a la del numeral tercero, que se consume una vez se traspasen (sin autorización) los límites señalados al lugar donde debe permanecer el pelotón o patrulla, por el Jefe de las tropas, y que ello ocurra en operaciones militares. (...)

Consecuente con lo anterior, lo que se quiere significar es que si bien la ausencia o la dejación del lugar donde el soldado se encuentre y la prestación del servicio militar están estrechamente relacionados de tal forma que no podría afirmarse que el soldado regular DFLO desconociera esta relación, ello sí puede predicarse de las terceras de las modalidades previstas en el referido artículo 109, en cuyos elementos no se advierte esta relación, sino unos elementos distintos, vale decir, los atinentes al traspaso de los límites de la Base de Patrullaje Móvil; tanto es así que en el relato que hizo el procesado en su injurada apuntó que "...yo nunca hice eso para quedarme en la casa; yo iba a volver y volví", expresión indicativa de que el soldado regular estaba considerando que regresar no lo haría incurso en el delito de deserción, siendo desafortunado que la imputación fáctica que se puede leer en esa indagatoria no corresponde a los elementos descriptivos y normativos del tipo penal por el que fue acusado y condenado el procesado.

Así las cosas, se puede concluir que el procesado actuó bajo un error de tipo así como se encuentra definido en el siguiente radicado de la Sala se Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia" (Rad. 158146 del 4 de marzo de 2015, M. P. CN. (RA.) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Verbo rector. Traspasar los límites del campamento sin autorización. Antijuridicidad material.**

"En orden a resolver el problema jurídico planteado, inicialmente se debe precisar el concepto de lo que se debe entender por una base de patrulla móvil y sus características, para lo cual se deberá recurrir a la doctrina militar contenida en las normas que regulan estas materias, entre otras, "el Reglamento de operaciones en combate irregular- reglamento 3-10", en concordancia con el "Manual organización del estado mayor y operaciones – EJC 3-50", "Manual de derecho operacional FF. MM 341" y "Reglamento de operaciones y maniobras de combate irregular – EJC-310-1" que modificó y adicionó el EJC-310.

En ese contexto, inicialmente se debe precisar que las bases móviles de patrullaje son aquellas que se instalan cuando “durante el desplazamiento o en cumplimiento de misiones de patrullaje, las unidades se ven precisadas a hacer altos, durante períodos que se extienden por no más de veinticuatro horas.”, para continuar posteriormente la acción, y, tiene entre otros propósitos, “Realizar actividades de carácter táctico – administrativo después de efectuar movimientos prolongados a fin de tomar descansos, preparar alimentos limpiar las armas, mantener el equipo y pernoctar”.

Bajo ese esquema, para el cumplimiento de la misión encomendada y “cuando por circunstancias relacionadas con el enemigo, tiempo o terreno, se requiera que una patrulla se detenga por un corto período...”[100], la patrulla móvil debe fijar una base temporal, que como lo establece el Reglamento, “En sí, la base móvil no es más que una porción de terreno, que ofrece ventajas y es ocupada transitoriamente”[101], también denominadas “Áreas de reunión (temporales)”[102], cuya principal característica es la temporalidad (máximo 24 horas), contrario a lo dispuesto en relación con las bases fijas de patrullaje.

En esa medida, por campamento debe entenderse el espacio físico delimitado, seleccionado por el comandante de la compañía, pelotón, escuadra o patrulla, comprometida en el cumplimiento de la misión militar, para acampar de manera temporal, con el propósito de realizar actividades de carácter táctico – administrativo, tomar descansos, preparar alimentos, hacerle mantenimiento al material de guerra, logístico y demás equipos, descansar y/o pernoctar, de donde deviene que para la fijación de ese espacio físico, se deben tener en cuenta unas condiciones especiales teniendo como fundamento el eje de avance, el lugar donde acampa, la misión que cumpla y demás factores internos y externos determinantes para la seguridad de la tropa.

En suma, es la temporalidad del campamento la que caracteriza la base móvil, en tanto que no puede detenerse en ese lugar más de veinticuatro horas y tiene una finalidad específica, proveer a la tropa de alimentos calientes, descansar, pernoctar, realizar actividades de orden logístico y administrativo, por ello, el límite a ese campamento no puede ser fijado por el Estado Mayor, ni en la orden de operaciones, en tanto que debe materializarse de acuerdo a las condiciones topográficas, climáticas y de seguridad del lugar donde se va a acampar, siendo entonces el comandante de esa tropa, quien debe precisar y fijar los límites del campamento, sin importar el grado o nivel que ocupe en la cadena de mando, como quiera que los mismos deben determinarse a partir del dispositivo de seguridad que deba adoptar.

(...) Los movimientos diarios que realizaba la patrulla, no eran fruto de un capricho del Oficial Comandante del Pelotón, tampoco el deseo de incomodar, aburrir o “montársela” a los soldados, como pareciera lo entienden los procesados, esos desplazamientos obedecían a las tácticas previstas en el Manual EJC-310-1, como “Fundamentos del combate irregular”[108], entre ellos, alcanzar un alto grado de movilidad, lograr flexibilidad, disminuir la vulnerabilidad e

imprimir fluidez en las operaciones, (...), situación prevista en la orden de operaciones”. (Rad. 158286 del 31 de enero de 2017, M. P. MY(r) José Liborio Morales Chinome, Cuarta Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **El ingrediente normativo de proximidad de rebeldes o sediciosos.**

(...) El artículo 129 del Código Penal Militar es uno de aquellos tipos penales que contiene elementos normativos que buscan un modelo más inequívoco del injusto punible, pues van más allá de la mera descripción de los hechos, aquellas expresiones se han entendido como ingredientes normativos del tipo penal. Y en ese orden de ideas conveniente resulta precisar este ingrediente normativo a partir del concepto de rebelión y de sedición plasmados en la norma penal ordinaria Ley 599 de 2000, bajo tal contexto normativo entendemos que rebeldes o sediciosos son aquellas personas que mediante el alzamiento de las armas atacan el régimen legítimo que constitucionalmente se encuentra vigente. Y bajo el caso sub judice tenemos que el Batallón de Infantería N.º 36 “Cazadores” había desplegado al pelotón “Huracán 5” aquel 9 de febrero de 2007 para desarrollar operaciones de registro y control militar de área en pro de ubicar la Sexta Compañía de Milicias de las ONT-FARC, tal como se desprende del Radiograma N.º 0738-DIV6-BR12-BICAZ- S3-OP-375 expedido por el Segundo Comandante del Batallón de Infantería N.º 36 “Cazadores”.

En cuanto a la maniobra de registro y control militar de área se deduce que se estaba en búsqueda de aquella compañía de milicias de las ONT-FARC, y bajo tal presupuesto aceptable resulta predicar que aquellos integran el grupo de personas que el artículo 129 señala como rebeldes o sediciosos. Sin embargo, el ingrediente normativo exige el adjetivo de la proximidad, entendiendo ésta que aquellos subversivos distan poco de las propias tropas, que tendrán un encuentro inmediato y directo, circunstancia ésta que no es viable predicar de la situación fáctica evidenciada en el momento en que el procesado SLC TGW decidió evadirse, recuérdese que en aquellos momentos se encontraban realizando dentro de las maniobras de control un retén militar y no acciones propias y dirigidas para sostener un encuentro próximo o inmediato con los referidos rebeldes...” (Rad. 156317, 27 de abril de 2010, M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- **Reiteración del momento consumativo.**

“Efectos de la fecha de novedad fiscal sobre la condición de militar en servicio activo. “Para resolver la temática planteada con ocasión a la impugnación, la Sala resolverá los siguientes problemas: i) El proceso ejecutivo y momento consumativo del delito de Deserción y, ii) los efectos de la fecha de novedad fiscal y de la orden administrativa que retira del servicio activo a un militar y su trascendencia en el ámbito penal castrense.

i) el proceso ejecutivo y momento consumativo del delito de desertión:

Ha establecido el Legislador Penal Militar de 1999 en la Ley 522, así como en la Ley 1407 de 2010, que para la verificación del delito de desertión se requiere que el soldado se ausente, sin permiso, del lugar donde presta servicio militar obligatorio por más de cinco días consecutivos. Ha precisado el Tribunal que dicho injusto es de mera conducta y para la confrontación del ingrediente objetivo del tipo “más de cinco días”, se debe agotar formal y materialmente el término dispuesto, esto es, haber iniciado el día sexto, máxime si se tiene en cuenta que el Legislador se refiere al agotamiento de “días” y no de horas como erradamente lo concibe la representante del Ministerio Público impugnante, vale decir, sólo hasta cuando se agoten las veinticuatro horas del día de ausencia y el vencimiento de las veinticuatro horas del quinto día, esto es, estar en el sexto aún dentro del primer minuto o segundo, permite colegir que se ha realizado el injusto contra el servicio. Al respecto ha señalado esta Sala de Decisión:

(...) El proceso ejecutivo del delito de desertión. Verificación del ingrediente normativo “más de cinco días”.

“(…) Significa lo anterior que el lapso que fijó el Legislador “más de cinco días” se convierte en ingrediente normativo del tipo, norma penal en blanco, que demanda para su entendimiento el reenvío a los artículos 67 y 68 del Código Civil Colombiano y artículos 59 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, estos últimos de idéntico contenido al primero de los enunciados, que al tenor literal reza:

“Todos los plazos de días, meses o años, de que se hagan mención legal, se entenderán que terminan a la media noche del último día de plazo. Por año y por mes se entiende los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal. Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo (...)”. (Subraya la Sala).

Lo anterior comporta analizar dos momentos: El primero, que P (...) tenía el lapso correspondiente al día seis de junio para presentarse, tiempo que sólo termina a la media noche del referido día, ya que se cuenta no a partir de la hora de presentación sino del vencimiento del día (24:00); consecuentemente, para efectos de la adecuación del comportamiento en el tipo penal dispuesto en el artículo 128 del CPM, su real y efectiva ausencia comienza a contarse a partir del día siete (7) de junio. Como segundo aspecto que la ausencia dispuesta en la norma penal en cita debe producirse no por cinco días, sino por más de cinco días, lo que nos permite afirmar que frente a tal hipótesis sólo estaría incurso en Desertión el día doce de junio, situación que no aconteció (...)”.

ii) los efectos de la fecha de novedad fiscal y de la orden administrativa que retira del servicio activo a un militar y su trascendencia en el ámbito penal castrense.

Resulta oportuno señalar que: “Los actos administrativos tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permiten aplicar a esta una situación jurídica objetiva”. Son precisamente estos los efectos que acontecen cuando un militar o policial es dado de alta o retirado del servicio, por licenciamiento, concepto jurídico o sanidad, mediante una orden administrativa de personal, lo que nos permite afirmar que la condición de militar o policial en servicio activo se mantiene desde que es dado de alta o ingresa al escalafón, hasta cuando se produce la comunicación del acto administrativo que le retira del servicio activo.

¿Este nuevo examen de la temática tratada lleva a la Sala a recoger el criterio que se venía esbozando respecto a que era la novedad fiscal la que retiraba jurídicamente del servicio activo, razonamiento que se reconsidera y hoy demanda determinar que la condición militar o policial se mantiene hasta que se produzca el acto administrativo (orden administrativa de personal) que le separa formal y materialmente del servicio activo, vale decir, debe precisarse que unos son los efectos de la fecha de novedad fiscal de vocación presupuestal y otros bien diferentes los producidos por el acto administrativo “O.A.P.” de tendencia personal y funcional, que fija la calidad militar o policial como el momento desde y hasta cuando es destinatario de la norma penal militar. Dicho de otra manera, aquellos son eminentemente patrimoniales, meramente presupuestales, en el entendido que buscan sacar de nómina o partidas presupuestales al destinatario y, estos corresponden al instante en que material y objetivamente se deja de ostentar la condición personal como lo es el ser militar o policial. Lo planteado resulta por demás obvio de cara a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, pero pareciera ser desatendido por la mala costumbre de la administración al no producir un sólo acto administrativo en el cual debe converger objetivamente la novedad personal y la consecuente fiscal, amén que de aquella debe depender esta, es decir, ha de confluir en una sola disposición legal el retiro del individuo de la institución y su consiguiente e inmediata clausura de nómina o de partidas presupuestales”. (Rad. 156545, 2 de noviembre de 2010, M. P. TC Camilo Andrés Suárez Aldana, Sala Cuarta de Decisión).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Prescripción dos años. Conducta permanente. Excepción de constitucionalidad**

“(…) Jurisprudencial y doctrinalmente se ha dicho que los tipos penales se pueden dividir bajo cuatro criterios básicos, a saber: i) por su estructura, ii) por su contenido; iii) en relación con el sujeto activo, y iv) en relación con el bien jurídico tutelado.

En punto de su contenido encontramos los denominados tipos de conducta permanente, definidos por algunos tratadistas como aquellos en los que el comportamiento del agente se vive renovando persistentemente en el tiempo, como sucede con el secuestro, desplazamiento forzado¹⁹⁴.

194 Manual de derecho penal, parte general, Fernando Velás-

El tema viene siendo abordado por esta Sala respecto de los llamados delitos de ausencia, puntualmente con lo atinente al reato de abandono del servicio y de manera indirecta con la deserción, concluyendo que se trata de conductas de ejecución permanente. (...).

Respecto del delito de deserción, concretamente, en lo que atañe a la hipótesis conductual omisiva y dada su innegable naturaleza de injusto de ejecución permanente, el último acto o el momento en que cesa el deber de actuar para efectos del inicio del cómputo del término de prescripción de la acción penal concurre con alguno de los siguientes eventos, el que tenga primero ocurrencia: i) por regla general, cuando se realicen actos positivos demostrando la cesación de la ilicitud; ii) con la captura o el desacuartelamiento del contumaz¹⁹⁵, cuando se produzca antes del cierre de investigación, y iii) con la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación, cuando no se haya dado ninguno de los anteriores presupuestos¹⁹⁶.

Así entonces los dos primeros eventos para el delito de deserción en casos como el que nos ocupa se traducen en la presentación del uniformado a sus superiores o en su detención física en tanto ha cesado su desertor comportamiento, bien motu proprio o porque el Estado ha asumido el control de las actividades del procesado al privarlo de la libertad. Por otro lado, en el momento de extinguirse la obligación jurídica de presencia y permanencia se ejecuta por última vez la conducta omisiva, puesto que cesa el deber de continuar en el servicio por parte de ciudadano que previa y legalmente ha sido incorporado a él, razón por la que proferido el acto administrativo de desacuartelamiento finiquita la conducta punible. El último evento surge en aquellas situaciones donde no ha sido posible que el desertor se presente, su captura se produce después del cierre de investigación o, simplemente, no se ha podido llevar a cabo su aprehensión. (...).

8.2. Interrupción del término de prescripción de la acción penal

El segundo cuestionamiento por abordar es cómo interrumpir el término de prescripción si actualmente no es factible llevar a cabo audiencia de imputación de cargos por cuanto no ha sido posible implementar el nuevo sistema penal acusatorio en la justicia penal militar.

En efecto, de acuerdo con el principio de legalidad reglado en las codificaciones castrenses, el miembro de la Fuerza Pública solamente podrá ser procesado, juzgado o condenado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le atribuye.

Dicho principio, sostuvo esta Sala de Decisión, nació de la Revolución francesa y del advenimiento del Estado de derecho por oposición a la monarquía y el absolutismo, hallándose consagrado en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 29 al indicar que 'nadie podrá ser juzgado sino

conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa', abarcando este precepto tanto lo atinente a los delitos como lo correspondiente a las penas, erigiéndose así en la esencia de la protección de la libertad individual frente a la eventual arbitrariedad o yerro en que puedan incurrir los funcionarios judiciales en ejercicio de su deber funcional, garantizando de paso el principio de igualdad de las personas ante la ley y el de seguridad jurídica¹⁹⁷. (...)

Si de acuerdo a lo analizado en el numeral anterior consideramos que el delito de deserción es de aquellos de ejecución permanente y que el artículo 78 de la Ley 1407 de 2010, de similar contenido al artículo 85 de la Ley 522 de 1999 y al artículo 84 del Código Penal, preceptúa desde qué momento se debe iniciar a contar el término de prescripción de la acción penal, para el caso particular tenemos que el último acto de ejecución del injusto concurrió, habida cuenta de la conducta de ausencia desplegada por el procesado –la misma que ha perpetuado hasta la presente fecha–, con la ejecutoria del auto mediante el cual se clausuró el ciclo investigativo, esto es, 27 de junio de 2014. De esta manera, con total independencia de que el término por aplicar respecto del fenómeno extintivo de la acción penal en estudio sea un (1) año, señalado en el Código Penal Militar de 2010, o el previsto en su homólogo de 1999, el cómputo del mismo sería a partir del 27 de junio de 2014. Por lo tanto, habrá de concluirse que no transcurrieron 6 meses desde la ejecutoria del auto que decretó el cierre de investigación y la ejecutoria la resolución de acusación, que data del 23 de diciembre de 2014, acto procesal que, se itera, ha sido considerado como el hito que interrumpe el término prescriptivo, como se viene analizando, razón por la cual no era factible decretar la prescripción de la acción penal, como al efecto lo hizo el juez de instancia de la Fuerza Naval del Caribe.

8.3 Modificación legislativa y reducción del término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción.

Más allá de lo dicho, para esta Sala de Decisión es claro que la interpretación de las normas debe tener como punto de partida un análisis constitucional, bajo las condiciones particulares y cambiantes de la sociedad. Así entonces, ante las prolíferas decisiones que en torno al término prescriptivo del delito de deserción ha producido esta Corporación y en punto de conocer, a partir del método finalístico de interpretación, que responde a la idea de que es necesario identificar la finalidad o propósito que persigue la norma interpretada, las razones por las cuales el legislador redujo el término de prescripción de la acción penal únicamente para el delito de deserción –hecho que salta a la vista con la simple comparación de las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010–, todo ello con miras a solventar el asunto sometido a conocimiento de la Corporación, la Sala escudriñó el trámite legislativo que surtió la Ley 1407 de 2010 en punto a dicho tópico, encontrando una serie de circunstancias que a continuación se esbozarán, ello habida cuenta de su eventual incidencia en futuras decisiones.

quez V., quinta edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales

195 Ver sentencias T-628 de 2013, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero, y T-626 de 2013, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos, Corte Constitucional.

196 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de junio de 2005, radicado 19915, Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

197 Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, radicado 158203-008-I-008-EJC, sentencia del 15 de julio de 2015, Magistrado Ponente: Capitán de Navío Julián Orduz Peralta.

De acuerdo a lo publicado en la Gaceta 660 del Congreso de la República de Colombia del 22 de septiembre de 2005, el Ministro de Defensa Nacional presentó⁷⁶ ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes el proyecto de ley 'por medio del cual se expide el Código Penal Militar', siendo remitido a la Comisión Primera de esa Cámara para su respectivo estudio, célula legislativa en que fue radicado bajo el número 144 de 2005. (...)” (Rad. 158236 del 28 de agosto de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Sala Tercera de Decisión).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Del término de prescripción de la acción penal para el delito de desertión.**

“De esta manera, aun cuando en principio se podría aceptar que el Libro I de la Ley 1407 de 2010 tendría plena aplicación sobre las conductas acaecidas después del 17 de agosto de 2010, en tanto constituye la parte sustantiva de la codificación, no sería absoluta la proposición anterior, como quiera que la interrupción de la prescripción de la acción penal en este sistema únicamente procede con la formulación de la imputación, habida cuenta que su artículo 79¹⁹⁸ así claramente lo expresa, cuestión que no podría equipararse con una causa que este siendo adelantada bajo el procedimiento de la Ley 522 de 1999 so pretexto de dar cabida al principio de favorabilidad, como lo pretende el impugnante en esta ocasión.

Bajo este enfoque, tenemos que el artículo 79 del Código Penal Militar de 2010 si bien está ubicado en la parte sustantiva del mismo es de carácter procedimental, en tanto fija mediante qué acto procesal se interrumpe el fenómeno de la prescripción de la acción penal y qué sucede al darse ello, razón por la cual actualmente no es factible aplicarlo y no tiene cabida en el sistema imperante, por cuanto, se reitera, no ha sido implementado.

Así entonces, resulta claro que mientras no se implemente el sistema procesal regulado por la Ley 1407 de 2010, debe aplicarse el término de dos (2) años previsto en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, y en materia de interrupción lo contenido en el artículo 86 *ibidem*, con la advertencia que el inciso segundo del arto referido¹⁹⁹ no resulta aplicable en tanto regulaba el procedimiento especial contemplado en los artículos 578 Y 579 *idem* que fueren declarados inexecutable por la sentencia C-178/02, en el que se obviaba la etapa de calificación y por ello la interrupción del término prescriptivo de la acción penal se hacía con la ejecutoria del auto de iniciación a juicio.

8.2 La extinción de la acción penal por vía de la prescripción en el caso concreto.

La desertión ha sido catalogada como una conducta punible de ejecución permanente, por

¹⁹⁸ Ley 1407 de 2010, artículo 79 “Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.”

¹⁹⁹ Ley 522 de 1999, Artículo 86: “Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. (...) En el procedimiento especial con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio.

tanto es a partir del último acto o momento en que cesa el deber de actuar, que se debe iniciar a contabilizar el término de prescripción de la acción penal, el cual concurre casi siempre con alguno de los siguientes eventos: i) por regla general cuando se realizan actos positivos demostrando la cesación de la ilicitud; ii) con la captura o el desacuartelamiento del contumaz, cuando se produzca antes del cierre de investigación, y, iii) con la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación, cuando no se hayan dado ninguno de los anteriores presupuestos”. (Rad:159099-XV-455- EJC., 09 de julio 2019 M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **El servicio militar obligatorio y el derecho a los niños.**

“El desacuartelamiento del soldado no tiene por objeto el amparo de sus derechos fundamentales, legítimamente restringidos por el deber de prestar servicio militar, sino la protección de los derechos de sus hijos próximos a nacer, lo que correlativamente da lugar a la exigibilidad de deberes superiores cuya observancia resulta impostergable. (...)”

Mientras la ley no regule lo concerniente a la asistencia y protección de la mujer - incluido el subsidio alimentario - durante el embarazo y después del parto, al Estado no le es dable exigir de la principal persona llamada por ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación que trae como efecto práctico su separación del núcleo familiar. Solamente la asistencia y protección estatal de los menores que se verían abandonados ante la separación de su padre y la situación de desempleo o desamparo de la madre, darían legitimación al Estado para insistir en el cumplimiento del servicio militar del varón en las circunstancias anotadas. De lo contrario, los principios de reciprocidad y primacía de los derechos inalienables de la persona se verían desconocidos por la actuación inconstitucional de las autoridades”. (Radicado SU 491/93 M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz del 28 de octubre de 1993).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. **El servicio militar obligatorio y los derechos fundamentales a la educación y a la formación integral del adolescente.**

La Constitución Política defiende a la ley el establecimiento y la regulación de las situaciones conforme a las cuales un colombiano puede ser excluido de la obligación del servicio militar, lo cual ocurre cuando se encuentra particularmente cobijado por los supuestos de hecho que consagra la norma. Si bien la Constitución establece la obligación, es la ley la que establece la dimensión del servicio militar y sus situaciones de exención. No se puede concluir que la situación del hijo de la petente se encuentre subsumida en alguna de las causales de exención legal; por ello a pesar de no haber llegado a la mayoría de edad, era viable exigirle la prestación del servicio militar, con arreglo a las normas que rigen la prestación de dicho servicio para los bachilleres. No resulta contrario a la Constitución, que la ley ordene a los bachilleres definir su situación militar una vez concluyan sus estudios, pues ninguna norma de jerarquía constitucional, ha dispuesto que antes

de la mayoría de edad no se puede cumplir con dicha obligación". (**Radicado SU 277/93 M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell del 22 de julio de 1993**).

JURISPRUDENCIA -- CORTE CONSTITUCIONAL.
El servicio militar frente a los derechos de la familia y de los niños.

(...). Ahora, cuando la ley exencionó del servicio militar al "varón casado que haga vida conyugal (Ley 1a-45,f,) estaba defendiendo la familia, que de acuerdo con los criterios éticos-jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución, merecía protección únicamente cuando se formaba por el vínculo matrimonial; pero a la luz de los principios profesados por los constituyentes de 1991, la familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merece también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe ser igualmente objeto de la exención que se otorga al casado.

Si la Constitución equiparó los derechos de la familia, sin parar mientes en su origen, y reconoció también los mismos derechos a los hijos "habidos en el matrimonio o fuera de él", no puede la ley, ni mucho menos la Administración, mantener o favorecer diferencias que consagren regímenes discriminatorios, porque ello significa el quebrantamiento ostensible de la Carta al amparo de criterios éticos e históricos perfectamente superados e injustos".

Comoquiera que en el momento actual el Estado colombiano no cuenta con un sistema prestacional y de seguridad social que brinde protección a los menores mientras su padre cumple con el deber de prestar el servicio militar y que tampoco se han desarrollado los contenidos del artículo 43 superior referentes a la asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y con posterioridad al parto, de acuerdo con lo considerado en Sentencia de Sala Plena N.º 491 de 1993, con ponencia del Honorable Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

"... al Estado no le es dable exigir de la principal persona llamada por la Ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación que trae como efecto práctico su separación del núcleo familiar. Solamente la asistencia y protección estatal de los menores que se verían abandonados ante la separación de su padre y la situación de desempleo o desamparo de la madre, darían legitimación al Estado para insistir en el cumplimiento del servicio militar del varón, en las circunstancias anotadas. De lo contrario, los principios de reciprocidad y primacía de los derechos inalienables de la persona se verían desconocidos por la actuación inconstitucional de las autoridades". (**T-165-94 del 25 de marzo 25 de 1994. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara**).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
– “Ahora bien, la Constitución consagra la obligación de prestar el servicio militar obligatorio.

Sin embargo, como ya lo ha dicho la corporación, esta situación debe ser valorada, en cada caso

concreto, para que las autoridades militares decidan acerca de la incorporación o no al servicio de los varones llamados al mismo, para efectos de establecer si el cumplimiento de dicha obligación se opone a la atención de otros deberes, como en el caso de que el futuro soldado vele económicamente por la estabilidad de la familia, tal como lo previó la Ley 48 de 1993 en el artículo 28, para determinar si se exime o no de la prestarlo.

De manera que, según lo dicho por la corporación en la sentencia SU-491 de 1993, cuando se dé el citado conflicto, más aún cuando se involucra a los hijos menores, "corresponde a esta Corte establecer si las autoridades militares vulneran o amenazan los derechos fundamentales de los niños al exigir del padre de familia y conscripto el cumplimiento de su obligación de prestar el servicio militar a pesar de la situación económica de la madre que no posee los medios necesarios para el sostenimiento de sus hijos (...)."

(...) Tener una familia y no ser separado de ella constituye un derecho fundamental de todo niño, porque, es sabido, el ámbito natural de su socialización y desarrollo es el núcleo familiar y nadie, ni siquiera la autoridad civil o militar, tiene la potestad de desarraigarlo de su medio, lo cual ocurriría al privarlo de la protección paternal, porque ello entraña de hecho una violación constitucional por el propio Estado, de un derecho primario y primero, cuando su deber, al contrario, es el de 'asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos' (CP art. 44)". (**T-132-96, M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara, Marzo 28 de 1996**) (Cfr. T-491 de 1993, T-090 de 1994, T-122 de 1994, T-165 de 1994).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Situación de las víctimas frente a la obligación de prestar servicio militar.

"(...) es necesario recordar que la exención en la prestación del servicio militar obligatorio, consagrada en el artículo 140 de la Ley 1448 de 2011, es una medida de reparación integral, cuya satisfacción que busca "la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas". Recuérdese que esta Corte ha reiterado que, para la población desplazada, es una carga desproporcionada y un atentado a su dignidad, hacerlos tomar las armas y "retornar al escenario de conflicto que fueron forzados a abandonar" en tanto, este actuar estatal los pone "en una situación aún mayor de vulnerabilidad física y psicológica".

(...) Entonces, teniendo en cuenta que con el actuar negligente del Ejército Nacional se vulneró el derecho a la reparación del agenciado, catalogado de carácter fundamental y el cual goza, por tal motivo, de protección constitucional, ya que ha permanecido acuartelado desde el 27 de octubre de 2017, en contra de su dignidad, pues se vio forzado a retornar al escenario del conflicto armado y, como quiera que la exención en la prestación del servicio militar hace parte de las medidas de satisfacción previstas en la Ley 1448 de 2011, para reparar de forma integral a las víctimas del conflicto armado, el Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, deberá sustituir

aquella medida de reparación por otra, en este caso, el pago del servicio militar para Diego Andrés Velásquez Mora, como si lo hubiera prestado en calidad de soldado profesional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, en consideración a que de todas maneras, por ocho (8) meses, se ha venido desempeñando como soldado bachiller, percibiendo por concepto de bonificación mensual el 30% del salario mínimo mensual legal vigente¹, es decir, como si se tratara de un colombiano más, en las condiciones normales para tal efecto, y no de una víctima del conflicto armado, a manera de desagravio. Para el pago deberá tenerse en cuenta la fecha de reclutamiento y aquella en la que se haga efectivo el desacuartelamiento, otorgándose un término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, para su materialización. Frente a la medida de reparación sustitutiva se deberán presentar un informe detallado, una vez se haya hecho efectiva. **(Sentencia T-343/18, M. P. Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo del 27 de agosto de 2018).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Elementos típicos del delito de deserción previsto por el artículo 115 del Decreto 2550 de 1988.

"6.1. Dada su naturaleza y características, conforme se desprende de su configuración típica, el punible de deserción se ha clasificado como uno de los atentados o infracciones contra el deber de presencia, o lo que es igual, que se reprocha el abandono de quien se encuentra incorporado a las Fuerzas Militares prestando el servicio, sirviendo como criterios reguladores dos factores objetivos temporales espaciales, que están precisamente referidos a la ausencia durante algunos periodos o distancia, que coadyuvan a determinar, además del momento consumativo de la infracción, algunas de las hipótesis de la conducta pues en unos casos es la evasión sin autorización del lugar de prestación del servicio, en otros el no regreso al mismo después de licencia o permiso, o de haber recobrado la libertad dentro del territorio nacional o en el extranjero, o el traspaso de los límites del campamento.

6.2. Este es un delito en el que por antonomasia incurre el soldado que se encuentre incorporado en la Fuerza Pública, que conforme lo dispuesto por el artículo 8° del Decreto 2048 del 11 de octubre de 1993, reglamentario de la Ley 48 del mismo año, está constituida por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, o en la Policía Nacional (Decreto 2853 del 20 de diciembre de 1991), o en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Decreto 537 del 8 de marzo de 1994), prestando el servicio militar obligatorio, conforme la constante histórica de su regulación típica lo evidencia, existiendo algunos periodos en los cuales esta cualificación del sujeto activo ha sido más detallada y expresa.

6.3. Se trata de un punible de acción, que se estructura como un tipo acumulativo, en el entendido de que agrupa diversos comportamientos, que tienen cada uno independencia típica, que como ya se advirtió básicamente se contraen al incumplimiento de las obligaciones de presencia continua al frente

del servicio, en tanto las mismas configuran un deber jurídico que es exigible a partir de la incorporación a las filas y la consiguiente adquisición de la investidura militar y la condición castrense.

6.4. El bien jurídico protegido es el servicio, cuya continuidad es inherente a la misión del militar, pues entraña la misma eficacia de las Fuerzas Armadas, aun cuando se trata de un delito de peligro abstracto el cual se presume por la propia ley. **(Proceso No 9921, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, del 14 de marzo 2002).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. La obligación derivada del artículo 251 del Código Civil, puede constituir causal de ausencia de responsabilidad penal.

"De la reseña testimonial refulge evidente que el comportamiento del soldado A.H. es típico frente al punible de deserción, en la medida en que de ellos se deriva que este de manera consciente y voluntaria, se ausentó de la unidad militar en la que debía permanecer recibiendo entrenamiento, por más de cinco días.

Sin embargo, dicho comportamiento, como acertadamente lo plasmó el funcionario de primer grado, en la providencia recurrida, se encuentra amparado por la causal de justificación del estado de necesidad, prevista en el artículo 34.5 del Código Penal Militar, comoquiera que aunque conocía que su conducta era constitutiva de infracción a la ley penal militar, y no obstante, decidió por su realización, ello obedeció a la necesidad de proteger su núcleo familiar, madre y menores hermanos, que sufrían una situación de abandono, por la dejación de que fueron objeto por parte del padre del hogar, lo cual los colocaba en situación de peligro inminente.

Es decir, SL. A.H. tuvo, como lo manifestó en su injurada, y lo confirmó su progenitora y tío paterno, que asumir un rol de cuidado y protección para con aquella y sus menores colactáneos, que dicho sea de paso, también era su obligación legal, conforme lo prevé el artículo 251 del Código Civil Colombiano[24], testimonios que para la Sala, en este caso particular, por su espontaneidad, coherencia y lógica con otros medios de convicción merecen total credibilidad, y son suficientes para dar por demostrada la causal justificativa, debiéndose aclarar que para la comprobación del estado de necesidad no era necesario que se demostrara que la familia del encartado estaba en condiciones de precariedad, porque de la lectura de la norma que prevé el estado de necesidad, se infieren unos requisitos sustanciales, bastante acreditados en este caso..." **(Rad. 156855, 28 de febrero de 2011, M. P. MY. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).**

(Cfr, Rad. 156867, 10 de febrero de 2011, M. P. MY. Noris Toloza González, Rad. 157104, 15 de septiembre de 2011, M. P. CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL.- **Condición de víctima por desplazamiento.**

“(…) Si bien es cierto el Decreto 4800 de 2011 prevé que la condición de víctima es una situación fáctica que no está supeditada al reconocimiento oficial, a través de la inscripción en el registro; también lo es que establece dos situaciones respecto del militar, esto es, suspende el servicio hasta tanto se defina la condición de víctima y solo procede el desacuartelamiento, que es el acto de desincorporación, hasta que sea incluido el soldado en el registro de víctimas; por lo que es claro que se requiere un acto formal de la administración que así lo determine y que produzca sus efectos ex post, lo que se concibe sin dificultad del mandato previsto en el canon 178 del Decreto 4800 de 2011, que determina, insistimos, que la solicitud suspende la obligación de prestar el servicio militar solo hasta tanto se defina dicha condición; conforme al artículo 16 ídem, el Registro Único de Víctimas es una herramienta administrativa que soporta el procedimiento para la inscripción de las mismas, por lo que se debe advertir que para el caso del soldado Mendoza esa circunstancia fue reconocida tiempo después de cometido el delito de desertión.

(…) En consecuencia, al entender que la sola concepción personal u objetiva de ser víctima o desplazado no es suficiente para eximir del servicio militar o producir un desacuartelamiento, como se ha anotado, sino que se requiere la preexistencia del acto administrativo que lo reconozca como tal, reiteramos, no significa que el acto se emita para definirlo como víctima pues ello se deriva de la situación fáctica, sino para reconocerlo e incluirlo en la lista, lo que conlleva que en principio el servicio militar se suspenda, luego tras la admisión en el registro se termine y se le desacuarte, esto es, la desincorporación solo se produce cuando sea aceptado el soldado en el registro de víctimas; lo que en este caso aconteció el 21 de diciembre de 2011, fecha posterior a la comisión del delito por el que se le acusó y condenó, la cual fue el 16 de diciembre de dicho año; data que es incluso anterior al día en que el procesado refirió como el que se produjo el desplazamiento, que aconteció el 18 de diciembre de 2011. (...)”. (Rad. 157902, 11 de junio de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **Condición de desplazado por la violencia.**

“Emergió del expediente que el SLR. CAB. hace parte del grupo familiar de la señora MACM., quien de acuerdo con la constancia obrante a folios 43 y 44 del cuaderno original N.º 1 se encuentra incluida en el Registro Único de Víctimas al ser objeto de desplazamiento forzado desde el 21 de mayo de 200156, por hechos ocurridos el 28 de febrero de esa anualidad. (...)”

Así entonces, el Estado en busca de la protección a la población civil y con el fin de garantizar un mayor compromiso promulgó la Ley 387 de 1997 –unidad de víctimas- y la Ley 1448 de 2011 –ley de víctimas-, medidas legales tendientes a lograr la atención, asistencia y reparación de los agraviados, siendo la última de ellas la encargada

de regular el servicio militar obligatorio para esta población afectada.

En el expediente figura la suficiente prueba indicando que el procesado y su familia fueron afectados por el desplazamiento forzado en el año 2001, como figura en la certificación del Registro Único de Víctimas, cuando este apenas superaba los cinco (5) años de edad, siendo nuevamente desplazados en el año 2010, como lo sostuvo la señora MAC.

Y se trae a colación las fechas indicadas, puesto que la Ley 1448 de 2011 prevé que las personas que estuviesen obligadas a la prestación del servicio militar obligatorio tendrían cinco (5) años, contados a partir de la promulgación de la ley o de la ocurrencia del hecho victimizante, para resolver su situación militar, (...).

De modo que, bajo tales preceptos, es claro para la Sala que CAB. al momento de su incorporación a las filas militares –haciendo parte del 9º contingente de 201457- se hacía merecedor de la protección especial del Estado, dada su condición de desplazado forzado por la violencia interna que vive nuestro país, condición que no hizo valer en su oportunidad, para ser exento de la prestación del servicio militar obligatorio. Contrario a ello, decidió enfilarse en el Ejército Nacional omitiendo manifestar su situación, en tanto su querer era cumplir el sueño de ser soldado de las Fuerzas Militares[58], lo cual logró realizar hasta el 3 de febrero de 2016 cuando decidió no regresar a la unidad militar, para luego, como estrategia defensiva, exigir el reconocimiento de una tal categoría. (...).

Así las cosas, los documentos administrativos que se allegaron al expediente relacionados con la calidad militar del SLR. CAB. como integrante del noveno contingente de 2014, entre ellos la constancia expedida por el SV. JDHZ, Suboficial de personal de dicha unidad castrense[59], resultan ser suficientes para demostrar la condición de miembro de la Fuerza Pública del encausado para la fecha de los acontecimientos indagados, tal como lo dijo la Corte Suprema de Justicia al aseverar que “(...) es suficiente prueba para demostrar la calidad de incorporado o de militar del procesado, porque en su contenido quedan concretados y supuestos todos los pasos que la ley dispone para llegar a tal condición, entre los que se incluye la práctica de un examen médico legal”[60], todo lo cual permite acreditar la debida incorporación a la prestación del servicio militar del joven CAB, pues dichos legajos produjeron los efectos jurídicos respectivos, bajo la presunción anunciada.

Valga aclarar, que lo expuesto anteriormente no implica que se ponga en duda la veracidad sobre la existencia del hecho victimizante que sufrió Bedoya y su familia, pues esto fue respaldado con material de prueba como la certificación que suscribió el Director de Registro y Gestión de la Información de la Unidad de Víctimas; lo que se quiere significar, es que esa condición de víctima no fue puesta de manifiesto por el justificado al momento de su incorporación al servicio militar, por ende no era de conocimiento de las autoridades de reclutamiento, de modo que en esas condiciones los actos que surgieron gozan de respaldo legal. En este caso el SLR CAB. asumió tanto formal como materialmente,

a través del acto de incorporación a la Fuerza Pública, cada uno de los derechos y obligaciones que la investidura militar le otorgó y exigió, y en este sentido no puede exonerarse de sus responsabilidades mientras ejerció una condición que voluntariamente aceptó”. (Rad. 158944 del 16 de octubre de 2018, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL.- **Condición de indígena.
Fuero indígena.**

“Emergió del expediente que el SLC PCUC hace parte de la etnia Nasa, perteneciente al Cabildo Indígena Resguardo Canoas, tal y como se corrobora con los antecedentes allegados al paginario, característica esencial que se ha de tener en cuenta al momento de ejercer el ius puniendi del Estado.

También es un hecho cierto que el SLC PCUC omitió informar a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional su condición de indígena al momento de incorporarse, como también, que dejó de lado el trámite administrativo que debió haber efectuado cuando decidió no continuar prestando el servicio militar, como se advierte del interrogatorio realizado en audiencia de corte marcial (...).

Pese al indebido y cuestionable comportamiento del enjuiciado, no podemos olvidar que en desarrollo de la protección que el Estado brinda a estas comunidades, la jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo como un derecho fundamental de los pueblos indígenas el de su integridad étnica y cultural²⁰⁰ que comprende: i) El derecho a la supervivencia cultural, ii) a la preservación de su hábitat natural²⁰¹, iii) a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad²⁰²; iv) a determinar sus propias instituciones jurídicas²⁰³, v) a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos²⁰⁴, vi) a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros²⁰⁵, vii) a participar en la toma de decisiones que puedan afectarlos²⁰⁶ y, viii) a acudir a la justicia como comunidad²⁰⁷.

200 Ver entre otras sentencias T-428 de 1992; T-528 de 1992; C-169 de 2001; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005.

201 Ver entre otras sentencias T-405 de 1993; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; T-1117 de 2002; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005.

202 Sobre el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas se puede consultar entre otras las sentencias T-188 de 1993; T-652 de 1998; Sentencia C-180 de 2005.

203 Ver por ejemplo la sentencia T-1127 de 2001.

204 Ver entre otras sentencias T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 de 2001; T-782 de 2002; T-811 de 2004; T-1238 de 2005

205 Se pueden consultar entre otras las sentencias T-257 de 1993; T-324 de 1994; SU-510 de 1998.

206 Ver entre otras sentencias SU-039 de 1997; C-418 de 2001; C-891 de 2002; C-620 de 2003 y SU-383 de 2003.

207 Sentencias T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998; T-652 de 1998, cfr. Sentencia T-778 de 2005.

Adicional a ello, estas garantías deben ser analizadas a la luz del Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 21 de 1991 y que hace parte del bloque de constitucionalidad, documento a través del cual el Estado Colombiano asumió la obligación de garantizar el respeto de la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas, así como la prohibición de intervenir en asuntos propios de la esfera de gobierno de la comunidad.

La Constitución de 1991 realizó una serie de mandatos encaminados a la protección de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, lo cual permite que hoy sean sujetos de derechos. (...)

La protección de las comunidades indígenas en relación con la aplicación del Derecho penal no se circunscribe al fuero penal indígena²⁰⁸ –no aplicable en el presente caso ante la ausencia de sus elementos–, sino que implica también el reconocimiento de una serie de garantías que son aplicables al interior de los procesos penales ordinarios cuando el investigado sea un indígena.

Y se afirma que no opera el fuero indígena en este caso, si consideramos que conforme la sentencia T-002 de 2012 el primer elemento para su configuración es el personal, el cual indica que el delito debe estar consagrado tanto en el sistema ordinario como en el indígena. En ese sentido debemos señalar, que las conductas enrostradas a PCUC –Deserción y Abandono del Puesto– están contempladas únicamente en el ordenamiento jurídico especializado por tratarse de delitos meramente militares, condición que exige de sus integrantes obediencia debida, siendo por ello que los miembros de la Fuerza Pública al momento de incurrir en uno de estos tienen la garantía de ser investigados y juzgados por sus pares, es decir por quienes tienen el conocimiento profundo sobre derechos y obligaciones que conlleva la vida militar –fuero penal militar. No se verifica que el bien jurídico protegido –el Servicio– este contemplado en la jurisdicción indígena como se indicó ut supra, sino en la sociedad mayoritaria dentro de la cual el procesado desempeñaba su misión constitucional respecto de la prestación del servicio, circunstancia adicional que impide la estructuración del fuero indígena.

Entiende esta Corporación que para los indígenas la prestación del servicio militar no es un asunto obligatorio y por ello no tienen la obligación legal de permanecer en la institución militar, por tanto, “en todo tiempo”, cuando libre, voluntaria y autónomamente lo decidan, pueden retirarse; sin embargo, para que sea desacuartelado es necesario que se presenten dos elementos, a saber: i) La manifestación del deseo de retirarse y, ii) la acreditación de la condición de indígena, pues no de otra forma es factible atemperar los derechos de aquellos con las obligaciones tan caras y supremas de los miembros de la Fuerza Pública, en donde cada hombre es pieza fundamental y la ausencia de uno de ellos o la

208 Véase su evolución jurisprudencial en las Sentencias T-496 de 1996, T-934 de 1999, T-728 de 2002, T-552 de 2003, T-1238 de 2004, T-009 de 2007, T-1026 de 2008, T-617 de 2010, C-882 de 2011 y T-001 de 2012 entre otras, de la Honorable Corte Constitucional.

falla en el servicio puede conllevar a la pérdida de la vida de sus integrantes". (**Rad. 158691 del 3 de abril de 2018, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, Primera Sala de Decisión**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- La condición de víctima no es una causal de ausencia de responsabilidad.

"Serecalcaque para la Sala es claro que la condición de desplazado de la que fue víctima el procesado y su familia fue probada documentalmente y respaldada con la declaración de la señora María Argenis Castaño Mejía –mamá del procesado–, quien explicó con detalles la manera en que fue victimizada en esa oportunidad, sin embargo, tal situación no constituye una causal de ausencia de responsabilidad, en tanto, conocía sus obligaciones como soldado regular del Ejército Nacional así como los derechos otorgados por su condición de víctima del conflicto armado interno colombiano, los que no hizo efectivos al momento de su incorporación ni durante la prestación del servicio militar, pues como se ha venido insistiendo a lo largo de esta providencia, bien pudo informar esa especial circunstancia para evitar el ingreso a filas o haber manifestado su voluntad de no seguir perteneciendo al Ejército Nacional en aras de lograr su desacuartelamiento en legal forma" (**Rad. 158944 del 26 de octubre de 2018, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez**).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.- Incorporación. Propósito del tercer examen de aptitud psicofísica.

"Sobre el proceso de incorporación del AP. (r) HTGA. y la existencia de una inhabilidad para la prestación del servicio militar, se dirá lo siguiente:

La postulación de la defensa frente al primer problema jurídico únicamente se sustrae en afirmar que a su prohijado no se le practicó el tercer examen de aptitud psicofísica para conocer si existía alguna inhabilidad o excepción para la prestación del servicio militar en la Policía Nacional y en este sentido el argumento central que tendrá en cuenta la Sala para desestimar dicha pretensión sobre la presencia de una irregularidad legal en el proceso de incorporación del auxiliar HTGA. es de orden normativo y probatorio.

Si bien de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 48 de 1993, entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación de un contingente, se debe practicar un tercer examen de aptitud psicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar, también lo es que la interpretación de este requerimiento legal no puede hacerse en forma aislada como lo pretende la apelante.

Precisamente los principios básicos que informan los ordenamientos jurídicos son de unidad, plenitud y coherencia[82], por tanto de la lectura de la norma en su conjunto se entiende que este tercer examen que echa de menos la togada, hace parte de uno de los varios procesos previstos en el Capítulo II ibidem, que bajo el título de "Definición

situación militar", debe agotar la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas con el fin de ayudar a cumplir la obligación constitucional que tiene todo varón colombiano en "definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad (...)83", y para el momento de la evasión del auxiliar HTGA aun no se había vencido el término establecido en dicha normatividad, ya que, de acuerdo con los medios documentales aportados al expediente, este joven fue dado de alta con Resolución 088 del 14 de febrero de 2015 y abandonó su servicio militar el 2 de marzo de 2015, es decir cuando habían transcurrido apenas 16 días de incorporación y no entre los 45 y 90 determinados en la ley.

Luego goza de acierto de legalidad el proceso de incorporación del auxiliar de policía HTGA. porque se desprende de la actuación que se agotaron todos los procedimientos que describe la ley como lo fue el trámite de inscripción (con el diligenciamiento de sus respectivos formularios[84]); los exámenes de aptitud psicofísica practicados por sanidad de la Policía Nacional y su posterior incorporación, verificable mediante Resolución número 088 del 201585.

Ahora, bien podía ocurrir que el enjuiciado posterior a ser dado de alta a la Unidad Policial, presentara un problema de salud que limitara su aptitud psicofísica e impidiera su adaptación a la vida militar, sin embargo, este aspecto no fue demostrado a lo largo del plenario, ni dilucidado por la defensa en la presentación del recurso, pues llanamente se limitó en cuestionar que no se hubiera realizado el tercer examen, sin aclarar cuál era el impedimento físico que tenía HTGA. para seguir cumpliendo con su servicio militar, así como tampoco se allegó prueba suMaría para acreditar su inhabilidad, ante tales circunstancias difícil resulta a la Judicatura proveer certeza frente a situaciones personales del acusado que se manejan en grado de suposición.

Ha sido la Corte Suprema de Justicia la encargada de definir los parámetros de interpretación que sobre estas especiales circunstancias debe dar el funcionario judicial cuando se enfrenta ante la disyuntiva de una posible causal de exoneración del servicio militar:

"7.5. Dada la concurrencia de una exención, es necesario que, previamente a la incorporación del conscripto, el interesado presente prueba suMaría de la causal que alega, de no poderse acreditar la inhabilidad o la causal de exención será aplazado por un año, al término del cual se efectuará su clasificación e incorporación.

7.6. Una vez producida la incorporación del conscripto al servicio, previo el cumplimiento de los anteriores requisitos, a través de dicho acto se entiende para todos los efectos legales discernida la calidad de militar, que produce todos los efectos que le son inherentes, tanto desde el punto de vista de los derechos, prerrogativas y estímulos que esta condición otorga, como también, en cuanto al sometimiento a la estructura, organización y disciplina castrenses, quedando subordinado por el régimen y jurisdicción especiales que le son propios y que se han establecido para el cumplimiento de la garantía constitucional de defensa de la independencia nacional y las instituciones públicas".

Bajo el anterior criterio jurisprudencial y normativo, no puede la Sala concluir, algo diverso sino que el problema jurídico debe resolverse en desfavor del enjuiciado, como quiera que de acuerdo con la interpretación normativa y las evidencias probatorias analizadas, no se encontraba inmerso dentro de una causal de exención de la Ley 48 de 1993, al momento de ser enlistado en las filas de la Policía Nacional o que posterior a ello se demostrara la existencia de una inhabilidad incompatible con su vida militar". (Rad. 158570 del 30 de enero de 2017, M. P. CR. (RA) Pedro Gabriel Palacios Osma, Primera Sala de Decisión).

(Cfr, Artículo 216 de la Constitución Política, Artículos 14-18 Ley 48 de 1993, Ley 1861 agosto 4 de 2017, T-428 de 1992; T-528 de 1992; C-169 de 2001; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005, T-405 de 1993; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; T-1117 de 2002; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005, T-188 de 1993; T-652 de 1998; C-180 de 2005, T-1127 de 2001. T-703 de 2008, T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 de 2001; T-782 de 2002; T-811 de 2004; T-1238 de 2005, T-257 de 1993; T-324 de 1994; SU-510 de 1998, SU-039 de 1997; C-418 de 2001; C-891 de 2002; C-620 de 2003 y SU-383 de 2003, T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998; T-652 de 1998, T-778 de 2005, T-728 de 2002, T-496 de 1996, T-711 de 2010).

CAPÍTULO IV DEL DELITO DEL CENTINELA

Artículo 112. Delito del centinela.

El centinela que se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefaciente o psicotrópicas, o falte a las consignas especiales que haya recibido, o se separe de su puesto, o se deje relevar por quien no esté legítimamente autorizado, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CASACIÓN PENAL. **Diferencias entre el delito del centinela y el abandono del puesto.**

"...Supone la modalidad dolosa como única alternativa de ejecución al tratarse de un injusto asociado al cumplimiento de la misión atribuible a los miembros de la Fuerza Pública consistente en ejercer labores de vigilancia y defensa ante la necesidad de resguardar las instalaciones castrenses y la integridad de los uniformados, deber que para este caso aparece en el Reglamento de Supervisión y Control de Servicios para la Policía Nacional (Resolución n.º 03514 de 2009)... (...) Y si se dice que la modalidad dolosa es la única admisible a efectos de la comisión del injusto, directa, lo es porque desde la perspectiva de protección del bien jurídico (el servicio), en consonancia con las consignas transcritas en precedencia, la voluntad del agente tiene que representarse en condiciones ciertas que su retención deliberada a cumplir con la función de custodia genera una perturbación real de carácter institucional, al margen de la materialización o no de algún resultado dañoso. Contexto que permite afirmar que se trata de un delito de peligro, de mera actividad y así, faltar a ese imperativo con ocasión de una conducta imprudente, tan solo conllevaría la violación de estatutos de orden administrativo al no revestir un comportamiento de esta índole amenaza consciente al cuerpo armado, ni con ella se perturba la norma subjetiva de determinación consagrada en el mandato legal punitivo militar... (...) Ahora, valga anotar que el delito del centinela debe distinguirse del de abandono del puesto, sancionado en el artículo 105 de la misma normatividad y que contempla una descripción típica afín a la examinada,²⁰⁹

pues la Corte ha dicho de antaño con argumentos que hoy se reiteran, cómo los acontecimientos de cada evento específico son los que permiten vislumbrar la calificación jurídica procedente, siendo criterio definitorio prevalente en estos casos si el sujeto activo ha abandonado de manera física el sitio de emplazamiento: Cuando el artículo 163 se refiere a las consignas que haya recibido el centinela, obviamente trata de las que «corresponden a la situación especial del puesto» y no a esas otras de carácter general, «que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados», las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse de ese servicio. No tiene, por tanto, fuerza el argumento que trae la sentencia acusada, según el cual el hecho de separarse el centinela del sitio o lugar que se le asigne, por tratarse de una consigna general, hace incurrir a aquél en el «delito del centinela» y no en el de «abandono del puesto» (art. 153 del C. de J. P. M.) [...]. Si una conducta está expresa y claramente prevista como determinado delito, no corresponde acomodarla a otra definición punible, cuando para esto se requiere darle un alcance extensivo que aquel no exige. Así, el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar sanciona a quien, «estando de facción o servicio abandona su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo...», puesto que, no cabe duda, puede ser el señalado al centinela. En cambio, en el artículo 163 («delito del centinela»), no se habla de «abandono del puesto», sino de dormir, faltar a las consignas que haya recibido, dejarse sorprender o relevar por quien no sea su comandante o de quien autorizadamente haga sus veces. (CSJ SP, 07 sep. 1970, GJ: Tomo CXXXIV n.º 2326, 2327 y 2328, pág. 335-341), ...cuando un centinela abandona su puesto, no comete «el delito del centinela» sino el de «abandono del puesto». Se ha basado la Corporación en que

209 «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».

no es posible interpretar el art. 163 del Código de Justicia Penal Militar, en la parte que dice «el centinela que... falte a las consignas que haya recibido» como una referencia a las consignas generales que contiene el Reglamento Militar, especialmente a la que señala el numeral 1 del art. 46 cuando impone a los centinelas el deber de no separarse, por ningún motivo, del lugar o del sitio que se les asigne [...]. Si así no fuera, el código en mención estaría pecando contra toda lógica ya que, teniendo para el reglamento militar la misma gravedad los diversos actos que menciona la disposición ya citada, a saber, separarse el centinela del sitio que se le ha asignado, sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o distraer su atención en alguna forma, habría escogido solo una de esas actividades, la primera, para configurar el delito de que trata el art. 163 del Código Penal Militar, dejando aparte las demás, lo cual no es admisible. Menos aún lo es si se considera que esa conducta está especialmente prevista por otra norma del mismo ordenamiento, esto es, el art. 153 que tipifica con ella el delito de abandono del puesto. Es bien conocida, la regla de interpretación que se enuncia diciendo «lex generale per speciale derogatur» conocida también con el nombre de «principio de la especialidad», según el cual cuando dos normas tienen el mismo objeto, se aplica de preferencia aquella que contiene elementos especiales [...]. En consecuencia, cuando un militar ejecuta la acción específica de abandonar el puesto, la norma aplicable viene a ser, en forma exclusiva, el art. 153 y el delito que comete es el denominado «abandono del puesto». (CSJ SP, 7 Sep. 1970, GJ: Tomo CXXXV N.º 2330, 2331 y 2332, Pág. 254-257) **(CSJ. RAD. SP6020-2017, Radicación n.º 45704, (Acta n.º 124) M. P. José Luis Barceló Camacho, tres (3) de mayo de dos mil diecisiete (2017).**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **Centinela en la RAE.**

“No es la duración del servicio lo que puede catalogar la calidad de Centinela, sino materialmente sus funciones, que como en este caso correspondían a las endilgadas a un hombre armado, en un lugar determinado y con misiones también determinadas para la vigilancia y seguridad. En este sentido, es apreciable la definición de Centinela en el Diccionario de la real Academia Española, Vigésima Segunda Edición al definir Centinela como el “Soldado que vela guardando el puesto que se le encarga. Persona que está observando algo. La que se pone al preso para no perderlo de vista. La que se envía para que, corriendo la campaña, observe mejor al enemigo, y va muy expuesta a perderse”. **(TSM. Rad. 155035, 30 de octubre de 2008, M. P. CN. Jorge Iván Oviedo Pérez, Sala Primera de decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **La actualización del conocimiento por parte del centinela.**

Con base en lo anterior, debe descartarse lo expuesto por el Señor Defensor y el concepto del Ministerio Público ante esta Instancia, pues lo que movió al procesado a actuar fue la sombra que se acercaba, convencido de que se trataba de un enemigo, lo que se hizo más

relevante cuando escuchó partir unos palitos. Ese peligro, que en las condiciones concretas era no solamente inminente, sino que había adquirido la característica de real, es lo que no permite acudir al cumplimiento de un deber legal, pues debe entenderse que el centinela condicionado por las consignas que se le hayan impartido, no puede actuar sino en forma razonable y proporcionada con su arma de fuego, de tal forma que no puede considerarse como una regla, el que pueda disparar siempre contra un objetivo que le merece extrañeza, sino que debe ser reflexivo antes de actuar. **(TSM Rad. 155420, 12 de agosto de 2009, M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **Uso del arma de fuego por parte del centinela y el Reglamento de Servicio de Guarnición para las FF. MM.**

“(…) Si bien es cierto, el artículo 48 numeral 9 del Reglamento de Guarnición para las Fuerzas Militares, prevé el uso del arma de fuego por parte del centinela cuando sea atropellado o el puesto sea forzado, tal disposición no puede ser interpretada de manera literal, sino de forma sistemática y racional, en concordancia con las disposiciones del orden supralegal y legal, vale decir, a la luz de la Constitución Política y el Derecho Penal interno, en concordancia con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DD. HH.), de lo contrario, sería tanto como autorizar el uso de las armas de manera indiscriminada, ante cualesquier ofensa o por cualquier motivo. (...) Es evidente entonces, que el uso de las armas de fuego está autorizado como la última ratio, por tanto, a la luz de la citada normativa internacional y de las preceptivas penales internas, debe entenderse que el uso de la arma dispuesto en el artículo 48 numeral 9 del Reglamento de servicios de guarnición para las Fuerzas Militares, es excepcional y debe utilizarse como último medio cuando no ha sido posible conjurar la situación de atropello físico del centinela 128 Justicia Penal Militar o forzamiento del puesto, por un medio distinto al de las armas de fuego, una vez agotado el procedimiento previsto en esa norma, procurando causar el menor daño posible. **(TSM. Rad. 156186, 27 de agosto de 2010, MY(r). José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **La obligatoriedad de la designación del servicio.**

“El servicio de centinela dentro de los servicios de guardia de una unidad, requiere de una designación que debe hacerse en forma previa y con las formalidades de ley, para un periodo de 24 horas como máximo y su personal debe mantenerse siempre en tal grado de alistamiento que pueda emplearse con sus armas tan pronto como sea requerido, lo que implica una disponibilidad permanente y continua, periodo dentro del cual se establecen turnos periódicos. Se distinguen entonces intervalos de reanimación o alistamiento con lapsos de efectiva vigilancia, y conceptos de facción y de servicio, entendiéndose el primero como la “Función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia”. **(TSM.**

Rad. 156673, 31 de enero de 2011, M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo, Tercera Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La orden verbal en el delito del centinela.**

“Así las cosas, no resulta afortunada la afirmación de la Defensa en el sentido que la conducta del SLC. Parra Pinilla es atípica debido a que no fue nombrado de centinela por orden escrita; máxime si se tiene en cuenta que formal y materialmente el procesado supo del servicio para el cual se le nombró, conoció el puesto donde debía prestarlo y lo asumió; tal y como lo acepta en su injurada, tanto que tal confesión simple le fue reconocida como parte de la rebaja de pena”. (TSM. RAD. 045-157149-7094-XIV-456-EJC-P. M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, octubre veintiséis (26) de dos mil once (2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Contenido del concepto del centinela y su importancia en la vida militar.**

“Lo anterior conlleva precisar que la naturaleza del puesto la determina el comandante en su estudio y esquema de seguridad y no queda diferida al entendimiento o interpretación del centinela, sugerirlo conllevaría a fisurar la seguridad de personas e instalaciones militares. El centinela ejecuta una actividad propia del servicio, sin duda para ello Monroy fue formado, entrenado, capacitado, esto es, tenía un conocimiento específico sobre la función que debía cumplir, pues no se trataba de un bisoño militar, sino que era sabedor del alcance y responsabilidad encomendada al centinela y en específico de las consignas generales y especiales. Es innegable que el centinela cumple una vital función en la actividad militar y policial, ya que se convierte en los ojos y oídos de la Unidad, su responsabilidad se proyecta, a la integridad de individuos y bienes, vigilancia y seguridad de instalaciones, del personal y elementos que allí se encuentran; es la primera línea de defensa, por lo que no asalta el juicio afirmar que su presencia se torna importante de cara a la realidad colombiana donde se viven condiciones de inseguridad y riesgo potencial, razón por la cual el Legislador ha erigido el injusto del centinela en delito de peligro, de mera conducta, es un tipo penal pluricomportamental, que requiere un ámbito de protección ex ante. Resulta oportuno evocar lo que al respecto señalara la Sala, sobre la importancia del centinela en la actividad de la Fuerza Pública: “(...) El oficio de centinela, como se sabe, es de capitalísima importancia en las funciones de la milicia, porque del puntual, estricto y alerta servicio de vigilancia dependen, casi por entero, la seguridad de los Ejércitos y la eficacia de su acción defensiva, no solamente cuando se hallan en campaña, durante las duras y agotadoras jornadas de tensión bélica, respirando ráfagas de pólvora y de muerte, a la espera de sorpresivos ataques enemigos; sino también en el tranquilo discurrir de los días de rutina, en épocas de orden y de paz. Sencillamente porque, en todos los tiempos, la imprudencia será siempre la antesala de la calamidad, y porque los azares y los riesgos únicamente los conjura y detiene el espíritu de prevención. La atención

*vigilante del centinela desplegada a toda hora sobre el ámbito de los cuarteles, es el genio tutelar de las tropas. Por sus ojos y sus oídos, ve y oye ese cuerpo gigante, lento y parsimonioso, que es el organismo militar, y precisamente por eso se le denomina también “veedor” y “escucha”. Ha de tener como argos una jauría despierta de cincuenta miradas, y la oreja profunda y ubica de Dionisio, que, según la leyenda, percibía hasta las palpitations del pensamiento. Hablando de la inevitable y encadenada vinculación social del género humano decía Dostoiewski con palabras proféticas: “Cada uno es responsable de todos y todos de cada uno”. Y la genial sentencia rige como un axioma y gobierna con rígido imperio las relaciones solidarias de la vida militar, puesto que en ella el centinela viene a ser como el depositario y hasta el dispensador de la suerte de los demás. La seguridad y la eficiencia operativa de los Ejércitos dependen, pues, por la mayor parte, de la diligencia atención y puntualidad de sus escuchas y atalayas (...)”*⁹²¹⁰. (TSM. RAD. 018-157335-7113-XIV-475-EJC-P M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, mayo veintitrés (23) de dos mil doce (2012)

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Tipo de consignas y su aplicación en el delito del centinela.**

“... y a aquellos los define como “el individuo de la guardia armado y colocado en un sitio, lugar o zonas determinados con funciones definidas de vigilancia y seguridad”, lo que debe atender –vigilancia y seguridad–, con fidelidad a las consignas generales y las particulares que se le señalen. Las primeras refieren a aquella actitud necesaria que posibilita el cumplimiento de las tareas específicas para el cual fue dispuesto el puesto en el plan de defensa de la unidad; así pues, están vinculadas con la disposición física y mental permanente del centinela, esto es, el estar compenetrado plenamente de la importancia del servicio, como se indica en el literal “c” numeral 46 del reglamento ya mencionado. Las consignas particulares, en cambio, son aquellas tareas específicas encomendadas al centinela, elaboradas con base al propósito concreto que el plan de seguridad contemple para el puesto. Por otro lado, tal como se citó entonces en líneas anteriores, el centinela tiene dos misiones definidas: La vigilancia y la seguridad. La seguridad hace relación a que el lugar, personas o bienes estén fuera de peligro, y a la prevención o conjura de situaciones que atenten contra esos lugares, bienes o personas, como una tarea persuasiva y disuasiva, esto es, realizando las acciones para evitar los peligros, daños o atentados, o en un clima más favorable, distraendo la atención para que no se presenten. En cambio, vigilancia es el “cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno”, de tal forma que se está vigilante cuando se vela o se está atento y despierto con respecto a lo que le haya sido encomendado o haya asumido (bienes, lugares, personas). Esto significa que la vigilancia se concreta en la atención respecto de las cosas, lugares o bienes específicos, mientras que la función de seguridad va más allá en

210 Tribunal Superior Militar. Sala Cuarta de Decisión Rad. 156393 del 9 de marzo de 2010. M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana.

cuanto procura la evitación del peligro, u ocurrido este, las acciones que deba llevar a efecto para conjurarlo. (...). Entonces: Para poder el centinela velar por la seguridad, tenía que permanecer atento como se expresa en el numeral 6, y esto a su vez solo se podía materializar mediante la vigilancia, lo que lo vinculaba materialmente con la aeronave, porque las consignas particulares solo podían cumplirse si estaba atento a esa área de responsabilidad, que era el helicóptero. Esto significa que en el caso concreto el centinela custodiaba la aeronave y bien podía ser sujeto activo de un delito de Peculado culposo, teniendo en cuenta las circunstancias en este caso concreto, porque en otras eventualidades podría resolverse en el sentido de que se trata de un delito contra el patrimonio económico. (...). Lo que se quiere significar con lo anterior es que en relación con la razón de ser del centinela, que como se relató atrás, tiene como referente la vigilancia y la seguridad, respecto de los bienes vinculados a sus funciones particulares de un puesto, habría que examinar, en el evento en que ellas taxativamente no contemplan la custodia, si en virtud a las mismas, esto es, por la ejecución material de las mismas, tenga necesariamente la custodia de los bienes, y esto obedece a que pueden presentarse hipótesis en las que el centinela desconozca esos bienes, por ejemplo porque no tuvo con la suficiente ilustración o no tuvo acceso a su verificación, o si desconocía de su existencia, entre otras eventualidades, lo que no ocurrió en los hechos que fueron materia de investigación en el presente proceso penal, porque no puede negarse que el centinela MO ingresó al hangar según la propia versión del procesado, tenía que estar atento del helicóptero y a ello están íntimamente atadas las circunstancias en que se produjeron los daños al helicóptero...". **(TSM. Rad. 156547, 4 de febrero de 2013, M. P. CN(r) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

JURISPRUDENCIA – FISCALÍA PENAL MILITAR ANTE EL H. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Auto. El error del centinela en el área de operaciones.**

"En efecto, si bien la acción desplegada por el sujeto activo de la infracción no se originó en una efectiva incursión guerrillera, su condición de centinela le imponía permanecer alerta, tomando como base el contexto operacional que le rodeaba, pues recordemos que no se encontraba en las instalaciones militares, donde el paso de las propias tropas es algo usual, sino en un área de operaciones caracterizada por la vegetación espesa y con la presencia de un peligro apremiante con la posibilidad de enfrentar a subversivos empeñados en instalar explosivos para disuadir el desembarco helicoportado de las tropas que iban a incursionar en el área de operaciones; circunstancia que le hizo pensar coherentemente que los hombres armados que se aproximaban con sigilo y en forma cautelosa dentro de su sector perimetral de vigilancia eran integrantes de la subversión, motivo por el cual accionó en dos oportunidades su fusil, afectando lamentablemente la humanidad del cabo, prestándole personalmente los primeros auxilios ya que era el enfermero de combate, por lo que fue evacuado oportunamente mediante apoyo aéreo a la clínica de Montería, dictaminándosele finalmente una incapacidad de cuarenta y

cinco días y como secuelas deformidad física permanente. Así las cosas, como lo expone el recurrente en su memorial de sustentación, el sindicato no infringió el deber objetivo de cuidado, como tempranamente lo reconoció en su momento el despacho instructor, ya que la situación en esos instantes le condujo a dibujar en su psiquis una condición de peligro inminente, a todas luces inevitable, sin que la forma en que se produjeron los acontecimientos le permitieran de algún modo inferir que se trataba de sus propios compañeros de armas, que instalaban un puesto de observación y escucha, al abstenerse de imponer medida alguna en contra del indagado". **(FPM. ANTE TSM. Rad. 14462 del 25 de enero de 2016, TC. Paola Liliانا Zuluaga Suárez, Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El delito del centinela como delito de peligro y de mera conducta.**

"Pero durante ese lapso es que deja de cumplir con su deber funcional de seguridad y vigilancia en el puesto que se determinó, no sólo al faltar a las consignas generales de un centinela, como lo dispone el artículo 112 del Código Penal Militar y que se llenan de contenido con lo dispuesto en el Reglamento de Servicio de Guarnición, el cual concibe al centinela como el que cumple una vital función en la actividad militar, pues se convierte en los ojos y oídos de la Unidad, su responsabilidad se proyecta a la integridad de individuos y bienes, vigilancia y seguridad de instalaciones, del personal y elementos que allí se encuentran; es la primera línea de defensa, por lo que no asalta el juicio afirmar que su presencia se torna importante de cara a la realidad colombiana donde se viven condiciones de inseguridad y riesgo potencial, razón por la cual el legislador ha erigido el injusto del centinela en delito de peligro, de mera conducta, y determinando un fenómeno pluricomportamental, por lo que lo previó como aquellos delitos de ámbito de protección ex ante. Resulta oportuno evocar lo que al respecto señalara la Sala, sobre la importancia del centinela en la actividad de la Fuerza Pública: "(...) El oficio de centinela, como se sabe, es de capitalísima importancia en las funciones de la milicia, porque del puntual, estricto y alerta servicio de vigilancia dependen, casi por entero, la seguridad de los Ejércitos y la eficacia de su acción defensiva, no solamente cuando se hallan en campaña, durante las duras y agotadoras jornadas de tensión bélica, respirando ráfagas de pólvora y de muerte, a la espera de sorpresivos ataques enemigos; sino también en el tranquilo discurrir de los días de rutina, en épocas de orden y de paz. Sencillamente porque, en todos los tiempos, la imprudencia será siempre la antesala de la calamidad, y porque los azares y los riesgos únicamente los conjura y detiene el espíritu de prevención. La atención vigilante del centinela desplegada a toda hora sobre el ámbito de los cuarteles, es el genio tutelar de las tropas. Por sus ojos y sus oídos, ve y oye ese cuerpo gigante, lento y parsimonioso, que es el organismo militar, y precisamente por eso se le denomina también "veedor" y "escucha". Ha de tener como argos una jauría despierta de cincuenta miradas, y la oreja profunda y ubica de Dionisio, que, según la leyenda, percibía hasta las palpitaciones del pensamiento. Hablando de la inevitable y encadenada vinculación social del

género humano decía Dostoiewski con palabras proféticas: “Cada uno es responsable de todos y todos de cada uno”. Y la genial sentencia rige como un axioma y gobierna con rígido imperio las relaciones solidarias de la vida militar, puesto que en ella el centinela viene a ser como el depositario y hasta el dispensador de la suerte de los demás. La seguridad y la eficiencia operativa de los Ejércitos dependen, pues, por la mayor parte, de la diligencia atención y puntualidad de sus escuchas y atalayas (...)”²¹¹. En su función de vigilancia y seguridad, el centinela se estructura en la primera línea de defensa de personas, bienes e instalaciones, por ello este servicio lo prestan los soldados que han superado las fases de instrucción, pues en el centinela se confía la vida de sus homólogos y la seguridad de los bienes, lo que se espera es que los proteja y no, a contrario, los socave, como paradójicamente aconteció en este caso. (TSM. RAD. 158400-7202-XIV-564-EJC.M. P. CR Camilo Andrés Suárez Aldana, junio catorce (14) de dos mil dieciséis (2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Contenido estructural del delito del centinela.**

“Elementos constitutivos del delito del centinela”. “Según las voces de la ley penal militar, el delito del centinela se tipifica cuando este se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o falte a las consignas especiales que haya recibido, o se separe de su puesto, o se deje relevar por quien no esté legítimamente autorizado (Ley 1407 de 2010 Art. 122). De manera que las características de este tipo penal se traducen por su contenido en un tipo de mera conducta al solo describir el comportamiento y no el resultado, y desde el punto de vista del bien jurídico se protege la alteración potencial al mismo, es decir, se trata de un tipo penal de peligro y desde su estructura, se trata de un tipo penal compuesto al describir varias modalidades de comportamientos o de acción y en esta precisa característica es la que en el caso sub júdice, ha de puntualizarse”. (TSM. RAD. 158301- 7002- XIV- 51 -PONAL, M. P. Coronel (RA) Fabio Enrique Araque Vargas, veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Delito del centinela como tipo penal en blanco y el agotamiento extremo en el delito del centinela.**

“Se trata de un tipo penal en blanco, de mera conducta o de peligro, determinado por varias conductas alternativas, dormirse, embriagarse, colocarse bajo el efecto de sustancias estupefacientes, separarse de su puesto, faltar a las consignas y/o dejarse relevar por quien no tiene competencia para ello, con el cual el legislador pretende proteger el bien jurídico del servicio. Para que pueda estructurarse este reato en el juicio de adecuación típica, se debe tener en cuenta que el sujeto activo de la conducta debe tener la condición de centinela, esto es, el legislador para diferenciarlo de otros delitos contra el servicio que pueden materializarse con

algunas de las conductas previstas en este tipo penal, introdujo como ingrediente normativo de carácter funcional, una circunstancia muy especial, que para el momento de la ocurrencia del hecho el militar o policial fungiera como centinela...(...) Atendiendo la descripción que realiza el legislador del delito del centinela, se trata de un tipo penal en blanco, en esa medida, en aplicación de la figura de la remisión legislativa se debe recurrir al contenido normativo previsto en otras disposiciones de orden legal (reglamentos internos de la Fuerza Pública), con el fin de complementar los aspectos no contenidos en la ley punitiva castrense...(...) Bajo este criterio jurídico, en el caso que nos ocupa, como quiera que el enjuiciado era un miembro de la Policía Nacional y los hechos tuvieron ocurrencia el 5 de julio de 2015, debemos recurrir por remisión legislativa tácita a la resolución 03514 del 5 de noviembre de 2009, mediante la cual se expidió el **Reglamento de Supervisión y Control de Servicios para la Policía Nacional**, norma vigente para la data de los hechos, cuerpo jurídico que conceptualiza, determina y establece las diferentes unidades policiales, dependencias y los servicios que se deben prestar al interior de las guarniciones, dentro de los cuales se encuentra la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones, el servicio de centinela y los libros que se deben llevar al interior de esa dependencia. El artículo 32 de la citada disposición prevé que el centinela de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones, es el servicio prestado por un integrante del Nivel ejecutivo en el grado de patrullero, agente o auxiliar de policía, entrenado y dotado con el armamento necesario para el servicio, nombrado en un sitio, lugar o zona determinada, con misiones definidas de seguridad e igualmente, fija las funciones que debe cumplir, entre otras, permanecer en un lugar de facción asignado durante el servicio, cumpliendo misiones de seguridad, las consignas y responsabilidades transmitidas por el Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones o el Relevante de la misma, etc.²¹²...(...) El descanso y

212 Resolución 03514 del 5 de noviembre de 2009, artículo 32: **“Centinela de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.** Es el servicio prestado por un integrante del Nivel ejecutivo en el grado de patrullero, agente o auxiliar de policía, designado por la Orden del Día de la unidad, entrenado y dotado con el armamento necesario para el servicio, nombrado en un sitio, lugar o zona determinada, con misiones definidas de seguridad; su relevo será llevado a cabo por el Relevante de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.

El centinela de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones cumple con las siguientes funciones:

1. Permanece en un lugar de facción asignado sin ausentarse de él durante el servicio cumpliendo misiones de seguridad.
2. Cumple con las consignas y responsabilidades transmitidas por el Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones o el Relevante de la misma.
3. En caso de detectar una amenaza o ataque terrorista contra la instalación policial, activa la alarma establecida por la unidad, la cual debe ser explicada a todo el personal que labore en la misma para reconocerla en caso de ser utilizada.
4. Atiende al público en forma cortés y lo acompaña a la dependencia que requiera visitar, cuando sea asignado por el Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.
5. Controla y evita el estacionamiento de vehículos frente a las instalaciones y demás zonas alledañas que no sean parqueadero.
6. Responde por el armamento, equipos y elementos pues-

211 Sala Cuarta de Decisión. Rad. 156393 del 09 de marzo de 2010. M.P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana.

el dormir es una necesidad primordial de todo ser humano, el ciclo sueño-vigilia es intrínseco e inevitable en todas las personas, no es un patrón que la persona voluntariamente asuma o decidir ignorar, es por ello, que cuando no se duerme nada o no se duerme lo suficiente, la persona no descansa físicamente y el organismo reacciona con toda una serie de desajustes, muchos de los cuales son altamente peligrosos para la salud en general, luego, si tenemos en cuenta que, como lo muestra el material probatorio allegado al proceso, el AP HAPM llevaba más de un mes sin descansar y solo podía dormir unas escasas horas, necesariamente debemos concluir que el agotamiento físico lo llevó a quedarse dormido en la madrugada de marras, así sea momentánea. Ese agotamiento físico, que pertenece al fuero interno del procesado, debido al largo tiempo en que se encontraba sometido a las extensas jornadas de trabajo y al exiguo sueño que podía tomar diariamente, porque no decirlo, casi inexistente, necesariamente debió acumular un exceso de agotamiento al punto que dobló la voluntad de cumplir con el servicio, quedándose dormido en su lugar de facción, por lo cual, si bien es cierto el proceso causal es obra del procesado y era previsible, no era evitable en las condiciones en que se encontraba, ni su actuar corresponde a una acción dolosa, sino que fue producto de la influencia de factores del mundo circundante que se constituyen en un caso fortuito". (TSM. RAD. 158430-301-XV-171, M. P. MY(r). José Liborio Morales Chinome, abril veintiocho (28) de dos mil diecisiete (2017).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **El uso de sustancias estupefacientes en el delito del centinela.**

"Recuérdese que el modelo descriptivo de la conducta de un tipo penal gira en torno al verbo rector, pero en el caso específico del punible del centinela (Ley 1407 de 2010, art 112), se describen conductas alternativas donde al verbo rector se le adhieren circunstancias de tiempo, modo o lugar en que la conducta ha de desarrollarse, y específicamente en cuanto al tema de sustancias sicotrópicas, la conducta del punible del centinela se describe que "se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes", modelo descriptivo que no se adecúa al presupuesto fáctico objetivo. Si el presupuesto fáctico es el porte de sustancias sicotrópicas, el A-quo debe adecuar la imputación jurídica a un tipo penal distinto al del centinela, desde el punto de vista objetivo, pues se reitera, el punible del centinela, frente a las sustancias sicotrópicas exige su consumo, no su porte. Corolario de lo anterior, por ausencia de subsunción del presupuesto fáctico referido en el modelo descriptivo contenido en la conducta del punible del centinela, es la razón para pregonar la atipicidad de la conducta, y en consecuencia habrá de revocarse la condena

tos bajo su responsabilidad.

7. Mantiene el orden y aseo de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.
8. Mantiene la disciplina en el manejo del equipo de comunicaciones.
9. Las demás relacionadas con la naturaleza del servicio y que le asignen las leyes y reglamentos".

impuesta al SLC. JPLC, como autor del punible del centinela, por los hechos ocurridos la tarde del 1° de septiembre de 2013. Sin embargo, ha de aclararse que si estas actividades desvían la atención del centinela en cuanto a su rol de escucha y vigilancia, como garantía de la seguridad 68 Justicia Penal Militar y Policial de los bienes o personas del cual ha de proteger, podría realizarse la imputación del punible de centinela, pero bajo el modelo descriptivo de la conducta "falte a las consignas especiales", hipótesis que ni la investigación ni en el A-quo en su sentencia, desarrollaron ni probaron. Argumento este adicional para revocar la condena impuesta por el punible del centinela". (TSM. Rad. 158593 del 31 de mayo de 2017, M. P. CR. (RA) Fabio Enrique Araque Vargas, Tercera Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Importancia de las consignas en el delito del centinela.**

"Es tan relevante la misión que cumplen los centinelas en las Unidades Militares, que la inobservancia de cualquier consigna general o especial –por insignificante que parezca–, puede llevar a resultados operacionales negativos y por ende la posibilidad de bajas en las filas de la institución militar, lo que necesariamente conlleva que se exija un mayor compromiso de los hombres que integran las Fuerzas Militares y a los cuales se les encomienda este tipo de misiones de control y seguridad, así lo ha venido precisando esta corporación en diferentes pronunciamientos: «Es innegable que el centinela cumple una vital función en la actividad militar y policial, ya que se convierte en los ojos y oídos de la unidad, su responsabilidad se proyecta, a la integridad de individuos y bienes, vigilancia y seguridad de instalaciones, del personal y elementos que allí se encuentran; es la primera línea de defensa, por lo que no asalta el juicio afirmar que su presencia se torna importante de cara a la realidad Colombiana donde se viven condiciones de inseguridad y riesgo potencial, razón por la cual el Legislador ha erigido el injusto del centinela en delito de peligro, de mera conducta, es un tipo penal pluricomportamental, que requiere un ámbito de protección ex ante". (TSM. Rad. 158752 del 6 de octubre de 2017, M. P. CR. (RA) Pedro Gabriel Palacios Osma, Primera Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Delito del centinela como tipo doloso.**

"De acuerdo con dicha descripción se tiene que este tipo penal admite únicamente la modalidad dolosa, es catalogado como de mera conducta en tanto describe un comportamiento sin que exija la concreción de un daño concreto, así mismo, es definido como de peligro bajo el entendido que protege al bien jurídico del servicio de un eventual riesgo. En relación con dichas características la Corte Suprema de Justicia, señaló: "Esta descripción típica, idéntica a la contemplada en la legislación precedente, Ley 522 de 1999, artículo 131 (con la única

diferencia de que la sanción imponible en esta normatividad es el arresto), supone la modalidad dolosa como única alternativa de ejecución al tratarse de un injusto asociado al cumplimiento de la misión atribuible a los miembros de la Fuerza Pública consistente en ejercer labores de vigilancia y defensa ante la necesidad de resguardar las instalaciones castrenses y la integridad de los uniformados (...). Y si se dice que la modalidad dolosa es la única admisible a efectos de la comisión del injusto, directa, lo es porque desde la perspectiva de protección del bien jurídico (el servicio), en consonancia con las consignas transcritas en precedencia, la voluntad del agente tiene que representarse en condiciones ciertas que su retención deliberada a cumplir con la función de custodia genera una perturbación real de carácter institucional, al margen de la materialización o no de algún resultado dañoso. Contexto que permite afirmar que se trata de un delito de peligro, de mera actividad...²¹³. Así mismo, es relevante destacar que la estructura del delito es compuesta, toda vez que dentro de su tipicidad objetiva describe varias modalidades conductuales que de darse individual o conjuntamente pueden tipificar el punible de centinela. (TSM. RAD. 158244-133-XIV-193-PONAL. M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez, veintitrés (23) de julio de dos mil diecinueve (2019).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Consignas generales en las Fuerzas Militares.**

“Ahora bien, sabido es que el injusto del centinela

es de mera conducta y de peligro, el bien jurídico que protege es de carácter colectivo y pluriobjetivo, lo que comporta, en la compleja pero llamativa arquitectura dogmática que se estila en la Ley 1407 de 2010, que el bien jurídico del servicio tenga un ámbito de protección ex ante, es decir, el legislador lo anticipa dado que su afectación genera un riesgo de carácter colectivo que compromete, más allá de la seguridad en sí misma, la de personas, bienes, material de guerra e intendencia, así como instalaciones...(...). Así las cosas, se puede inferir válidamente que el procesado no solo realizó la conducta típica prohibida, sino además, que la voluntad final de acción del uniformado estaba dirigida a la producción del resultado lesivo, puesto que de forma consciente y voluntaria adoptó una posición que indefectiblemente lo conduciría a dormir, como fue sentarse en la garita con pasamontañas y fillac, recostarse para lograr la comodidad requerida, para finalmente entregarse al descanso pese a encontrarse en plena faena del puesto de seguridad, faltando a las consignas generales contempladas en el numeral 48 del Reglamento de Servicio de Guarnición vigente para la época, que establece: “a. Son consignas generales de los centinelas: (1) Estar en constante actividad durante su turno de servicio, en el sitio o lugar que se le asignen sin separarse de él por ningún motivo. (2) Mantenerse de pies, absteniéndose de sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o hacer cosa alguna que distraiga su atención durante el servicio”. (TSM. RAD. 158997-189-XIV-253-EJC. M. P. CR. Wilson Figueroa Gómez, veintidós (22) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Artículo 113. Agravación punitiva.

Si alguna de las conductas de que trata el artículo anterior se cometiere en tiempo de guerra o conmoción interior, se impondrá prisión de uno (1) a cinco (5) años.

I. RESOLUCIÓN 03514 DEL 5 DE NOVIEMBRE DE 2009

Artículo 32. “Centinela de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones. Es el servicio prestado por un integrante del Nivel ejecutivo en el grado de patrullero, agente o auxiliar de policía, designado por la Orden del Día de la unidad, entrenado y dotado con el armamento necesario para el servicio, nombrado en un sitio, lugar o zonadeterminada, con misiones definidas de seguridad; su relevo será llevado a cabo por el relevante de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.

El centinela de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones cumple con las siguientes funciones:

1. Permanece en un lugar de faena asignado sin ausentarse de él durante el servicio cumpliendo misiones de seguridad.

2. Cumple con las consignas y responsabilidades transmitidas por el Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones o el Relevante de la misma.

3. En caso de detectar una amenaza o ataque terrorista contra la instalación policial, activa la alarma establecida por la unidad, la cual debe ser explicada a todo el personal que labore en la misma para reconocerla en caso de ser utilizada.

4. Atiende al público en forma cortés y lo acompaña a la dependencia que requiera visitar, cuando sea asignado por el Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.

5. Controla y evita el estacionamiento de vehículos frente a las instalaciones y demás zonas aledañas que no sean parqueadero.

6. Responde por el armamento, equipos y elementos puestos bajo su responsabilidad.

7. Mantiene el orden y aseo de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.

213 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (3 de mayo de 2017) Rad. 45704. M. P. José Luis Barceló Camacho.

8. Mantiene la disciplina en el manejo del equipo de comunicaciones.

II. REGLAMENTO DE SERVICIO DE GUARNICIÓN. SEXTA EDICIÓN 2017

8. DEFINICIÓN

f. Suboficial relevante de guardia. Es prestado por el personal de Suboficiales de grado Cabo tercero, Cabo segundo o su equivalencia en las fuerzas, orgánicos de la unidad, este servicio será prestado en dos turnos de 12 horas, nombrado mediante acto administrativo por un lapso de 24 horas. El Suboficial relevante de guardia es el responsable de efectuar los relevos de guardia del personal, así como efectuar la supervisión y control del personal de soldados e infantes de marina que se encuentran de servicio de guardia. La facción del primer turno tendrá inicio a partir de las 6:00 horas hasta las 18:00 horas y la facción del segundo turno de 18:00 horas hasta las 6:00 horas del día siguiente. Mientras el relevante de guardia no esté faccionando pasa a descansar en el recinto o cuerpo de guardia.

h. Centinela de la guardia. El centinela es un individuo de la guardia, armado y colocado en un sitio, lugar o zona determinados, con misiones definidas de vigilancia y seguridad. El centinela debe permanecer con su arma cargada y asegurada mientras se encuentre nombrado de servicio. El servicio de centinela de guardia es prestado por el personal de soldados e infantes de marina, orgánicos de la unidad militar y nombrado mediante acto administrativo por un lapso de 24 horas. La misión fundamental del centinela de la guardia es la defensa y seguridad de la unidad militar. El horario para la prestación de este servicio será de acuerdo a lo estipulado en los turnos de guardia y no podrán exceder las seis horas continuas. Los centinelas deberán portar su arma de dotación en las siguientes posiciones: cuando se encuentren de guardia en la puerta principal, el fusil debe ir con portafusil corto, al hombro o en descanso, para los demás centinelas que se encuentren en el puesto de guardia el fusil debe ir terciado al pecho o con portafusil largo, al hombro o en descanso. Los centinelas de las guardias de Honor al hombro con porta fusil corto.

14. DOCUMENTOS DE LAS GUARDIAS

i. Las consignas. Son órdenes e instrucciones precisas las cuales pueden ser verbales o escritas que se imparten al personal nombrado para prestar un servicio de guardia y se clasifican en generales y particulares. Son consignas generales, aquellas órdenes que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados. Son consignas particulares, las que corresponden a la situación especial del puesto.

III. DEFINICIÓN DE DORMIR. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA

Hallarse en el estado de reposo que consiste en la inacción o suspensión de los sentidos y de todo movimiento voluntario.

IV: EMBRIAGUEZ

1. Guía para la determinación clínica forense para el estado de embriaguez aguda. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, versión dos diciembre de 2015. La embriaguez es un cuadro clínico sindromático agudo, con predominio de alteraciones en el sistema nervioso central, el cual es causado por el efecto de sustancias previamente administradas. Este concepto podría equipararse al de intoxicación aguda por sustancias psicoactivas. Estas sustancias pueden actuar de diversas maneras y generan un conjunto de fenómenos tanto psíquicos como somáticos invariables que no son manejados a voluntad del paciente.

2. Circular 22 de 2013: "En concordancia con lo estipulado por la Ley 1696 de 2013, a partir de la fecha en toda valoración para determinación de embriaguez, se debe continuar realizando el examen clínico de acuerdo con el reglamento técnico vigente. Adicionalmente, en los casos en que se dictamine embriaguez clínica negativa, se hace necesario que se realice determinación indirecta o directa de niveles de alcohol".

V. SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE O PSICOTRÓPICA

1. Ministerio de Salud Nacional. Resolución número 001478 de 10 de mayo de 2006. Estupefaciente: Es la sustancia con alto potencial de dependencia y abuso.

2. Guía para la determinación clínica forense para el Estado de embriaguez aguda. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, versión dos diciembre de 2015. Mixtas: Simultáneamente muestran efectos de las anteriores clases, generando manifestaciones clínicas combinadas (éxtasis, catinonas y cannabinoides). Las sustancias pueden también ser clasificadas según el grupo farmacológico al que pertenezcan, a saber[30]: 1. Etanol. 2. Benzodiazepinas. 3. Barbitúricos. 4. Opioides. 5. Inhalantes (dick, GHB y derivados, pegantes). 6. Cocaína. 7. Anfetaminas y derivados. 8. Alucinógenos (LSD, peyote, yagé, ketamina, fenciclidina, hongos). 9. Marihuana. 10. Atropínicos. Todas estas sustancias causan cambios en la esfera mental, como alteraciones en el comportamiento, la actitud y otras habilidades, así como alteraciones neurológicas.

VI. SEPARARSE DEL PUESTO

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. "Distanciar sus posiciones [dos personas o cosas] al tomar caminos o tendencias diferentes".

CAPÍTULO V
DE LA LIBERTAD INDEBIDA DE
PRISIONEROS DE GUERRA

Artículo 114. Libertad indebida de prisioneros de guerra.

El que sin facultad o autorización ponga a un prisionero de guerra en libertad o facilite su evasión, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Si la evasión se realizare por culpa del enca

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– **Control de constitucionalidad – tratado internacional – trámite excepcional – prisionero de guerra.**

"[...] Sección II - Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra

Artículo 43 - Fuerzas Armadas:

1. Las Fuerzas Armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armadas y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un Gobierno o por una autoridad no reconocidas por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.
2. Los miembros de las Fuerzas Armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.
3. Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto.

Artículo 44 - Combatientes y prisioneros de guerra:

1. Todo combatiente, tal como queda definido en el artículo 43, que caiga en poder de una Parte adversa será prisionero de guerra".

(Corte Constitucional, Sentencia C-088/1993, febrero 26 de 1993). M. P. Ciro Angarita Barón.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL –
Derecho internacional humanitario – persona protegida – prisionero de guerra.

"[...] En su sentido específico, el término "combatientes" se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un status especial, el "status de combatiente", que implica no solamente el derecho

a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate por rendición, captura o lesión - en particular el status conexo o secundario de "prisionero de guerra". **(Corte Constitucional, Sentencia C-291/2007, veinticinco (25) de abril de dos mil siete (2007). M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).**

**Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador.**

"[...] La Corte advierte que el derecho internacional humanitario, aplicable a conflictos armados internacionales, protege a los civiles de la otra parte del conflicto en cualquier parte del territorio, inclusive después de la finalización de las operaciones militares en caso de que la liberación, repatriación o reasentamiento tenga lugar después. Al respecto, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia **(en adelante "TPIEY") en el caso Fiscal vs. Tadic señaló que:**

Si bien los Convenios de Ginebra guardan silencio en cuanto al alcance geográfico de los "conflictos armados" internacionales, las disposiciones sugieren que al menos algunas de las disposiciones de los convenios se aplican a todo el territorio de las Partes en conflicto, no solo a las zonas cercanas a las hostilidades. Ciertamente, algunas de las disposiciones están claramente relacionadas con las hostilidades y el alcance geográfico de esas disposiciones debería ser igual de limitado. Otras, particularmente las relacionadas con la protección de los prisioneros de guerra y los civiles, no son tan limitadas. Con respecto a los prisioneros de guerra, la convención se aplica a los combatientes en el poder del enemigo; sin importar si se detienen cerca de las hostilidades. En el mismo sentido, la Convención de Ginebra IV protege a los civiles en cualquier parte del territorio de las Partes. Esta construcción está implícita en el párrafo 2 del artículo 6 de la convención, que estipula que: "En el territorio de las Partes en conflicto, la aplicación del presente Convenio cesará al cierre general de las operaciones militares". **(Corte IDH. Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C N.º 332).**

COMENTARIO

La guerra ha sido regulada por diferentes instrumentos jurídicos, nacionales como internacionales. En el caso particular se hace referencia a los prisioneros de guerra y su liberación que se encuentra tipificado en el art. 114 del código penal militar. La Corte Constitucional no se ha pronunciado de fondo respecto de esta conducta, sin embargo, en relación con los tratados internacionales y su constitucionalidad ha delimitado el significado de prisionero de guerra, esto es importante ya que el país cuenta con un conflicto armado sin carácter internacional.

El prisionero de guerra es entendido para esta institución y por el derecho internacional como el combatiente que es privado de su libertad en medio del conflicto por el grupo contrario. El Consejo de Estado no presenta pronunciamientos al respecto, sin embargo, este se acoge a los presupuestos dados por la Corte Constitucional respecto de los tratados internacionales y las normativas propias del conflicto armado internacional.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos defiende los convenios de Ginebra y en el caso *Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* cuando se refiere a la liberación de los prisioneros de guerra establece la obligación de los Estados a mantener el respeto por el derecho a la libertad no únicamente en el territorio en el que se presenta el conflicto, sino, por el contrario, a lo largo de su territorio nacional.

CAPÍTULO VI DE LA OMISIÓN EN EL ABASTECIMIENTO

Artículo 115. Omisión en el abastecimiento.

El miembro de la Fuerza Pública legalmente encargado para ello que no abastezca en debida y oportuna forma a las tropas, para el cumplimiento de acciones militares o policiales, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años de prisión.

Si como consecuencia de la conducta anterior resultare algún perjuicio para las operaciones o acciones militares o policivas, la pena será de dos (2) a cinco (5) años.

Si la conducta se realiza por culpa, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL
– Fuerza Pública – **Código Penal Militar –
punibilidad – deber legal.**

“La Corte entiende por ejercicio legítimo de un cargo público aquél que normalmente se desprende del recto y leal ejercicio de las funciones que se encuentren detalladas en la ley o en el reglamento respectivos y que por ser tal no comporta extralimitación ni omisión alguna. Del conjunto de funciones que legalmente se asigna a cada cargo surgen para su titular precisos deberes de acción o de abstención. Como quiera que la realización de dichas funciones se impone con la fuerza superior de un deber jurídico, en estricto rigor [...] En realidad, el legítimo ejercicio de un cargo no puede ser distinto del “estricto cumplimiento de un deber legal”. Si a lo anterior se agrega que el legítimo ejercicio de un cargo no entraña ningún asomo de antijuridicidad –y, por lo tanto, no ha menester de justificación, en cuanto que no es acto típico–, se sigue que si en un determinado caso ello da lugar a un debate penal.”
(Corte Constitucional, Sentencia C-358/97, agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y siete (1997). M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA. **Corte Suprema de Justicia:**
Desviación de la función: “En efecto, los delitos de omisión se regulan en el artículo 25 del Código Penal, cuyo texto es como se consigna a continuación.

“Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

La Corte ha proferido varias decisiones en las que ha realizado múltiples estudios sobre los delitos dolosos en la modalidad de comisión por omisión y la posición de garante.

Por ejemplo, en la sentencia del 14 de noviembre de 2007 (Radicado 28.017), aludiendo específicamente a la temática, consideró:

“El comportamiento delictivo puede consistir en una acción positiva que determina una variación en el mundo exterior, pero también puede derivarse de una acción negativa, es decir, de índole omisiva, así definida por el legislador al incluir taxativamente el deber, cuyo incumplimiento se sanciona independientemente del resultado (omisión propia), como ocurre con los delitos de inasistencia alimentaria (Art. 233), omisión de medidas de socorro (Art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (Art. 402) prevaricato por omisión (Art. 414), entre otros.

Para la corporación, del inciso segundo del citado artículo 25, se extracta que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, queda sujeto a la pena prevista en la norma correspondiente. Para esto, además, se requiere que la persona tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico, o que se le haya encomendado como garante la custodia o vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme con la Constitución o la ley.

También en la sentencia SP7135, 5 jun. 2014, Rad. 351135, la Sala hace un exhaustivo análisis sobre las figuras, del siguiente tenor:

“1. Tratándose de acciones negativas o de índole omisivas, suelen distinguirse las de omisión propia, cuando se sanciona el incumplimiento del deber definido por el legislador independientemente del resultado, como en los delitos de inasistencia alimentaria (Art. 233 CP.), omisión de medidas de socorro (Art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (Art. 402) prevaricato por omisión (Art. 414), entre otros, y las de omisión impropia o comisión por omisión, que tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Para este comportamiento omisivo se entra a verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que, de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado, y a fin de equiparar la causación de este y la relación del omitente con el bien protegido, se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, precisar así quié debate garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.

La posición de garante (Garantenstellugen), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que este se produzca cuando es evitable". **(Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M. P. Gustavo Enrique Malo. Radicado N.º 46604 M. P. Gustavo Enrique Malo, octubre 15 de 2014).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Omisión abastecimientos delicto doloso y culposo.**

"Razón les asiste a las partes cuando dejan ver en sus argumentos que el delito de omisión en el abastecimiento es un tipo penal de gravedad intermedia, esto es, que admite para su estructuración la modalidad dolosa o culposa, y que para ser destinatario de la norma penal dispuesta en el artículo 134 del Código Penal Militar se debe estar encargado "legalmente", requisito que se desatendió por parte del Comando del Batallón para el caso del Cabo Rengifo. Tal y como lo señala el instructor, tras ser requerido al Comando de la Unidad, no existe en el plenario acto administrativo alguno u orden de ese nivel que nombrara a Rengifo como suboficial de abastecimientos". **(Tribunal Superior Militar y Policial, Radicado 087-156151-6978-XIV-340-EJC, noviembre treinta (30) de dos mil nueve (2009). M. P. Teniente Coronel Camilo Andrés Suárez Aldana).**

DOCTRINA

EL DELITO DE OMISIÓN EN LAS Fuerzas Militares:

"[...] El Estatuto Castrense deja claro que se puede incurrir en los delitos por "acción y por omisión" (artículo 21). Trascendente y para debate es la manera como el Nuevo Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010), en el artículo 27, establece la Omisión Impropia también como norma general (tipo abierto o en blanco), la que difiere en algunos aspectos estructurales de lo que dispone el artículo 25 del Código Común. Si bien la conducta puede ser realizada por acción y por omisión, y se funda ésta en el deber jurídico de impedir un resultado que se encuentre tipificado, la norma contiene unos requisitos como los "recursos y medios disponibles" y el "ámbito propio de dominio", que deja expresa la posibilidad de que concurran causales de exclusión de responsabilidad, y finalmente impone que el sujeto debe tener a su cargo "la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos".

[...] El Estatuto Militar a través del Decreto 2550 de 1988, la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010, ha mantenido prácticamente los mismos tipos penales, relegando en las dos últimas reformas al Estatuto Común los tipos de prevaricato por omisión y abuso de autoridad por omisión de denuncia".

Vargas L. Álvaro. *El delito de omisión en las Fuerzas Militares*. Universidad Santo Tomás convenio Universidad de Salamanca. Facultad de derecho Maestría en derecho penal. <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2185/Vargasjose2012.pdf?sequence=1>

LA CONDUCTA INSTANTÁNEA Y LA CONDUCTA PERMANENTE EN LOS DELITOS TÍPICAMENTE MILITARES QUE AFECTAN EL SERVICIO COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO:

"[...] la omisión de abastecimiento requería en la codificación anterior que quien cometiera la conducta fuera el comandante, la Ley 522 de 1999 indica que puede incurrir en esta conducta cualquier miembro de la Fuerza Pública cuando no abastezca, no solo en forma debida sino oportuna y esto afecta el cumplimiento de las acciones militares o policiales, sin más modificaciones. Respecto a la omisión de abastecimiento, en sentencia del Tribunal Superior Militar se aclara que para ser destinatario de la norma penal dispuesta en el artículo 134 del Código Penal Militar se debe estar encargado "legalmente"[83], lo que significa que el funcionario debe estar nominado mediante acto administrativo como el encargado del abastecimiento para tener la calidad de sujeto activo de este tipo penal".

Naranjo T. Andrea. *La conducta instantánea y la conducta permanente en los delitos típicamente militares que afectan el servicio como bien jurídico tutelado*. Universidad Externado de Colombia. Facultad de derecho maestría en justicia y tutela de los derechos con énfasis en ciencias penales y criminológicas. Bogotá, D.C. 2019. https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/2893/GUAAA-spa-2019-La_conducta_instantanea_y_la_conducta_permanente_en_los_delitos_tipicamente_militares_que_afectan_el_servicio?sequence=1

JOSÉ ÁLVARO VARGAS LANCHEROS – EL DELITO DE OMISIÓN EN LAS Fuerzas Militares – UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS – CONVENIO UNIVERSIDAD DE SALAMANCA – FACULTAD DE DERECHO – MAESTRÍA EN DERECHO. PENAL – <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2185/Vargasjose2012.pdf?sequence=1>

"A la hora de aterrizar la responsabilidad penal de los militares en su condición de funcionarios públicos, dándole sentido a lo expuesto por el maestro Jakobs, quien refiriéndose a los deberes estatales en una de sus conferencias, escribió: "(...) si bien el Estado como persona jurídica no responde por sí mismo penalmente, sí en cambio los titulares de una función pública que actúan para él" (1998, p. 50). Frente a estas expresiones, conviene señalar previamente que la normatividad internacional, la Constitución Política, la ley y tales premisas de la doctrina son desarrolladas y aplicadas en su quehacer por las altas Cortes. A manera de ejemplo el concepto de Jakobs lo ensancha la honorable Corte Constitucional, así:

"El Estado puede ser garante –competencia institucional– cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la Nación. Como el Estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente. (Jakobs, citado en la Sentencia SU-1184 de 2001)".

TÍTULO III
DELITOS CONTRA LOS INTERESES DE
LA FUERZA PÚBLICA
CAPÍTULO ÚNICO
DE LA INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA

Artículo 116. Inutilización voluntaria.

El miembro de la Fuerza Pública que se lesione o se inutilice con el propósito de eludir el cumplimiento de sus deberes militares o policiales o para obtener su retiro o reconocimiento de prestación social, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

**JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL –
Fuerza Pública – código penal militar – honor
militar – deber de la Fuerza Pública.**

“[...] La función militar se ha enmarcado históricamente en valores propios, uno de los cuales es el del honor, que el artículo 6° de Ley 1862 de 2017 define como la “característica del militar que lo hace consistente con la esencia de su ser y de los principios, valores y virtudes que ha prometido defender, respetar y acatar”. Como dijo la Corte en la Sentencia C-578 de 1995:

“El militar desde el punto de vista individual, repite el objetivo de la organización servicial a la que pertenece, y se describe como el profesional cuyo sentido existencial y función primordial es defender la Constitución y lo que esta ordena: Respeto a la democracia y a los derechos humanos. En estas palabras la Corte define la primera lealtad del militar en servicio, que es una fidelidad irrevocable e incondicional a su misión. El honor militar se adquiere, construye y demuestra en cada acto del servicio que no escatime esfuerzo ni sacrificio alguno en la devota entrega a este primerísimo deber, en el que se cifra la admiración y el aprecio del pueblo por sus soldados y en el que se ofrece la pauta suprema para juzgar su valor y coraje”.

[...] El honor militar, por otra parte, se encuentra estrechamente relacionado con la defensa de la Constitución y lo que esta ordena: Respeto a la democracia y a los derechos humanos y, por lo mismo, con el adecuado uso de la fuerza y de las armas, y con los elementos normativos que rigen su uso, aunque ciertamente excede el elemento normativo pues su verdadera eficacia está enlazada de manera esencial a un elemento cultural sobre el sentido de lo que implica obrar con honor [6].

Actuar por fuera de los códigos de honor, en su relación con la defensa de la Constitución en los términos expuestos, puede conducir a la imposición de las sanciones disciplinarias de carácter individual que haya previsto el legislador e, incluso, comprometer la responsabilidad institucional de las Fuerzas Militares en cuanto garantes de los derechos fundamentales (artículo 2° de la Constitución). Las implicaciones disciplinarias por incumplimiento o afectación de los deberes que se derivan del honor militar, sin embargo, sólo serán posibles en los precisos términos señalados expresamente por el legislador, de conformidad con los principios de legalidad y tipicidad propios del debido proceso sancionatorio.

[...] La pertenencia a las Fuerzas Militares impone a sus miembros, como se ha dicho, un riesgo especial para su vida, que se deriva del uso del monopolio de la fuerza para el cumplimiento de

la delicada e imperiosa misión constitucional de la institución: Garantizar los derechos de las personas residentes en Colombia (artículo 2 de la Constitución), defender la independencia nacional, las instituciones públicas (artículo 216 de la Constitución); así como la soberanía, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (artículo 217 de la Constitución).

[...] Para efectos del análisis de la expresión demandada conviene recordar que la disposición de la que forma (artículo 1° de la Ley 1862 de 2017), es del siguiente tenor:

Es deber fundamental del militar por su honor, la disposición permanente para defender a Colombia, incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario, cumpliendo la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, respetando los preceptos, principios, valores y virtudes inherentes a la carrera militar.

*[...] Como se concluyó al analizar el alcance de la disposición demandada, el deber que consagra la disposición es una norma de conducta propia de la condición militar y de sus valores, en particular del honor, cuyo acatamiento lo hace consistente con la esencia de su ser y de los principios, valores y virtudes que ha prometido defender, respetar y acatar –según lo define el numeral 9 del artículo 6° de la misma ley–, dada la trascendental función pública que la Constitución confía a las Fuerzas Militares, como lo es la defensa del orden constitucional, la soberanía, la independencia y la integridad del territorio, en los términos del artículo 217 de la Constitución”. **(Corte Constitucional, Sentencia C-430/19, diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo).***

**JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA. Fuero penal militar - Desviación de
la función.**

“Acorde con lo previsto en los artículos 116, 221 y 250 de la Constitución Política, la jurisdicción penal militar entra en escena cuando deben tramitarse y decidirse investigaciones originadas en comportamientos presuntamente delictivos, definidos como tales por el Código Penal o por leyes especiales, siempre que los mismos hayan sido ejecutados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Acorde con los anteriores parámetros, se concluye que lo sancionado por el estatuto punitivo militar y que adjudica el fuero para ser juzgado en esa jurisdicción, parte de la circunstancia necesaria de que el militar o el policía iniciaron una actuación válida, legítima, propia de sus funciones,

comportamiento que en manera alguna puede ser reprochable, solo que en el camino, en el desarrollo de la misma, decidieron desviarla, extralimitarse o abusar, pero siempre en el entendido de que estos proceder indebidamente tenían una correspondencia, un vínculo, un nexo, con la tarea específica propia del servicio correspondiente.

Por abusar se entiende usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente la función concreta, específica, que correspondía por ley y reglamento. Desviar implica que el servidor se aleja, aparta, separa de la función iniciada en forma legítima. Extralimitarse tiene el alcance de actuar más allá, fuera de los límites fijados por el servicio correspondiente". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero. Bogotá, D. C., cinco (5) de abril de dos mil diecisiete (2017).

JURISPRUDENCIA – Tribunal Militar – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Inutilización voluntaria.**

"De la hipótesis comportamental transcrita en precedencia, emergen las siguientes notas

características: 1. La conducta del sujeto agente se concreta en los verbos rectores lesionar o inutilizar. 2. Que aquella se realice con el propósito de eludir el cumplimiento de los deberes militares o policiales o para obtener el retiro o reconocimiento de prestación social (ingrediente subjetivo). Es decir, para que se configure dicha conducta típica, no basta con la lesión o la inutilización del sujeto agente, sino que es necesario acreditar el ánimo o propósito que lo impulsa, o elemento subjetivo que exige la descripción legal, que no puede confundirse con el dolo. No obstante, el dolo es el núcleo del aspecto subjetivo del tipo, es factible hallar en la ley diversas figuras que exigen contenidos de naturaleza subjetiva diferentes del dolo a partir de la cual se ha creado la teoría de los elementos subjetivos del tipo, para algunos del injusto. En el caso objeto de estudio, el tipo penal requiere que el autor tenga un determinado propósito o intención, un impulso que debe adicionarse al conocimiento y la voluntad de ejecutar el tipo (dolo)"7." (Tribunal Superior Militar. Sala primera. M. P. TC. Ismael Enrique López. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010).

COMENTARIO

El ser miembro de la Fuerza Pública colombiana hace del individuo un ser con virtudes, la inutilización voluntaria es una conducta tipificada por el legislador a raíz de que esta vulnera los principios y valores propios del quien porta un uniforme al servicio de la patria.

El Tribunal Militar y Policial en el pronunciamiento citado estructura los elementos propios de la conducta entendiendo los verbos rectores y el propósito de la acción con la que se genera para que esta pueda ser imputada ya que el elemento subjetivo es el que debe ser demostrado.

TÍTULO IV DELITOS CONTRA EL HONOR CAPÍTULO I DE LA COBARDÍA

Artículo 117. Cobardía.

El que en zonas o áreas donde se cumplan operaciones de combate o en presencia del enemigo o de delincuentes huya o de cualquier modo eluda su responsabilidad de tal manera que afecte al personal de la Fuerza Pública, incurrirá por esta sola conducta en prisión de tres (3) a seis (6) años. Si como consecuencia de la conducta sobreviniere la derrota, la pena se aumentará hasta en la mitad.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Honor militar – **cobardía: (...)**

"Las conductas tipificadas en las disposiciones demandadas, se consideran atentatorias del honor y, particularmente, dada la naturaleza del estatuto que las contempla, del honor militar.

El honor es una calidad ética personal vinculada a la observancia del deber y, consecuentemente, a la reputación que el cumplimiento del deber genera.

En el caso específico de los miembros de las fuerzas armadas, el deber a cuyo cumplimiento se falta cuando se incurre en cobardía, no es otro que el deber de ser valiente. La pregunta que inevitablemente surge es entonces esta: ¿puede, legítima y razonablemente, erigirse la valentía en

contenido de un deber jurídico y vincularse a su transgresión la imposición de una pena?

(...) ¿Es jurídicamente exigible la virtud del valor como un deber? De ordinario, el deber consiste en la exigencia de una conducta que implica el sacrificio de algún interés del actor, o que contraría la tendencia que busca un objeto gratificante. Pero tal sacrificio está al alcance del ciudadano normal, es decir, no se requiere de condiciones humanas excepcionales para cumplir los deberes que posibilitan la convivencia. A esa serie de conductas cuya observancia no implica en general sacrificios heroicos y sin la cual no es pensable la vida comunitaria, la han denominado algunos teóricos (Fuller, Hart, Findlay) moral o ética del deber, por oposición a una ética de la aspiración, que apunta hacia la realización de propósitos más altos, constitutivos de lo que los griegos llamaban la buena vida, es decir, la excelencia, la realización humana

plena. El mártir, el héroe y el santo son arquetipos representativos de esa forma de vida, a los que no puede equipararse el hombre común y cuyos patrones normativos rebasan en exceso lo que razonablemente la moral y el derecho pueden exigir.

(...) la formación del militar (y hay que agregar entre nosotros al policía, aunque su asimilación no es del todo adecuada) es un adiestramiento permanente dirigido a un objetivo específico: Saber afrontar las situaciones de peligro. Ahora bien, es de suponer que quien se ejercita en una actividad, desarrolla destrezas que se incorporan al repertorio de sus acciones y reacciones cotidianas, que vistas desde afuera pueden parecer excepcionales y extraordinarias pero que para él deben aparecer como normales. Por tanto, en ese campo específico la exigencia que para otro podría ser desmesurada, para él es razonable: afrontar un combate, no huir, no hacer manifestaciones de pánico. La valentía, entonces, así entendida, y vinculada al honor militar, se revela como una destreza exigible de quien se ha preparado para adquirirla, y el no poseerla sería tan vergonzoso (¡deshonroso!) como lo sería para quien ha recibido adecuado entrenamiento en el quirófano, no ser capaz de realizar una operación de cirugía corriente. No es descartable, en ninguno de los dos casos, que circunstancias particulares, específicas, personales o externas, frustren la observancia de la conducta exigible, pero se trata entonces de casos “anormales” que merecen una consideración especial que también el ordenamiento normativo debe tomar en cuenta.

(...) Así pues, el acto de valor (como todos los enunciados en las normas demandadas) que para un ciudadano común podría ser heroico, y cuya omisión no sería vergonzosa, para un militar sería apenas debido, y su incumplimiento motivo de baldón.

A la vez, dentro de esa misma esfera de acción (la castrense), pueden darse hazañas que rebasan el mínimo de lo que razonablemente puede exigirse a un sujeto normal. La exigencia de valor demandable al soldado no puede equipararse al heroísmo. El primero encarna la ética del deber y el segundo pertenece a la ética de la aspiración. Todos los aqueos, en la epopeya homérica, son esforzados (valientes) pero Aquiles y Ayax son héroes. Que un soldado del montón huya del combate es sin duda deshonroso, por cobarde. Pero no lo es, que se abstenga de realizar las hazañas reservadas al guerrero de condición superior, por cuya omisión nadie puede, razonablemente, enjuiciarlo.

Algo más: Si se toma en consideración el hecho de que el militar (o el policía) en las circunstancias previstas en las normas acusadas, no actúa solo sino formando parte de un grupo, generalmente numeroso, las observaciones hechas acerca de la psicología de la masa (G. Le Bon y Freud, especialmente) indican que la influencia del miedo en la conducta individual se atempera notablemente; la mayor intensidad de los contenidos emocionales generados por la adhesión a la causa o la vinculación libidinoso con el líder, hacen que el miedo se relegue a un plano secundario, si no es que desaparece por completo. La sola circunstancia de hacer parte de una masa (y para este efecto el Ejército lo es)

trastoca el comportamiento individual inhibiendo la reflexión que abonaría las aprensiones sobre el mal eventual sobreviniendo y haciendo más osado al individuo. Tal aseveración está confirmada por la experiencia, sin que sea preciso acudir –como lo hace Le Bon– a la postulación de entidades metafísicas tan problemáticas como “el alma colectiva”.

[...] Pero estas son, insiste la Corte, circunstancias que ha de valorar el juez en concreto a fin de establecer si es o no el caso de formular el reproche de cobardía y en qué grado. De allí la importancia, en los procesos por delitos militares, de un juez sabido y ecuánime y de un debido proceso riguroso.” (Corte Constitucional, Sentencia C-563/95, noviembre 30/ 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz).

I JURISPRUDENCIA. Corte Constitucional –

(...) “la Corte declaró la exequibilidad del delito de cobardía consagrado en los artículos 123, 124 y 125 del Código Penal Militar, cuyo sujeto activo es el militar en servicio activo que ante el enemigo o en zona de combate huya, se oculte, simule enfermedad o que no enfrente debidamente al contrario, dado que este a diferencia de otras personas por su formación y la misión que está llamado a cumplir debe afrontar un radio mayor de peligros, sin que por este hecho su conducta asuma ninguna connotación heroica o extraordinaria. (Sentencia C-563/95 M. P. Carlos Gaviria Díaz)”. (Corte Constitucional, Sentencia C- 013/97, enero 23/ 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

I JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Honor militar – Cobardía.

(...)” Con todo, en lo que hace relación con el artículo 136 de la ley 522 de 1999 (Código Penal Militar) que tipifica el delito de cobardía, se observa por la Corte que la conducta allí descrita no es delictiva sino cuando al huir o eludir la responsabilidad “en zonas o áreas donde se cumplan operaciones de combate o en presencia del enemigo o de delincuentes”, afecte al personal de la Fuerza Pública, requisito este sin el cual no se cumpliría con la tipicidad de la conducta a la cual se refiere la norma citada. De esta suerte, ha de reiterarse por la Corte lo dicho en la sentencia C-563 de 30 de noviembre de 1995 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual en relación con el mismo delito, tipificado entonces por el artículo 123 del Código Penal Militar anterior (Decreto 2550 de 1988), se expresó que “así pues, el acto de valor (como todos los enunciados en las normas demandadas) que para un ciudadano común podría ser heroico, y cuya omisión no sería vergonzosa, para un militar sería apenas debido, y su incumplimiento motivo de baldón”.

[...] En conclusión, si entran en tensión el valor exigido al miembro de la Fuerza Pública y el núcleo esencial de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal cuando exista muy alta probabilidad de que en determinadas circunstancias estas corran serio riesgo de pérdida o afectación grave y no es exigible otra conducta distinta, ha de primar el derecho fundamental”. (Corte Constitucional, Sentencia

C-228/03, Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil tres (2003). M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Posición de Garante – Deber militar.**

“(…) De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º y 217 de la Carta Política, sobre las Fuerzas Armadas recae en abstracto una posición de garantes frente a la población colombiana, pues tienen como fin primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. (...) Así mismo, la defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal de violarlos, sino también enfrentar a quienes los agredan. En el último caso, no pueden abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad”. (...) **(Sala de Casación penal. Septiembre 24/2012. M. P. José Luis Barceló Camacho).**

JURISPRUDENCIA – CONSEJO DE ESTADO. **Posición de Garante.**

“(…) La posición de garante se predica también de los integrantes de la Fuerza Pública quienes están obligados a que sus acciones: i) Se ajusten a los postulados del Estado de derecho; ii) respeten y hagan respetar los derechos constitucionales fundamentales, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; iii) se encaminen a preservar los bienes jurídicos que la Constitución y la ley ponen bajo su salvaguarda o tutela. (...) Ha fijado asimismo que la posición de garante “se encuentra constituida por el conjunto de circunstancias y condiciones que hacen que jurídicamente una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o a supervigilar su indemnidad con relación a ciertas fuentes de peligro; estas circunstancias específicas hacen para el derecho, que quien omite salvaguardar el bien sea asimilado a autor del hecho punible o a partícipe del mismo”[38]. Bajo la perspectiva antes delineada, la posición de garante se predica también de los integrantes de la Fuerza Pública quienes están obligados a que sus acciones: i) Se ajusten a los postulados del Estado de derecho; ii) respeten y hagan respetar los derechos constitucionales fundamentales, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; iii) se encaminen a preservar los bienes jurídicos que la Constitución y la ley ponen bajo su salvaguarda o tutela. En relación con lo expuesto ha acentuado esta Sala:

Ha fijado asimismo que la posición de garante “se encuentra constituida por el conjunto de circunstancias y condiciones que hacen que jurídicamente una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o a supervigilar su indemnidad con relación a ciertas fuentes de peligro; estas circunstancias específicas hacen para el derecho, que quien omite salvaguardar el bien sea asimilado a autor del hecho punible o a partícipe del mismo”. Bajo la perspectiva antes delineada, la posición de garante se predica también de los integrantes de la Fuerza Pública quienes están obligados a que

sus acciones: i) se ajusten a los postulados del Estado de derecho; ii) respeten y hagan respetar los derechos constitucionales fundamentales, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; iii) se encaminen a preservar los bienes jurídicos que la Constitución y la ley ponen bajo su salvaguarda o tutela. En relación con lo expuesto ha acentuado esta Sala:

“De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las demás autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos.” **(Sección Tercera. Subsección B. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Bogotá, D. C., junio 14/ 2012).**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: **Libertades fundamentales vs. Deber de valentía.**

“(…) Además de la impropiedad de la reforma al fuero militar, esta investigación también se concentra en disertar brevemente sobre el fuero militar y su íntima relación con el ejercicio de las libertades fundamentales, siendo la libertad para el desarrollo de la personalidad (art. 16, CP.) una de las más limitadas bajo el régimen de vida militar. Se trata de la libertad interna o psicológica, que es el poder o independencia del titular del derecho de elegir o diseñar un curso de acción u omisión, por sí mismo, sin injerencia extraña no querida, para el caso de estudio sujeta a jerarquía, órdenes y reglas militares respecto de quien se encuentra bajo el fuero militar.

(…) En principio estos tipos penales imponen a quienes se encuentran sujetos al fuero militar el deber de la valentía. En ese sentido, ha dicho la Corte Constitucional que el acto de valor, para un militar, es apenas debido, no excepcional.

(…) Ahora bien, como señala la Corte, este deber no es absoluto, pues “si entran en tensión el valor exigido al miembro de la Fuerza Pública y el núcleo esencial de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal cuando exista muy alta probabilidad de que en determinadas circunstancias estas corran serio riesgo de pérdida o afectación grave y no es exigible otra conducta distinta, ha de primar el derecho fundamental”.

Estos criterios, conforme a las circunstancias en cada caso concreto, deberán ser apreciados por el juez de conocimiento a fin de definir si cabe un juicio de reproche por la cobardía de quien, sujeto al fuero militar, ha realizado una de estas conductas, así como para determinar el grado de responsabilidad del procesado.

En este tema de la protección del honor militar es incontestable que el decoro, el público ejemplo o

comportamiento decente por parte del militar es uno de los deberes derivados del servicio, como valor propio de la institución castrense en cuanto bien jurídico tutelado simultáneamente con otros, como la integridad física o la propiedad, en tipos penales de alcance pluriofensivo". (**Cárdenas Poveda, Margarita, Fuero militar: ¿garantía funcional o condición de impunidad?, 127 Universitas, 61-90 (2013). doi: 10.1144/Javeriana.VJ127.fmgf).**

DOCTRINA

DELITO DE COBARDÍA VS. LA OMISIÓN EN POSICIÓN DE GARANTE EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR: (...). En Colombia el primer Código Penal Militar se reguló por la Ley 35 de 1881, la cual establecía múltiples penas para quien huyera en guerra, pero que al tenor de la legislación vigente

resultaban exageradas y hasta innecesarias, todo este desarrollo se vio estipulado en las siguientes legislaciones que regulaban la materia. (Ostos, 2012).

Ahora bien, como señala la Corte, este deber no es absoluto, pues "si entran en tensión el valor exigido al miembro de la Fuerza Pública y el núcleo esencial de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal cuando exista muy alta probabilidad de que en determinadas circunstancias estas corran serio riesgo de pérdida o afectación grave y no es exigible otra conducta distinta, ha de primar el derecho fundamental" (Sentencia C-228, 2003)". (**Sanabria, R. Manuela. Delito de cobardía vs. la omisión en posición de garante en la Justicia Penal Militar. Universidad La Gran Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, D. C. (2017).**

Artículo 118. Cobardía en el ejercicio del mando.

Incurrirá en prisión de cinco (5) a veinte (20) años:

1. El comandante que se rindiere al enemigo, rebeldes o sediciosos o entregare por medio de capitulaciones la propia guarnición, unidad militar o policial, buque, convoy, nave, aeronave o lo abandonare sin agotar los medios de defensa que tuviere a su disposición.
2. El comandante que se rinda o adhiera al enemigo, rebeldes o sediciosos, por haber recibido órdenes de un superior ya capitulado, o que en cualquier capitulación comprometiére tropas, unidades, guarniciones militares o policiales, puestos fortificados, que no se hallaren bajo sus órdenes, o que estándolo no hubiesen quedado comprometidos en el hecho de armas y operación que originare la capitulación.
3. El comandante que por cobardía cediere ante el enemigo, rebeldes, sediciosos o delincuentes, sin agotar los medios de defensa de que dispusiere, o se rindiere, si esto determinare la pérdida de una acción bélica o una operación.

DOCTRINA

Enemigo: Como adjetivo general: Contrario, adverso, opuesto. Cual sustantivo, el contrario en la lucha, en las ideas, en los intereses./ Quien odia a otro, tiene mala voluntad contra él y le hace o desea mal./ Por antonomasia, el adversario en la guerra./ Soldado o servidor de las fuerzas que combaten contra las propias. El compatriota (v.) o súbdito de un país en guerra cuando traiciona./ Rebelde, sedicioso, insurrecto. (<https://www.fac.mil.co/es/conozcanos/glosario> GLOSARIO FAC).

Guarnición: Tropa perteneciente a una plaza, frente, línea, posición, base aérea o buque de guerra. En los tiempos de incorporación de esta voz a la milicia, expresaba vituallas, pertrechos o equipo. La serie de pequeñas piezas o accesorios del fusil, de latón común. La sección de Infantería de Marina que va a bordo de las grandes naves de guerra, para los servicios militares y como contingente de desembarcos locales. (<https://www.fac.mil.co/es/conozcanos/glosario> GLOSARIO FAC).

(...) Los límites de la guarnición se refieren al territorio comprendido por la jurisdicción de la unidad, dada la situación de orden público no está autorizado salir fuera del perímetro urbano y sus municipios anexos en donde se encuentra ubicado el puesto de mando de la unidad sin la previa autorización del Comandante de la unidad.

Guarnición. Es el conjunto de una o varias unidades militares fijas o transitorias del Ejército, Armada y Fuerza Aérea acantonadas en una localidad o región delimitada geográficamente, conforme

lo establezca el Comandante General de las FF. MM, previa aprobación del Ministerio de Defensa Nacional, también hacen parte de la guarnición las escuelas de formación.

2. Comandante de la guarnición. Es el oficial de mayor jerarquía, comandante de una unidad militar fija o transitoria de cualquiera de las tres fuerzas que se encuentran acantonadas en una localidad, quien será nombrado como comandante de la guarnición y quien tendrá atribuciones propias dentro de su jurisdicción, informando previamente a sus respectivos superiores sobre disposiciones y procedimientos que, por su importancia y alcance, estos deban conocer. a. Autoridades que pueden asumir el comando de la guarnición. En casos especiales y por derecho propio podrán asumir el comando de la guarnición el señor Presidente de la República o quien haga sus veces, el Ministro de la Defensa y el comandante de las Fuerzas Militares en cualquier parte del territorio nacional. Así mismo los comandantes de Fuerza que por ocasión del desarrollo de operaciones militares se encuentren en la guarnición. La decisión de asumir el comando de una guarnición por las autoridades y en los casos prescritos en este numeral debe ser comunicada oportunamente por escrito al comandante de la guarnición nombrado e informado oportunamente por el medio más efectivo disponible.
3. Sucesión en el comando de la guarnición. Siempre que un comandante de una guarnición

tenga que ausentarse transitoriamente y si lo considera conveniente, encargará de la guarnición a quien le sigue en antigüedad. De igual manera lo sucederá en caso que el comandante se encuentre imposibilitado para ejercer sus funciones ya sea por calamidades, vacaciones u otra razón que se lo impida. Proyecto Reglamento Servicio de Guarnición.

4. El Comandante de la Unidad Militar. Es el Oficial nombrado como comandante de una unidad militar fija o transitoria y quien para término específico del presente reglamento, es el primer responsable del obligatorio cumplimiento de lo dispuesto en el servicio de guarnición. El comandante de la unidad militar tiene la potestad de determinar cuál será el sistema de guardia que se empleará para la defensa y seguridad de su unidad, basado en un estudio y análisis de riesgo reflejado y escrito en los planes operativos de la unidad. De igual manera el comandante de la unidad militar que compone una guarnición, debe informar y solicitar al comandante de la guarnición, sobre cualquier tipo de disposición, procedimiento, novedad, requerimiento o cualquier otro tipo de situación con respecto al servicio de guarnición que por su importancia el comandante de guarnición deba conocer. El comandante de una unidad militar podrá ser a su vez el comandante de una guarnición sin perjuicio de sus funciones como comandante de unidad. **(Reglamento de servicio de guarnición de las Fuerzas Militares de Colombia).**

Unidad Militar o Policial. Unidades de Policía. Dentro de la concepción estratégica operacional policial, la Policía Nacional, actúa a través de unidades regulares y especializadas esencialmente en tres niveles de despliegue: Nivel estratégico, compuesto por las direcciones operativas, quienes interactúan con el mando institucional, con el fin de determinar los objetivos estratégicos, que dan respuesta y cumplimiento a las metas del Gobierno nacional. Nivel táctico desconcentrado, encargado del despliegue de los objetivos estratégicos y su materialización. Está integrado por las regiones, metropolitanas y departamentos de Policía, bajo el control del Director de Seguridad Ciudadana. Nivel operacional, compuesto por los distritos y estaciones, subestaciones, comandos de atención inmediata (CAI) y puestos de Policía que integran las unidades básicas, encargadas de ejecutar las acciones, programas y planes policiales. **(Artículo 102. Resolución 00912 de 2009 (abril 1º) “Por la cual se expide el Reglamento del Servicio de Policía”).**

Unidad aérea. Son todas las aeronaves, de cualquier tamaño y capacidad, destinadas a realizar misiones de combate en apoyo a las Fuerzas de Superficie y de Infantería de Marina, misiones de búsqueda y rescate en el mar, y de apoyo logístico y administrativo de todo tipo en la Armada Nacional. Las Unidades aéreas de la Armada Nacional, por tratarse de naves de instrucción y entrenamiento, pueden ser tripuladas por Oficiales Navales entrenados, o por Trabajadores Oficiales al servicio del Ministerio de Defensa, de acuerdo con lo establecido en el Decreto N.º 1792/2000, Título II, Administración de Personal, Capítulo I, Clasificación de los servidores públicos, artículo 3º, que a la letra dice en su segundo párrafo: “Excepcionalmente serán Trabajadores Oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos,

marinos, de telecomunicaciones, de confección de uniformes y elementos de intendencia, actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo. (https://www.armada.mil.co/es/lexicon/23/letter_a).

Buque: En complemento, con el fin de establecer una clara diferenciación con relación a la identificación y nomenclatura de los buques mercantes, se adopta la definición contemplada en el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y que expresa: “Se entiende por Buque de Guerra todo buque perteneciente a las Fuerzas Armadas de un Estado, que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado, cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas Regulares”. (https://www.armada.mil.co/es/lexicon/23/letter_a).

Buque: Embarcación con cubierta, que, por su tamaño, solidez y fuerza, es adecuado para navegación marítima de importancia. Se usa en la navegación marítima mayor. (<https://www.fac.mil.co/es/conozcanos/glosario.GLOSARIO FAC>).

Buque de guardia. Dentro de una agrupación de buques, es aquel designado para cumplir con un servicio durante un tiempo determinado, al término del cual, esta obligación es transferida a otro buque. (https://www.armada.mil.co/es/lexicon/23/letter_a).

Convoy: Agrupación de buques que navegan dirigidos por un mando común y normalmente custodiados por buques de guerra. (https://www.armada.mil.co/es/lexicon/23/letter_a).

Nave: Nombre genérico de las embarcaciones. (https://www.armada.mil.co/es/lexicon/23/letter_a).

Aeronave: Todo tipo de aeronave, con capacidad de transportar y desembarcar tropas de asalto y carga hacia un objetivo y que les proporcionan su reabastecimiento. (<https://www.fac.mil.co/es/conozcanos/glosario.GLOSARIO FAC>).

Cobarde: El carente de valor físico ante los peligros; y especialmente el que tiembla, huye o se amilana ante la inminencia del combate o al recibir el fuego enemigo. También el falta de espíritu en las situaciones complicadas. Quien acomete a mansalva o alevosamente, a cubierto de la defensa que puede hacerle el desprevenido atacado; pero esto tan sólo en la esfera del delito, no en la lícita emboscada o en la sorpresa bélica. El cobarde está privado del dominio de la voluntad sobre las impresiones recibidas en la actividad psíquica humana como consecuencia de la presencia o proximidad de un riesgo grave. El instinto de conservación, tendencia innata en el hombre, es el que, ante toda empresa arriesgada, influye en el ánimo en sentido desfavorable a afrontar el peligro; y, por ello, la persona sin educación moral al respecto reacciona de manera natural y trata de esquivar el daño que amenaza. (<https://www.fac.mil.co/es/conozcanos/glosario.GLOSARIO FAC>).

Artículo 119. Cobardía por omisión.

El que por cobardía en acción armada no acuda al lugar de la misma, debiendo hacerlo, o no permanezca en el sitio de combate, o se oculte, o simule enfermedad, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – Honor militar – cobardía:

“[...] Las conductas tipificadas en las disposiciones demandadas, se consideran atentatorias del honor y, particularmente, dada la naturaleza del estatuto que las contempla, del honor militar.

El honor es una calidad ética personal vinculada a la observancia del deber y, consecuentemente, a la reputación que el cumplimiento del deber genera.

En la respuesta que intente darse a esa pregunta, no puede pasarse por alto un hecho: La formación del militar (y hay que agregar entre nosotros al policía, aunque su asimilación no es del todo adecuada) es un adiestramiento permanente dirigido a un objetivo específico: **Saber afrontar las situaciones de peligro.**

Por tanto, en ese campo específico la exigencia que para otro podría ser desmesurada, para él es razonable: **Afrontar un combate, no huir, no hacer manifestaciones de pánico.** La valentía, entonces, así entendida, y vinculada al honor militar, se revela como una destreza exigible de quien se ha preparado para adquirirla, y el no poseerla sería tan vergonzoso (¡deshonroso!) como lo sería para quien ha recibido adecuado entrenamiento en el quirófano, no ser capaz de realizar una operación de cirugía corriente. [...] Es claro para la Sala que disposiciones como las contenidas en los artículos 123, 124 y 125 –cuya exequibilidad se cuestiona– son imprescindibles dentro de un Código Penal Militar, pues sin ellas no es concebible la existencia de un ejército, ni la defensa, por medio de las armas, de los bienes que con ellas se juzga necesario defender”. (Corte Constitucional, Sentencia C-563/95, noviembre 30/1995. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – Cobardía – jurisdicción penal militar – pena:

(...) “La Corte declaró la exequibilidad del delito de cobardía consagrado en los artículos 123, 124 y 125 del Código Penal Militar, cuyo sujeto activo es el militar en servicio activo que ante el enemigo o en zona de combate huya, se oculte, simule enfermedad o que no enfrente debidamente al contrario, dado que este a diferencia de otras personas por su formación y la misión que está llamado a cumplir debe afrontar un radio mayor de peligros, sin que por este hecho su conducta asuma ninguna connotación heroica o extraordinaria. (Sentencia C-563/95 M. P. Carlos Gaviria Díaz)”. (Corte Constitucional, Sentencia C- 013/97, enero 23/1997 M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – Cobardía es delito siempre y cuando afecte al personal de la Fuerza Pública: (...)

“Con todo, en lo que hace relación con al artículo 136 de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar)

que tipifica el delito de cobardía, se observa por la Corte que la conducta allí descrita no es delictiva sino cuando al huir o eludir la responsabilidad “en zonas o áreas donde se cumplan operaciones de combate o en presencia del enemigo o de delinquentes”, afecte al personal de la Fuerza Pública, requisito este sin el cual no se cumpliría con la tipicidad de la conducta a la cual se refiere la norma citada.

De esta suerte, ha de reiterarse por la Corte lo dicho en la sentencia C-563 de 30 de noviembre de 1995 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual en relación con el mismo delito, tipificado entonces por el artículo 123 del Código Penal Militar anterior (Decreto 2550 de 1988), se expresó que “así pues, el acto de valor (como todos los enunciados en las normas demandadas) que para un ciudadano común podría ser heroico, y cuya omisión no sería vergonzosa, para un militar sería apenas debido, y su incumplimiento motivo de baldón.”

[...] En conclusión, si entran en tensión el valor exigido al miembro de la Fuerza Pública y el núcleo esencial de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal cuando exista muy alta probabilidad de que en determinadas circunstancias estas corran serio riesgo de pérdida o afectación grave y no es exigible otra conducta distinta, ha de primar el derecho fundamental.” (Corte Constitucional, Sentencia C-228/03, marzo 18/2003. M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Jurisprudencia – Corte Suprema de Justicia. Fuero penal militar – Posición de garante – Deber militar:

“[...] De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º y 217 de la Carta Política, sobre las Fuerzas Armadas recae en abstracto una posición de garantes frente a la población colombiana, pues tienen como fin primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

[...] Así mismo, la defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal de violarlos, sino también enfrentar a quienes los agredan. En el último caso, no pueden abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. M. P. José Luis Barceló Camacho. Septiembre 24/2012).

JURISPRUDENCIA – Consejo de Estado – Falla en el servicio - Fuerza Pública – Posición de garante:

“[...] La posición de garante se predica también de los integrantes de la Fuerza Pública quienes están obligados a que sus acciones: i) Se ajusten a los postulados del Estado de derecho; ii) respeten y hagan respetar los derechos constitucionales

fundamentales, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; iii) se encaminen a preservar los bienes jurídicos que la Constitución y la ley ponen bajo su salvaguarda o tutela. [...] Ha fijado asimismo que la posición de garante “se encuentra constituida por el conjunto de circunstancias y condiciones que hacen que jurídicamente una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o a supervigilar su indemnidad con relación a ciertas fuentes de peligro; estas circunstancias específicas hacen para el derecho, que quien omite salvaguardar el bien sea asimilado a autor del hecho punible o a partícipe del mismo”[38]. Bajo la perspectiva antes delimitada, la posición de garante se predica también de los integrantes de la Fuerza Pública quienes están obligados a que sus acciones: i) se ajusten a los postulados del Estado de derecho; ii) respeten y hagan respetar los derechos constitucionales fundamentales, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; iii) se encaminen a preservar los bienes jurídicos que la Constitución y la ley ponen bajo su salvaguarda o tutela. En relación con lo expuesto ha acentuado esta Sala:

“De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las demás autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos[40]”. **(Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. CP. Stella Conto Díaz del Castillo. Junio 14/2012. Junio 14/2012).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL – **Cobardía por omisión.**

“[...] la desobediencia inferida por la Juez de Instrucción no se tipifica como delito, sino como falta. De la cobardía por omisión refiere, que no comparte el análisis realizado por la funcionaria de Instrucción, porque ante un ataque, quien vive ese breve, pero intenso momento de angustia y peligro el instinto de supervivencia prevalece como derecho fundamental que tiene toda persona de defender su propia vida ante una amenaza letal que sobre ella se cierna, más cuando no se está en capacidad bélica de hacerle frente.

[...] Del punible de cobardía por omisión: En primer término habremos de señalar que se les ha imputado el delito de cobardía prevista en el artículo 138 de la Ley Penal Militar, y en desarrollo de tal precepto normativo el Ad quo consideró estructurada la conducta “no permanecer en el sitio de combate, u ocultarse, ello bajo los presupuestos que aquellos militares que una vez son sorprendidos por las explosiones y fuego

de ametralladoras y fusiles no permanecieron dentro del corral, sino que salieron a buscar refugio, (...) Necesario entonces resulta evocar los precedentes jurisprudenciales que han tratado la figura del punible de cobardía:

(...) La Honorable Corte Constitucional al responder demanda de inconstitucionalidad frente a los preceptos normativos que comprendían la cobardía en el anterior Código Penal Militar Decreto 2550 de 1988, argumentó en decisión del año 1995, lo siguiente:

“A la vez, dentro de esa misma esfera de acción (la castrense), pueden darse hazañas que rebasan el mínimo de lo que razonablemente puede exigirse a un sujeto normal. La exigencia de valor demandable al soldado no puede equipararse al heroísmo. El primero encarna la ética del deber y el segundo pertenece a la ética de la aspiración.” Y, más adelante, en la misma sentencia ya citada, se expresó por la Corte que “el soldado que va al combate puede sentir miedo, en cantidad e intensidad variables según su temperamento (animoso o apocado), el entrenamiento recibido y su grado de compromiso con la causa cuya defensa se le encomienda, pero no es incompatible ese “natural” temor con el comportamiento que se le demanda.

Algo más: Si se toma en consideración el hecho de que el militar (o el policía) en las circunstancias previstas en las normas acusadas, no actúa solo sino formando parte de un grupo, generalmente numeroso, las observaciones hechas acerca de la psicología de la masa (G. Le Bon y Freud, especialmente) indican que la influencia del miedo en la conducta individual se atempera notablemente; la mayor intensidad de los contenidos emocionales generados por la adhesión a la causa o la vinculación libidinosa con el líder, hacen que el miedo se relegue a un plano secundario, si no es que desaparece por completo. La sola circunstancia de hacer parte de una masa (y para este efecto el ejército lo es) trastoca el comportamiento individual inhibiendo la reflexión que abonaría las aprensiones sobre el mal eventual sobreviniente y haciendo más osado al individuo. Tal aseveración está confirmada por la experiencia, sin que sea preciso acudir –como lo hace Le Bon– a la postulación de entidades metafísicas tan problemáticas como “el alma colectiva”.

Pero es dable suponer, por ejemplo, que alguien –por excepción– sea presa del llamado “miedo pánico” (incontrolable, determinante e insuperable para el sujeto que lo padece) y, en consecuencia, siembre el terror entre la tropa con exclamaciones de alarma, huya o no concurra al combate. Pueden incidir en esa conducta inusitada, factores como el temperamento apocado, el escaso entrenamiento en el ejercicio castrense, la insuficiente compenetración ideológica con el objetivo que se persigue, o incluso el repudio racional del medio utilizado para alcanzarlo (caso de los objetores de conciencia). Todos esos factores y circunstancias deberán ser identificados

por el juez en el caso concreto para darle a la persona el tratamiento jurídico adecuado, conforme a las normas que precaven esa eventualidad, tales como la fuerza mayor, prevista como causal de inculpabilidad en el artículo 36-1 del Código Penal Militar, excluyente de responsabilidad, o la contemplada en el 58-3 ("temor intenso") causal de atenuación punitiva. Porque en esos casos el comportamiento no connota el vicio de la cobardía o al menos no merece el reproche total" (...).

Y posteriormente, esa misma Corporación Constitucional en decisión C-228 de 2003 igualmente al resolver demanda de inconstitucionalidad pero sobre los preceptos contenidos en el Código Penal Militar regulado en la Ley 522 de 1999, respecto de la cobardía hizo referencia a lo ya acotado en la decisión C-563 de 1995 y adicionalmente afirmó: "...En conclusión, si entran en tensión el valor exigido al miembro de la Fuerza Pública y el núcleo esencial de un derecho fundamental como la vida o la integridad personal cuando exista muy alta probabilidad de que en determinadas circunstancias estas corran serio riesgo de pérdida o afectación grave y no es exigible otra conducta distinta, ha de primar el derecho fundamental..."(Tribunal Superior Militar. Segunda Sala de Decisión. Rad. 156991 M. P. Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas, mayo 26/2011).

JURISPRUDENCIA – Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ver citada, artículo 117), AW.

Ley 1862 de 2017 – Normas de conducta y actuación militar

- Artículo 1º. Deber fundamental del militar. Es deber fundamental del militar por su honor, la disposición permanente para defender a Colombia, incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario, cumpliendo la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, respetando los preceptos, principios, valores y virtudes inherentes a la carrera militar.
- Artículo 2º. Comportamiento militar. El militar ajustará su comportamiento a la ética, disciplina, condición, principios, valores y virtudes característicos de las Fuerzas Militares.

Parágrafo. La formación en ética militar es obligatoria y corresponde al Comando General de las Fuerzas Militares, liderar, orientar y desarrollar planes de formación permanente, programas de capacitación, actualización y profundización en ética militar.

- Artículo 4º. Condición del militar. Atributo del militar que le permite desempeñarse y comportarse ceñido a principios, valores y virtudes, propios de su ética, que le permiten ser líder y conseguir la máxima eficacia en su acción.
- Artículo 5º. Principios de la condición militar. La condición del militar se sustenta en el acatamiento de la Constitución y las

leyes, la total convicción por el respeto de la dignidad humana, la transparencia, veracidad y efectividad de sus actos, la unión, el mejoramiento continuo y la búsqueda de cooperación e integración interinstitucional.

- Artículo 6º. Valores militares. Se constituyen en el conjunto de creencias construidas en forma colectiva que sustentan la organización y actividades que adelantan las Fuerzas Militares. Son valores, entre otros, los siguientes y se entienden así:
 8. Valentía: Actuar con coraje, arrojo, intrepidez y prudencia en cada situación que sea necesario.
 9. Honor: Característica del militar que lo hace consistente con la esencia de su ser y de los principios, valores y virtudes que ha prometido defender, respetar y acatar.
 10. Obediencia: Cumplir la voluntad de quien manda.
 11. Servicio: Satisfacer las necesidades de la comunidad en los fines que la Constitución y la ley han establecido.
 12. Disciplina: Cumplir con las normas y órdenes establecidas, reconociendo la autoridad.
 13. Mística: Grado máximo de perfección y conocimiento del servicio militar, consagración total a la institución.
 14. Abnegación: Renuncia voluntaria a todas las pasiones, comodidades y gustos, cuando quiera que ellas se interpongan al cumplimiento del deber.
- Artículo 7º. Virtudes militares. Constituye virtud militar la disposición para hacer lo que es bueno y aceptado institucionalmente en la carrera de las armas; son entre otras las siguientes y se entenderán así:
 2. Templanza: Moderar la inclinación a los intereses o gustos, conteniéndola dentro de los límites de la razón y del servicio.
 3. Fortaleza: Soportar factores adversos, persistir en el empeño, acometer retos y perseverar en los buenos propósitos y en la práctica de principios, valores y virtudes.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

- **Armado:** Provisto de armas. / Que se desarrolla con la utilización de las armas.
- **Acudir:** Ir al sitio adonde le conviene o es llamada.
- **Cobardía:** Falta de ánimo y valor.
- **Combate:** Acción bélica o pelea en que intervienen Fuerzas Militares de alguna importancia.
- **Ocultar:** Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista.

- **Permanecer:** Mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad. / Estar en algún sitio durante cierto tiempo.
- **Simular:** Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es.

DOCTRINA

DELITO DE COBARDÍA VS. LA OMISIÓN EN POSICIÓN DE GARANTE EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR “[...] Es necesario tener en cuenta que la conducta punible, entonces, puede realizarse por acción u omisión, según el artículo 27 del Código Penal Militar establece que:

El miembro de la Fuerza Pública que tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, cuente con los recursos y medios disponibles y no actuare estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, si no concurriere causal de exclusión de responsabilidad. A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos (2010).

[...] De manera expresa en lo contemplado por la misma normatividad, se establece el tipo penal de cobardía por omisión que establece que “El que por cobardía en acción armada no acuda al lugar de la misma, debiendo hacerlo, o no permanezca en el sitio de combate, o se oculte, o simule enfermedad, incurrirá en prisión de cinco (5) a Diez (10) años”. (Código Penal Militar, Art. 119, 2010).

Brevemente se ha delimitado la normatividad vigente en la justicia penal militar, respecto de la omisión en la actividad militar, contemplando además la relación que establece el artículo 119, respecto del tipo penal de cobardía visto desde la omisión, generando un tipo penal distinto denominado como cobardía por omisión, en la cual la pena es aumentada al doble del tipo penal simple de cobardía.

[...] Para afirmar la presencia de un delito por comisión por omisión se necesita que haya un deber jurídico de evitar el resultado. En esto consiste la posición de garante que permite distinguir la situación fáctica de garante en sí misma incorporada al tipo como característica no escrita de este, de forma que los delitos de comisión por omisión se presentan como delitos especiales de autor porque en ellos, el sujeto activo del omitente no es una persona cualquiera, sino que tiene una posición de deber especial con relación a la integridad del bien jurídico correspondiente. Por este motivo la no evitación del resultado delictivo es equiparable a su realización mediante una conducta activa. (2000)”.

[...] Es entonces menester por parte de la H. Corte Constitucional, entrar a verificar los elementos correspondientes, para determinar cómo debe ser interpretada la posición de garante y como se debe aplicar a los delitos por omisión. En este

orden de ideas se establece en primer lugar que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio teniendo en cuenta que un acto puede ser considerado fuera del servicio cuando una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la Fuerza Pública. (Sentencia de Unificación, 2001).

[...] En relación con el fuero penal la Corte ha señalado que:

- i) Si la omisión equivale a la realización activa de una conducta que vulnera los derechos humanos, se imputa la violación de un derecho fundamental y por ende no tiene ninguna relación con el servicio. Esta equivalencia se presenta, cuando el miembro de la Fuerza Pública tiene una posición de garante originada en los riesgos que debe controlar (garantes de vigilancia o de custodia) o en los bienes jurídicos que debe proteger (garantes de protección).
- ii) Si la omisión no implica la imputación del resultado y significa solamente la violación a un deber funcional de actuar, la regla general es que se trata de un acto relacionado con el servicio. Es decir, los delitos de omisión impropia en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, por regla general pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la Fuerza Pública.
- iii) Verificada la posición de garante, el título de imputación corresponde a la violación grave de los derechos humanos, sin que ésta se modifique por la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación subjetiva (dolo o imprudencia), pues en todos estos casos se toma parte en un mismo hecho.
- iii) Las conductas omisivas tendientes a ocultar la comisión del delito ejecutado por otro y que no le es imputable al miembro de la Fuerza Pública, realizadas después de consumada la grave violación a los derechos humanos, son formas de encubrimiento que no están vinculadas directamente con la función constitucional que le ha sido asignada a la Fuerza Pública. Vg. facilitar la fuga de los grupos al margen de la ley, después de un ataque a la población civil, no desplegando ninguna actividad tendiente a la aprehensión de los responsables. En general, esto mismo puede afirmarse de los delitos conexos (por acción u omisión) tendientes a facilitar u ocultar la violación grave de derechos humanos. (2001). (Sanabria M. Rodríguez A. Zafra. J. Delito de cobardía vs. la omisión en posición de garante en la Justicia Penal Militar. Universidad la Gran Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, D. C. 26 de septiembre de 2017) https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4856/Cobardia_omisi%3c3%b3n_penal_militar.pdf?sequence=1&isAllowed=y

**CAPÍTULO II
DEL COMERCIO CON EL ENEMIGO**

Artículo 120. Comercio con el enemigo.

El que comercie con el enemigo incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años.

Si se trata de armas, municiones u otros elementos bélicos, la pena se aumentará hasta, el doble.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. – **Comercio con el enemigo sin nexo causal con el servicio – justicia ordinaria.**

“Por el punible de comercio con el enemigo consideró que existe ausencia total de prueba que señale concretamente cómo fue que Garcés Grueso Ignacio comerció con el enemigo, cuándo lo hizo, dónde, cómo, con quien, cuál enemigo, qué elementos comerció, qué contraprestación recibió, razón por la cual lo absolvió del mismo. (...) b.- el uniformado de la marina acusado vendió material de guerra, campaña e intención, así como armamento y municiones a miembros reconocidos del frente 29 de las FARC y al ELN, lesionando con ello el bien jurídico tutelado. (...) En efecto, emerge de las pruebas recaudadas en la investigación que las conductas al parecer desplegadas por los sindicados en mención, fueron realizadas a motu proprio, en forma independiente y autónoma sin relación o nexo con el servicio, esto es, que no ocurrieron en cumplimiento de una específica función militar, al margen de la misión castrense encomendada, toda vez que el acervo probatorio revela que habrían aprovechado el menor descuido de sus compañeros para sustraer las municiones e incluso hurtaban las prendas militares cuando estos las dejaban secando para luego vender dichos elementos supuestamente a los insurgentes del frente 29 de las FARC; y de O.O.R, se dice además, que habría sido infiltrado en las filas de las Fuerzas Militares, por el citado grupo de insurrectos, para obtener información que suministraba a los cabecillas de ese frente, lo cual hacía cuando salía de licencia, y con tal fin se desplazaba hasta la zona campamentaria de los subversivos en jurisdicción de Iscuandé (Nariño), y habría sido la persona que grabó el interior de la base, cuyo video se utilizó para la realización del ataque, lo cual indica que ab initio existía la intención criminal, por tanto dichos comportamientos no guardan ningún nexo directo con el servicio, que constitucionalmente tienen asignados los miembros de las Fuerzas Militares, acorde con la jurisprudencia vertida por la H. Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura. Sobre este tópico oportuno es recordar que la Corte Constitucional ha dicho: “Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no

puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales”. (TSM. RAD. 153690-7105-070- 056 –ARC M. P.: Mayor Jacqueline Rubio Barrera, julio (26) de dos mil siete (2.007).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – **Comercio con el enemigo en modalidad de tentativa.**

“Es suficiente para demostrar con certeza que la intención de García Henao era entregar el paquete que le fue encontrado con 26 proveedores para fusil galil 7.62, el día de su captura, a cambio de una remuneración de \$300.000 pesos, tal y como él mismo reconoce en su diligencia de inquirir. Aduce que García Henao ejecutó todos los actos ejecutivos, idóneos e inequívocamente dirigidos a consumir la venta ilegal del material que portaba y que por circunstancias ajenas a su voluntad no se logró. Que vulneró el interés jurídico tutelado como es el honor militar y actuó de manera libre y voluntaria sin que se exista causal que lo exima de su responsabilidad como autor del punible de Comercio con el Enemigo en la modalidad de tentativa (...) La Corte ha precisado dos aspectos que han de tenerse en cuenta a la hora de definir la aplicabilidad o no del fuero militar, el primero hace referencia a los delitos denominados de lesa humanidad, los cuales en ningún caso podrán ser de conocimiento de la Justicia Penal Militar y el segundo, que tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues en el curso de este deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la Fuerza Pública y la conexidad de ésta con el servicio que cumplía. En caso de no existir aquellas, o duda sobre que órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse esta, a favor de la Justicia Ordinaria”. (TSM. RAD. 149299 MP: MY. ABG. Marycel Plaza Arturo enero (29) de dos mil ocho (2008).

CAPÍTULO III DE LA INJURIA Y LA CALUMNIA

Artículo 121. Injuria.

El que haga a otro militar o policía imputaciones deshonrosas, relacionadas con los deberes militares o policiales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de uno (1) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– ACCIÓN DE TUTELA – INJURIA – CALUMNIA –
**Derecho al buen nombre – Derecho a la honra
– subordinación.**

“[...] La jurisprudencia y la doctrina nacionales han sido reiterativas al señalar que el elemento central del delito de injuria está constituido por el animus injuriandi, es decir, por el hecho de que la persona que hace la imputación tenga conocimiento (1) del carácter deshonroso de sus afirmaciones y, (2) que tales afirmaciones tengan la capacidad de dañar o menoscabar la honra del sujeto contra quien se dirigen. Empero, con independencia de que exista o no animus injuriandi, en materia constitucional se puede producir una lesión. La vía penal sólo protege determinadas vulneraciones a los anotados derechos fundamentales, al paso que la protección que la Constitución Política depara a los mismos es total.” (Corte Constitucional, Sentencia T-263/98, Santafé de Bogotá, D. C., mayo 28, 1998. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– JURISDICCIÓN PENAL MILITAR – **Injuria y
calumnia – buen nombre – memoria de un
difunto.**

“[...] la calumnia o la injuria de que se trate debe estar relacionada de manera directa y próxima con el mismo servicio y, siendo ello así, nada se opone a que la Institución Armada a que perteneció en vida quien fue víctima de la calumnia o la injuria pueda, válidamente, querellarse contra el ofensor por cuanto se encuentra de por medio la actividad misma de esa Institución, por un hecho que se dice cometido por alguien que fue miembro de la Fuerza Pública cuando pertenecía a ella activamente y ese hecho guarda “relación con el mismo servicio”, como se exige por el artículo 221 de la Carta, todo lo cual ha de entenderse sin perjuicio de que sea admisible la denuncia de los delitos de lesa humanidad o que atenten contra el derecho internacional humanitario. (Sentencia C-361 de 2 de abril/2001, M. P. Marco Gerardo Monroy C.)” (Corte Constitucional, Sentencia C-227/03, Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil tres (2003). M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL
– JURISDICCIÓN PENAL MILITAR – **Derecho al
buen nombre y a la honra.**

“[...] Los miembros de la Fuerza Pública competentes, incluidos los de las Fuerzas Militares, tienen la facultad constitucional de (i) recopilar y archivar información sobre las personas que residen en el territorio nacional dentro del margen de sus funciones propias y

respetando los derechos constitucionales, (ii) divulgar información sobre sus operaciones en pro de la seguridad del país que impliquen a personas determinadas, siempre y cuando (a) no se efectúen calificaciones sobre la responsabilidad penal que pueda haber a estas –sin perjuicio de la descripción de los hechos y su trascendencia mayor en los casos de flagrancia–, (b) se emplee un lenguaje preciso sobre los hechos que repercutirán en la honra o el buen nombre de una persona determinada, y (c) no se lesionen de otra manera sus derechos al buen nombre y a la honra –a través de la difusión de informaciones falsas, imprecisas, carentes de fundamento, injuriosas, o tendenciosas que no se deriven de la conducta personal del imputado. [...] La Constitución Política consagra la honra y el buen nombre en tanto derechos fundamentales en sus artículos 15 y 21, y establece para el Estado el deber de respetarlos y hacerlos respetar. Así mismo, en el artículo 2 de la Carta se señala que una de las finalidades para las cuales se han instituido las autoridades de la República, es precisamente la protección de las personas en su honra. La consagración constitucional de estos derechos encuentra múltiples correlatos al nivel de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan al país, en particular la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 5°), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagran el derecho de las personas a recibir la protección de las autoridades frente a los ataques contra su honra y su reputación. Se trata de derechos que, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, “por estar ligados al respeto de la dignidad humana, principio fundamental del Estado Social de Derecho (Art. 2° CP.), y valor fundamental de la Comunidad internacional, son objeto de protección constitucional expresa. [...] En cuanto al derecho al buen nombre, este ha sido definido como “la buena opinión o fama adquirida por un individuo en razón a la virtud y al mérito, como consecuencia necesaria de las acciones protagonizadas por él. Como se expresó en la sentencia T-494 de 2002 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), “este derecho está atado a todos los actos o hechos que una persona realice y por las cuales la sociedad hace un juicio de valor sobre sus virtudes y defectos”. Más recientemente, la Corte Constitucional elaboró sobre esta definición en la sentencia C-489 de 2002 en los siguientes términos: “El buen nombre ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida

tanto por el Estado, como por la sociedad". [...] En varias ocasiones la Corte Constitucional se ha enfrentado a situaciones en las que los derechos a la honra y al buen nombre de las personas entran en conflicto con los derechos a la libertad de información, la libertad de expresión y la libertad de opinión. En algunos casos se ha otorgado prevalencia a estas últimas libertades, "en atención a su importancia para la vida democrática y para el libre intercambio de ideas"; sin embargo, la misma Constitución se abstuvo de dejar desprotegidos los derechos personales a la honra y buen nombre frente al poder de los medios de comunicación y frente a las potenciales lesiones que puedan sufrir como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión; así, en el artículo 20 Superior se consagró el derecho a la rectificación en condiciones de equidad, que "procede cuando a través de un medio de comunicación se ha difundido una información que no corresponde a la verdad, o que presenta una visión parcializada o incompleta de los hechos, de manera que se afecte a una persona en su imagen o reputación" –sin perjuicio de los diferentes tipos de responsabilidad civil o penal que puedan deducirse de casos concretos de vulneración a estos derechos–, preservando la posición preferente de la libertad de opinión y de información en una democracia, así como la prohibición de la censura. Esta tensión entre derechos adquiere connotaciones particulares cuando se trata de la difusión de informaciones sobre operativos militares o policiales a través de los medios de comunicación, en las cuales se menciona a personas individualizadas, con el consiguiente potencial para lesionar los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre de los individuos mencionados, si la información es falsa, imprecisa o tendenciosa". **(Corte Constitucional, Sentencia C-T-040/05, Bogotá, D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil cinco (2005). M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).**

el artículo 2º señala que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades". El artículo 21 establece que "Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección". Por su parte, el artículo 15 dispone que "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar". También se encuentran reconocidos en instrumentos internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 11). El derecho fundamental a la integridad moral es "inherente" a la persona misma en tanto el hombre es el valor supremo de la nación constituida como Estado. Su protección se funda en el respeto a la dignidad humana cualidad intangible del ser humano y por tanto no susceptible de ser desplazada por otros valores o principios", perspectiva desde la cual el honor y la honra, constituyen "el contenido fundamental de la integridad moral y son componente innato, absoluto, inmutable, irrenunciable, inalienable, indisponible y extrapatrimonial del derecho subjetivo privado, a ser respetado frente a las agresiones ilegítimas de los demás".

Ambos delitos son de mera conducta, pues basta para su consumación la expresión de las locuciones injuriosas o calumniosas, divulgadas por cualquier medio al titular del bien jurídico de la integridad moral, a varias personas, o al público en general". [...] También son dolosos, por requerir que el autor, con conocimiento y voluntad, impute a otra persona determinada o determinable el comportamiento deshonesto (**injuria**) o la conducta típica falsa (**calumnia**). **(Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá D. C., agosto diez (10) de dos mil dieciséis (2016) M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – INJURIA Y CALUMNIA – **Diferencias** – **derecho al buen nombre**–

"[...] La injuria y la calumnia son delitos que atentan contra el bien jurídico de la integridad moral. Imputar hechos delictivos falsos concretos, a sabiendas de que no son ciertos, es calumniar, mientras que hacer imputaciones o afirmaciones deshonestas indeterminadas, o enrostrar condiciones de inferioridad, aunque sean verdaderas, es injuriar. [...] se adujo que tales posturas son "apartadas del contexto constitucional que califica la honra como derecho fundamental y objeto de especial garantía a la persona por parte del Estado" (artículos 2º y 21), pues dada "la intensidad de la guerra verbal que en nuestro país se vive, hace aconsejable mantener la pena privativa de la libertad. Lo anterior especialmente, por cuanto por razones políticas, publicitarias y otras, sería muy rentable injuriar y calumniar, para posteriormente, por la vía de la población, extinguir la punición sin consecuencias de ningún tipo en el ámbito de la prevención general y especial".

Los delitos de injuria y calumnia protegen derechos fundamentales reconocidos en disposiciones constitucionales, en este sentido

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – **Injuria y calumnia** – **derecho al buen nombre**.

"[...] La Corte, en fallos como CSJ SP, 8 oct. 2008, Rad. 29428, ha señalado que para considerar deshonrosa una imputación esta tendrá que ser clara, precisa e inequívoca. De lo contrario, se debe desestimar el señalamiento por su falta de idoneidad. [...] Desde un punto de vista dogmático, la afectación del bien jurídico de la integridad moral está sujeta a los datos de índole objetiva que formen y contextualice los señalamientos en apariencia injuriosos del procesado. No depende únicamente de la percepción del sujeto pasivo de la conducta. La Sala ha sostenido de manera constante y pacífica que la vulneración del bien jurídico en el delito de injuria no puede tan solo obedecer al efecto que las imputaciones en apariencia deshonestas hayan ocasionado en el querellante. Así lo explicó en los autos CSJ AP, 7 mar. 1984, y CSJ AP, 29 mar. 1984: Si todo concepto mortificante o displicente para el amor propio pero que no envuelve la afirmación de un hecho inequívoco, verdaderamente lesivo de la honra, fuera admitido a una acusación de injuria para ser castigado conforme al Código Penal, habría que suponer que el legislador tuvo la pretensión de darle a la sociedad civil y política la austeridad de un claustro, lo cual es inadmisibles; eso sería privar

a esa misma sociedad de cierto grado de virilidad inseparable de su existencia; todas esas ofensas, mortificaciones a que el hombre está sujeto en la vida civil, salen del dominio del Código Penal para caer en el de la opinión. Esta postura ha sido reiterada en incontables ocasiones, por ejemplo, en CSJ SP, 8 oct. 2008, rad. 29428, se sostuvo que la gravedad de las imputaciones (no dependerá del efecto o la sensación que produzca en el ánimo del ofendido, ni del entendimiento que este le dé, sino de la ponderación objetiva que haga el juez). Y, en CSJ AP1891, 16 abr. 2015, rad. 44479, señaló que la vocación deshonrosa de las imputaciones no está determinada exclusivamente por la impresión que causen en el afectado, sino por la posibilidad objetiva de ocasionar daño al núcleo esencial del bien jurídico protegido. [...] Este criterio coincide con el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección es porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.” **(Corte Suprema de Justicia. Sala de Recurso Extraordinario de Casación. M. P. Eugenio Fernández Carlier. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil diecinueve (2019).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Imputaciones deshonrosas – **qué se entiende por honra-**

“El artículo 21 de la Constitución Política establece: “Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección”. A su vez el artículo 313 del Código Penal tipifica el delito de injuria diciendo: “El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos”. La honra es entendida como la buena fama, o el buen concepto de que goza una persona ante la sociedad, de manera que la conducta punible consiste en hacer a alguien, conocido o determinable, imputaciones que tengan capacidad para dañar o menoscabar el prestigio, el buen nombre que tiene ante la opinión pública, independientemente del resultado que se produzca” **(Corte Suprema de Justicia, expediente: 10657 M. P. DR. Ricardo Calvete Rangel, dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. INJURIA –**Retractación.**

“El código Penal actual mediante el artículo 225 derogó el 318 del Código anterior. En la nueva norma la retractación es excluyente de responsabilidad (antes lo era solo de punibilidad); se acepta respecto de las conductas (antes

se hablaba de delitos) previstas en el título correspondiente; se incluyó como condición que la retractación se haga voluntariamente (antes no existía esa condición expresamente); y, se excluyó el consentimiento del ofendido que la norma del Código anterior exigía. La nueva formulación del anterior artículo 318 del Código Penal que hace el 225 actual al excluir el consentimiento del ofendido como requisito de la retractación, traslada la responsabilidad de la tutela del bien jurídico exclusivamente al Juez. Esa disposición legislativa reconoce el valor preponderante que, en las modernas agrupaciones sociales, caracterizadas, entre otras cosas, por un mayor, mejor y más rápida circulación de la información, debe darse a la integridad moral como valor de libertad necesario y esencial para desarrollar las relaciones de convivencia propias de la vida en sociedad. La construcción de lo social se explica y mantiene en la posibilidad de participación de todos los miembros de la agrupación, y en el reconocimiento del individuo como punto de partida y de llegada de dicha dinámica. Este concepto, adquiere mayor amplitud en Estados que definen a partir de sus Constituciones un modelo como el previsto por la Carta al señalar en su primer artículo que Colombia es un Estado Social de Derecho, dentro del cual se garantizan la democracia participativa y el respeto a la dignidad humana. En esta perspectiva encuentran eco una definición de honra que incluya las relaciones de reconocimiento entre los distintos miembros de la sociedad (intersubjetividad) y una delimitación del honor que ampare el valor de la propia dignidad frente a los actos de vilipendio y menosprecio, de tal manera que el bien jurídico de la integridad moral de las personas se entienda vulnerado en cuanto sean afectadas tales relaciones de reconocimiento que le permiten al individuo, como ser, el ejercicio de una posibilidad de actuación dentro de la sociedad, sin dejar de lado el reconocimiento del valor de sí mismo, a quien tiene derecho toda persona por ser ello de su esencia. Entonces, aquellos ataques a la honra que amenacen o vulnereen la posibilidad de participación dinámica del individuo como miembro de la sociedad en que está localizado o que se manifiesten como un ataque franco a la propia estima, pueden ser tenidos como aptos para la vulneración del bien jurídico tutelado. De esa manera la integridad moral resulta siendo un concepto dinámico y permite diferenciar casos de difícil solución en cuanto a su forma de protección desde el derecho penal. Es por esto que la injuria está penalizada, aún si se realiza en presencia o por escrito dirigido exclusivamente al ofendido, y lo puede ser cuando se manifiesta de manera recíproca (artículos 223 y 227 del Código Penal). También es por ello, que el legislador, tras admitir la exención de pena frente a la veracidad de las imputaciones, excluyó de prueba (y por tanto de exención) los casos referidos a la vida sexual, conyugal, marital o de familia (intimidación) (artículo 224 del Código Penal). Se trata pues de un derecho inherente a la persona misma en tanto el nombre es el valor supremo de la Nación constituida como Estado. Su protección se funda en el respeto a la dignidad humana cualidad intangible del ser humano y por tanto no susceptible de ser desplazada por otros valores o principios. No en vano se ha proclamado que, si las luchas políticas que condujeron al reconocimiento de los derechos fundamentales se originaron a favor de las normas de la libertad,

son éstas las que constituyen el fundamento de toda comunidad humana, por lo que los presupuestos de lo humano deben ser objeto de la protección más concreta en el entendido de que dichos presupuestos coexisten en su capacidad de autodeterminación y en la posibilidad de interacción social o interferencia intersubjetiva. Honor y honra adquieren en esta perspectiva el contenido fundamental de la integridad moral y son componente innato, absoluto, inmutable, irrenunciable, inalienable, indispensable y extrapatrimonial del derecho subjetivo privado a ser respetado frente a las agresiones ilegítimas de los demás. Tales atributos no nacen como valor de recompensa o mérito sino como elemento esencial del ser humano. De ahí que el concepto de honor, se sustenta en concepciones normativas que lo identifican como parte de la dignidad humana, más que en teorías de contenido fáctico que lo hacen radicar en la representación que de cada individuo efectúa él mismo o los miembros de comunidad en su desdoblamiento subjetivo-objetivo. Precisamente la construcción del concepto en términos de dignidad permite su protección desde diversos ángulos y facetas. Como derecho a ser respetado por los demás, se tutela el bien jurídico frente a los ataques deshonrosos, lo que es propio de la injuria: de los actos de vilipendio y humillación antes sí y ante los demás, con las injurias directas, indirectas y, de hecho; y de las falsas imputaciones de hechos delictivos, con la tipificación de la calumnia. Dentro de la anterior perspectiva de identificación del bien jurídico tutelado y dada la competencia exclusiva que en la norma de retractación se otorga al Funcionario Judicial para verificar la suficiencia de la misma, debe analizarse la que ofrece en este caso el querellado. La verificación que debe hacer el funcionario Judicial no puede limitarse a una mera revisión formal del texto de la retractación, sino que incluye necesariamente un control sobre el contenido material de la misma, sobre los medios y las formas de divulgación, dentro de los cuales han de verificarse cuidadosamente requisitos como los de oportunidad, frecuencia y difusión, de modo que la retractación restablezca el derecho presuntamente vulnerado o por lo menos disminuya al máximo el efecto dañoso presuntamente causado. El conocimiento de la

conducta presuntamente injuriosa o calumniosa, de la forma de difusión utilizada y del daño aparentemente causado, deben restablecerse de acuerdo al conocimiento concreto que sobre tales aspectos haya generado la fase de investigación en que se encuentre la actuación judicial para el momento en que se ofrezca (como en este caso) o se haga voluntariamente la retractación. La retractación sólo es aceptable en tanto sea una manifestación voluntaria del querellado y tenga la suficiencia para reparar el agravio presuntamente inferido". (**Corte Suprema de Justicia, expediente: 17120 M. P. DR. Carlos Eduardo Mejía, dieciocho (18) de diciembre de dos mil uno (2001).**)

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Calumnia en personas jurídicas.**

"La Corte tradicionalmente ha sido del criterio que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de calumnia por la imposibilidad que tienen de realizar conductas punibles habida cuenta que en Colombia impera el derecho penal de acto (art. 29 de la Carta) que predica la culpabilidad exclusivamente de la persona humana; pero si del tipo penal de injuria porque de los derechos a la honra y al buen nombre son titulares tanto las personas naturales como las jurídicas". (**Expediente: 22099 M. P. Dr. Edgar Lombana Trujillo, 6 de abril de 2005**)

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Estructura del delito de injuria.**

El delito de injuria se estructura cuando con conciencia y voluntad, se imputa a una persona conocida o determinable, un hecho capaz de lesionar su honra; el autor, además, debe tener conocimiento del carácter deshonroso de la imputación y de que el hecho atribuido posee capacidad de dañar o menoscabar la integridad moral del afectado". (**Expediente: 26115 M. P. DR. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 30 de mayo de 2007**)

Artículo 122. Calumnia.

El que impute falsamente a otro militar o policía una conducta punible relacionada con sus deberes militares o policiales, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL – TUTELA – INJURIA Y CALUMNIA – **Derecho al buen nombre – derecho a la honra.**

"[...] En el caso específico de los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra, su protección en el ordenamiento jurídico se manifiesta no sólo a través de la acción de tutela, sino también de la consagración de la injuria y la calumnia como delitos tipificados en el Código Penal, dentro de los delitos contra la integridad moral. [...] No todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerada como imputación deshonrosa, ya que resultaría exagerado proteger o sancionar

comportamientos que, si bien afectan la vanidad personal, no tocan el núcleo esencial de los derechos a la honra y el buen nombre del sujeto. La imputación que se haga debe ser suficiente para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que este tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. [...] Ciertamente, el buen nombre y la honra son derechos fundamentales que hacen parte de la esfera personal del

individuo y se manifiestan en la consideración de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. Estos derechos guardan entre sí una íntima relación, pues parten del supuesto de la valoración de la persona a partir de la órbita externa e incluyen el desarrollo del sujeto frente a un determinado ambiente social, producto de la confianza y la credibilidad que se ha sabido ganar con su comportamiento personal y social. Es claro que la Constitución y la ley garantizan la honra y el buen nombre de todas las personas sin excepción alguna, y procuran su protección en todos aquellos casos en que estos derechos sean desconocidos, sancionando a quien lesiona la dignidad o la buena reputación del ofendido. Pero no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerada como imputación deshonrosa, ya que resultaría exagerado proteger o sancionar comportamientos que, si bien afectan la vanidad personal, no tocan el núcleo esencial de los derechos a la honra y el buen nombre del sujeto. En el caso de los derechos al buen nombre y a la honra, la imputación que se haga debe ser suficiente para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que este tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. Por esta razón, la labor del Juez en cada caso concreto, tomando en consideración los elementos de juicio existentes y el grado de proporcionalidad de la ofensa, es la de determinar si ocurrió una verdadera amenaza o vulneración de los derechos en comento". **(Corte Constitucional, Sentencia T-028/96, Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995). M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL –
CONSTITUCIONALIDAD – INJURIA Y CALUMNIA
– Fuerza Pública.

"Para la Sala la legitimación que se confiere a la Institución Armada a la cual perteneció un miembro difunto de la Fuerza Pública para que pueda válidamente instaurar la querrela por los delitos de injuria o calumnia que al él se le imputen, se ajusta a la Constitución Política. En efecto, el Código Penal Militar solo se aplica conforme al artículo 221 de la Constitución cuando se trate de delitos en que puedan incurrir los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, lo que trae como consecuencia que la disposición acusada solo entre a operar cuando el hecho sea cometido por quien reúna esas calidades, y con respecto a otro miembro de la Fuerza Pública, es decir que tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo requieren la pertenencia a ella. Del mismo modo, la calumnia o la injuria de que se trate debe estar relacionada de manera directa y próxima con el mismo servicio y, siendo ello así, nada se opone a que la Institución Armada a que perteneció en vida quien fue víctima de la calumnia o la injuria pueda,

válidamente, querrellarse contra el ofensor por cuanto se encuentra de por medio la actividad misma de esa Institución, por un hecho que se dice cometido por alguien que fue miembro de la Fuerza Pública cuando pertenecía a ella activamente y ese hecho guarda "relación con el mismo servicio", como se exige por el artículo 221 de la Carta, todo lo cual ha de entenderse sin perjuicio de que sea admisible la denuncia de los delitos de lesa humanidad o que atenten contra el derecho internacional humanitario. (Sentencia C-361 de 2 de abril de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy C)". **(Corte Constitucional, Sentencia C-228/03, Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil tres (2003). M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL –
TUTELA – DERECHO AL BUEN NOMBRE Y A
LA HONRA – INJURIA Y CALUMNIA – Fuerza
Pública.

"[...] Igualmente, en la sentencia C-489 de 2002 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) [1] se reiteró esta pauta jurisprudencial en los términos que se transcriben a continuación: "Dado su carácter de derechos fundamentales, tal como se acaba de expresar, el buen nombre y la honra cuentan con un mecanismo de protección de rango constitucional, como la acción de tutela. Tal protección, ha señalado la Corte, es la más amplia y comprensiva, y pese a su carácter subsidiario, no se ve desplazada por otros medios de defensa judicial, particularmente el penal, cuando no obstante que una determinada conducta no constituya delito si implique una lesión de los bienes jurídicos protegidos. Así, en Sentencia T-263 de 1998, la Corte expresó que "la vía penal sólo protege determinadas vulneraciones a los anotados derechos fundamentales, al paso que la protección que la Constitución Política depara a los mismos es total. Por esta razón, existen violaciones a la honra y al buen nombre de las personas que, sin llegar a constituir formas de injuria o de calumnia, sí afectan estos derechos y, por ende, autorizan su protección por vía de la acción de tutela, cuando ello es necesario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable". "En cuanto al derecho al buen nombre, este ha sido definido como "la buena opinión o fama adquirida por un individuo en razón a la virtud y al mérito, como consecuencia necesaria de las acciones protagonizadas por él". Como se expresó en la sentencia T-494 de 2002 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), "este derecho está atado a todos los actos o hechos que una persona realice y por las cuales la sociedad hace un juicio de valor sobre sus virtudes y defectos". Más recientemente, la Corte Constitucional elaboró sobre esta definición en la sentencia C-489 de 2002 en los siguientes términos: "El buen nombre ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona

debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad". De allí que la jurisprudencia constitucional haya anotado que, en ciertas oportunidades, la afectación de la reputación o fama de las personas, así como la de su honra, provienen de su propia conducta, por lo cual en estos casos no es procedente la acción de tutela en tanto mecanismo de protección. En este sentido, en la sentencia SU-056 de 1995 se precisó que por tratarse de un derecho que "se construye por el merecimiento de la aceptación social, esto es, gira alrededor de la conducta que observe la persona en su desempeño dentro de la sociedad", no es procedente su defensa a través de la tutela "cuando el comportamiento de la persona no les permite a los asociados considerarla como digna o acreedora de un buen concepto o estimación". Es decir, los derechos a la honra y al buen nombre, "únicamente pueden reclamarse sobre el supuesto de la conducta irreprochable y limpia de su titular. (...) Por eso, la Corte Constitucional ha sostenido que no hay honra ni buen nombre que puedan exigirse como intangibles cuando no está de por medio el mérito de quien los reivindica" [13]. En igual sentido se dijo en las sentencias T-411 de 1995, C-392 de 2002 y C-063 de 1994: "Esta Corte ha sostenido, que los derechos al buen nombre y a la honra son derechos que se ganan de acuerdo a las acciones realizadas por el individuo, sea que en virtud de ellas pueda gozar del respeto y admiración de la colectividad como consecuencia de su conducta intachable, o sea que, por el contrario, carezca de tal imagen y prestigio, en razón a su indebido comportamiento social. En este último caso difícilmente se puede considerar violado el derecho a la honra de una persona, cuando es ella misma quien les ha imprimido el desvalor a sus conductas y ha perturbado su imagen ante la colectividad". **(Corte Constitucional, Sentencia T-040/05, Bogotá, D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil cinco (2005). M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CALUMNIA.

"La injuria se tipifica al hacerse a una persona imputaciones deshonorosas, y la calumnia se caracteriza por la imputación falsa de hecho punible, y debiendo la imputación ser clara, concreta, circunstanciada, categórica, de modo que no suscite duda". **(Expediente: 10298 M. P. Dr. Dídimo Páez Velandía, 4 de abril de 1995).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Imputación falsa – calumnia.**

"El delito de calumnia se encuentra definido en el artículo 221 de la Ley 599 de 2000, modificado en cuanto a la consecuencia penal por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 (normas vigentes para la época de los hechos), como "El que impute falsamente a otro una conducta típica (...)". En este punible la imputación falsa de una conducta típica constituye un ingrediente normativo. La inflexión verbal imputar equivale a la acción y efecto de atribuir algo a alguien; falso es lo no cierto, lo contrario a la verdad; conducta típica

es la definición de un comportamiento humano plasmada por el legislador, que para ser delito debe ser también antijurídica y culpable. La Corte ha señalado que la calumnia supone: (i) Imputación de una conducta típica, (ii) atribución a una persona determinada o determinable, (iii) conocimiento o conciencia del autor acerca de la falsedad del comportamiento imputado y (iv) que el suceso delictuoso falso imputado sea claro, concreto, circunstanciado y categórico, no surgido de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada. Ahora, que la imputación delictiva falsa sea circunstanciada, no puede entenderse como una expresión al detalle y pormenorizada de la conducta, pues esa sería una exigencia ajena al tipo penal; basta con que se entienda a qué acción u omisión delictiva se refiere y cuál es su contexto". **(Expediente: 42706 M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 10 de agosto de 2016).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Delito – calumnia elemento conciencia y voluntad.**

"El delito de calumnia, por su parte, requiere de la consciente y voluntaria atribución falsa, a persona igualmente determinada o determinable, de un concreto hecho definido típicamente como susceptible de sanción penal". **expediente: 44601 M. P. Fernando Alberto Castro Caballero, once (11) noviembre de mil quince (2015).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Calumnia – conducta punible.**

"El tipo objetivo, se configura con la atribución falsa de una conducta punible a una persona determinada o determinable, la cual debe ser clara, concreta, precisa y circunstanciada, esto es, inequívoca, que no provoque dudas, incertidumbres, perplejidades, titubeos, o vacilaciones. Según el diccionario de la real academia de la lengua lo inequívoco excluye la hesitación; duda es la suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o decisiones acerca de un hecho o de una noticia; equivocación significa tener o tomar una cosa por otra, juzgando u obrando desafortunadamente. Lo concreto se predica de cualquier objeto considerado en sí mismo, particularmente en oposición a lo abstracto o general, con exclusión de cuánto puede serle extraño o accesorio. Código Penal Militar y Policial - Ley 1407 de 2010 PARTES GENERAL Y ESPECIAL - Artículos 1º al 171 708 Determinar, alude a fijar los términos de una cosa, distinguir, o discernir; distinguir es hacer que una cosa se diferencie de otra por medio de alguna particularidad, o señal. El tipo subjetivo exige al agente formular la imputación con conocimiento y voluntad, es decir, sabiendo de la inexistencia del delito o de la inocencia del sujeto pasivo, y queriendo libremente hacer la acusación". **(Expediente: 36876 M. P. Eugenio Fernández Carlier, 7 julio de 2014).**

Artículo 123. Injurias y calumnias indirectas.

A las penas previstas en los artículos anteriores, quedará sometido quien publique, reproduzca, repita injuria o calumnia imputadas por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones, se dice, se asegura, u otras semejantes.

CORTE CONSTITUCIONAL – JURISPRUDENCIA –
Tipos penales de injuria y calumnia – derecho al buen nombre – libertad de expresión.

“La Corte Constitucional ha indicado que la honra y el buen nombre constituyen derechos fundamentales que se protegen tanto en sede de tutela, como a través de las instancias civiles y penales. [...] Esta providencia señaló que las conductas típicas de la injuria y de la calumnia pretenden salvaguardar, en lo fundamental, el derecho a la integridad moral, tradición que se remonta a los ordenamientos penales colombianos del siglo XIX en los cuales fue una constante catalogar estos tipos penales dentro de bienes jurídicos que se han considerado semejantes, como lo son el derecho a la honra, a la fama y a la tranquilidad de los particulares, como sucedía en los Códigos penales de 1837 y de 1890. [...] En consecuencia los preceptos acusados persiguen una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, pues precisamente corresponde al Legislador dentro de su potestad configuradora del ordenamiento jurídico establecer medidas de distinta índole para la protección de derechos fundamentales y de bienes constitucionalmente relevantes, sin embargo, cuando decide optar por tipos penales para la consecución de ese propósito, sus posibilidades de configuración están sujetas a límites, entre los que se cuenta el principio de legalidad como se verá a continuación. RESUELVE: Primero. Declarar exequibles los artículos 220, 221,

222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”, por los cargos examinados en la presente decisión”. (Corte Constitucional. Sentencia C-442 DE 2011. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – Jurisprudencia
– Injuria y calumnia indirecta – Derecho al buen nombre – Medios de comunicación.

“No está demás precisar que atribuyéndosele al aforado el delito de injurias indirectas agravadas previstas en los artículos 221, 222 y 223 del Código Penal, por haber hecho las expresiones en un medio de comunicación poniendo en boca de otras personas las manifestaciones supuestamente lesivas del patrimonio moral del querellante, estas se mantienen incólumes, intactas, al reiterar en la retractación que no fue él sino terceras personas quienes hicieron las aseveraciones, por no constarle los hechos. Si, como el procesado lo ha venido sosteniendo en la actuación se considera inocente de los cargos, es el trámite procesal el medio legal adecuado para demostrarla y no retractarse de lo dicho sin aceptar su responsabilidad, ni reparar el daño supuestamente causado a la querellante”. (Corte Suprema de Justicia, CAS. Penal, Auto. Oct. 8/2008. RAD. 29428. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca).

Artículo 124. Circunstancias especiales de agravación y atenuación de la pena.

Cuando alguno de los delitos previstos en este capítulo se cometa utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reuniones públicas, las penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad.

Si se cometen por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido, o en su sola presencia, la pena imponible se reducirá hasta en la mitad.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
MEDIOS DE COMUNICACIÓN – **Carácter de servicio público de algunos medios de comunicación. Poder social lleva implícitos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores e intereses constitucionales.**

“La libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono. Así, lo que puede parecer chocante o vulgar para unos puede ser natural o elocuente para otros, de tal forma que el hecho de que alguien se escandalice con un determinado mensaje no es razón para limitarlo, mucho menos si el que se escandaliza es un funcionario público. (...) 4.2.2.7. Su ejercicio conlleva,

en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa. El alcance de estos deberes y responsabilidades variará, dependiendo del tipo de discurso que se exprese, el ámbito en el cual se haga uso de él y los medios utilizados. Tales deberes y responsabilidades han de estar definidos con previsión en la ley, sin perjuicio de la aplicación directa de los derechos fundamentales de terceros, como el buen nombre y la intimidad. La Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un derecho a la libertad de expresión en cabeza de los medios de comunicación, y ha aceptado en numerosas oportunidades que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales según su naturaleza particular; en consecuencia, es claro que la libertad de expresión sí cubre a los medios de comunicación en tanto personas jurídicas, así como a quienes se expresan a través de ellos. (...) Tanto al emisor como al receptor de actos comunicativos concretos. Por ello, tanto el emisor como el receptor tienen derechos e intereses que pueden invocarse en situaciones apropiadas,

y que han de armonizarse conjuntamente para lograr una maximización de la libertad de expresión en casos concretos. El interés del receptor de un acto comunicativo también puede apreciarse desde la dimensión colectiva de la libertad de expresión, consistente en el derecho de toda persona a recibir o conocer informaciones, opiniones, ideas y pensamientos, dimensión que debe ser garantizada simultáneamente con la del individuo que se expresa. En una democracia, los intereses de los que reciben el influjo de distintas expresiones son primordiales, puesto que de ello depende la formación de sus preferencias como ciudadanos. (...) La difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de ellos, su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre la audiencia y, en general, el poder social de los medios de comunicación, lleva implícitos ciertos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos. No obstante, cada medio masivo tiene unos rasgos distintivos, lo cual conduce a que su poder social sea también diferente. Esta Corporación ha indicado que ciertos medios de comunicación tienen un mayor impacto que otros en la audiencia, habida cuenta de su penetración, de la forma y el momento en que le llegan a su audiencia o al permitir, por ejemplo, un espacio fugaz para la reflexión personal y generar así "audiencias cautivas", por lo cual están sujetos a una mayor responsabilidad y a regulaciones específicas a las características del medio. (...) En cuanto al impacto del medio, se trata de la radio, que es un medio de comunicación significativamente intrusivo, que admite un espacio de reflexión reducido a los oyentes sobre las expresiones que reciben –en comparación con otros medios de comunicación como la prensa escrita–, surtiendo su impacto sobre espacios privados y públicos indistintamente. Es altamente accesible a toda la población, especialmente los menores de edad. Su recepción de los contenidos radiodifundidos puede ser objeto de supervisión por sus padres y educadores, aunque no siempre de manera oportuna y eficaz. 4.4.3. Poder social de los medios de comunicación: riesgos implícitos y conflictos potenciales. La difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de ellos, su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre la audiencia y, en general, el poder social de los medios de comunicación, lleva implícitos ciertos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos. No obstante, cada medio masivo tiene unos rasgos distintivos, lo cual conduce a que su poder social sea también diferente. Esta Corporación ha indicado que ciertos medios de comunicación tienen un mayor impacto que otros en la audiencia, habida cuenta de su penetración, de la forma y el momento en que le llegan a su audiencia o al permitir, por ejemplo, un espacio fugaz para la reflexión personal y generar así "audiencias cautivas", por lo cual están sujetos a una mayor responsabilidad y a regulaciones específicas a las características del medio. (...) 4.4.8. Por último, es relevante el carácter de servicio público que se adscribe al funcionamiento de ciertos medios masivos de comunicación, entre los cuales sobresalen la radiodifusión, la televisión, la telefonía celular y satelital, y el Internet. El hecho de que estos medios se clasifiquen como servicios públicos les ubica bajo el campo de aplicación del artículo 365

Superior, con las consecuencias constitucionales que ello conlleva: es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del país, están sometidos al régimen jurídico establecido en la ley, y a la regulación estatal". **(Corte Const, Sentencia T 391-2007, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sep. 3/2014).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La órbita de difusión del actuar injurioso o calumnioso comporta una menor severidad en el castigo, si se acepta que la ofensa o ataque, de no trascender del ámbito indicado, carecería de la potencialidad de poner en entredicho el buen nombre o la honra de la víctima frente al colectivo social.

"Le correspondió a la Corte pronunciarse sobre dos distintas cuestiones relativas a los delitos de injuria y calumnia. La primera de ellas, si la penalización de estas conductas en los casos en que la acción se realice mediante escrito dirigido exclusivamente al afectado o en su sola presencia, es contraria a la Constitución por sancionar comportamientos que en realidad no causan daño y, la segunda, si la total exclusión de responsabilidad penal siempre que hubiere retractación o rectificación por parte del autor deja desprotegido el derecho a la honra de la persona ofendida e impide indebidamente el acceso de ésta a la administración de justicia. La Corte encontró por un lado, la existencia de cosa juzgada constitucional en relación con varios de los cargos propuestos y, por el otro, que no vulnera la dignidad humana, ni constituye exceso ni detrimento en la función que la Constitución atribuye a la Fiscalía, la penalización atenuada de la injuria o la calumnia privadas, ni la total exención de pena, en los casos de retractación y/o rectificación (...) En lo que respecta al inciso 2 del artículo 223 de la Ley 599 de 2000 el legislador colombiano dispuso como circunstancias especiales de graduación de la pena, aquella en la cual la conducta tenga lugar bien porque se hizo a través de un escrito dirigido de manera exclusiva al ofendido, o bien, porque el hecho lesivo de la integridad moral se lleva a cabo ante la sola presencia del agraviado. En estas específicas condiciones el ordenamiento penal ha estimado que la pena a imponer es menos gravosa, estableciendo por ello una reducción en el quantum de la misma. Se observa que, lo que aparece en principio como la disminución de la órbita de difusión del actuar injurioso o calumnioso comporta una menor severidad en el castigo, lo cual, resulta entendible si se acepta que la ofensa o ataque, de no trascender del ámbito indicado, carecería de la potencialidad de poner en entredicho el buen nombre o la honra de la víctima frente al colectivo social. Así pues, lo que se entiende como un menor daño, aparece como razón para un trato más benevolente con quien tiene el papel de sujeto activo en las conductas referidas. No sobra observar que respecto de punibles como el inmediatamente aludido, el ordenamiento legal ha contemplado como requisito de procedibilidad la querrela, con lo cual, se deja en manos del afectado la posibilidad de incoar la acción penal respectiva. Ese mismo carácter querrelable del delito en comento, evidencia el peso que se le concede por el legislador a la valoración que hace del ataque a su integridad moral el afectado". **(Corte Const,**

Sentencia C 635-2014, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sep. 3/2014).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Para considerar deshonrosa una imputación esta tendrá que ser clara, precisa e inequívoca. Carecen de idoneidad para afectar el patrimonio moral debido a su generalidad, vaguedad e imprecisión. No todo ataque a la moral de una persona constituye injuria, sino solo aquellos con capacidad real de socavarla.**

“La Corte, en fallos como CSJ SP, 8 oct. 2008, rad. 29428, ha señalado que para considerar deshonrosa una imputación esta tendrá que ser clara, precisa e inequívoca. De lo contrario, se debe desestimar el señalamiento por su falta de idoneidad. A esta conclusión ha llegado la Sala con oraciones en principio injuriosas como la analizada en dicho caso, en el cual el sujeto activo (un abogado) dijo durante una entrevista radial que la ofendida (una servidora pública) se “la pasaba en El Guamo ingiriendo licor en compañía del Contralor Departamental”. Al respecto, sostuvo la Corte: [L]as aseveraciones carecen de idoneidad para afectar el patrimonio moral de la funcionaria debido a su generalidad, vaguedad e imprecisión. Ninguna particularidad trasmite en cuanto a la supuesta ingesta de bebidas embriagantes, no indican los lugares frecuentados para ello, las condiciones en que lo hacía, la cantidad de licor consumido y su frecuencia, el comportamiento asumido en desarrollo de esa actividad, la incidencia que tenía en ejercicio de sus funciones, etc., detalles necesarios para poder dañar su honra. Ahora, el consumo moderado de licor en espacios y ocasiones especiales sin interferencia en la buena marcha del servicio público, per se, no mengua la honra de un servidor público. Así, entonces, el no haber transmitido en la entrevista las particularidades del hecho atribuido les restan a las manifestaciones idoneidad para afectar la reputación de la ofendida. Además, la jurisprudencia nacional, de conformidad con el modelo político que nos rige, y atendiendo el carácter de última ratio del derecho penal, viene reiterando que no todo ataque a la moral de una persona constituye injuria, sino solo aquellos con capacidad real de socavarla²¹⁴. Situación similar ocurrió con las expresiones “figurilla”, “forma descarada y hasta amenazante”, “su arrogancia, sus humillaciones, sus rencillas, su despotismo miserable” y “en un arranque demente e irresponsable, conductas propias de su psiquis alterado” que empleó un periodista contra una política en una editorial. La Corte, en la sentencia CSJ SP, 10 jul. 2013, rad. 38909, las consideró insuficientes para afectar el bien jurídico. En palabras de la Sala: [A]l definirse en el editorial que la afectada posee una personalidad “arrogante, humillante, despótica, caprichosa, extravagante y desafiante” de ninguna manera enmarca esa manifestación dentro de los específicos linderos de las imputaciones deshonrosas que consagra el artículo 220 de la Ley 599 de 2000, pues, sea que se analicen las palabras en su sentido literal o que se examine el contexto dentro del cual se pronunciaron, es lo cierto que ni por sí mismas, ni en razón a lo querido por el acusado, ellas contienen esos matices de vejamen necesarios para entender que efectivamente

estuvo en entredicho la honra de la afectada, o que por virtud de lo dicho pudo producirse en la comunidad el efecto que busca castigar la norma penal. En efecto, esas manifestaciones atinentes al carácter de la ex gobernadora, que la refieren despótica, orgullosa, altiva, humillante, caprichosa, extravagante o con psiquis alterada, no comportan elementos objetivos a partir de los cuales [se pueda] sustentar que su honra se mina o la imagen se desdibuja frente a los demás, en tanto corresponden a la percepción que el columnista tiene de ella y evidentemente comportan una connotación irrespetuosa que por sí misma no se dirige a demostrar ante los demás lo que se afirma, y ni siquiera a que de ella se tenga como cierta la invectiva²¹⁵. Estos criterios, igualmente, figuran en las providencias CSJ AP, 13 mar. 1997, rad. 10139 (con la expresión “hombre de baja condición moral y de bajo perfil profesional”)²¹⁶; CSJ AP5796, 24 sep. 2014, rad. 41792 (“trataba a los demás miembros de la junta y a la comunidad de dichos barrios en forma grosera y desobligada”, “hacía lo que quería sin atender los estatutos”, “atropellaba a todos los que no estaban de acuerdo con sus posturas”, “le daba el manejo que quería al dinero de la junta”, “traía algo entre manos”)²¹⁷; CSJ AP425, 5 feb. 2018, rad. 51713 (“esquizofrénica”, “loca”, “requiere de atención psiquiátrica”)²¹⁸; CSJ AP2827, 5 jul. 2018, rad. 48434 (“factura sin trabajar”)²¹⁹; y CSJ AP2950, 16 jul. 2018, rad. 44863 (“el magistrado militante del polo, es decir, con militón del M-19”)²²⁰, entre otras. Comparada con las anteriores, la aseveración “no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra” tampoco tiene la vocación de trascender desde una perspectiva jurídico penal ni de alcanzar la categoría de deshonrosa. Tal como lo adujo el demandante, el procesado jamás aportó datos que precisasen cuál fue la supuesta agresión de palabra o el aludido intento de ataque físico. En otras palabras, no se trató de una imputación clara y específica. El señalamiento, además, es equívoco. La expresión que empleó el acusado en el escrito dirigido al Consejo Seccional de la Judicatura equivale a dichos coloquiales del tipo “casi me pega” o “solo faltó que me pegara”, que son de uso frecuente en regiones de cultura paísa y que por regla general escapan de la literalidad en cuanto a su significado. Es decir, la frase que los jueces estimaron injuriosa pudo obedecer a una exageración, como decir “tengo tanta hambre que me comería un caballo”. De ahí que la imputación “no faltó sino que me agrediera físicamente después de hacerlo de palabra” no es idónea para deshonrar. (CSJ. Casación. Sentencia N.º 49287, Feb. 27/2019. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

215 CSJ SP, 10 jul. 2013, rad. 38909.

216 En este auto, la Sala se inhibió de abrir una investigación formal por el delito de injuria dentro de un proceso de única instancia contra un aforado constitucional.

217 En esta providencia, la Sala no admitió la demanda contra el fallo absolutorio del Tribunal, pues el recurrente no demostró la afectación del bien jurídico de injuria.

218 En el proveído, la Corte no abrió investigación por el delito de injuria después de señalar que lo dicho por un parlamentario contra una diputada en una publicación no era injurioso.

219 En este asunto, la Sala se inhibió de abrir investigación penal tras considerar que las imputaciones en redes sociales de un congresista contra otro no eran deshonrosas.

220 En este caso, la Corte tampoco ordenó abrir la investigación por el delito de injuria debido a la columna de opinión que contra un magistrado realizó un congresista.

214 CSJ SP, 8 oct. 2008, rad. 29428.

Artículo 125. Eximente de punibilidad.

El responsable de las conductas punibles descritas en los artículos anteriores, quedará exento de pena si prueba la veracidad de las imputaciones.

Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de cualquier delito que haya sido objeto de sentencia absolutoria o cesación de procedimiento, excepto si se trata de prescripción de la acción.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

La exceptio veritatis liberadora de responsabilidad, en conductas que afectan los derechos a la honra o al buen nombre.

“De conformidad con la jurisprudencia constitucional, las personas que, por razón de sus cargos, actividades y de su desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública, “inevitablemente tienen la obligación de aceptar el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas, por cuanto buena parte del interés general ha dirigido la mirada a su conducta ética y moral. Además, su mayor exposición ante el foro público fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión. En estos eventos, ha dicho la Corte Constitucional, el derecho a informar se torna más amplio. En efecto, la jurisprudencia ha entendido que “están dispuestos a someterse al escrutinio de su vida pública y de aquellos aspectos de su fuero privado sobre los cuales le asiste a la ciudadanía un legítimo derecho a conocer y debatir, por estar referidos: (i) A las funciones que esa persona ejecuta; (ii) al incumplimiento de un deber legal como ciudadano; (iii) a aspectos de la vida privada relevantes para evaluar la confianza depositada en las personas a las que se confía el manejo de lo público; (iv) a la competencia y capacidades requeridas para ejercer sus funciones. Escrutinio que se ha justificado, además, por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a una mayor visibilidad al ocupar un determinado cargo y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública. No obstante, esta Corporación ha señalado que, en principio, esta relevancia no puede versar sobre cualquier tipo de información relacionada con la persona pública porque el riesgo de afectar la intimidad, el honor o cualquier otro derecho quedaría siempre latente. La exceptio veritatis liberadora de responsabilidad, en conductas que afectan los derechos a la honra o al buen nombre. Reiteración de jurisprudencia 7.1. Esta Corporación, en reciente pronunciamiento, explicó la figura de la exceptio veritatis, la cual es liberadora de responsabilidad penal cuando se pruebe la veracidad de las informaciones dentro del proceso. Y extendió su aplicación al ámbito del amparo constitucional cuando se afecten derechos a la honra o al buen nombre. Sobre este particular, el artículo 224 de la Ley 599 de 2000[87] señala que “[n]o será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores [injuria y calumnia][88], quien probare la veracidad de las imputaciones.

(...)”. Norma estrechamente relacionada con el artículo 20 Superior, que garantiza el derecho de dar y recibir información veraz e imparcial, lo cual implica que el mensaje, dato, noticia o comunicación difundido sea contrastado con las fuentes y fundamentado en hechos reales, pues de lo contrario, al presentar información sustentada en rumores, invenciones o malas intenciones, se excedería el ámbito de protección de este derecho y de paso, se atentaría contra los derechos a la honra y al buen nombre de terceros. 7.2. En ese contexto, esta Corte señaló que ante la presunta trasgresión del derecho a la honra o al buen nombre, la prueba de la veracidad de las afirmaciones constituye un medio idóneo para liberar de responsabilidad, ya sea en el proceso penal o en el constitucional, pues como se advirtió, quien certeramente imputa una conducta punible a su efectivo perpetrador no realiza el tipo de calumnia, ni trasgrede el derecho a la honra o al buen nombre, quien transmite información veraz. No obstante, advirtió que “mientras que la exceptio veritatis o excepción de verdad en la esfera penal requiere de una prueba irrefutable de que la información es cierta, para el caso de la acción de tutela solo es menester demostrar que se obró con la suficiente diligencia al realizar un esfuerzo serio para constatar las fuentes consultadas”. 7.3. De esta manera, si bien la exceptio veritatis es un medio que permite exonerarse de responsabilidad frente a la trasgresión de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, tanto en el proceso penal por los delitos de injuria o calumnia como en la acción de tutela, esta Corporación al desarrollar el criterio de veracidad, que permite al titular de la libertad de información ejercer su derecho de manera respetuosa y sin interferir en los derechos de los demás, no ha exigido que la información sea indudablemente verdadera, sino que se haya desplegado un esfuerzo diligente por verificar, constatar y contrastar razonablemente las fuentes, así como un deber de explorar los diversos puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser observado”. (Corte Const, Sentencia T 277-2018, M. P. Cristina Pardo Schlesinger, Ju. 17/2018).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

La exceptio veritatis libera de la responsabilidad penal cuando la persona acusada de los delitos de calumnia o injuria demuestra la verdad de sus afirmaciones.

“el art. 224 primer inciso del Código penal contempla la “eximente de responsabilidad”, según la cual, “No será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores

quien probare la veracidad de las imputaciones". Esta eximente ha sido llamada desde el derecho romano la *exceptio veritatis*. Dicha eximente, sin embargo, no puede ser invocada en dos eventualidades, aun contando con las pruebas que acrediten la verdad de la imputación. La segunda, que no ha sido cuestionada y por consiguiente no será objeto de ninguna revisión, ocurre cuando la prueba que se pretende aportar verse (...) Y la primera, que es la cuestionada constitucionalmente en este asunto, hace inadmisibles pruebas alguna sobre "la imputación de cualquier conducta punible que hubiere sido objeto de sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento o sus equivalentes, excepto si se tratare de prescripción de la acción"(...) 52. A fin de comprender el precepto acusado, baste sólo indicar una evidencia: se trata de la fórmula con la cual se reconoce como atípica la conducta penal contra el derecho a la integridad moral, cuando la imputación materia de inculpación, ha sido probada y por tanto es verdadera. 53. Lo que sí debe establecerse es si la eximente de tal excepción, contenida en el numeral 1º del art. 224 del Código penal, opera tanto para la injuria como para la calumnia. Sobre este particular, estima la Corte que le asiste razón a los demandantes al considerar que dicha causal que impide o hace inadmisibles la presentación de prueba alguna, sobre "la imputación de cualquier conducta punible", únicamente puede ser predicable para el delito de calumnia, en cualesquiera de sus modalidades, pues, en efecto, ese tipo penal se constituye sobre conductas típicas, esto es, alusivas a delitos y contravenciones, siendo sólo ellas las que pueden ser punibles. Y frente a la duda que formula el interviniente José Joaquín Castro según la cual no puede el intérprete reducir el alcance de una disposición cuando el propio legislador no lo ha hecho, se debe indicar que no hay en esta fijación de sentido una limitación. No se niega ilegítimamente un propósito de la ley, sino que aplica la regla de interpretación dispuesta en el art. 28 del Código civil según la cual, las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, salvo que el legislador las haya definido expresamente. Refuerza dicha interpretación, el análisis que la Corte Suprema de Justicia efectuaba sobre el carácter excluyente de uno y otro delito respecto de la misma imputación, pues o bien ese dicho de otro es deshonroso o bien es una falsa acusación de un hecho típico. "Es procedente aclarar que la misma imputación no puede dar lugar a calumnia e injuria porque son dos descripciones excluyentes. Si la afirmación falsa del autor se concreta en la comisión de un delito o una contravención se tipifica la calumnia, así dichas afirmaciones sean deshonrosas, la injuria configura en todas aquellas situaciones en que se ataca la honra imputando al ofendido actuaciones que no constituyen hecho punible, pero que tienen capacidad para poner en peligro o lesionar su integridad moral". De este modo, cuando se estima que el numeral 1º del art. 224 del Código penal establece una excepción a la eximente de responsabilidad penal para el delito de calumnia (en sus modalidades directa e indirecta), se está sirviendo del propio entendimiento que ley ha dado a la imputación de un hecho punible, que sólo puede ocurrir respecto del tal delito. Ahora bien, aunque esta pueda estimarse una conclusión válida para los más de los casos,

eventualmente cabría la posibilidad de que la imputación sobre conducta punible, se formulara bajo expresiones distintas del hecho típico, pero que en todo caso sean deshonrosas pues apunten hacia un comportamiento de tal naturaleza. Piénsese, por ejemplo, en la imputación "X es amigo de lo ajeno", y que tras esta afirmación esté la referencia a un proceso de peculado por apropiación que se hubiere adelantado contra un individuo y del cual haya salido exento de responsabilidad. O el caso de la expresión "N es un chanchullero" y que la misma aluda a un proceso por celebración indebida de contratos, que hubiere concluido igualmente con absolución. En estas circunstancias, por las características de la imputación, no puede hablarse del delito de calumnia sino del de injuria y en ese tanto, podría admitirse la aplicación de la excepción a la prueba de la verdad, para este delito. Salvo en estas circunstancias, lo contemplado en el Art. 224 numeral 1º del Código penal, se entenderá aplicable para el delito de calumnia y, por tanto, a lo largo de la sentencia esta será la conducta delictiva a la que se acude al interpretar dicho precepto bajo estudio." Alcance de la expresión "imputación de cualquier conducta punible". El Art. 224: La *exceptio veritatis* y sus excepciones. 54. Conforme ha sido expuesto, la Corte considera que la disposición acusada es una excepción a la *exceptio veritatis* para el delito de calumnia. Ocurre empero que el precepto que configura este delito, para describir la conducta sobre la cual se produce la imputación falsa, emplea una expresión diferente a la que se usa en la disposición bajo estudio. En efecto, según el Art. 221 del Código Penal, el delito de calumnia se concreta con el hecho de imputar falsamente una conducta típica, esto es, una conducta definida de modo inequívoco, expreso y claro en la ley penal (Art. 10 Código Penal). Configuración que como se ha señalado en el acápite de antecedentes, ha sido dispuesta así con el propósito de proteger a las personas de la imputación de un delito, que, aunque no llegue a ser punible, daña de igual forma el bien jurídico protegido de la integridad moral. Lo anterior significa que se puede incurrir en calumnia cuando se imputa un delito, como el homicidio, aunque se afirme que quien lo cometió no fue condenado porque verbigracia actuó en legítima defensa. En todo caso, una afirmación de tal naturaleza afecta la reputación, la honra, el buen nombre del individuo sobre quien se formula y el legislador desde tiempo atrás ha considerado que tal afirmación es digna de reproche. A su vez, el art. 224 num. 1º del Código Penal, excluye la posibilidad de probar la veracidad de la imputación sobre cualquier conducta punible, pues la misma se constituye tanto porque es típica, como también antijurídica y culpable (Art. 9º Código penal). Es decir, la conducta que suma no solo la condición de ser reconocida nítidamente como delito, sino también lesiva o atentatoria de bienes jurídicamente tutelados y ejecutada con plena conciencia e intención de causar daño. Esta diferente denominación del Art. 221 y del art. 224, conducta típica y conducta punible, impone precisar si tiene alguna repercusión sobre el alcance de la excepción a la eximente que en este caso se analiza. En principio, podría pensarse que, al no coincidir las dos nociones, existe un interés por parte del legislador de obtener resultados distintos. Y por tanto si el legislador distingue, el intérprete está llamado a distinguir. Sobre el particular, sin embargo, la Corte estima

que no se puede concluir de tal manera, porque el numeral 1º del Art. 224 del Código penal impide probar la veracidad de las imputaciones de conducta punible cuando esta, la punibilidad misma, ha sido descartada mediante sentencia absolutoria, preclusión, cesación de procedimiento o sus equivalentes. Decisiones que como en seguida se verá, pueden adoptarse tanto porque la conducta no sea típica, como porque aún siéndolo no se haya causado un daño a bien jurídico protegido por el ordenamiento, o bien porque el sujeto que así actuó no pueda ser considerado responsable. Es decir que, aunque se habla allí de conducta

punible, no hay lugar a sanción porque no se reunió alguno, varios o todos los elementos que legitiman la aplicación del ius punendi. En consecuencia, la diferente forma con que se califica la conducta materia de la imputación falsa efectuada por el presunto calumniador, como típica en el Art. 221 y como punible en el num. 1º del Art. 224 del Código penal, no tiene en la práctica ningún efecto, ni por tanto determina un alcance distinto a la hora de entender el sentido de la excepción a la eximente de responsabilidad penal. **(Corte Const, Sentencia C 417-2019, M. P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez, jun. 26/2009).**

Artículo 126. Retracción.

No habrá lugar a punibilidad si el autor o partícipe de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo se retractare antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, con el consentimiento del ofendido, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el juez en los demás casos.

No se podrá iniciar acción penal si la retractación o rectificación se hace pública antes que el ofendido formule la respectiva querrela.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.

La extinción de la acción penal por retractación no es contraria a la Constitución.

"En el Estado Social de Derecho el recurso al ius puniendi del Estado se ha considerado como la última ratio, cuando no hay medidas menos restrictivas de los derechos fundamentales que tengan la aptitud para brindar protección al bien jurídico agraviado. En esa línea y dentro de la necesaria ponderación entre la finalidad de bien común que persiguen las normas penales y la limitación de la libertad que se impone al infractor de la ley penal, se ha abierto paso la concepción de un derecho penal fundado en torno al concepto de la necesidad de la pena. Frente a los delitos que afectan la honra y el buen nombre, el artículo 225 del Código Penal trae una regulación distinta de la contenida en el anterior ordenamiento penal. En particular, sustituye la exclusión de la punibilidad, por la extinción de la acción penal y la consiguiente imposibilidad de derivar la responsabilidad penal del agente. En principio, frente a la clara y expresa manifestación del legislador, no cabe asumir, como sugiere en su concepto el señor Procurador General de la Nación, que se trata de un error conceptual, para predicar, desde una diferente perspectiva dogmática penal, que no obstante el cambio en las expresiones, el contenido de regulación se mantuvo inalterado, y que lo que procede en este caso, es, tal como ocurría conforme a la previsión del antiguo código, una exclusión de la punibilidad. De hecho, en la exposición de motivos del Proyecto de ley número por medio la cual se expide el Código Penal, se expresó que una transformación evidente del nuevo código con respecto al anterior, puede apreciarse, precisamente, en "...la sustitución del concepto de eximente de punibilidad que consagra el actual artículo 317, por el de eximente de responsabilidad que se postula en el artículo 218 del proyecto, lo que de suyo repercute en la economía procesal...". El correcto entendimiento

de esta manifiesta intención del legislador lleva a concluir que, en el nuevo ordenamiento penal, producida la retractación, no tiene sentido ya iniciar o continuar la acción penal, la cual, por disposición de la ley, se extingue, sin que sea posible, en consecuencia, derivar responsabilidad penal al agente. Sin embargo, aceptando que el contenido de regulación se traduce exactamente en que, producida la retractación, en las condiciones previstas en la ley, no habrá lugar a derivar la responsabilidad penal, no cabe deducir de ese contenido normativo que se está ante una exclusión de la culpabilidad. Ciertamente, como consecuencia de la extinción de la acción penal prevista para ese evento por el ordenamiento, ya no será posible que el juez establezca la responsabilidad penal del sujeto. Sin embargo, ello no implica que se haya excluido su culpabilidad. Este es el alcance que tiene la expresión del artículo 225 del Código Penal. La retractación no altera ni el carácter antijurídico de la conducta ni la culpabilidad del agente, pero ha estimado el legislador que ella es indicativa de que no se requiere de la aplicación de la pena y por consiguiente no cabe proseguir el proceso orientado a establecer la responsabilidad jurídico penal por ausencia de necesidad preventiva de sanción penal. Esta solución, en cuanto que descarta la instrumentalización del sujeto a los fines de la prevención general, se inscribe dentro de una concepción humanista del derecho penal, que encuentra claro arraigo en el preámbulo de la Constitución, así como en su artículo 1º, en cuanto que allí se proclama la dignidad de la persona humana como basamento de todo el ordenamiento jurídico del Estado. Del mismo modo, encuentra anclaje en la cláusula del Estado Social de Derecho y en el principio de proporcionalidad, que a partir de distintas disposiciones de la Carta informa todo el ordenamiento, con clara incidencia sobre la legislación penal. Por consiguiente, disponer en el caso que es objeto de análisis, la sustitución de la exclusión de punibilidad, por la extinción de la acción penal con la consiguiente exclusión de la

posibilidad de derivar la responsabilidad jurídico penal, es una opción válida del legislador, que se inscribe dentro de una concepción, la del derecho penal fundamentado en la necesidad de la pena, que ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional. Por otro lado, no puede decirse que la opción legislativa implique en este caso que se ha dejado desamparado el derecho al buen nombre y a la honra, porque precisamente, ha considerado el legislador que la lesión de los mismos deja de tener relevancia penal cuando se han restablecido a través de la retractación. Y en la medida en que la extinción de la acción sólo procede una vez producida la retractación con el cumplimiento de unas condiciones que deben ser valoradas por el juez y que implican el restablecimiento de los derechos lesionados, resulta claro que el ordenamiento penal sigue siendo un instrumento de protección, porque el agresor solo puede librarse de la sanción cuando se retracta". **(Corte Const, Sentencia C 489/2002, M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, jun. 26/2002).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Concepto y características de la retractación y diferencia con rectificación y sus requisitos.

"En lo que atañe al contenido del artículo 225, el legislador estableció que no tiene lugar la responsabilidad penal si el autor o partícipe del actuar lesivo de la integridad moral, se retracta voluntariamente antes de proferirse la sentencia de primera o única instancia, indicando además una serie de requisitos que debe acompañar dicha retractación. El precepto legal exige que la palinodia del caso se haga a costa del responsable, en el mismo medio en el que se produjo el acto ofensivo y con las mismas características en que se hizo la imputación, o en su defecto en el que señale el juez. Como se puede apreciar, el ordenamiento penal cualifica la retractación para que resulte admisible como un mecanismo reparador que impide proseguir con la acción penal. La figura jurídica en referencia ha sido precisada por la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de octubre 08 de 2008 M. P. Socha Salamanca, en los siguientes términos: "(...) Retractarse, ha entendido la Sala, es revocar lo endilgado, desdecir del agravio irrogado a la víctima, es abonar el crédito moral del injuriado, aceptar la inexistencia del hecho, admitir la falsedad de la imputación punible. En consecuencia, es necesario que sea voluntaria, que el sujeto activo reconozca su autoría o participación en la ofensa, ya que nadie puede retractarse de un agravio no inferido. Es la excusa afincada en el arrepentimiento del ofensor en procura de reparar la lesión inferida al honor del sujeto pasivo de la ofensa. En el proceso de constatación de la presencia de sus elementos, el operador judicial no puede contraerse a revisar formalmente el texto, sino que debe ejercer un control material de su contenido, de los medios utilizados, de la forma de divulgación, entre ellos, de los presupuestos de oportunidad, frecuencia y difusión, de modo que evidencie el restablecimiento del derecho supuestamente lesionado o cuando menos la reducción mayúscula del daño ocasionado (...)" (negrillas fuera de texto). A su vez, la Corte Constitucional también ha destacado la condición especial de

la retractación en el marco del derecho penal del siguiente modo: "(...) la extinción de la acción penal que se deriva de las normas acusadas no se produce como consecuencia de la sola manifestación de voluntad del agresor, sino que se requiere que este adopte una conducta positiva por virtud de la cual admite la infracción cometida y atiende a restablecer el perjuicio mediante una retractación cuyas condiciones deben ser valoradas en concreto por el juez. Por consiguiente, no se trata de que el agresor puede disponer a su arbitrio la continuación o no del proceso, sino que la misma se subordina por la ley a la ocurrencia de un hecho objetivo, la retractación, a partir del cual, deduce que no hay lugar a aplicar la pena, razón por la cual dispone la extinción de la acción penal, lo cual, a su vez, implica que ya no será posible derivar responsabilidad penal al agente. (...) Se observa pues que el acto de retractarse con miras a generar efectos en el proceso penal, no corresponde a un actuar caprichoso y carente de requisitos. Tanto la ley como la jurisprudencia indican las particularidades que rodean la retractación para que con ella se extinga la acción penal. En el inciso segundo del artículo cuestionado en esta acción de inconstitucionalidad, se observa que el enunciado legal dispone la imposibilidad de iniciar la acción penal del caso, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la denuncia que estime oportuna. Como se puede apreciar, el inciso en referencia incorpora otra figura cuyos efectos para la acción penal por ataques contra la integridad moral, son iguales a los de la retractación, se trata de la rectificación. La Corte Suprema de Justicia al deslindar los dos mecanismos ha sentado: "(...) la acción de retractarse se refiere a un "volverse atrás de una cosa que se ha dicho o de una actitud que se ha mantenido" a "desdecirse de lo que se ha dicho" y la rectificación a un "quitar las imperfecciones, errores o defectos de una cosa", no queda duda que las dos acciones se contraen a una manifestación de voluntad proveniente de quien algo afirmó o hizo con el fin de negarlo o corregirlo, que en términos de la injuria, es decir, desde un punto de vista jurídico-penal, implica que quien ha hecho manifestaciones deshonorosas contra otra persona, si lo que persigue es retractarse o rectificarse de lo dicho o de lo hecho, debe así manifestarlo en forma inequívoca, lo cual no puede provenir de nadie distinto de quien lo afirmó o hizo, pues nadie más puede desdecirse de lo dicho o corregirlo, toda vez que se trata de actos que no pueden depender de la voluntad de otro. (...) (Sentencia de 25 de junio de 2002 Rad. 14029 M. P. Galves Argote) (negrillas fuera de texto) (...) La rectificación tiene rango constitucional, el inciso 2º del artículo 20 de la Carta la contempla como un derecho frente a las eventuales afectaciones a los derechos, causadas por el ejercicio de las libertades de expresión e información. Ha manifestado la Corte en sede de tutela: "(...) es un mecanismo que pretende restablecer el equilibrio entre el poder de los medios de comunicación y la impotencia de las personas (...) para que la información pueda cumplir el papel que ha de jugar en una sociedad democrática, es esencial que exista el mencionado balance entre el yerro cometido y la reparación del daño en esta materia (...) la relevancia de la rectificación va más allá de la esfera individual,

ya que representa la garantía de la eficacia del derecho a la información en su dimensión colectiva y contribuye ineluctablemente a la formación de una opinión pública ilustrada y libre(...)” (sentencia T-219 de 2012 M. P. Henao) En el ejercicio de este derecho se han de cumplir los siguientes requisitos que permiten su despliegue en condiciones de equidad: “(i) que la rectificación o aclaración se haga por quien la difundió; (ii) que se haga públicamente; (iii) que tenga un despliegue y una relevancia equivalentes al que tuvo la información inicialmente publicada y (iv) que la rectificación conlleve para el medio de comunicación el entendimiento de su equivocación, error, tergiversación o falsedad”. (...) cuando quiera que la rectificación sea ordenada por una autoridad judicial, la orden que ésta profiera debe establecer con claridad “los lineamientos precisos bajo los cuales esta deberá ser realizada. Lo anterior, con el objeto de proteger efectivamente los derechos fundamentales de quien fue afectado con la información falsa divulgada y asegurar su efectivo restablecimiento”. **(Corte Const, Sentencia C 635-2014, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sep. 3/2014).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Retracción causal de preclusión.**

“Una de las causales de preclusión contempladas en la Ley 906/04 es la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal (art. 332-1), lo que ocurre, entre otras situaciones, cuando esta se extingue por retractación en el ámbito de los delitos contra la integridad moral (art. 225, CP), tal y como lo prevé el artículo 82, numeral 8, del Código Penal. En el artículo 225 se regula la “retractación” de una manifestación injuriosa o calumniosa, en los siguientes términos: “No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos”. Se colige, entonces, que la validez del acto de retractación dependerá de las siguientes condiciones: (i) que provenga del autor o partícipe de la injuria o calumnia, (ii) que sea voluntario, (iii) que se produzca antes de la sentencia –de primera o única instancia–, (iv) que los costos de la publicación sean asumidos por el presunto responsable, y, por último, (v) que se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación deshonrosa”. **(CSJ. Casación. Auto N.º 52387, jul. 11/2018. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR.

“Con base en lo anterior, es válida la cesación de procedimiento en la etapa del juicio si se observa alguna de las causales objetivas de improseguibilidad de la acción. Ahora bien, es cierto que dentro de estas causales objetivas no se describe expresamente la retractación,

sin embargo, nótese que el ordenamiento Penal Castrense en su artículo 145 establece que: “(...) no habrá lugar a punibilidad si el autor o partícipe de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo se retracte antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, con el consentimiento del ofendido, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el juez en los demás casos.(...)”. Luego, como lo señala el mandato legal precedente, si se presenta la retractación no hay lugar a punibilidad, si esta surge antes de dictarse sentencia y para ello se utilice el mismo medio en que se profirió la injuria, además que el ofendido la acepte; es decir, lo que existe es un acuerdo entre el injuriado y el procesado, situación que también se presenta en el desistimiento, figura que conduce a la extinción de la acción penal y por ende conlleva a la cesación de procedimiento, aunado al hecho que, “en la retractación va implícito un desistimiento”, así lo expresó la Honorable Corte Suprema de Justicia: “Para la Sala, y en relación con el asunto en estudio, es claro que efectuada la retractación con los requisitos legales el comportamiento investigado no es punible, y en esa medida no tiene objeto continuar con la actuación, por lo tanto se decretará en favor del encausado cesación de procedimiento. Desde el punto de vista puramente procesal se puede llegar a la misma decisión, ya que el Código de Procedimiento Penal consagra casos similares al presente, en cuanto en el fondo lo que se da es un acuerdo entre las partes que sobreviene al hecho, como el desistimiento de la querrela y la conciliación, ante cuya ocurrencia ordena que se decrete la preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento. Como en la retractación va implícito un desistimiento, lo cual no parece discutible, al ser los delitos de injuria y calumnia querellables dicho desistimiento conduce a la extinción de la acción. Además, si el artículo 318 en cita ordena que si la retractación se hace pública antes de que se formule la denuncia no se puede iniciar la acción penal, por analogía in bonam partem se infiere que si la acción ya se ha iniciado se le debe poner fin”²²¹. Ahora, la Sala, se ocupará de confrontar el acervo probatorio obrante en la cartilla procesal, para poder establecer si la retractación cumplió con los presupuestos exigidos por la ley. Recuérdese que el artículo 145 del Código Penal Militar, señala: Que se haga antes de proferirse sentencia de primero o única instancia; que sea con el consentimiento del ofendido; y que se efectúe a costa del responsable, aunado a que se cumpla con el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación, o en el que señale el juez en los demás casos. (...) Corolario con lo anterior se determina con los medios de pruebas citados, que se cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 145 del Código Punitivo Castrense, para la aceptación del instituto de la retractación...” **(TSM., Sent. Rad. 155842-9317, Mar. 25/2010. M. P. Coronel (RA) Pedro Gabriel Palacios Osma).**

221 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Rad. 10657 del 22 de octubre de 1996., M.P. Ricardo Calvete Rangel.

Artículo 127. Querrela.

En los casos previstos en este capítulo solo se procederá mediante querrela, presentada dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión de la conducta.

Si la calumnia o la injuria afectan la memoria de un miembro difunto de la Fuerza Pública, la acción podrá ser intentada por la institución armada a que pertenezca o por quien compruebe interés legítimo en su protección y defensa.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Querrela – **concepto. Querellante legítimo – Excepciones.**

“La querrela es la solicitud que hace el ofendido o agraviado para que se inicie la investigación. La ley la establece como condición de procesabilidad, porque estima que en ciertos tipos penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, restringe la facultad investigativa, condicionándola a la previa formulación de la querrela, como medio de protección de este interés personal. El querellante legítimo es el titular del interés jurídicamente protegido por el tipo penal. Pero esta norma general admite las siguientes excepciones: Si el titular del bien jurídico tutelado es incapaz, su representante legal es querellante legítimo. Si es persona jurídica, lo será, igualmente, el representante legal de la misma. Si el incapaz carece de representante legal, la querrela puede ser interpuesta por el defensor de familia o el respectivo agente del Ministerio Público, pudiendo instaurarse también por el defensor del pueblo. Si el titular del bien jurídico protegido, esto es el sujeto pasivo del delito, estuviere imposibilitado de interponer la querrela, los perjudicados directos están legitimados para formularla, lo cual también es autorizado cuando el autor o partícipe del hecho fuere el representante legal del incapaz. En el delito de inasistencia alimentaria, aparte de los lesionados por el punible, el defensor del pueblo está legitimado para formular la querrela. Por último, el Ministerio Público está habilitado para formular la querrela cuando el delito que la requiera afecte el interés público, y el defensor del pueblo lo puede hacer si el sujeto pasivo del ilícito es la sociedad”. **(Corte Const., Sentencia C 635-2014, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Dic. 3/1997).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Caducidad de la querrela. El operador debe verificar si la querrela se presentó dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito y si el interesado no tuvo conocimiento de la ocurrencia del ilícito.**

“Por regla general los delitos deben ser investigados oficiosamente por el Estado. Sin embargo, el procesamiento de algunas conductas punibles, por decisión del Legislador, exige la presentación, en un lapso determinado, de una querrela por parte del legitimado como condición necesaria para el inicio y desarrollo de la actuación, toda vez que corresponde a la víctima del ilícito manifestar su voluntad de que una investigación sea adelantada y proteger, de ese modo, los intereses de los que es titular para que, de ser el caso, resulte sancionada la ilícita afectación. Ahora bien, no basta con la

manifestación de tal voluntad, sino que la misma debe ser exteriorizada en el término perentorio que establece la ley. De conformidad con el artículo 73 de la Ley 906 de 2004: “Artículo 73. La querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses”. La norma contempla dos hipótesis a saber: La primera que no reviste dificultad alguna prevé una situación meramente objetiva, que consiste en verificar si la querrela se presentó dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito. La segunda implica que el interesado no tuvo conocimiento de la ocurrencia del ilícito, en razón de la existencia de una situación de fuerza mayor o caso fortuito que impidió el enteramiento oportuno, razón por la cual el término inicia a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses. Para los actuales fines, se destaca que esas circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, que obstaculizaron el conocimiento oportuno, no solo deben ser alegadas sino debidamente acreditadas para poder así contabilizar el término de caducidad no desde la ocurrencia del hecho, sino a partir de la desaparición de aquellas, sin sobrepasar el término de un año. La naturaleza del delito de calumnia 4. El delito de calumnia, tipificado en el artículo 221 del Código Penal, tiene dicho la Sala, es un punible de mera conducta que se consuma con la expresión de las imputaciones calumniosas divulgadas, por cualquier medio, contra el titular del bien jurídico de la integridad moral. En efecto, esta Corporación tiene establecido que incurre en tal reato: “(...) quien impute falsamente a una persona determinada o determinable una conducta típica, con el ánimo de causar daño a su integridad moral. Para la configuración de dicho tipo penal se requiere (i) la consciente y voluntaria atribución falsa de un hecho delictuoso, (ii) que la imputación se haga a una persona determinada o determinable, (iii) que el autor tenga conocimiento de la falsedad, y (iv) que la atribución del hecho delictuoso falso sea clara, concreta y categórica, no surgida de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada (CSJ SP, 6 Abr. 2005, Rad 22099; CSJ AI, 30 Abr. 2008, Rad 27268, entre otros)”²²². (Se destaca). La consumación del delito tiene lugar cuando el autor del mismo, consciente de la falsedad de sus acusaciones y motivado por un ánimo específico, expresa, manifiesta y atribuye al sujeto pasivo la comisión de una conducta típica, sin que los efectos o consecuencias en el tiempo de tal imputación delictiva puedan tenerse como una ejecución permanente e indefinida que sólo cesa con

²²² CSJ, SCP, rad. 48434, AP2827-2018, 5 de julio de 2018.

la desaparición de esas eventuales secuelas dañinas, salvo que de manera efectiva y reiterada se produzca la falsa sindicación delictiva de manera clara, concreta y circunstanciada. La conducta ilícita se consuma²²³, entonces, de manera instantánea en el sitio, lugar y momento en que la expresión calumniosa se hace de dominio público, al margen de las consecuencias que ésta pueda tener en el tiempo. Finalmente, para los actuales fines, se precisa que dicho tipo penal es de aquellos que, al tenor del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, requiere querrela para la activación de la acción penal.” (CSJ. Casación. Sentencia N.º 54.994, Agos. 27/2019. M. P. Eugenio Fernández Carlier).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **La querrela no se agota con la presentación del informe ante su superior.**

“La codificación penal militar también establece, que cuando se trate de delitos contra el honor militar, verbi gratia la calumnia, sólo se procederá mediante querrela de parte, la cual deberá ser presentada dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del hecho punible. (...) Con el ánimo de resolver las dudas de si el informe de fecha 6 de mayo de 2009 presentado por el soldado profesional (...) ante el Comando del Batallón de Policía Militar No. 3 con sede en la ciudad de Cali, se asimila, remplace o reúne los requisitos para tenerse como una querrela es necesario recordar que la querrela según la doctrina jurídica es la: «Facultad conferida por el Estado a los particulares para que a su arbitrio decidan si se inicia o no la correspondiente acción penal en ciertos casos, lo que constituye una evidente excepción al carácter irrenunciable de tal acción»²²⁴. De acuerdo con el criterio jurisprudencial, citado por esta Sala de Decisión en proveído del 8 marzo de 2010²²⁵, se entiende por querrela: «(...) la solicitud que hace el ofendido o sujeto pasivo agraviado para que se inicie la investigación. De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 600 de 2000 es condición de procedibilidad de la acción penal, por lo que en los casos señalados en el referido artículo 35, la facultad investigativa del Estado se encuentra condicionada a la previa formulación de la querrela, como medio de protección del interés personal de la víctima del delito. Ahora, el artículo 32 ídem dispone que la querrela sólo puede formularse por el querellante legítimo, que normalmente coincide con el sujeto pasivo del hecho punible o su representante legal, si este fuere incapaz o persona jurídica. De carecer el incapaz de representante legal, la querrela puede presentarse por el Defensor de Familia o el respectivo agente del Ministerio Público, pudiendo instaurarse en este último evento por el Defensor del pueblo o los perjudicados directos»²²⁶. De conformidad con los anteriores razonamientos, resulta innegable

que el afectado soldado profesional (...) nunca formuló la solicitud para que el Estado pudiera adelantar la presente acción penal, es decir que no agotó el requisito exigido por la ley y que regula la institución de la querrela, porque si bien es cierto presentó un informe en donde narró los hechos sucedidos el día 3 de mayo de 2009 y en el cual indicó que al parecer fue víctima de unas imputaciones falsas por parte del procesado soldado regular (...), este informe lo presentó en cumplimiento de una orden que fue emitida por el señor mayor (...) Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Policía Militar No 3 para la época de los hechos,...) De lo anterior se desprende que el afectado presentó un informe al Comandante del Batallón, pero en ningún momento lo hizo en forma voluntaria o porque su interés hubiera sido que se investigara al soldado (...) penalmente, y aunque bien pudo haberse subsanado esta irregularidad procesal dentro de los seis (6) meses siguiente a la fecha de los hechos, sólo hasta el 11 de marzo de 2010, es decir diez (10) meses después, se acercó al Juzgado 12 de Instrucción Penal Militar a ratificarse del informe inicial, pero para esa fecha ya la acción había caducado (...). En tal sentido si el querellante no cumplió el requisito exigido por la ley para que la acción penal produzca efectos jurídicos y faculte al Estado para adelantar la correspondiente investigación, no queda otro camino en esta instancia judicial que declarar la caducidad de la acción y por ende cesar todo procedimiento en favor del procesado. Es oportuno señalar que la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en afirmar que la querrela legítima la acción para que produzca efectos procesales y que se exige como un requisito previo para que el Juez pueda adoptar una decisión de fondo, al respecto ha expresado: «Un ejemplo de los efectos procesales de la querrela, viene dado en los motivos que la ley prevé para disponer la terminación de la acción penal. La querrela legítima, habilita la iniciación, adelantamiento y terminación de la investigación penal. Su ausencia está legalmente prevista como motivo de culminación de la actuación cumplida, impidiendo al funcionario resolver de fondo el asunto sometido a su consideración. Así, por ejemplo, los artículos 327 y 39 del CPP ordenan dictar resolución inhibitoria, preclusión de la acción penal o cesación de procedimiento, cuando se establezca que la acción no podía iniciarse o proseguirse. Más aún, no es posible proferir sentencia, si está ausente el presupuesto procesal de la querrela»²²⁷. En igual sentido léase también pronunciamiento de esta Corporación, en donde se cesó procedimiento ante la inexistencia del requisito de procedibilidad de la querrela: «Pero a más de lo anterior, resulta necesaria la terminación anormal del presente proceso, teniendo en cuenta que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, que para el distrito judicial de Bogotá lo fue a partir del 1º de enero de 2005²²⁸, el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia consagrado en el artículo 417 del Código Penal de 2000, por no tener señalada pena privativa de la libertad²²⁹, es un delito querellable que como tal, no puede adelantarse de oficio. En tal sentido y visto que el presente proceso tuvo su origen en una decisión de

223 CSJ, SCP, rad 42706, 10 de agosto de 2016; Rad, 54096, AP4916-2018, 14 de noviembre de 2018; Rad, 49200, AP1705-2017, 16 de marzo de 2017; Rad. 42706, SP11143-2016, 10 de agosto de 2016.

224 Velásquez V, Fernando. Manual de Derecho Penal –Parte general, Librería Jurídica Comlibros, tercera edición. Página 626.

225 Proceso 155601 M. P. CN. Carlos A. Dulce Pereira.

226 Cfr. autos del 13 de julio de 2009, rad. 30593 y del 16 de marzo de 2005, rad. 17.611.

227 C.S.J 24-abril-2003 M. P. Herman Galán Castellanos. Radicado 15820.

228 Artículo 530.

229 El artículo 417 señala una pena de multa y pérdida del empleo o cargo público.

la Procuraduría General de la Nación, que ordenó compulsar del proceso disciplinario a efectos de que se investigara penalmente a la señora Coronel por no haber puesto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación unas presuntas conductas delictivas relacionadas con la tramitación de unos créditos, no era procedente actuar de oficio, como se hizo con el auto del 23 de mayo de 2007, siendo necesario que antes

de procederse penalmente, se hubiera exigido o analizado la existencia de una querrela. Así que, por la ausencia de querrela como requisito de procedibilidad, debe tenerse que la presente acción no podía iniciarse, configurándose causal que obliga a confirmar aún más, la cesación de procedimiento dispuesta por el A-quo»²³⁰. (TSM., Sent. Rad. 157419-9471-XIV-576, Oct. 30/2012. M. P. Coronel (RA) Pedro Gabriel Palacios Osma).

TÍTULO V

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA FUERZA PÚBLICA

CAPÍTULO I DEL ATAQUE AL CENTINELA

Artículo 128. Ataque al centinela.

El que ejerza violencia contra un centinela, por esta sola conducta, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Sujeto Activo: Hace referencia a cualquier miembro de la Fuerza Pública en servicio activo. Este Delito es típicamente militar.

La Constitución Política instituye a la Fuerza Pública en el título VII, rama ejecutiva, capítulo 7 como aquella “integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional” (art. 216 CP). Las primeras están constituidas por el Ejército Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana y la Armada Nacional. La segunda es un cuerpo armado, permanente, de naturaleza civil.

Ejercer Violencia: Implica una agresión física que puede ser de cualquier naturaleza, sin que sea necesario para su consumación que se produzca afectación en la integridad personal del centinela, pues si esto último ocurre se presenta un concurso material entre lesiones personales y ataque al centinela, por cuanto dicho reato es de mera actividad o formal, considerando que al interior del artículo comporta una dosificación punitiva “por esta sola conducta”, traduciendo que dicho comportamiento puede desplegarse en solitario o en concurso material. (Concepto de violencia referida en el delito de Ataque al inferior por el Tribunal Superior Militar – Cuarta Sala de Decisión. – Radicado 155362 – Providencia del 15 de mayo de 2009. – MP.: TC. Jacqueline Rubio Barrera).

Centinela: Capítulo III Servicios de las guardias. - 8. h. Centinela de la guardia. “El centinela es un individuo de la guardia, armado y colocado en un sitio, lugar o zona determinados, con misiones definidas de vigilancia y seguridad. El centinela debe permanecer con su arma cargada y asegurada mientras se encuentre nombrado de servicio. El servicio de centinela de guardia es prestado por el personal de soldados e infantes de Marina, orgánicos de la unidad militar y nombrado mediante acto administrativo por un lapso de 24 horas. La misión fundamental del centinela de la guardia es la defensa y seguridad de la unidad militar. El horario para la prestación de este servicio será de acuerdo a lo estipulado en los turnos de guardia y no podrán exceder las seis horas continuas. Los centinelas deberán portar su arma de dotación en las siguientes posiciones: Cuando se encuentren de guardia en 22 la puerta principal, el fusil debe ir con portafusil corto, al hombro o en descanso, para los demás centinelas

que se encuentren en el puesto de guardia el fusil debe ir terciado al pecho o con portafusil largo, al hombro o en descanso. Los centinelas de las Guardias de Honor al hombro con portafusil corto”. (Comando General FF. MM, Disposición 029 de 2017, Reglamento Servicio de Guarnición para

las Fuerzas Militares, sexta edición, 5 de octubre de 2017”, p. 20).

“Artículo 1.1.12 “Servicio de guardia: – El centinela es un individuo de la guardia, armado, y ubicado en un sitio, lugar o zona determinados con misiones definidas de vigilancia y seguridad. El centinela debe mantener su arma de dotación asegurada y con el cartucho de la vida. –Cumplir las consignas transmitidas por conducto de sus relevantes, quienes son superiores inmediatos. –El centinela debe estar compenetrado plenamente de la importancia de su servicio; solo cuando esto se obtenga, el individuo estará en capacidad para actuar como tal en forma eficiente. –Conocer a cabalidad los planes de defensa y vigilancia de la unidad”.

Artículo 1.2.4 “Servicio de armamento y alojamiento: De grado soldado (...). - Durante el día este servicio se presta de las 6:00 hasta las 20:00. –En la noche se prestará servicio de centinela por dos horas a partir de las 20:00 horas”. (Ejército Nacional, Resolución número 1692 de 2009 – Reglamento de Régimen Interno para Unidades Tácticas, p. 14; 24 de noviembre de 2009).

“Artículo 17. Centinela o agente de guardia de prevención. Es un agente, armado y nombrado en un sitio, lugar o zona determinada, con misiones definidas de vigilancia y seguridad. El centinela debe mantener su arma cargada y asegurada. Parágrafo. El centinela o agente de guardia de prevención cumple las funciones establecidas en el Manual de funciones y requisitos mínimos. (Anexo N.º 7)”. (Policía Nacional, Resolución N.º 9857 de 1992, Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía Nacional, 9 de noviembre de 1992).

230 TSM. MP. TC. Ismael López Criollo. Radicado 156438, 30 de agosto de 2010.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Se exige como elemento subjetivo del tipo el dolo de afectar al centinela.**

“Por consiguiente, en el hipotético evento en que se pueda concluir la existencia de violencia, esta debe referirse a la condición de centinela, pues el bien jurídico que protegen los artículos 147 y siguientes de la mencionada obra, precisamente lo es respecto a la seguridad de la Fuerza Pública, y es por ello, se insiste, que la violencia debe ser hacia un centinela, que conforme al Reglamento de Servicio de Guarnición, es aquel individuo de la guardia, armado y ubicado en un sitio, lugar o zona determinado, con misiones definidas de vigilancia y seguridad, sobre el que pesan consignas generales y particulares. En conclusión, fuera del dolo de ejecutar acto con violencia, otro elemento subjetivo es el que se lleve a efecto con el referente de afectar al centinela”. (Rad. 156338, M. P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo P., Primera Sala de Decisión del 31 de agosto de 2010).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El centinela tiene una calidad especial de cara a la seguridad de la Fuerza Pública, y por ende su protección legal.**

“...el bien jurídico tutelado en el reato objeto de juzgamiento es la Seguridad de la Fuerza Pública, dentro del cual se concede un estatus especial al centinela, precisamente por la misión que le corresponde desarrollar en pro de la seguridad de la unidad militar. En consecuencia, el legislador le confirió una calidad especial, de tal manera que no puede ser atacado, es decir, contra este especial servidor no se puede ejercer violencia e independientemente de su resultado, este solo hecho resulta ser punible”. (Rad. 155040, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión del 24 de octubre de 2012).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El dispositivo amplificador del tipo de tentativa y el delito de ataque al centinela.**

“(...) esta Sala considera que la violencia no alcanzó a ser desplegada en contra del centinela SO., porque la actitud defensiva de este soldado lo impidió, como quedó explicitado párrafo atrás, lo que tal vez indujo al Ministerio Público a la convicción de que la conducta era atípica. Pero el examen de la conducta no debe quedar limitada a este simple aspecto. El artículo 147

del Código Penal Militar vigente al momento de los hechos, preceptúa: “Ataque al centinela. El que ejerza violencia contra un centinela, por ese solo hecho, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.” Con fundamento en esta norma y del análisis dogmático del tipo, puede señalarse que el delito de ataque al centinela es un punible de mera conducta, que se consuma con la simple acción de “ejercer violencia”, la cual basta por sí sola para afectar el bien jurídico tutelado de la Seguridad de la Fuerza Pública. Aunque no exige un resultado, si es posible extender el tipo penal hacia otros campos como el de la tentativa. En este caso específico, en tratándose de un ataque físico o de una violencia que debe ser exteriorizada, es posible verificar que la conducta puede ser desarrollada a través de un iter criminis, que parte de la idea criminal, pasa por los actos preparatorios y ejecutivos y finaliza con su consumación. Así es como puede identificarse en la conducta imputada, la satisfacción de los requisitos exigibles para la aplicación de la figura de la tentativa, pues se entrevé la intención de realizar el hecho punible, el comienzo de su ejecución, la utilización de medios idóneos y la no consumación por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Todo ello se concreta en el desarrollo de los hechos, pues es claro que el Soldado NB tuvo la intención de agredir físicamente al Soldado SO, quien ostentaba la calidad de centinela y para ello tomó el fusil que portaba y ejecutó a través de medios idóneos, las acciones necesarias para efectuar un disparo y atentar contra la integridad de su compañero. El resultado no logró concretarse, porque el propio SO intervino rápidamente y contuvo al SLC. NB., produciéndose un forcejeo que obligó a que el proyectil tomara un rumbo inofensivo. En consecuencia, estamos en presencia de un dispositivo amplificador del tipo, que permite la concreción del tipo penal a través de la tentativa y, que, por tanto, a través de esta figura, es posible reprochar penalmente esta conducta, teniendo en cuenta que la misma es antijurídica, no solamente desde el punto de vista formal, sino material, en la medida en que lesionó de manera efectiva el bien jurídico de la seguridad de la Fuerza Pública. Conducta que le es imputable al SLC. NB., a título de dolo, pues teniendo conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, y de los elementos del hecho punible imputado, quiso su realización, sin importarle las consecuencias que tal acto le aparejaba. Entonces, para esta Sala es claro que el procesado debe responder por el delito del que se le acusó en sede de Corte Marcial, pero en el grado de tentativa”. (Rad. 155040, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión del 24 de octubre de 2012).

COMENTARIO

El centinela tiene especial protección legal atendiendo a su importancia de cara a la seguridad de la Fuerza Pública. El delito de ataque al centinela admite el amplificador del tipo de la tentativa; y concurso de conductas punibles.

CAPÍTULO II DE LA FALSA ALARMA

Artículo 129. Falsa alarma.

El miembro de la Fuerza Pública que produzca o difunda Falsa Alarma para la preparación a la defensa o al combate, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

Si a consecuencia del comportamiento a que se refiere el inciso anterior, sobreviene descontrol, pérdida de bienes u otros efectos, o la derrota de la tropa o unidad policial, la pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión.

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Acciones defensivas clases.**

"(...) Ahora, ¿cuándo podemos afirmar que hay una preparación a la defensa o al combate? Las acciones defensivas se presentan bien como complemento a las acciones ofensivas iniciales, o como una manera de sobrevivir ante las acciones ofensivas de las fuerzas regulares. Son consideradas pasivas, aquellos en los cuales las circunstancias obligan a los grupos a asumir actividades ofensivas de tal manera que se llega a la acción individual para evadir la persecución de las fuerzas regulares, entre las que encuentran la dispersión transitoria y la retirada²³¹. Las activas se utilizan en situaciones en las cuales los grupos, mediante acciones de engaño o el empleo sistemático de la fuerza, enfrentan la persecución o actividad ofensiva por parte de las unidades regulares". (Tribunal Superior Militar, Rad. 155229 del 17 de diciembre de 2008, M. P. MY. Marycel Plaza Arturo).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Configuración falsa alarma.**

"De la anterior descripción típica se desprende que es elemento fundamental para la configuración del injusto militar de falsa alarma, que el sujeto agente realice la conducta allí descrita con el propósito de que las tropas se preparen para la defensa o el combate, es decir, que su actuar debe buscar dicho resultado, de tal manera, que si esta no fue la intención, la conducta deviene atípica, se trata de un ingrediente subjetivo que el legislador incrustó en el tipo penal, sin el cual no se estructura el reato en mención, que además desde el punto de vista subjetivo solo es atribuible en la modalidad dolosa, pues no admite, la culpa ni la preterintención, esto es, que debe realizarse con la intención deliberada de afectar el bien jurídico – La seguridad de la Fuerza Pública, sabiendo y queriendo lo que hace". (Rad. 155717, M. P. TC. Jacqueline Rubio Barrera, del 15 de octubre de 2009).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Cuando se origina una reacción.**

"No se puede afirmar entonces, que se trató de un acto de inmadurez del procesado para

que lo sacaran de la base, o de un juego, o como lo señaló el defensor "... era hacer algo para molestar al cabo tercero...", semejante tesis haría perder la seriedad al bien jurídico en estudio, porque no se trataba de niños jugando al campamento, sino de soldados preparados e instruidos para el manejo de las armas y el combate, quienes al recibir el armamento de dotación por parte del Estado, son responsables del uso que se les dé a los mismos, además de entender claramente, qué generaban en caso de hacer explotar una granada o realizar disparos indiscriminadamente, así lo señaló VB en su injurada: "...hicimos una falsa alarma...". Así las cosas, el procesado SV con su conducta, originó la reacción de los militares que se encontraban en la base, quienes: i) Tomaron posiciones ii) se atrincheraron y iii) esperaron a ver si el ataque continuaba. Y es que este soldado tenía el doble carácter de soldado y centinela, persona en la cual la tropa confía su seguridad y su vida, por tanto, si era el centinela quien realizaba la alarma, efectivamente los integrantes de la base reaccionaron preparándose para la defensa o el combate. Se concluye entonces que tal como lo argumentó el a quo, hasta este momento procesal se reúnen los requisitos para imponer la medida de aseguramiento al procesado". (Rad. 156467, M. P. Mayor Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión del 29 de abril de 2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Falsa alarma agravación.

"Empero, teniendo en cuenta que la defensa ataca subsidiariamente la causal de agravación impuesta por el Juez de Instrucción en el auto del 27 de octubre de 2009, la Sala observa que: El inciso segundo del artículo 148 del CPM señala: "... Si a consecuencia del comportamiento a que se refiere el inciso anterior, sobreviene descontrol, pérdida de bienes u otros efectos, o la derrota de la tropa o unidad policial, la pena será...". (Se destaca) El uso del fusil y gasto de munición, fue el medio utilizado por S.U. para realizar la alarma, pero a consecuencia de esa acción se encuentra demostrado en el proceso, que no sobrevino descontrol, pérdida de bienes ni la derrota de la tropa; dentro de este planteamiento, encuentra la Sala que resulta contrario a los postulados de justicia y equidad, deducirle al encartado, la circunstancia específica de agravación punitiva, por tanto se deberá modificar la medida de aseguramiento impuesta de detención preventiva, para en su lugar imponer la que corresponde de acuerdo a

231 Reglamento de operaciones de combate irregulares Reglam. Fuerzas Militares 3-10 reservado.

la pena, que es de conminación”. (Rad. 156467, M. P. Mayor Noris Toloza González., Primera Sala de Decisión del 29 de abril de 2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Verbos rectores falsa alarma.**

“Respecto de la conducta, o sea el comportamiento físico, particular y concreto que se elige sea ejecutado, encontramos que su designación es compleja al presentar especiales valoraciones normativas (ingredientes normativos) que hacen referencia a la conducta, cuando se refiere a que se produzca o difunda una falsa alarma.

“Producir” significa: Originar, ocasionar, fabricar, verbo determinante claro e inequívoco que estructura el tipo penal orientado dentro de los restantes elementos configurativos a que se ocasiona la falsa alarma²³².

“Difundir” por su parte es: Divulgar propagar, extender²³³.

Se trata aquí de castigar a quien propague la idea de cometer esa falsa alarma. En este evento, el legislador dada la importancia del bien jurídico protegido, ha anticipado su protección extendiéndolo a esta actividad, sin que sea necesario exigir un resultado específico para pregonar desvalor en la conducta. Cuando se trata de una difusión de ideas, debe orientarse lógicamente a que se produzca la falsa alarma, debiendo concurrir ese mismo ingrediente especial subjetivo que se persigue, como lo es que la unidad se prepare a la defensa o al combate”. (Tribunal Superior Militar, Rad. 155229 del 17 de diciembre de 2008, M. P. MY. Marycel Plaza Arturo).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Falsa alarma, efecto.**

(...) “Este constituye una relación de engaño que afecta la credibilidad de los miembros de una unidad militar o policial, en la seriedad que deben tener determinados símbolos y formas que son usados en las relaciones cotidianas en la vida en cuartel”. (Tribunal Superior Militar, Rad. 155229 del 17 de diciembre de 2008, M. P. MY. Marycel Plaza Arturo).

Alarma: “19. Definición: La alarma es una señal auditiva que es usada con el fin de dar aviso a todo el personal que la Unidad Militar está siendo atacada o que está siendo amenazada por un desastre natural, para que se pongan en práctica los planes operativos y así defender el componente físico y proteger la vida e integridad del personal. El toque de la alarma también es usado para efectuar simulacros con el fin de evaluar la aplicación por parte del personal de la Unidad Militar de los planes operativos y de desastre. La alarma en la Armada Nacional se denomina zafarrancho y adicional a las anteriores situaciones existen también las siguientes clases de zafarrancho: a. Zafarrancho o ataque a la Unidad a flote. b. Zafarrancho de hombre al

agua. Zafarrancho de abandono. 20. Práctica de las alarmas: Las alarmas como ejercicio para las Unidades Militares deben efectuarse tanto de día como de noche y son ordenados por los Comandantes de la unidad militar, por lo menos una vez cada treinta (30) días informando al Comandante de la Guarnición si es el caso y al personal de la Unidad”. (Comando General FF.MM., Disposición 029 de 2017, Reglamento Servicio de Guarnición para las Fuerzas Militares, sexta edición, 5 de octubre de 2017, p. 39).

“Alarma: Voz o señal imperativa y apremiante para hacer conocer un peligro inminente que puede afectar al personal que se encuentre dentro de una instalación policial o cumpliendo una actividad del servicio”. (Policía Nacional, Resolución N.º 9857 de 1992, Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía Nacional, 9 de noviembre de 1992, p. 2).

“Artículo 40. Finalidad.

1. Comunicar al personal sobre la existencia de una agresión o riesgo en las instalaciones y poner en práctica los planes establecidos.
2. Instruir al personal y verificar el estado de alistamiento del material y elementos de las unidades.
3. Comprobar las instrucciones, entrenamiento, eficiencia de los servicios y el grado de preparación en general.
4. Permanecer la unidad en alistamiento efectivo para empleo inmediato.

Artículo 41. Clases de alarma. Las alarmas de acuerdo con su propósito pueden ser:

1. Alarmas de instrucción y entrenamiento para verificar el alistamiento y la forma como se cumplen las disposiciones dictadas.
2. Alarma por ataque a la Instalación Policial.
3. Alarma en caso de siniestro.

Parágrafo. Los medios utilizados para activar las alarmas, así como los procedimientos que deben adoptarse en las unidades en cada uno de los casos indicados, deben ser objeto de permanente instrucción, incluyendo detalladamente las actividades en los planes elaborados previamente y sobre los cuales se debe realizar constante entrenamiento.

Artículo 42. Prácticas y toque de alarmas. Las alarmas, como ejercicio para las unidades policiales, deben practicarse tanto de día como de noche. Pueden ser ordenados por los respectivos comandantes u oficiales de servicio en forma periódica y cuando lo consideren necesario, sin caer en excesos que le quiten credibilidad. Es indispensable que el personal conozca los sistemas y significados de las alarmas, para que cuando se produzcan pueda cumplir con su misión y se logren los resultados esperados. Las alarmas podrán ser dadas por toques de corneta, sirena o cualquier otro medio audible, todas ellas debidamente reglamentadas por el comandante de la unidad”. (Policía Nacional, Resolución N.º 9857 de 1992, Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía Nacional, 9 de noviembre de 1992, p. 20-21).

Ingrediente normativo subjetivo del tipo “para la preparación a la defensa o al combate”.

232 Diccionario Everest lengua española.

233 Ídem.

COMENTARIO

El legislador insta, como ingrediente subjetivo fundamental del delito de falsa alarma, la finalidad o ánimo que persigue el sujeto activo al producir o difundir la alarma, entendida como la obtención de la preparación a la defensa o al combate del personal militar, situación que deberá verificarse probatoriamente.

CAPÍTULO III DE LA REVELACIÓN DE SECRETOS

Artículo 130. Revelación de secretos.

El miembro de la Fuerza Pública que revele documento, acto o asunto concerniente al servicio, con clasificación de seguridad secreto, o ultrasecreto, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años.

Si la revelación fuere de documento, acto o asunto clasificado como reservado, el responsable incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Sujeto Activo: Hace referencia a cualquier miembro de la Fuerza Pública en servicio activo. Este Delito es típicamente militar. Sujeto activo calificado, debe tener la custodia del secreto en razón de su función, es de ejecución personal.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN- **Intervención plural de sujetos en el punible de revelación de secretos (custodio y receptor).**

“De la definición que viene de transcribirse, se desprende que se trata de un delito de ejecución personal; el sujeto activo es calificado, porque debe ser un servidor público que tenga a su cargo la custodia del secreto; la conducta se consume cuando el dato privilegiado se pone en conocimiento de terceros no autorizados; es necesaria la intervención plural de sujetos, es decir, la concurrencia del custodio y del receptor; y, no se excluye la posibilidad de participación, en los términos del artículo 30 del Código Penal”.
(CSJ., Sent. Casación N° 31240, dic. 03/2009. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN – **El delito de revelación de secretos sólo puede ser realizado por el funcionario que por razón de su función tuviere a su cargo la custodia del secreto o información reservada.**

“El doctor (...) no era funcionario de la Fiscalía y en tales condiciones no tenía obligación jurídica de mantener en reserva documentos o noticias de dicha entidad. Esto si se toma en consideración que el delito en cuestión corresponde a aquellos comportamientos ilícitos denominados de ejecución personal que sólo pueden ser cometidos por una persona y no por intermedio de otro individuo, en el entendido que sólo puede ser realizado por el funcionario que por razón de su función tuviere a su cargo la custodia intelectual del secreto o la información oficial de carácter confidencial que por disposición legal no pueden ser divulgados a terceros no legitimados para conocer uno u otra, por el riesgo de afectar sensiblemente a la administración o con repercusiones negativas para terceros. **(CSJ., Sent. Casación N° 20355, abril. 21/2004. M.P. Mauro Solarte Portilla).**

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN- **El punible de revelación de secretos es un delito especial donde caben las formas generales de participación.**

“7.2. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, al referirse a las exigencias que consagra el artículo 418 del Código Penal, para la configuración del delito: “...el delito en cuestión corresponde a aquellos comportamientos ilícitos denominados de ejecución personal que sólo pueden ser cometidos por una persona y no por intermedio de otro individuo, en el entendido que sólo puede ser realizado por el funcionario que por razón de su función tuviere a su cargo la custodia intelectual del secreto o la información oficial de carácter confidencial que por disposición legal no pueden ser divulgados a terceros no legitimados para conocer uno u otra, por el riesgo de afectar sensiblemente a la administración o con repercusiones negativas para terceros. En segundo lugar, porque dicha conducta encuentra consumación cuando el dato privilegiado con la reserva es puesto en conocimiento de un tercero no autorizado, por parte del servidor público encargado de su custodia, lo cual indica que resulta necesaria la plural intervención de sujetos: el custodio de la información que ilícitamente la revela y el receptor de la misma; sólo que mientras la conducta del funcionario resulta social y jurídicamente reprochable y punible, la del receptor del secreto o la información resulta impune, a menos que se trate de un servidor público que por razón de sus funciones, además de haber tenido acceso al secreto o información sometida a reserva, la utiliza en provecho propio o ajeno, es decir, para fines particulares, en los términos previstos por el artículo 419 del C.P., cuestión que no es la que aquí se presenta. En tercer término, (...) el artículo 418 del Código Penal define la realización de un delito especial en el que caben las formas generales de participación previstas por el artículo 30 ejusdem (...).”**(CSJ., Sent. Casación N° 31240, dic. 03/2009. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).**

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN- **El delito de revelación de secretos es diferente al abuso de función pública, su reproche debe hacerse a través del tipo penal especial.**

«La Sala quiere señalar que de los hechos probados y que hicieron parte del soporte fáctico de la acusación, se extrae que los procesados revelaron en forma indebida y dolosa documentos de inteligencia que por dicha condición tenían el carácter de reservados, según se expuso en capítulos precedentes, comportamiento que se ajusta al delito de revelación de secreto tipificado en el artículo 418 del Código Penal, pues la información consignada en varios documentos de inteligencia fue entregada en forma subrepticia a los medios de comunicación, con la única finalidad de que realizaran artículos periodísticos que llamaran la atención de la opinión pública sobre la conducta y actuaciones de funcionarios públicos» (...) «La revelación de la información sometida a reserva configura un tipo penal autónomo y específico, que aunque comporte el aprovechamiento indebido de la función o el cargo, pues es en razón de ellos que el servidor público tiene acceso a la información reservada, su reproche debe hacerse a través del tipo penal especial, que en este caso es el consagrado en el artículo 418 del Estatuto Punitivo y no por el de abuso de función pública que fue el elegido por la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, como aquella conducta no fue imputada, no es dable incluirla en la condena, pues de hacerlo se trasgrediría el debido proceso por desconocimiento del principio de congruencia». (CSJ., Sent. Casación N° 36784, abril. 28/2015. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

Verbo rector: “Revelar(se). Como transitivo, ‘Descubrir o manifestar lo ignorado o secreto’²³⁴

Elementos normativos del tipo:

DOCUMENTO:

-Definición:

Ley 599 de 2000 - “ARTÍCULO 294. Documento. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocida recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria”.

Ley 1407 de 2010 - “ARTÍCULO 565. Para los efectos de este Código se entienden por documentos, los siguientes:

- “1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.
2. Las grabaciones magnetofónicas.
3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones.
4. Grabaciones fonópticas o videos.
5. Películas cinematográficas.
6. Grabaciones computacionales.
7. Mensajes de datos.

8. El télex, telefax y similares.
9. Fotografías.
10. Radiografías.
11. Ecografías.
12. Tomografías.
13. Electroencefalogramas.
14. Electrocardiogramas.
15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores”.

Ley 1407 de 2010 “ARTÍCULO 566. Documento auténtico. Salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. También lo serán la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notarial o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las etiquetas comerciales, y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad.

Ley 1564 de 2012- Código General del Proceso

“ARTÍCULO 243. Distintas Clases de Documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública”.

“ARTÍCULO 244. Documento Auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte

234 Española, Real Academia. 2021." Madrid: <https://dle.rae.es/> 2020.

del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones".

-Documento electrónico (mensaje de datos) JURISPRUDENCIA. CORTE CONSTITUCIONAL- Es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, "soporte material que exprese o incorpore datos o hechos", incluyendo el soporte del documento electrónico.

"Conforme a la doctrina jurídica tradicional se ha entendido que "documento, en sentido etimológico, es una cosa que docet, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo; por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. Por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento, más que una cosa, es un opus (resultado de un trabajo)". En el campo tradicional el medio o soporte principal del documento ha sido el papel, pero pueden serlo también objetos de otra naturaleza, como tela, cera, metal, piedra y similares, lo cual explica que el Art. 251 del Código de Procedimiento Civil establezca que "son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares". Dichos medios o soportes variados del documento han sido ampliados notablemente por el desarrollo de la tecnología en los campos de la informática, que se ocupa del procesamiento y almacenamiento de la información por medios automatizados, y la telemática, que se ocupa del intercambio de información entre equipos informáticos. Tal progreso ha dado lugar en el campo del Derecho a la figura del documento electrónico, el cual según una autora colombiana "está contenido en soporte diverso al papel, lo que no significa que por esa razón no sea capaz de representar una idea o un pensamiento. Por ello lo han definido como cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptible de ser asimilado en forma humanamente comprensible. El documento electrónico es un método de expresión que requiere de un instrumento de creación, conservación, cancelación, y transmisión; tal instrumento está constituido por un aparato electrónico. De esta forma la disciplina de dicho

documento no puede prescindir del computador que lo crea, lo conserva y lo cancela, y la red de terminales de computador que permiten su transmisión". Consciente de la nueva realidad tecnológica y social, el legislador colombiano expidió la Ley 527 de 1999, "por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones". Esta ley acoge el Modelo de Ley sobre Comercio Electrónico aprobado en 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Dicha normatividad se funda en el criterio de la equivalencia funcional, en virtud del cual se adoptan en el campo jurídico los nuevos medios tecnológicos de creación y transmisión de la información, con sus ventajas de rapidez y economía, en la medida en que ellos cumplan las mismas funciones y permitan alcanzar los mismos objetivos que realizan y se logran con los medios tradicionales. (...) Según el Art. 1º de la Ley 527 de 1999, la misma "será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos", salvo en los siguientes casos: a) En las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales; b) En las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón del riesgo que implica su comercialización, uso o consumo. La misma ley define el mensaje de datos como "[L]a información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax" (Art. 2º, Lit. a)). Así mismo, establece un reconocimiento jurídico general de los mensajes de datos, al expresar que "[N]o se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos" (Art. 5º) y que "los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil" (Art. 10). Las disposiciones citadas en esta última norma regulan los documentos. También señala que "[P]ara la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente". (...) Adicionalmente, debe considerarse que al establecer la norma impugnada que es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, "soporte material que exprese o incorpore datos o hechos", incluye el soporte del documento electrónico, como lo manifiestan la apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho y el Procurador General de la Nación, quienes retoman lo expuesto por el Fiscal General de la Nación en la Exposición de Motivos del proyecto correspondiente a la Ley 599 de 2000, en la cual expresó que "se amplió

la definición de documento, considerando como tal todo soporte material que exprese o incorpore datos, para de esta forma recoger en la definición todos aquellos elementos utilizados para tal fin por la informática". (Corte Constitucional, Sentencia C-356/03, mayo 06/ 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería)

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN- **Diferencia entre documento público y privado.**

"Por su parte, el artículo 243 del Código General del Proceso, coincidiendo con el 251 del Código de Procedimiento Civil, luego de enunciar algunos ejemplos, define el documento como "todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo". Luego, describe los documentos públicos como los otorgados por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención, adicionando al prementado artículo 251 que también lo serán los otorgados por particulares en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. En ese orden, el documento será privado cuando no reúna tales condiciones, como expresamente lo preveía el estatuto procesal civil". (CSJ., Sent. Casación N° 45589, nov. 30/2016. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN-

"La procedencia y contenido de un escrito sin firma no reconocido por el supuesto autor, no lo hace auténtico. El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, prevé que un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. De ese modo, el hallazgo del escrito relacionado con los hechos del Palacio de Justicia en el archivo de la Escuela de Caballería, no prueba que el autor del mismo haya sido el Coronel (r) PV porque para esa época era el comandante de dicha unidad militar, ni menos cuando el documento carece de firma y siempre negó su autoría. [...] En esas condiciones, se trataría de un escrito elaborado por alguien de la Sección 3 de la Escuela de Caballería, lo cual impedía considerarlo auténtico por falta de certeza sobre la persona que lo confeccionó. Su apreciación en la sentencia configura el error reprochado en la demanda. La cita jurisprudencial en la que se apoya el Tribunal para darle validez es inaplicable a este asunto, resuelve el problema de la existencia de la diligencia judicial que carece de la firma de alguno de los intervinientes en ella y no el de la autenticidad del documento. El reparo prospera". (CSJ., Sent. Casación N° 38957, dic. 16/2015. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

ACTO O ASUNTO CONCERNIENTE AL SERVICIO

Concepto de servicio:

"...corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la Fuerza Pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico (...). (CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-358

de agosto 5 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional- y de la Policía Nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica". (CSJ., Sent. Casación N° 12.308, febr. 21/2001. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El concepto de servicio difiere de la noción de servicio conceptualizado para definir el fuero militar.**

"Como acertadamente lo aclara el Ministerio Público Ad-Quem, la defensa no distingue, el concepto de Servicio, referido a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública –Fuerzas Militares y Policía Nacional²³⁵, a quienes se les asignan funciones de Comando, Mando, dirección, vigilancia etc. y lo confunde inocuamente con la noción del Servicio, conceptualizado dentro del fuero o privilegio de jurisdicción; tanto así, que el único referente jurisprudencial que cita es la Sentencia C-358 del 05 de Agosto de 1997, que como se recordara delinea los límites del Fuero Militar. Ahora bien, y es que ni siquiera en el hipotético caso, que se diera alcance a la noción del Servicio del fuero o privilegio de jurisdicción, podría cercenarse su conceptualización solo a la actividad meramente operacional o ligada en estricto sensu al porte de armas, como infundadamente lo argumenta la defensa, pues esta incluye actividades logísticas y administrativas que estructuran su conceptualización (...)Y volviendo al tema del concepto de Servicio, referido a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública –Fuerzas Militares y Policía Nacional²³⁶, a quienes se les asignan funciones de Comando, Mando, dirección, vigilancia etc., tenemos que este desde luego da alcance al Régimen Interno de las Unidades Tácticas, cuando estas se encuentran en desarrollo de actividades normales en sus respectivos cuarteles, precisamente porque dicho régimen fija las funciones generales de sus integrantes, de acuerdo a las dotaciones establecidas en las Tablas de organización y equipo²³⁷, y desde luego determina sus servicios para el cabal cumplimiento de la misión asignada para ese

235 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 216 "La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional".

236 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 216.

237 Decreto 1512 de 2000, artículo 29 "ARTÍCULO 29. TABLAS DE ORGANIZACIÓN Y EQUIPO. El Comandante General de las Fuerzas Militares y los Comandantes del Ejército, la Armada, y la Fuerza Aérea determinarán, dentro de las dotaciones fijadas por la Ley y por medio de Tablas de Organización y Equipo, aprobadas por el Comando General de las Fuerzas Militares y por el Ministerio de Defensa Nacional, la composición y organización de los elementos integrantes del Comando General de las Fuerzas Militares y de cada una de las Fuerzas. PARÁGRAFO. Para los fines de este artículo, se entiende por Tablas de Organización y Equipo las disposiciones destinadas a determinar la misión, organización, capacidades y dotaciones de los distintos componentes de las Fuerzas Militares".

escalón del Mando²³⁸. Por ello, el verdadero cumplimiento del Servicio es la convicción íntima que el Militar tiene de las misiones asignadas y de los deberes que ha de cumplir en relación a aquellas, pues son reglamentarias, impuestas por los superiores o derivadas de una acertada iniciativa propia". (Rad. 156054, Coronel María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión del 26 de julio de 2010).

CLASIFICACIÓN DE SEGURIDAD:

LEY 1712 DE 2014 "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones".

"ARTÍCULO 6o. DEFINICIONES.

- a) **Información.** Se refiere a un conjunto organizado de datos contenido en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen;
- b) **Información pública.** Es toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal;
- c) **Información pública clasificada.** Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley;
- d) **Información pública reservada.** Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley..."

- SECRETO -ULTRASECRETO:

-Decreto 1070 de 2015 "Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa": CAPÍTULO 6 "reserva legal, niveles de clasificación, sistema para la designación de los niveles de acceso a la información y desclasificación de documentos".

"Artículo 2.2.3.6.2. Niveles de Clasificación de la Información. Los niveles de clasificación de seguridad de la información que goza de reserva legal serán los siguientes:

- a) **Ultrasecreto.** Es el nivel de clasificación que se debe dar a todos los documentos de inteligencia y contrainteligencia que contengan información sobre posibles amenazas, riesgos, oportunidades o capacidades, que puedan afectar al exterior del país los intereses del Estado o las relaciones internacionales.
- b) **Secreto.** Es el nivel de clasificación que se debe dar a todos los documentos de inteligencia

y contrainteligencia que contengan información sobre posibles amenazas, riesgos, oportunidades o capacidades, que puedan afectar al interior del país los intereses del Estado.

- c) **Confidencial.** Es el nivel de clasificación que se debe dar a todos los documentos de inteligencia y contrainteligencia que contengan información sobre posibles amenazas, riesgos, oportunidades o capacidades, que puedan afectar directamente las instituciones democráticas.
- d) **Restringido.** Es el nivel de clasificación que se debe dar a todos los documentos de inteligencia y contrainteligencia que contengan información de las instituciones militares, de la Policía Nacional o de los organismos y dependencias de inteligencia y contrainteligencia, sobre posibles amenazas, riesgos, oportunidades o capacidades, que puedan afectar en las citadas instituciones y organismos, su seguridad, operaciones, medios, métodos, procedimientos, integrantes y fuentes.

Parágrafo. Los documentos de inteligencia y contrainteligencia que contengan información relacionada con diferentes niveles de clasificación de seguridad, asumirán la del nivel más alto que tenga la información contenida en ellos.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 de la Ley 1621 de 2013, a mayor nivel de clasificación de seguridad de la información, mayores serán las restricciones y controles para el acceso a la misma por parte de los receptores, las autoridades, los servidores públicos y asesores que deban conocer de ella. Estas restricciones deberán quedar establecidas en actos administrativos, manuales, protocolos, tarjetas de autorización para manejo y acceso a la información y contratos respectivos en cada uno de los organismos de inteligencia y contrainteligencia. (Decreto 857 de 2014 artículo 11)

Artículo 2.2.3.6.3. Criterios para dar Acceso a La Información. Los organismos de inteligencia y contrainteligencia para dar acceso interno y externo a la información que goza de reserva legal y tenga nivel de clasificación, cumplirán con los siguientes criterios:

- a) Mantener el principio de compartimentación a partir de la necesidad de saber y conocer estrictamente lo necesario para el desempeño de la función que le es propia. Así mismo, establecerán un mecanismo interno que determine los niveles de acceso para cada funcionario o asesor del organismo de inteligencia y contrainteligencia.
- b) Entre mayor sea el nivel de clasificación de la información, mayores serán las restricciones como los controles que se deben aplicar para tener acceso a ella.
- c) Identificar a los receptores de productos de inteligencia y contrainteligencia, estableciendo su nivel de acceso.
- d) Desarrollar guías y/o protocolos, cuando sea el caso, para recibir, compartir e intercambiar información de inteligencia y contrainteligencia.

238 "Reglamento de Régimen Interno para las Unidades Tácticas", EJC 3-22, año 2007. Primera Parte "Generalidades", Capítulo I "Conceptos Fundamentales", Sección A "Disposiciones Generales", Numeral 1º "Objeto y Alcance", pág. 5.

- e) Implementar de forma física y/o mediante la utilización de herramientas tecnológicas, el sistema de acceso a los diferentes niveles de clasificación, con capacidades de administración, monitoreo y control, con base en los cargos, perfiles y funciones determinadas en la estructura de cada organismo de inteligencia y contrainteligencia.
- f) Suscribir acuerdos, protocolos o convenios, en los términos de la Constitución y la Ley, para recibir, compartir o intercambiar información que goce de reserva legal con agencias de inteligencia y contrainteligencia extranjeras.

Cada organismo documentará sus procedimientos, en sus manuales o protocolos, para asegurar la reserva legal, los niveles de clasificación y dar acceso a la información a las autoridades o receptores competentes. (Decreto 857 de 2014 artículo 12)"

Concordantes: Ver Directiva Permanente Ejército No. 00221 de 2017 "lineamientos para el apoyo de la seguridad de la información del Ejército Nacional", donde signa que se podrá acceder a la información clasificada de grado restringido o superior si soporta: a) tener necesidad de conocer la información; b) conciencia de seguridad; c) solicitud de tarjeta de manejo de documentación y acceso a la información clasificada; d) tener vigente la tarjeta de manejo de documentación expedida por la sección autorizada; e) haber firmado la promesa de reserva; f) declaración personal de seguridad; etc.

ASUNTO CLASIFICADO COMO RESERVADO:

LEY 1712 DE 2014 "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones".

"ARTÍCULO 19. INFORMACIÓN EXCEPTUADA POR DAÑO A LOS INTERESES PÚBLICOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:

- a) La defensa y seguridad nacional;
- b) La seguridad pública;
- c) Las relaciones internacionales;
- d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;
- e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;
- f) La administración efectiva de la justicia;
- g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;
- h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país;
- i) La salud pública.

PARÁGRAFO. Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos".

-Decreto 1070 de 2015 "Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa"

"Artículo 2.2.3.6.1. Reserva Legal. En los términos del artículo 33 de la Ley 1621 de 2013, los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia estarán amparados por la reserva legal y se les asignará un nivel de clasificación de acuerdo con lo establecido en el siguiente artículo. (Decreto 857 de 2014 artículo 10)

-Ley Estatutaria No. 1621 de 2013 "Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones".

"ARTÍCULO 33. RESERVA. Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada.

Excepcionalmente y en casos específicos, por recomendación de cualquier organismo que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, el Presidente de la República podrá acoger la recomendación de extender la reserva por quince (15) años más, cuando su difusión suponga una amenaza grave interna o externa contra la seguridad o la defensa nacional, se trate de información que ponga en riesgo las relaciones internacionales, esté relacionada con grupos armados al margen de la ley, o atente contra la integridad personal de los agentes o las fuentes.

PARÁGRAFO 1o. El Presidente de la República podrá autorizar en cualquier momento, antes del cumplimiento del término de la reserva, la desclasificación total o parcial de los documentos cuando considere que el levantamiento de la reserva contribuirá al interés general y no constituirá una amenaza contra la vigencia del régimen democrático, la seguridad, o defensa nacional, ni la integridad de los medios, métodos y fuentes.

PARÁGRAFO 2o. El organismo de inteligencia que decida ampararse en la reserva para no suministrar una información que tenga este carácter, debe hacerlo por escrito, y por intermedio de su director, quien motivará por escrito la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión y la fundará en esta disposición legal. En cualquier caso, frente a tales decisiones procederán los recursos y acciones legales y constitucionales del caso.

PARÁGRAFO 3o. El servidor público que tenga conocimiento sobre la recolección ilegal de información de inteligencia y contrainteligencia, la pondrá en conocimiento de las autoridades administrativas, penales y disciplinarias a las que haya lugar, sin que ello constituya una violación a la reserva.

PARÁGRAFO 4o. El mandato de reserva no vincula a los periodistas ni a los medios de comunicación cuando ejerzan su función periodística de control del poder público, en el marco de la autorregulación periodística y la jurisprudencia constitucional, quienes en cualquier caso estarán obligados a garantizar la reserva respecto de sus fuentes”.

“ARTÍCULO 34. INOPONIBILIDAD DE LA RESERVA. El carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes. Corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo establecido en el presente artículo.

PARÁGRAFO. Salvo lo dispuesto en el parágrafo 4o del artículo 12 de la presente ley, la inoponibilidad de la reserva en el caso de la UIAF estará regulada de manera especial por el inciso 4o del artículo 9o de la Ley 526 de 1999, el cual quedará así: “La información que recaude la UIAF en cumplimiento de sus funciones y la que se produzca como resultado de su análisis estará sujeta a reserva, salvo que medie solicitud de las fiscalías con expresas funciones legales para investigar lavado de activos o sus delitos fuente, financiación del terrorismo y/o legitimadas para ejercitar la acción de extinción de dominio quienes deberán mantener la reserva aquí prevista.”

“ARTÍCULO 38. COMPROMISO DE RESERVA. Los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, los funcionarios que adelanten actividades de control, supervisión y revisión de documentos o bases de datos de inteligencia y contrainteligencia, y los receptores de productos de inteligencia, se encuentran obligados a suscribir acta de compromiso de reserva en relación con la información de que tengan conocimiento. Quienes indebidamente divulguen, entreguen, filtren, comercialicen, empleen o permitan que alguien emplee la información o documentos reservados, incurrirán en causal de mala conducta, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

Para garantizar la reserva, los organismos de inteligencia y contrainteligencia podrán aplicar todas las pruebas técnicas, con la periodicidad que consideren conveniente, para la verificación de las calidades y el cumplimiento de los más altos estándares en materia de seguridad por parte de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia.

PARÁGRAFO 1o. El deber de reserva de los servidores públicos de los organismos que desarrollen actividades de inteligencia y contrainteligencia, y de receptores antes mencionados, permanecerá aún después del cese de sus funciones o retiro de la institución hasta el término máximo que establece la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia deberán tomar todas las medidas necesarias para impedir que sus miembros copien, porten, reproduzcan, almacenen, manipulen o divulguen cualquier tipo de información de inteligencia o contrainteligencia con fines distintos al cumplimiento de su misión.

PARÁGRAFO 3o. Las personas capacitadas para cumplir funciones relacionadas con las actividades de inteligencia y contrainteligencia, deberán cumplir en todo momento los más altos estándares de idoneidad y confianza que permitan mantener el compromiso de reserva en el desarrollo de sus funciones. Para tal efecto cada una de las entidades que realizan actividades de inteligencia y contrainteligencia, desarrollarán protocolos internos para el proceso de selección, contratación, incorporación y capacitación del personal de inteligencia y contrainteligencia, teniendo en cuenta la doctrina, funciones y especialidades de cada una de las entidades.

PARÁGRAFO 4o. La no superación de las pruebas de credibilidad y confiabilidad será causal de no ingreso o retiro del organismo de inteligencia y contrainteligencia de acuerdo con la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional. En los organismos de inteligencia y contrainteligencia que no pertenezcan al sector defensa, el retiro del servicio de los servidores públicos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia se producirá cuando el nominador, previo concepto de un comité asesor o quien haga sus veces, en ejercicio de la facultad discrecional considere que no se cumple con los estándares de idoneidad y confianza.

Para los organismos de inteligencia y contrainteligencia que pertenecen al sector defensa, el retiro de servicios se hará de conformidad con las normas de carrera correspondientes”.

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN- **la Reserva sumarial cobija las piezas que conforman la instrucción, figura dirigida a los sujetos procesales, funcionarios y empleados judiciales, ministerio público, y terceros con o sin interés.**

“Ciertamente en la etapa sumarial no puede intervenir quien a bien lo tenga, ni su contenido resulta posible darlo a conocer a quien desee enterarse de él, pues razones de política criminal, al igual que de protección de determinados principios y derechos como el de presunción de inocencia y de intimidad, obligan a que la instrucción sea reservada, a que en ésta sólo puedan intervenir por excepción ciertas personas y nadie más que ellas. Además si por violación de la reserva del sumario se entiende la revelación total o parcial del texto o contenido de las piezas que conforman la instrucción, dada la definición que al respecto contuvieran los artículos 276 de la Ley 94 de 1.938 y 314 del Decreto Ley 409 de 1.971 y, según el ordenamiento procesal vigente, sólo se encuentran legitimados para intervenir, de modo permanente o eventual, en el sumario o en

alguno de sus actos y conocer por consiguiente su contenido el fiscal, los funcionarios de policía judicial, el juez en cuanto haya de controlar la legalidad de la medida de aseguramiento en términos del artículo 414-A del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público, los empleados judiciales y de la fiscalía, los sujetos procesales y quienes se integran a ellos (sindicado, parte civil, defensor y apoderado de la parte civil tanto principales como suplentes, los auxiliares de éstos, tercero incidental y tercero civilmente responsable), y los terceros propiamente dichos, con o sin interés, como el denunciante, los testigos, los peritos, el representante legal o pariente mayor de edad del menor testigo (Art. 282 C. de P.P.), los asesores especializados (Art. 257 id.) y cualquier "autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios, o para dar trámite al recurso de hecho" (Art. 332 ib.), es claro que únicamente estos, no sólo por tal autorización legal sino además por encontrarse cobijados por las excepciones a la reserva sumarial, son los obligados a guardar el secreto legalmente establecido. (...) Y jurisprudencialmente la Sala tiene entendido (autos de 24 de agosto de 1.984, M.P. Dr. Alfonso Reyes, y 20 de junio de 1.989, M.P. Dr. Gustavo Gómez) por contenido del sumario "el conjunto de actuaciones, diligencias, documentos y demás elementos de prueba que conforman el expediente investigativo antes de que se haya iniciado la etapa del juicio"; por violación a la reserva "la revelación del contenido total o parcial de aquellos datos procesales", precisando, eso sí, que "esto no significa que cualquier información suministrada a personas diversas de las que en el sumario oficialmente intervienen constituya esta violación punible; ha de tratarse de datos con valor probatorio sobre la licitud o ilicitud del hecho investigado o respecto de la inocencia o responsabilidad de la persona a quien se atribuye; por eso las informaciones que divulguen la naturaleza jurídica de una providencia, la especie de delito que se le imputa al sindicado, su nombre o la clase de decisión tomada, no configuran de suyo la información comentada", por tanto "no es a las decisiones judiciales a las que se refiere la reserva del sumario, sino a las diligencias, documentos, noticias y piezas que reconstruyen el hecho delictuoso", todo lo cual, además, se ha visto reflejado legalmente en el Estatuto Anticorrupción puesto que, en su artículo 78, se dispuso que "en las investigaciones penales la reserva de la instrucción no impedirá a los funcionarios competentes proporcionar a los medios de comunicación información sobre los siguientes aspectos: existencia de un proceso penal, el delito por el cual se investiga a las personas legalmente vinculadas al proceso, la entidad a la cual pertenecen las personas si fuere el caso y su nombre, siempre y cuando se haya dictado medida de aseguramiento...". (CSJ., Sent. Casación N° 15866, julio. 24/2001. M.P. Carlos Augusto Galvez Argote).

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Para la configuración del delito de revelación de secretos no se exige resultado lesivo, por ser de mera conducta.**

"(...) resulta claro que el delito de revelación de secretos no exige para su configuración de la

presencia de un resultado lesivo, en tanto este halla tipicidad objetiva por el solo hecho de revelar documento, acto o asunto concerniente al servicio que registre clasificación de reservado, secreto o ultra secreto. Por esa razón, en relación con su contenido corresponde a un delito de mera conducta, puesto que determina como reato el comportamiento del agente independientemente de sus consecuencias por cuanto el legislador consideró que la simple amenaza al bien jurídico de la Seguridad de la Fuerza Pública ocasiona que la ejecución de ciertas conductas sea considerada como punible, constituyéndose, además, en un delito de peligro en relación con el bien jurídico tutelado. Luego, dada la importancia operacional de la información entregada por el enjuiciado al enemigo contenida en la orden fragmentaria No. 020 "Fiera" a la orden de operaciones "Escudo" del Batallón de Alta Montaña No. 3 "Dr. Rodrigo Llorera Caicedo" del Ejército Nacional²³⁹, relacionada con la posición de las tropas en el terreno, que resultaba sensible para el éxito del objetivo militar establecido por la unidad táctica atinente a la captura o neutralización del cabecilla de la columna móvil "Libardo García" de las FARC, indudablemente determinaba un nivel de clasificación, dado que comportaba información pública reservada²⁴⁰, por cuanto tenía relación con la defensa y seguridad nacional conforme lo establece la Ley 1712 de 2014, lo que le imponía la clasificación de "secreto"²⁴¹. Información que resultaba valiosa para el grupo insurgente del que hacía parte precisamente alias "CUPER", al punto que no se limitaba a señalar los lugares en que se desplegaría las unidades de combate del Ejército Nacional, sino además, a la maniobra de emboscada que se ejecutaría por el bajo Calima²⁴², así como al conocimiento de las tropas frente a la ubicación de los campamentos insurgentes y a la descripción física de la persona que serviría de orientador en el terreno²⁴³. (...) Por tanto, resulta insuficiente la tesis de la defensa para sostener que la conducta desplegada por el enjuiciado se torna atípica, puesto que poco interesa en la labor de adecuación típica la manera en que CASTRO

239 Folios 85 a 95 CO. 1.

240 Ley 1712 de 2014, artículo 6, literal d. "Información pública reservada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley.

241 Ley 1712 de 2014, Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:

- a) La defensa y seguridad nacional;
- b) La seguridad pública;
- c) Las relaciones internacionales;
- d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;
- e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;
- f) La administración efectiva de la justicia;
- g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;
- h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país.
- i) La salud pública".

242 Folio 43 a 47 CO.1.

243 Folio 47 CO. 1.

tuvo acceso a la información, puesto que lo cierto es que se encuentra demostrado que en procura de obtener un provecho patrimonial ilícito éste entregó a un miembro del grupo armado ilegal información contenida en la orden de operaciones, pese a que era conocedor del obrar antijurídico que ello suponía, como lo señaló en las comunicaciones telefónicas interceptadas por la Fiscalía General de la Nación”. (Rad. 157530, TC. Wilson Figueroa Gómez, Segunda Sala de Decisión del 3 de diciembre de 2019).

Concordantes:
-Manual de Seguridad Militar EJC 2-4-1 Restringido- Segunda edición, 2009.

-Manual de Inteligencia y Contrainteligencia MIC 2-6: Contrainteligencia Militar del Ejército Nacional, 2017.

-Manual de Inteligencia y Contrainteligencia MIC 2-11: Protección y difusión de productos de Inteligencia y Contrainteligencia, 2017.

COMENTARIO

La revelación de secretos es un delito especial de ejecución personal, donde caben las formas generales de participación. Exige un sujeto activo calificado, es decir debe tener la custodia del secreto en razón de su función. Para la configuración del delito no se exige resultado lesivo alguno, toda vez que es una conducta punible de mera conducta.

Artículo 131. Revelación culposa.

Si las conductas a que se refiere el artículo anterior se cometieren por culpa, la pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión.

(Ver desarrollo concepto “culpa” en el artículo 25 de la Ley 1407 de 2010).

CAPÍTULO IV DEL USO INDEBIDO DE UNIFORMES E INSIGNIAS DE LA FUERZA PÚBLICA.

Artículo 132. Uso indebido de uniformes.

El que use públicamente uniformes, insignias de grado, distintivos o condecoraciones militares o policiales que no le correspondan, incurrirá en prisión de seis (6) meses a un (1) año.

Conducta: Verbo determinador simple de “usar”.
Uso: “Acción o efecto de servirse de una cosa; (...) Como derecho real. Es la facultad, jurídicamente protegida, de servirse de la cosa ajena conforme a las propias necesidades (...)” (Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta S.R.L).

Ingredientes normativos:

Decreto 1790 de 2000, artículo 151: “Uso de uniformes, los Oficiales y Suboficiales en servicio activo y Alumnos de las ESFOR, de las FF.MM. usarán uniformes de conformidad con reglamentación que expida el Ministerio de Defensa Nacional.

Artículo 152. Prohibición del uso de grados, distintivos y uniformes. Los grados, distintivos y uniformes de las FF. MM. no pueden ser empleados por ninguna otra institución o persona que no pertenezca a ellas. Cualquier instituto o entidad que desee uniformar su personal de modo similar, deberá solicitar la aprobación respectiva del MDN”.

Definición uniforme: “traje peculiar y distintivo que por establecimiento o concesión usan los militares y otros empleados o los individuos que pertenecen a un mismo cuerpo o colegio”. (Diccionario de la Real Academia Española).

Definición insignia: “(...)”

1. f. Señal, distintivo, o divisa honorífica.

2. f. Emblema distintivo de una institución, asociación, o marca comercial, que se usa prendido en la ropa como muestra de vinculación o simpatía. Lucía em la solapa una insignia del club.
3. f. Bandera, estandarte, imagen o medalla de un grupo civil, militar o religioso.
4. .f. U. en aposición tras un sustantivo que designa la embarcación más representativa del conjunto al que pertenece. El buque insignia de la Armada. U. t. en sent. fig. Este escritor es el buque insignia de las nuevas generaciones.
5. f. Mar. Bandera de cierta especie que, puesta al tope de uno de los palos del buque, denota la graduación del jefe que lo manda o de otro que va en él”. (Diccionario de la Real Academia Española).

Definición de grado: “jerarquía” (Diccionario de la Real Academia Española)

Decreto 1790 de 2000 – Artículo 6º. – Jerarquía. “La jerarquía y equivalencia de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

a. OFICIALES

1. Ejército

- a) Oficiales Generales
 - 1) General
 - 2) Mayor General
 - 3) Brigadier General
- b) Oficiales Superiores
 - 1) Coronel
 - 2) Teniente Coronel
 - 3) Mayor
- c) Oficiales Subalternos
 - 1) Capitán
 - 2) Teniente
 - 3) Subteniente
- 2. Armada
 - a) Oficiales de Insignia
 - 1) Almirante
 - 2) Vicealmirante
 - 3) Contralmirante
 - b) Oficiales Superiores
 - 1) Capitán de Navío
 - 2) Capitán de Fragata
 - 3) Capitán de Corbeta
 - c) Oficiales Subalternos
 - 1) Teniente de Navío
 - 2) Teniente de Fragata
 - 3) Teniente de Corbeta
- 3. Fuerza Aérea
 - a) Oficiales Generales
 - 1) General
 - 2) Mayor General
 - 3) Brigadier General
 - b) Oficiales Superiores
 - 1) Coronel
 - 2) Teniente Coronel
 - 3) Mayor
 - c) Oficiales Subalternos
 - 1) Capitán
 - 2) Teniente
 - 3) Subteniente
- b. SUBOFICIALES
 - 1. Ejército
 - a) Sargento Mayor
 - b) Sargento Primero
 - c) Sargento Viceprimero
 - d) Sargento Segundo
 - e) Cabo Primero
 - f) Cabo Segundo
 - g) Cabo Tercero
 - 2. Armada
 - a) Suboficial Jefe Técnico

- b) Suboficial Jefe
- c) Suboficial Primero
- d) Suboficial Segundo
- e) Suboficial Tercero
- f) Marinero Primero
- g) Marinero Segundo

3. Fuerza Aérea

- a) Técnico Jefe
- b) Técnico Subjefe
- c) Técnico Primero
- d) Técnico Segundo
- e) Técnico Tercero
- f) Técnico Cuarto
- g) Aerotécnico

(...)”.

Definición de distintivo: Ley 1862 de 2017. Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares:

“Artículo 37. Distintivos. El militar que se destaque en una especialidad o ramo del servicio se hará acreedor a los distintivos correspondientes.

Artículo 38. Reglamentación de distintivos. El otorgamiento y uso de los distintivos se regirán por el reglamento vigente sobre el particular”. Se sugiere ver los reglamentos de uniformes, insignias y condecoraciones de cada Fuerza Militar y de la Policía Nacional”.

Definición de condecoraciones:

1. Ley 1862 de 2017. Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares:

“Artículo 40. Condecoraciones. Las condecoraciones constituyen la más alta distinción, se otorgan de acuerdo con las disposiciones vigentes y se usarán de acuerdo con lo contemplado en el reglamento de uniformes”.

2. **Decreto 1070 de 2015.** “Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de la defensa. En su Capítulo N.º 3 dicta las normas sobre las condecoraciones militares. Igualmente reglamenta las condecoraciones, determina la precedencia, clasificación y los requisitos para conferir las, promoverlas y la circunstancias en la cuales se pierde el derecho a su uso.

a. Artículo 2.3.1.3.1.2. Propósito. El propósito que se persigue al conferir las condecoraciones en las FF. MM. es el de honrar públicamente a sus integrantes y personal ajeno a ellas, que se destaquen por actos de valor y servicios distinguidos en guerra internacional, estados de excepción, virtudes militares y profesionales de carácter excepcional; consagración al estudio y a la investigación en beneficio de las instituciones militares y en servicios extraordinarios al conjunto de estas o a cualquiera de sus componentes (Decreto 4444 de 2010 artículo 2º).

b. Artículo 2.3.1.3.1.3. Creación o Supresión de Condecoraciones. Solamente el Gobierno nacional por Decreto puede crear o suprimir condecoraciones militares (Decreto 4444 de 2010 artículo 226).

c. Artículo 2.3.1.3.1.4. Imposición y Uso. Las condecoraciones militares se impondrán por el Gobierno Nacional o autoridad que en cada caso se indique, de acuerdo con las normas de este capítulo o disposiciones de creación y en concordancia con el Reglamento de Protocolo y Ceremonial Militar. Su uso se regulará por las disposiciones vigentes sobre uniformes para cada una de las fuerzas.

Parágrafo 1. No se impondrán condecoraciones militares en ceremonias sin la previa expedición del acto administrativo que la confiera (Decreto 4444 de 2010 artículo 3°).

Parágrafo 2. Es deber de todo militar usar las condecoraciones que se le hayan conferido, de acuerdo con lo prescrito en los reglamentos de protocolo, ceremonial militar y uniformes e insignias de cada una de las FF. MM. y a las disposiciones del presente capítulo (Decreto 4444 de 2010 artículo 219).

Parágrafo 3. Para tener derecho al uso de las condecoraciones conferidas por Gobiernos extranjeros, es indispensable elevar solicitud al Comando de Fuerza, acompañada de copia del documento que la confiere, con el objeto de obtener autorización para su aceptación y uso por parte del Gobierno nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 129 de la Constitución Política de Colombia (Decreto 4444 de 2010 artículo 221).

d. Artículo 2.3.1.3.1.5. Personal al cual pueden conferirse. las condecoraciones militares podrán conferirse a los miembros activos y retirados de las FF. MM., la PONAL, autoridades civiles y eclesiásticas tanto nacionales como extranjeras, unidades militares, entidades públicas o privadas, servidores públicos y a particulares, en la categoría que corresponda a cada jerarquía, dignidad, posición, acto o merecimiento, de acuerdo con lo estipulado para cada evento en este capítulo (Decreto 4444 de 2010, artículo 4°).

e. Artículo 2.3.1.3.1.6. Valor Intrínseco. Dentro de la escala de premios y distinciones, las condecoraciones ocupan el más alto lugar. Es indispensable lo tanto, que los comandantes estudien a fondo las solicitudes que les corresponda tramitar, con el fin de no desvirtuar, ni demeritar el alto honor que se consagra en ellas y garantizar su destino en quien las merezca plenamente (Decreto 4444 de 2010, artículo 5°).

f. Artículo 2.3.1.3.1.7. Registro. En las Jefaturas de Desarrollo Humano de cada una de las fuerzas, o quien haga sus veces, debe llevarse el registro de las condecoraciones conferidas y enviar copia a la Jefatura de Desarrollo Humano Conjunto J-1 del Comando General de las FF. MM. o quien haga sus veces (Decreto 4444 de 2010, artículo 220).

g. Artículo 2.3.1.3.1.8. Prohibición. Queda prohibido el uso de las condecoraciones diferentes a.

- 1) Condecoraciones militares establecidas en el presente capítulo, Orden por la Libertad

Personal, orden Estrella de la Policía y Cruz al Mérito Policial.

- 2) Condecoraciones conferidas con anterioridad por el Gobierno nacional (Boyacá – San Carlos – Orden Militar 13 de junio – Orden Nacional al Mérito – Coronel Guillermo Fergusson).
- 3) Condecoraciones conferidas por el Congreso de la República.
- 4) Condecoraciones de países extranjeros debidamente autorizadas.
- 5) Condecoraciones otorgadas por fuerzas multinacionales con misiones específicas de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante: ONU).

i. Parágrafo 1. Las condecoraciones militares que hayan sido conferidas de acuerdo con las normas legales anteriores al 29 de noviembre de 2010 (entrada en vigencia del Decreto 4444 de 2010), conservarán toda su vigencia.

ii. Parágrafo 2. Las medallas cívicas o de entidades públicas o privadas como gobernaciones, alcaldías, corporaciones departamentales y municipales, asociaciones militares o civiles y demás no podrán usarse en uniformes militares. (Decreto 4444 de 2010 artículo 222).

h. Artículo 2.3.1.3.1.9. Pérdida del derecho al uso. se pierde el derecho al uso de las condecoraciones por las siguientes causas.

- 1) Los militares en servicio activo o en retiro, por haber sido condenados por delitos dolosos a la pena de prisión por la Justicia Penal Militar o la ordinaria, o por haber sido separados en forma absoluta de las FF. MM. por conductas indebidas.
- 2) Para los servidores públicos del sector Defensa y los particulares, por haber sido retirado del servicio como consecuencia de investigación penal o disciplinaria, o por haber sido condenado por delitos dolosos a la pena principal de prisión por la justicia ordinaria (Decreto 4444 de 2010 artículo 223).

i. Artículo 2.3.1.3.1.10. Uso sin derecho. El miembro de las FF. MM. que, sin derecho, use condecoraciones o lo haga en categorías diferentes a aquellas a las que le han sido otorgadas y que en el presente capítulo se autorizan, incurrirá en las sanciones de conformidad con las normas legales vigentes (Decreto 4444 de 2010 artículo 224).

j. Artículo 2.3.1.3.1.11. Plagios. La autoridad militar que cree premios o distinciones que imiten o plagien las condecoraciones consagradas en el presente capítulo, será sancionada de conformidad con las leyes y demás disposiciones vigentes (Decreto 4444 de 2010 artículo 225).

Artículo 2.3.1.3.2.1. Clasificación de las condecoraciones. Las condecoraciones militares se clasifican y denominan de la siguiente forma:

a) Por actos de valor y servicios distinguidos en guerra internacional, estados de excepción o en orden público:

1. Orden Militar de “San Mateo”.
2. Medalla Servicios en “Guerra Internacional”.
3. Medalla Militar “Al Valor”.

4. Medalla Militar "Herido en Acción".
 5. Medalla Servicios Distinguidos en "Orden Público".
 6. Medalla Militar "Campaña del Sur".
 7. Medalla "Servicios Distinguidos en Operaciones Especiales".
 8. Medalla "Servicios Distinguidos en Operaciones Contraterrorismo".
- b) Por virtudes militares y profesionales de carácter excepcional:
1. Orden del Mérito Militar "Antonio Nariño".
 2. Orden del Mérito Militar "José María Córdova".
 3. Orden del Mérito Naval "Almirante Padilla".
 4. Cruz de la Fuerza Aérea al "Mérito Aeronáutico".
 5. Orden del Mérito Sanitario "José Fernández Madrid".
 6. Medalla Militar "Soldado Juan Bautista Solarte Obando".
- c) Por servicios distinguidos prestados a la Institución Militar:
1. Ministerio de Defensa Nacional.
 - a) Medalla Militar Ministerio de Defensa Nacional.
 - b) Medalla Servicios Distinguidos a la Justicia Penal Militar.
 2. Comando General Fuerzas Militares.
 - a) Medalla Militar "Fe en la Causa".
 - b) Medalla Militar "Servicios Distinguidos a las Fuerzas Militares de Colombia".
 - c) Medalla Militar "Escuela Superior de Guerra".
 - d) Medalla Militar "Al Mérito de la Reserva".
 - e) Medalla Militar "General José Hilaría López Valdés".
 - f) Medalla Militar "Cruz de Plata en Operaciones Especiales".
 - g) Medalla Militar "Bicentenario de los Ingenieros Militares".
 - h) Medalla Militar Desminado "Soldado Profesional Wilson de Jesús Martínez Jaraba".
 - i) Medalla Militar "Simona Amaya".
 3. Ejército Nacional.
 - a) Medalla "Fe en la Causa".
 - b) Medalla Militar "Escuela Militar de Cadetes".
 - c) Medalla Militar "Centenario Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova".
 - d) Medalla Militar "Escuela de Armas y Servicios José Celestino Mutis Bossio".
 - e) Medalla "Batalla de Ayacucho".
 - f) Medalla "San Jorge".
 - g) Medalla "Santa Bárbara".
 - h) Medalla "Torre de Castilla".
 - i) Medalla "Brigadier General Ricardo Charry Solano".
 - j) Medalla al Mérito Logístico y Administrativo "General Francisco de Paula Santander".
 - k) Medalla "Guardia Presidencial".
 - l) Medalla Policía Militar "General Tomás Cipriano de Mosquera".
 - m) Medalla "Escuela de Lanceros".
 - n) Medalla "San Gabriel".
 - ñ) Medalla Militar Escuela de Suboficiales del Ejército "Sargento Inocencio Chincá".
 - o) Medalla Militar "San Miguel Arcángel".
 - p) Medalla Militar "Honor al Deber Cumplido".
 - q) Medalla Militar Escuela de Soldados Profesionales "Teniente General Gustavo Rojas Pinilla".
 - r) Medalla Militar "Servicios Meritorios Inteligencia Militar Guardián de la Patria".
 - s) Medalla Militar "Servicios Distinguidos en Operaciones de Aviación".
 - t) Medalla Centenario "Servicios Distinguidos a Reclutamiento Simona Duque de Álzate".
 - u) Medalla "San Rafael Arcángel".
 - v) Medalla Militar "Guardia de Honor de Colombia".
 - w) Medalla Militar "Servicios Distinguidos en Operaciones Contra el Narcotráfico en Categoría Única".
 - x) Medalla Militar "Bicentenario de la Campaña Libertadora".
 - y) Medalla Militar "Bicentenario de la Caballería".
 - z) Medalla Militar "Protectores de la Espada del Libertador".
4. Armada Nacional.
- a) Medalla Servicios Distinguidos a la Armada Nacional.
 - b) Medalla Servicios Distinguidos a la "Escuela Naval de Cadetes Almirante Padilla".
 - c) Medalla Militar "Fe en la Causa" de la Armada Nacional.
 - d) Medalla Servicios Distinguidos a la "Escuela Naval de Suboficiales".
 - e) Medalla Servicios Distinguidos a la "Fuerza de Superficie".
 - f) Medalla Servicios Distinguidos a la "Infantería de Marina".
 - g) Medalla Servicios Distinguidos a la "Fuerza Submarina".
 - h) Medalla Servicios Distinguidos a la "Aviación Naval".
 - i) Medalla Servicios Distinguidos al "Cuerpo de Guardacostas".
 - j) Medalla Servicios Distinguidos a la Escuela de Formación de Infantería de Marina.
 - k) Medalla al Mérito Logístico y Administrativo "Contralmirante Rafael Tono".
 - l) Medalla "Servicios distinguidos a la Dirección General Marítima".
 - m) Medalla de Servicios Distinguidos a la "Ingeniería Naval".
 - n) Medalla Servicios Distinguidos a la "Inteligencia Naval".

5. Fuerza Aérea.

- a) Medalla "Marco Fidel Suárez".
- b) Medalla "Águila de Gules".
- c) Medalla Militar "Fe en la Causa" de la Fuerza Aérea Colombiana.
- d) Medalla Servicios Distinguidos a la "Seguridad y Defensa de Bases Aéreas".
- e) Medalla Servicios Distinguidos a la "Inteligencia Aérea".
- f) Medalla Servicios Distinguidos a la "Defensa Aérea y Navegación Aérea".
- g) Medalla Servicios Distinguidos al "Cuerpo Logístico y Administrativo".
- h) Medalla Ciencia y Tecnología.
- i) Medalla Servicios Distinguidos a la Escuela de Suboficiales "CT. Andrés M. Díaz" de la Fuerza Aérea Colombiana.
- j) Medalla "Servicios Meritorios a la Jefatura Jurídica y Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario".

d) Medalla por Tiempo de Servicio

1. Tiempo de servicio 40 años.
2. Tiempo de servicio 35 años.
3. Tiempo de servicio 30 años.
4. Tiempo de servicio 25 años.
5. Tiempo de servicio 20 años.
6. Tiempo de servicio 15 años.

e) Por Mérito Académico.

1. Medalla Militar "Francisco José de Caldas".
2. Medalla "Cadete José María Rosillo".
3. Medalla "Alumno Distinguido de la Escuela de Suboficiales del Ejército Nacional".
4. Medalla Alumno Distinguido de la "Escuela Naval de Suboficiales".
5. Medalla Militar "Alumno Distinguido de la Escuela de Formación de Infantería de Marina".
6. Medalla a la virtud "Capitán José Edmundo Sandoval".

f) Por Mérito Deportivo.

1. Medalla Deportiva de la Fuerza Pública

Artículo 2.3.1.3.2.2. Precedencia de las condecoraciones. Las condecoraciones militares nacionales tienen prelación sobre las extranjeras y su orden de precedencia es el siguiente:

1. Orden Militar de "San Mateo".
2. Orden de "Boyacá".
3. Orden de "San Carlos".
4. Medalla Servicios en "Guerra Internacional".
5. Orden del Mérito Militar "Antonio Nariño".
6. Orden del Mérito Militar "José María Córdova".
7. Orden del Mérito Naval "Almirante Padilla".
8. Cruz de la Fuerza Aérea al "Mérito Aeronáutico".
9. Orden del Mérito Sanitario "José Fernández Madrid".
10. Orden "Estrella de la Policía".

11. Orden Militar "13 de junio".
12. Medalla Militar "Al Valor".
13. Medalla Militar "Herido en Acción".
14. Medalla Servicios Distinguidos en "Orden Público".
15. Orden "Cruz al Mérito Policial".
16. Orden al Mérito "Coronel Guillermo Fergusson".
17. Medalla Militar "Francisco José de Caldas".
18. Medalla por "Tiempo de Servicio" **(40; 35; 30; 25; 20; 15)**.
19. Medalla "Fe en la Causa" del Comando General de las Fuerzas Militares.
20. Medalla Militar "Fe en la Causa" del Ejército Nacional.
21. Medalla Militar "Fe en la Causa" de la Armada Nacional.
22. Medalla Militar "Fe en la Causa" de la Fuerza Aérea Colombiana.
23. Medalla Militar "Servicios Distinguidos a las Fuerzas Militares de Colombia".
24. Medalla Militar "Campaña del Sur".
25. Medalla "Servicios Distinguidos en Operaciones Especiales".
26. Medalla "Servicios Distinguidos en Operaciones Contraterrorismo".
27. Medalla Militar "Cruz de Plata en Operaciones Especiales".
28. Medalla Militar "Servicios Distinguidos en Operaciones Contra el Narcotráfico en Categoría única".
29. Medalla Militar "Soldado Juan Bautista Solarte Obando".
30. Medalla Militar "Ministerio de Defensa Nacional".
31. Medalla "Servicios Distinguidos a la Armada Nacional".
32. Medalla "Marco Fidel Suárez".
33. Medalla "Batalla de Ayacucho".
34. Medalla "San Jorge".
35. Medalla "Santa Bárbara".
36. Medalla "Torre de Castilla".
37. Medalla "San Gabriel".
38. Medalla al Mérito Logístico y Administrativo "General Francisco de Paula Santander".
39. Medalla "Brigadier General Ricardo Charry Solano".
40. Medalla Militar "San Miguel Arcángel".
41. Medalla Militar "Servicios Distinguidos en Operaciones de Aviación".
42. Medalla Centenario "Servicios Distinguidos a Reclutamiento Simona Duque de Alzate".
43. Medalla "Servicios Distinguidos a la Fuerza de Superficie".
44. Medalla "Servicios Distinguidos a la Infantería de Marina".
45. Medalla "Servicios Distinguidos a la Fuerza Submarina".
46. Medalla "Servicios Distinguidos a la Aviación Naval".
47. Medalla "Servicios Distinguidos al Cuerpo de Guardacostas".

48. Medalla "Servicios Distinguidos a la Inteligencia Naval"
49. Medalla "Servicios Distinguidos a la Ingeniería Naval".
50. Medalla al Mérito Logístico y Administrativo "Contralmirante Rafael Tono".
51. Medalla "Servicios distinguidos a la Dirección General Marítima".
52. Medalla "Águila de Gules".
53. Medalla "Servicios Distinguidos a la Seguridad y Defensa de Bases Aéreas".
54. Medalla "Servicios Distinguidos a la Inteligencia Aérea".
55. Medalla "Servicios Distinguidos a la Defensa Aérea y Navegación Aérea".
56. Medalla "Servicios Distinguidos al 'Cuerpo Logístico y Administrativo'".
57. Medalla "Ciencia y Tecnología".
58. Medalla "Servicios Meritorios a la Jefatura Jurídica y Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario".
59. Medalla Militar "Servicios Distinguidos a la Justicia Penal Militar".
60. Medalla "Orden por la Libertad Personal".
61. Medalla Militar "Escuela Superior de Guerra".
62. Medalla Militar "Al Mérito de la Reserva".
63. Medalla Militar "General José Hilario López Valdés".
64. Medalla Militar "Escuela Militar de Cadetes".
65. Medalla Militar "Centenario Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova".
66. Medalla Militar "Bicentenario de los Ingenieros Militares".
67. Medalla Servicios Distinguidos a la "Escuela Naval de Cadetes Almirante Padilla".
68. Medalla Militar "Servicios Meritorios Inteligencia Militar Guardian de la Patria".
69. Medalla Militar Escuela de Suboficiales del Ejército "Sargento Inocencio Chincá".
70. Medalla "Servicios Distinguidos a la Escuela Naval de Suboficiales".
71. Medalla "Servicios Distinguidos a la Escuela de Formación de Infantería de Marina".
72. Medalla "Servicios Distinguidos a la Escuela de Suboficiales - CT. Andrés M. Díaz" de la Fuerza Aérea Colombiana.
73. Medalla "Escuela de Lanceros".
74. Medalla Militar "Guardia de Honor de Colombia".
75. Medalla Militar "Escuela de Armas y Servicios José Celestino Mutis Bossio".
76. Medalla Militar Escuela de Soldados Profesionales "Teniente General Gustavo Rojas Pinilla".
77. Medalla Militar "Honor al Deber Cumplido".
78. Medalla "Guardia Presidencial".
79. Medalla Policía Militar "General Tomás Cipriano de Mosquera".
80. Medalla "Cadete José María Rosillo".
81. Medalla "Alumno Distinguido de la Escuela de Suboficiales del Ejército Nacional".
82. Medalla "Alumno Distinguido de la Escuela Naval de Suboficiales"
83. Medalla Militar "Alumno Distinguido de la Escuela de Formación de Infantería de Marina".
84. Medalla a la virtud "Capitán José Edmundo Sandoval".
85. Medalla "Deportiva de la Fuerza Pública".
86. Medalla Militar "San Rafael Arcángel".
87. Medalla Militar de Desminado "Soldado Profesional Wilson de Jesús Martínez Jaraba".
88. Medalla Militar "Bicentenario de la Campaña Libertadora".
89. Medalla Militar "Bicentenario de la Caballería".
90. Medalla Militar "Protectores de la Espada del Libertador".
91. Medalla Militar "Simona Amaya. (...)".

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Con la conducta debe existir una afectación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado de la seguridad de la Fuerza Pública.**

"Es así, que, de acuerdo a estas versiones, se puede evidenciar que el uniforme que portaba el auxiliar procesado, era de aquellos de uso exclusivo de la Policía Nacional, dados como de dotación oficial; la diferencia radicó en que el procesado le quitó los ribetes amarillos que lo distinguían como un auxiliar bachiller y que lo diferenciaba de los uniformes del resto del personal. Ello permite concluir, que el procesado para el día de marras, portaba un uniforme que era de su categoría, pero que por haberle quitado una de sus características esenciales, como lo eran los ribetes amarillos, lo hizo asemejar a un uniforme que no lo distinguía como auxiliar, apareciendo como un profesional de policía. Desde este punto de vista, la conducta es típica, si se tiene en cuenta que fue sorprendido usando un uniforme que no le correspondía, de acuerdo a su status policial. Situación que no ocurre respecto del uso de la gorra, pues a pesar de que era de aquellas que distinguen al grupo especial de la Policía Nacional "ESMAD", ella no puede ser considerada como un uniforme, ni como una insignia, ni condecoración, sino como una prenda, cuyo uso indebido hace incurrir al que la porta, en una falta disciplinaria, mas no en un reproche penal, pues sencillamente su uso se circunscribe a un porte irreglamentario de una prenda que no va con el uniforme que le pertenece. Ahora bien y contrario a lo dijo por el Juez A-quo, la sentencia absolutoria procede no por atipicidad de la conducta, sino porque ella no es antijurídica, debido a que en ningún momento se puso en peligro, ni se lesionó el bien jurídico de la seguridad de la Fuerza Pública, teniendo en cuenta que el procesado usó un uniforme que no le correspondía y una gorra del ESMAD, sólo para impresionar, como lo dijo en su indagatoria y tal como lo resaltó el señor Procurador Judicial, al afirmar que trataba de "chicanear" con una joven; y dijo además el procesado, que en otras oportunidades se lo había colocado y sus superiores no le habían dicho nada". (Rad. 155699, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 5 de octubre de 2009).

CAPÍTULO V
DE LA FABRICACIÓN, POSESIÓN Y TRÁFICO DE
ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS

Artículo 133. Fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos.

El que sin permiso de autoridad competente introduzca al país, saque de este, fabrique, transporte, repare, almacene, conserve, venda, trafique, adquiera o suministre a cualquier título, o porte armas de fuego, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

Si las armas, municiones o explosivos son de uso privativo de la Fuerza Pública, la pena será de prisión de cinco (5) a diez (10) años.

La pena señalada en los incisos anteriores, se aumentará hasta en otro tanto si las conductas allí descritas se realizan a favor de rebeldes, sediciosos o grupos de delincuencia organizada.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. **Competencia del delito de fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos, en la jurisdicción castrense.**

“Por consiguiente, son de competencia de la jurisdicción penal militar no sólo aquellos delitos que por su naturaleza únicamente pueden ser cometidos por los miembros activos de la Fuerza Pública, tales como el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la insubordinación, la cobardía, el delito de centinela, etc., sino aquellos comunes que se relacionen directa y sustancialmente con las funciones que constitucionalmente está llamada a cumplir la Fuerza Pública...(...) Si se mantiene esa correspondencia entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, se estará frente a un delito relacionado con el servicio y por tanto de competencia de los Tribunales Militares. Por el contrario, si la conducta punible no es resultado de un desvío o exceso del poder militar, o no pertenece al ámbito de las funciones castrenses, se tratará de un delito común en el que el servidor público actúa como un particular y por consiguiente, la competencia de juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria...(...) Y, si bien existen delitos que, por su propia naturaleza, en ningún caso pueden considerarse relacionados con el servicio, no empece ser ejecutados por miembros activos de la Fuerza Pública y estar ligados al servicio, como los de tortura, genocidio, y desaparición forzada, los de lesa humanidad o los que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Colombia, o las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio;²⁴⁴ no se advierte por qué en este asunto tendría que sustraerse de la competencia de la Justicia Penal Militar el acuerdo ilícito establecido entre los suboficiales de la Policía procesados, teniendo en cuenta que se dirigía a la apropiación, en diversos momentos, de las municiones y del material de guerra a su cargo, para comercializarlos posteriormente con grupos armados al margen de la ley. Para la Corte es claro que el ilícito convenio surgió también del desvío de las funciones que debían

cumplir dentro de la institución los acusados; razón por la cual advierte que la competencia para investigar y juzgar el punible referido, correspondía igualmente a la Justicia Penal Militar. (CSJ. RAD. Proceso n.º 30575. M. P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez, veintitrés de febrero de dos mil once (2011).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Hurto y fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos.**

“Como primer aspecto a considerar, tenemos que un individuo por el solo hecho de ejecutar, sin permiso de autoridad competente, cualquiera de los verbos rectores previstos en el artículo 152 del Código Penal Militar, esto es, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar o portar armas de fuego o municiones o explosivos, transgrede el ordenamiento sustantivo y se hace merecedor a una sanción penal...(...) Respecto de la primera acción, la posible adecuación típica apropiada sería la del hurto agravado, teniendo en cuenta que este tipo penal no subsume al de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, ni viceversa, al no comprender cada una de ellas entre sus verbos rectores la acción que se dejaría de tener en cuenta de aplicar solo un tipo penal y adicionalmente con ellas se estarían socavando dos bienes jurídicos distintos por cuanto en el hurto se tutela el patrimonio económico, mientras que en la fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, la seguridad de la Fuerza Pública. Adicionalmente, los tipos penales comprometidos no resultan excluyentes entre sí y hay pluralidad típica material de acciones que surgen con perfecta autonomía, permitiendo la posibilidad de un concurso de hechos punibles. No obstante, lo anterior, habría sido necesario tener en cuenta el momento consumativo de este tipo penal, pues tenemos que su perfeccionamiento se da en el momento en que la cosa mueble sale de la esfera de custodia, control o vigilancia de su dueño o poseedor y el sujeto agente tiene la oportunidad de disponer de ella, así sea por breve lapso. La disponibilidad del bien, es lo que marca la separación entre el delito imperfecto y el consumado²⁴⁵, por lo que la investigación tenía

244 Artículos 3º de la L. 522/99 y 3º de la L. 1407 de 2010.

245 C.S.J. M. P. Jorge Carreño Luengas y Guillermo Duque Ruiz. Cita que hace Pedro Alfonso Pabón Parra. Manual

que haber estado orientada a determinar dichas circunstancias, cosa que no ocurrió, quedando dudas sobre su configuración... (...) Lo anterior nos estaría indicando que la conducta de “adquirir” que contiene el tipo penal de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, atribuida al Soldado Profesional (r) Marín Osorio”, la que se entiende como ganar, coger, empezar a poseer o comprar²⁴⁶, no quedó demostrada, al no haberse demostrado que hubiera comprado tales elementos como antes se anotó y adicionalmente... (...) En cuanto a la conducta de “almacenar” también atribuida a Marín Osorio por el hecho de guardarle los proyectiles a Rodríguez López, tenemos que su significado es realmente muy amplio al referirse de ordinario a mercancías o a otras cosas que se acumulan en gran cantidad en un almacén o depósito,²⁴⁷ circunstancia que tampoco se da en este evento... (...) Adicional a lo anterior, tenemos que acorde con la defensa y con el concepto del Ministerio Público traído en el recurso de alzada, es costumbre en el medio militar pedir la guarda provisional de material para evitar su extravío, dado que con el material de guerra especialmente a los soldados se les presentan muchas pérdidas y que por lo mismo cuando no pueden ejercer una vigilancia efectiva sobre los elementos, lo dejan guardado con sus compañeros y hasta en ocasiones se presenta el “cuadre” entre los mismos para cubrir la dotación a ellos entregada, de ahí que si esa fue la situación que se presentó con Marín Osorio, mal podría endilgársele un tráfico de munición, cuando lo único que quedó probado fue una tenencia inocua e intrascendente de la misma y aunque no se desconoce que la conducta realizada no fue la adecuada, llevaría su reproche a nivel disciplinario más no alcanzaría a trasgredir la esfera penal. **(TSM. RAD. 157379-10045-XV-165-EJC. M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo, Veintinueve (29) de junio de dos mil doce (2012).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. El concurso del delito del artículo 133 y el delito de hurto.

En cuanto al delito de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego o municiones, y que está previsto en la Ley 522 de 1999, generalmente su comisión no se da de manera única, sino regularmente va acompañado por otras conductas ilícitas. En principio tenemos que este tipo penal es de mera actividad o de peligro abstracto, lo que nos está indicando que con la mera ejecución de cualquiera de los verbos rectores, se realiza la conducta típica sin exigirse la producción de un resultado lesivo o peligro concreto... (...) Precitado lo anterior, debemos responder si el delito de fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos, puede en este evento concursar con el delito de hurto, o si por el contrario uno ha subsumido al otro. Revisado el acopio probatorio, encontramos que tanto el delito de fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos, como el hurto, recayeron sobre el mismo objeto material

a saber, las 4 granadas de fragmentación que, para el caso en comento por recaer sobre efectos y armas destinadas a la seguridad y defensa nacional, se consideró el agravante que consagra la ley sobre este aspecto. Encontramos también que la conducta o verbo rector que se tomó en cuenta para adecuar la conducta al tipo penal que consagra el artículo 152 del CPM, fue el de suministrar, entendido como el acto de provisión del elemento que se incrimina, como la acción de proveer, de dar. Y en el de hurto, el de apropiarse, conductas o acciones estas que ocurrieron en momentos diferentes y que no ostentan sinonimia y que más bien una fue el medio para la realización de la otra, por cuanto se requirió previamente del apoderamiento para llegar al suministro del elemento. (...) Pedro Alfonso Pabón Parra, referente al concurso en los delitos de peligro común, ha dicho que los tipos que contiene el capítulo que los consagra, son tipos de peligro y mera conducta; que no incriminan resultado o medios y que por lo tanto es admisible el concurso material para los casos en que el resultado de la acción constituya per se delito autónomo y que lesione bien jurídico diverso. Por lo tanto, se puede presentar el concurso con delitos contra la vida e integridad personal o contra el patrimonio económico. En este orden de ideas, para el caso que hoy nos convoca este proceso, es claro que el concurso es perfectamente predicable para los dos tipos penales en comento, por cuanto una es la acción que se realiza mediante el apoderamiento del objeto mueble y otra muy diferente la de suministrar a cualquier título. Cada uno de estos actos es separable, dentro de la complejidad de un comportamiento, uno de ellos supone una maniobra sobre el objeto del hurto para cambiar su disponibilidad y el otro ocurre en un momento posterior, sin que constituya requisito para la configuración del delito de hurto. Es así entonces, que cada uno de ellos es constitutivo de delito autónomo, como antes se explicó, y han lesionado diversos bienes jurídicos a saber, contra la seguridad pública y contra el patrimonio económico respectivamente y ninguno de los dos ésta contenido como agravante del otro. Por ello la posibilidad jurídica plena de conformar el concurso delictual, sin que sea aceptable que una de ellas subsuma a la otra. **(Rad. 155012, 21 de julio de 2008, M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo, Tercera Sala de decisión).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Protección de bienes jurídicos en el hurto y la fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos.

“Al hacer la comparación entre los dos tipos penales (hurto y fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos), encontramos que son dos tipos penales independientes, que tienden a proteger dos bienes jurídicos completamente diferentes (el patrimonio económico y la seguridad de la Fuerza Pública) y por lo tanto, con estructuras no “subsumibles” el uno dentro del otro; al analizar el verbo rector de la conducta de hurto, el legislador contempló: “El que se apodere de una cosa mueble ajena”; y para el otro, se enunciaron verbos rectores, tales como introducir al país, sacar de este, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar y portar armas, municiones o explosivos; de ahí que se dé por cumplido el

de Derecho Penal, pág. 937.

246 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española-diccionario Everest-Cúspide-cuarta edición.

247 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española-diccionario Everest-Cúspide-cuarta edición.

postulado trazado en el artículo 30 del Código Penal Militar, que preceptúa: "Concurso de penas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave imponible, aumentada hasta en otro tanto, cualquiera que sea la naturaleza del concurso." Luego, se concluye que no es de aplicación en el presente caso, la figura del concurso aparente de tipos penales y se descarta la tesis del delito complejo por cuanto este solo tiene cabida en la medida en que una conducta delictiva forma parte de otra, bien como elemento integrante de esta o como circunstancia de agravación punitiva. (...). En efecto de lo expuesto, no comparte la Sala la tesis de que no se ha vulnerado el bien jurídicamente tutelado por el legislador, por cuanto el tipo penal de fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos es de los denominados de peligro presunto, que así lo ha establecido el legislador dentro de la política criminal del Estado, porque la acción fue idónea para crear un riesgo o provocar el daño; según la doctrina los tipos de peligro presunto o abstracto son aquellos en los cuales la comisión de la acción implica la existencia del peligro, por lo mismo no se necesita para la existencia del hecho punible que se demuestre la existencia del riesgo, pues se considera inherente a la realización de la acción prohibida[24]. En consecuencia, la conservación del arma tiene implicaciones prácticas consistentes en que como lo sostuvo el Fiscal Penal Militar, estos artefactos pudieron haber ingresado a grupos o utilizados por personas que se dedican a delinquir, o se pudo haber hecho uso de ellas en contra de la humanidad de cualquier militar o de cualquier ciudadano..." (TSM. Rad. 156194, 20 de abril de 2010, M. P. TC. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Diferencia entre el delito de fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos y el delito de Hurto de armas y bienes de defensa.**

"(...) Al concitar la estructura dogmática del injusto de hurto con el episodio fáctico objeto de estudio, resulta claro el momento consumativo del hurto, es decir, cuando el Soldado 'S' logra superar la esfera de control del material, no solo al apropiarse del fusil del Soldado 'G', sino al traspasar el control del esquema de seguridad de la Unidad, tanto así que diseña todo un plan de autor para exceder el control de la guardia del batallón y tras superarla oculta el arma en el bosque, lo que días después demandó la acción de toda la unidad militar para su búsqueda y la ayuda del propio encartado para ubicar el fusil. Sin duda ello denota que no solo superó la esfera de control, sino que pudo disponer del artefacto como se le antojó. Obsérvese cómo en indagatoria rendida por el SLC., 'S'45 es enfático en aceptar que se apropia del fusil y logra esconderlo, cuando expresa: 'Sí, yo escondí el fusil, pero mi intención nunca fue venderlo, sino hacerle una broma al soldado G porque se había quedado dormido abandonando el puesto de centinela, y no creía que esa broma llegara

hasta allá, pero cuando me di de cuenta que se había salido de las manos, decidí entregarlo'; refiere que metió el fusil en unas bolsas, después lo tapó con estiércol de hormiga y hojas. Al interrogársele cómo hizo para transportar el arma hasta el lugar donde la ocultó respondió: 'El soldado estaba dormido y tiene el fusil a un lado, me cambié en camuflado y lo transporté normalmente como si yo fuera de la guardia, y lo llevé hacia el lado de la granja, hacia el peaje, por allá cerca al peaje, y lo dejé escondido junto a una piedra y me regresé para mi aposento'" (...). Bajo este entendido, es innegable que la razón está de parte del juzgador primario al encontrar responsable al Soldado "SMJA" como autor responsable del delito de hurto de armas y bienes de defensa, punible que se reputa como perfecto. No acontece lo mismo respecto del reato de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, pues no le asistió razón, ni al A quo ni a la Fiscalía Militar, en cuanto a la estructuración del concurso heterogéneo que postulan y a partir de allí generar el incremento punitivo. Para la Sala el injusto de hurto de armas y bienes de defensa es el único delito cometido por el soldado "S", afirmación consecuente con el principio de legalidad que hemos invocado, por ello la discrepancia e incoherencia que advertimos en la postura del ente acusador y juzgador, de cara a todo lo expuesto en precedencia. El tipo penal dispuesto en el artículo 168 de la Ley 1407 de 2010 prevé en sus elementos objetivos y subjetivos el apoderamiento y el propósito de provecho, apogemas que no se alcanzan si no se efectúa la apropiación y el porte o desplazamiento de la cosa ajena, lo que insinúa llevarla consigo para apropiarse, situación que no genera per se el concurso efectivo de tipos penales que se propone. El verbo rector "apoderarse" sugiere ex ante a la consumación, esto es, fase ejecutiva, realizar el apoderamiento, lo que comporta portarlo, desplazarlo para superar la esfera de control, y subsiguientemente producir el provecho o los actos de señor y dueño. De otra parte, no pueden olvidar las partes ni los funcionarios el principio de especialidad de la norma y en consecuencia al ubicarlos en el artículo 133 de la Ley Penal Militar se ha de tener en cuenta que **lo que busca sancionar es el "tráfico" de armas, municiones y explosivos**, tutelando así la seguridad de la Fuerza Pública; para ello los verbos rectores que se **conciben permiten realizar la norma penal (en sus expresiones fabricación, tráfico o posesión) son: introducir, sacar, fabricar, transportar, reparar, almacenar, conservar, vender, traficar**. Obsérvese que la concepción pluricomportamental forja las diferentes hipótesis en que se puede dar la ilícita fabricación y el tráfico, pero no están diseñadas para comprobar el arrebatamiento o apoderamiento ilegal de un bien que se posee lícitamente (poseedor o tenedor). Debe tenerse en cuenta que la fabricación, posesión y tráfico son lícitos cuando hay permiso de autoridad competente; lo que se sanciona es realizar tales conductas sin aprobación, por lo que dada la especial condición del bien jurídico tutelado se protege con un delito de mera conducta. No ocurre así con el hurto, que es un injusto de resultado, donde una vez verificado el apoderamiento, en la forma y términos que se ha señalado, el reato se reputa perfecto; siendo efectivamente a partir de ese momento, esto es, cuando se ha agotado

el delito de hurto, admisible el concurso de punibles, no antes, menos aún como resultado de un evento in factum, propio de expresiones de conexidad consecuencial. En este orden de ideas, que el soldado se haya apoderado del fusil y que para alcanzar el propósito hubiese tenido que poseerlo, transportarlo y decidir como parte del provecho esconderlo, de manera alguna está estructurando otro delito, pues corresponde a los elementos consustanciales del hurto de armas y bienes de defensa. De otra parte, lo actuado no demostró que una vez reputado perfecto el punible de hurto el Soldado 'S' hubiese querido, intentado o ejecutado conducta alguna para traficar con el armamento, lo que nos lleva a ratificar, por prevalencia del principio de especialidad, es que el único reato por el que debió ser acusado el procesado y consecuentemente juzgado y condenado, es el dispuesto en el artículo 168 del Digesto Punitivo Castrense...". (TSM. Rad. 157460, 18 de septiembre de 2012, M. P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Situaciones de imposibilidad de concurso entre el hurto de bienes de defensa y la fabricación, tráfico y posesión de armas, municiones y explosivos.**

"(...) Entendido lo anterior, encuentra la Sala, como lo advirtiera la recurrente y posteriormente la Procuraduría delegada ante esta corporación, que el tipo penal de hurto de armas y bienes de defensa contiene como verbo rector el "apoderarse" de armas, municiones o explosivos. Concepto que involucra como definición el hacerse dueño de una cosa de manera violenta o ilegítima. Bajo ese entendido, portar o conservar sin el permiso de autoridad competente un arma de fuego, munición o explosivo hace parte de la conducta dirigida a apropiarse del elemento bélico. (...). Téngase en cuenta, que las conductas punibles se encuentran descritas en el Título V de la Parte Especial del Código Penal Militar, dirigidas a proteger como bien jurídico la seguridad de la Fuerza Pública, que si bien definen comportamientos punibles distintos, el tipo penal de hurto de armas y bienes de defensa absorbe en su descripción típica el desvalor del punible de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, particularmente en lo que tiene que ver con el porte de dichos elementos, que fuera la conducta imputada al procesado, excluyéndolo de su función punitiva, en aplicación del principio de consunción. De la misma forma, dado que las dos conductas punibles protegen el mismo bien jurídico, seguridad de la Fuerza Pública, introduciendo diferentes formas de lesión, reportando tanto aspectos comunes como excluyentes resulta improcedente aplicar de forma simultánea los supuestos de hecho de concurso efectivo, en razón particularmente a que el verbo apoderarse involucra la tenencia, la posesión y la conservación del elemento bélico, conforme el principio de alternatividad propia. Situación que de producirse vulneraría el principio del non bis in ídem, que prohíbe que por un mismo hecho el agente resulte sancionado más de una vez. Bajo ese entendido, encuentra el colegiado que el instructor imputó

inadecuadamente la comisión de un concurso de delitos que no podía producirse como acaba de explicarse, lo que necesariamente conduce a precisar que el delito sobre el cual gira la imputación fáctica corresponde al de hurto de armas y bienes de defensa consagrado en el artículo 154A del Código Penal Militar; en la medida en que este tipo penal contiene en su descripción típica los aspectos imputados al procesado respecto del delito señalado en el artículo 133 ibidem. Conclusión que permite identificar y solucionar el concurso aparente de delitos que se presenta en el sub iudice. (TSM. Rad. 158482 del 14 de julio de 2016, M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez, Tercera Sala de Decisión).

I. Decreto número 2535 de 1993. Por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos.

"Artículo 6°. Definición de armas de fuego. Son armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química. Las armas pierden su carácter cuando sean total y permanentemente inservibles y no sean portadas.

Artículo 8°. Armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública. Son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública, aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, tales como: a) Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm (.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este Decreto; b) pistola y revólveres de calibre superior a 9.652 mm (.38 pulgadas); c) fusiles y carabinas semiautomáticas de calibre superior a 22 L.R.; d) armas automáticas sin importar calibre; e) los antitanques, cañones, morteros, obuses y misiles de tierra, mar y aire en todos los calibres; f) lanzacohetes, bazucas, lanzagranadas en cualquier calibre; g) cargas explosivas tales como bombas de mano, bombas de aviación, granadas de fragmentación, petardos, proyectiles y minas; h) granadas de iluminación, fumígenas, perforantes o de instrucción de la Fuerza Pública; i) armas que lleven dispositivos de tipo militar como miras infrarrojas, lásericas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores; j) las municiones correspondientes al tipo de armas enunciadas en los literales anteriores. **Parágrafo 1°. El material descrito en el literal g) podrá ser autorizado de manera excepcional, previo concepto favorable del Comité de Armas, de que trata el artículo 31 de este Decreto. Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Defensa Nacional, determinará las armas de uso privativo que puedan portar los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados de carácter permanente creados o autorizados por la ley.**

Municiones. Artículo 46. Definición. Se entiende por munición, la carga de las armas de fuego necesaria para su funcionamiento

y regularmente está compuesta por: Vainilla, fulminante, pólvora y proyectil.

Explosivos. Artículo 50. Definición. Se entiende por explosivo, todo cuerpo o mezcla que en determinadas condiciones puede producir rápidamente una gran cantidad de gases con violentos efectos mecánicos o térmicos”.

II. Ley 540 de 1999. Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados”.

“Artículo 4º. Medidas legislativas. 1. Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.

Artículo 9º. Autorizaciones o licencias de exportación, importación y Tránsito. 1. Los Estados partes establecerán o mantendrán un sistema eficaz de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito internacional para las transferencias de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados. 2. Los Estados Partes no permitirán el tránsito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados hasta que el Estado Parte receptor expida la licencia o autorización correspondiente”.

III. DEFINICIONES LEGALES – CÓDIGO PENAL ORDINARIO

“Artículo 467. Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de noventa y seis (96) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 468. Sedición. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

IV. GRUPOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Interpol. “Por regla general, las redes delictivas organizadas están implicadas en muchos tipos diferentes de actividades delictivas extendidas por varios países. Estas actividades pueden incluir trata de personas, tráfico de drogas, mercancías ilícitas y armas, robo a mano armada, falsificaciones y blanqueo de capitales. Tomado de: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delinuencia-organizada>”

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. “Por grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe

concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Ley 1908 de 2018. Artículo 2. Definiciones. “Para los efectos de esta ley se entenderá por: Grupos Armados Organizados (GAO): Aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. Para identificar si se está frente a un Grupo Armado Organizado se tendrán en cuenta los siguientes elementos concurrentes:

- Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado; la población civil; bienes civiles, o contra otros grupos armados.
- Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere el de los disturbios y tensiones internas.
- Que tenga una organización y un mando que ejerza liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional.

Grupo Delictivo Organizado (GDO): El grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Los delitos cometidos por estos grupos no necesariamente tendrán que ser de carácter transnacional, sino que abarcarán también aquellos delitos que se encuentren tipificados en el Código Penal Colombiano.

Parágrafo. En todo caso, para establecer si se trata de un Grupo Armado Organizado, será necesaria la calificación previa del Consejo de Seguridad Nacional”.

V. TRANSPORTAR

Decreto 334 de 2002. Por el cual se establecen normas en materia de explosivos. Artículo 16. Transporte. “El transporte de las materias primas y sustancias que sin ser individualmente explosivos, en conjunto conforman sustancias explosivas de origen nacional o nacionalizados, deberá sujetarse a los siguientes requisitos: Terrestre o fluvial: Además de las normas establecidas en Colombia y los Reglamentos Internacionales para el transporte de sustancias peligrosas, los transportadores deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) Documento de importación, factura de venta suministrada por la Industria Militar o factura de venta del importador o comercializador; b) permiso para transporte de los materiales expedido por la autoridad Militar respectiva; c) adopción de medidas de seguridad dependiendo de la cantidad y calidad del material a transportar y cuando las circunstancias de orden público lo exijan; d) copia del Contrato de transporte suscrito

entre las partes dependiendo la cantidad de material a transportar. Aéreo: Se cumplirán los mismos requisitos mencionados anteriormente, observando las regulaciones de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces".

VI. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

A. Introducir

2. Meter o hacer entrar algo en otra cosa. Introducir la mano en un agujero, la sonda en una herida, mercancías en un país.
3. Hacer que alguien sea recibido o admitido en un lugar, o granjearle el trato, la amistad, la gracia, etc., de otra persona. Introducir a alguien en un negocio.

B. Sacar

Quitar, apartar a alguien o algo del sitio o condición en que se halla.

C. Fabricar

1. Producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos.
2. Construir un edificio, un dique, un muro o cosa análoga.
3. Elaborar (**II transformar**).

D. Transportar

Llevar a alguien o algo de un lugar a otro.

E. Reparar

1. Arreglar algo que está roto o estropeado.
2. Enmendar, corregir o remediar.

F. Almacenar

1. Poner o guardar en almacén.
2. Reunir, guardar o registrar en cantidad algo

G. Conservar

Mantener o cuidar de la permanencia o integridad de algo o de alguien.

H. Vender

1. Traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que se posee.
2. Exponer u ofrecer al público los géneros o mercancías para quien las quiera comprar.

I. Traficar

Comerciar, negociar con el dinero y las mercancías

J. Adquirir

1. Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria.
2. Comprar (**II obtener por un precio**).
3. Coger, lograr o conseguir.

4. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece o que se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción.

K. Suministrar

Proveer a alguien de algo que necesita.

L. Portar

Tener algo consigo o sobre sí.

VII. LEY 737 de 2002. POR MEDIO DE LA CUAL SE APRUEBA LA "CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y OTROS MATERIALES RELACIONADOS", ADOPTADA EN WASHINGTON, D. C., EL CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE (1997).

"Artículo I. Definiciones. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por: 1. "fabricación ilícita": la fabricación o el ensamblaje de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados: a) A partir de componentes o partes ilícitamente traficados; o b) sin licencia de una autoridad gubernamental competente del Estado Parte donde se fabriquen o ensamblen; o c) cuando las armas de fuego que lo requieran no sean marcadas en el momento de fabricación; 2. "tráfico ilícito": La importación, exportación, adquisición, venta, entrega, traslado o transferencia de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados desde o a través del territorio de un Estado Parte al de otro Estado Parte si cualquier Estado Parte concernido no lo autoriza. "Armas de fuego": a) Cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto, excepto las armas antiguas fabricadas antes del siglo XX o sus réplicas, o b) cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y mina; 4. "municiones": el cartucho completo o sus componentes, incluyendo cápsula, fulminante, carga propulsora, proyectil de bala que se utilizan en las armas de fuego. 5. "explosivos": Toda aquella sustancia o artículo que se hace, se fabrica o se utiliza para producir una explosión, detonación, propulsión o efecto pirotécnico, excepto: a) Sustancias y artículos que no son en sí mismos explosivos; o b) sustancias y artículos mencionados en el anexo de la presente Convención. 6. "Otros materiales relacionados": Cualquier componente, parte o repuesto de un arma de fuego o accesorio que pueda ser acoplado a un arma de fuego. 7. "Entrega vigilada": Técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos mencionados en el artículo IV de esta convención.

CAPÍTULO VI DEL SABOTAJE

Artículo 134. Sabotaje por destrucción o inutilización:

El que destruya o inutilice instalaciones, buques o aeronaves de guerra, o bienes destinados a la seguridad y defensa nacional, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años”.

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL –
**Elemento subjetivo diferente al dolo – delito
sabotaje por destrucción o inutilización.**

(...) Los tres uniformados “tuvieron voluntad incondicional de realizar el delito y contribuyeron objetivamente a su consumación dando paso a la aplicación de la teoría del llamado “codominio del hecho”. “...Se puede concluir sin lugar a dudas que la intención de los soldados no era otra diferente que la de desprestigiar o lograr la destitución del CP. Tique y en razón a ello mi pupilo no pudo ser llamado a responder por la conducta desplegada (...) aunque el hecho objetivamente está demostrado, al hacer el examen subjetivo sobre el tipo penal no están satisfechos sus elementos, pues se exige el dolo (...) porque aunque a pesar de haberse realizado el aspecto objetivo del supuesto de hecho, no obró con el dolo exigido, que en este caso en particular es colocar en riesgo la seguridad de la Fuerza Pública, ya quedó decantado ampliamente no solamente por este togado sino por el señor Juez, que el dolo con el que se obró fue diferente al exigido para este delito en particular...” (Subrayado fuera de texto). Del presupuesto anterior, la Sala no tiene mayor reparo y resulta apenas natural aceptar indiscutiblemente que la moderna teoría del delito en el estadio de la tipicidad contiene elementos tanto objetivos como subjetivos, sin embargo, ha de aclararse, que existen elementos subjetivos distintos al dolo, tal sería el caso de los denominados elementos subjetivos especiales que suponen en el autor un determinado propósito o intención, una motivación o un impulso, que se suman al conocimiento y la voluntad en la realización del tipo (dolo), dentro de esta especialidad de elementos subjetivos tenemos aquellos motivos del autor, tal sería el caso de “los motivos nobles o altruistas, o aquel motivo abyecto o fútil, o aquel motivo para satisfacer los deseos de otro”[23]. Tal postulado así lo ha enseñado nuestra Corte Suprema de Justicia: En el evento hipotético de aceptar que efectivamente desde un inicio la motivación por parte de los procesados era la de buscar la destitución o desprestigio del CP. Tique Martínez Orlando, ello no impide de manera alguna la estructuración del dolo, pues la ley no exige que el conocimiento y la voluntad sean antecedentes a la consumación del hecho, sino que ellos también pueden ser previos o concomitantes, son precisamente estas circunstancias temporales las que se pueden deducir en el momento en que el SLR. López Uribe Juan Esteban y sus otros dos compañeros de armas prendieron fuego al material de intendencia y de guerra, objeto material en el que recayó la conducta dolosa. Sean estas las acciones que evidencian el comportamiento antecedente y concomitante al resultado del sabotaje que permite deducir el dolo de cometer tal punible por parte del procesado, pues es fácil concluir que incinerar los bienes de intendencia y de guerra asignados a ellos y los de sus compañeros constituyen un hecho delictual y contrario a derecho, reflejándose con ello su

conocimiento sobre el injusto perpetrado, ya que desarrollaron acciones para ocultar su conducta. Se reitera, que tal comportamiento se agrava punitivamente si el móvil fue un motivo abyecto o fútil el cual se refleja en la intención de perjudicar a su superior CP. Tique Martínez Orlando. **(Tribunal Superior Militar y Policial, expediente 156901-6864-XIII-478-011-EJC veintidós (22) de marzo de 2011, M. P. Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas).**

EJÉRCITO NACIONAL – PÁG. OFICIAL / GLOSARIO: “DEFENSA NACIONAL: Previsión, organización y empleo del poder nacional, para alcanzar la seguridad nacional. Es la integración y acción coordinada del poder nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad territorial y el orden constitucional. **SEGURIDAD NACIONAL:** En desarrollo de lo establecido en la Constitución Política, es deber del Estado, diseñar en el marco del respeto por los Derechos Humanos y las normas de Derecho Internacional Humanitario, las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para ofrecer a sus asociados un grado relativo de garantías para la consecución y mantenimiento de niveles aceptables de convivencia pacífica y seguridad ciudadana, que aseguren en todo tiempo y lugar, en los ámbitos nacional e internacional, la independencia, la soberana, la autónoma, la integridad territorial y la vigencia de un orden justo, basado en la promoción de la prosperidad general”. https://www.coper.mil.co/comando_personal/atencion_usuario/glosario

MANUAL DE TÁCTICAS Y TÉCNICAS FLUVIALES (ARC OP3-8-2):

DEFENSA NACIONAL. Medio de que se vale el Estado para lograr uno de sus más importantes fines: La seguridad.

FUERZA AÉREA COLOMBIANA – PÁG. OFICIAL / GLOSARIO: AERONAVES: Nombre genérico de todos los aparatos de aviación. **DEFENSA NACIONAL:** Previsión, organización y empleo del poder nacional, para alcanzar la seguridad nacional. Es la integración y acción coordinada del poder nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad territorial y el orden constitucional. **DESTRUIR:** Aplicar el poder de combate de tal manera que se dañe el blanco, que este no pueda funcionar para lo que fue diseñado, ni pueda ser restaurado a su condición de servicio. **SEGURIDAD:** Exención de peligro o daño. / Solidez. / Certeza plena. / Firme convicción. / Confianza. / Fianza. / Ofrecimiento de cumplir o hacer para determinado plazo. En campaña o ante cualquier amenaza para una fuerza, organización de un

sistema de vigilancia ante agresor desconocido.
SEGURIDAD NACIONAL: En desarrollo de lo establecido en la Constitución Política, es deber del Estado diseñar en el marco del respeto por los Derechos Humanos y las normas del Derecho Internacional Humanitario, las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para ofrecer a sus asociados un grado relativo de garantías para la consecución y mantenimiento de niveles aceptables de convivencia pacífica y seguridad ciudadana, que aseguren en todo tiempo y lugar, en los ámbitos nacional e internacional, la independencia, la soberanía, la autonomía, la integridad territorial y la vigencia de un orden justo, basado en la promoción de la prosperidad general. <https://www.fac.mil.co/es/conozcanos/glosario>

REGLAMENTOS AERONÁUTICOS DE COLOMBIA, RAC-1:

AERONAVE. Toda máquina que puede sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra.

Nota. - Según el artículo 1789 del Código de Comercio: “Se considera aeronave, para los efectos de este Código, todo aparato que maniobre en vuelo, capaz de desplazarse en el espacio y que sea apto para transportar personas o cosas.

Los aparatos que se sustentan y trasladan mediante el sistema denominado “colchón de aire”, quedan excluidos de las disposiciones de este Libro”.

Nota: Definición modificada según el artículo 1º de la Resolución N.º 01492 del 1º de junio de 2017.

AERONAVE COLOMBIANA: Aeronave que ostenta matrícula colombiana al estar válidamente registrada o inscrita en el Registro Aeronáutico Nacional de Colombia, o con matrícula extranjera

explotada por una aerolínea colombiana en virtud de un contrato de utilización de aeronave, igualmente inscrito en el registro aeronáutico de Colombia, en concordancia con el artículo 83 Bis del Convenio de Chicago/44.

AERONAVE DE ESTADO: Aeronave destinada a servicios militares, de aduana o de policía, a la cual normalmente no le son aplicables las normas propias de la aviación civil.

ARMADA NACIONAL – PÁG. OFICIAL / GLOSARIO: BUQUE ANTÁRTICO: Buque con casco reforzado para resistir choques con hielos flotantes y acondicionado para soportar bajas temperaturas y condiciones climáticas severas. Actualmente no hay contenido clasificado con este término.

BUQUE DE GUARDIA: Dentro de una agrupación de buques, es aquel designado para cumplir con un servicio durante un tiempo determinado, al término del cual, esta obligación es transferida a otro buque. Actualmente no hay contenido clasificado con este término. **BUQUE HIDROGRÁFICO:** Buque destinado a efectuar levantamientos hidrográficos, lo que significa efectuar las mediciones necesarias para confeccionar mapas de la costa. Actualmente no hay contenido clasificado con este término.

BUQUE MADRE DE SUBMARINOS: Es el buque destinado a proveer a los submarinos de combustible, víveres, repuestos y otros artículos. Además, da alojamiento a su tripulación, en los períodos de descanso. Actualmente no hay contenido clasificado con este término. **BUQUE OCEANOGRÁFICO:** Buque destinado a efectuar investigaciones sobre el océano. Actualmente no hay contenido clasificado con este término. https://www.armada.mil.co/es/lexicon/23/letter_a

REGLAMENTO MARÍTIMO COLOMBIANO:

BARCO O BUQUE: Nave con cubierta y superestructura permanente.

Artículo 135. Sabotaje agravado.

El que con el propósito de obstaculizar las operaciones de la Fuerza Pública o de facilitar las del enemigo, destruya o inutilice obras, bienes destinados a la seguridad y defensa nacional o realice acciones tendientes a esos fines, incurrirá por esta sola conducta en prisión de diez (10) a veinte (20) años.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

- Acción: Ejercicio de la posibilidad de hacer
- r.
- Bien: Patrimonio, hacienda, caudal.
- Destruir: Reducir a pedazos o a cenizas algo material, u ocasionar un grave daño. /Deshacer o inutilizar algo no material.
- Enemigo: Conjunto de personas o de países contrarios a otros en una guerra.
- Facilitar: Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin. / Proporcionar o entregar.
- Inutilizar: Hacer inútil, vano o nulo algo.
- Obra: Cosa hecha o producida por un agente.
- Obstaculizar: Impedir o dificultar la consecución de un propósito.
- Operación: Ejecución de algo.

- Propósito: Ánimo o intención de hacer o de no hacer algo. / Objetivo que se pretende conseguir.

MANUAL DE TÁCTICAS Y TÉCNICAS FLUVIALES:

- **Enemigo. Definición y caracterización de la amenaza.** “Persona o grupo de personas contra el que se lucha en una guerra o conflicto armado”.

EJÉRCITO NACIONAL – PÁG. OFICIAL / GLOSARIO: DEFENSA NACIONAL: Previsión, organización y empleo del poder nacional, para alcanzar la seguridad nacional. Es la integración y acción coordinada del poder nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad

territorial y el orden constitucional. **SEGURIDAD NACIONAL:** En desarrollo de lo establecido en la Constitución Política, es deber del Estado, diseñar en el marco del respeto por los Derechos Humanos y las normas de Derecho Internacional Humanitario, las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para ofrecer a sus asociados un grado relativo de garantías para la consecución y mantenimiento de niveles aceptables de convivencia pacífica y seguridad ciudadana, que aseguren en todo tiempo y lugar, en los ámbitos nacional e internacional, la independencia, la soberana, la autónoma, la integridad territorial y la vigencia de un orden justo, basado en la promoción de la prosperidad general. https://www.coper.mil.co/comando_personal/atencion_usuario/glosario

FUERZA AÉREA COLOMBIANA – PÁG. OFICIAL / GLOSARIO: DEFENSA NACIONAL: Previsión, organización y empleo del poder nacional, para alcanzar la seguridad nacional. Es la integración y acción coordinada del poder nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad territorial y el orden constitucional. **DESTRUIR:** Aplicar el poder de combate de tal manera que se dañe el blanco, que este no pueda funcionar para lo que fue diseñado, ni pueda ser restaurado a su condición de servicio. **SEGURIDAD:** Exención de peligro o daño. / Solidez. / Certeza plena. / Firme convicción. / Confianza. / Fianza. / Ofrecimiento de cumplir o hacer para determinado plazo. En campaña o ante cualquier amenaza para una fuerza,

organización de un sistema de vigilancia ante agresor desconocido. **SEGURIDAD NACIONAL:** En desarrollo de lo establecido en la Constitución Política, es deber del Estado diseñar en el marco del respeto por los Derechos Humanos y las normas del Derecho Internacional Humanitario, las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para ofrecer a sus asociados un grado relativo de garantías para la consecución y mantenimiento de niveles aceptables de convivencia pacífica y seguridad ciudadana... <https://www.fac.mil.co/es/conozcanos/glosario>

DOCTRINA:

LA GUERRA SUBVERSIVA Y EL TERRORISMO

“El sabotaje se diferencia en: sabotaje de tipo nacional y sabotaje próximo a las zonas de combate. En otros términos, se podría hablar de un sabotaje logístico, destinado principalmente a destruir los sistemas de comunicación, las carreteras y redes ferroviarias, los centros de producción industrial más importantes, especialmente los de la industria militar, etc., y un sabotaje estrictamente táctico, que se desarrolla en las áreas de combate y que tiene por misión primordial, dificultar la capacidad ofensiva de las tropas gubernamentales contra la guerrilla.”

(Calduch, R.- *Dinámica de la Sociedad Internacional*. - Edit. CEURA. Madrid, 1993 1 Capítulo 6.-La guerra subversiva y el terrorismo. <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-55160/lib2cap6.pdf>)

CAPÍTULO VII

OTROS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA FUERZA PÚBLICA

Artículo 136. Generación de pánico.

El integrante de una tripulación que en combate o en emergencia, diere lugar a que se produzca pánico o desorden a bordo, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

Si a consecuencia de las conductas anteriores se causare la derrota de las fuerzas comprometidas en la acción, grave daño o pérdida del buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública, la pena será de dos (2) a cinco (5) años de prisión.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

- **A bordo:** Dentro de una embarcación y, por extensión, de otros vehículos. Comer a bordo.
- **Combate:** Acción bélica o pelea en que intervienen Fuerzas Militares de alguna importancia.
- **Conducta:** Manera con que las personas se comportan en su vida y acciones
- **Daño:** Delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena.
- **Derrota:** Acción y efecto de derrotar o ser derrotado. / Vencimiento por completo de tropas enemigas, seguido por lo común de fuga desordenada.
- **Desorden:** Perturbación del orden y disciplina de un grupo, de una reunión, de una comunidad de personas.
- **Emergencia:** Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata.

- **Integrante:** Dicho de una parte: Que, sin ser esencial, integra un todo.
- **Pánico:** Dicho del miedo o del terror: Extremado o muy intenso, y que a menudo es colectivo y contagioso.
- **Pérdida:** Carencia, privación de lo que se poseía. / Daño o menoscabo que se recibe en algo.
- **Producir:** Procurar, originar, ocasionar.

FUERZA AÉREA COLOMBIANA – PÁG. OFICIAL / GLOSARIO: AERONAVES: Nombre genérico de todos los aparatos de aviación. **COMBATE:** Choque de inferior envergadura que la batalla, cuyas repercusiones pueden favorecer o perjudicar la ejecución de la maniobra estratégica. Aunque sus efectos pueden ser importantes, no tienen el carácter de decisivos. Rara vez producen efectos estratégicos inmediatos, pero una suma de combates exitosos puede lograr un efecto estratégico. El combate busca objetivos tácticos materializados normalmente en el terreno, pero

no esencialmente la destrucción de las fuerzas enemigas. Se efectúa normalmente en una sola dirección y por unidades de Brigada hacia abajo. Normalmente en este el despliegue total se efectúa después del contacto y se desarrolla por una combinación de fuego y movimiento, que culmina con el asalto. **TRIPULACIÓN:** Personas que, en una nave, en un avión o en globo están

destinadas a su mando, maniobra y servicio. En la marina especialmente, en sentido más restringido, la tripulación no comprende ni al capitán ni a la oficialidad del buque, que entran en la calificación de dotación. **(v.) De tal forma, la voz se aproxima bastante a la de marinería. (-v.)** <https://www.fac.mil.co/es/conozcanos/glosario>

Artículo 137. Abandono de buque.

El integrante de la tripulación de un buque de la Fuerza Pública que en el momento del siniestro o después de él, lo abandonare sin orden superior, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Verbo rector

Definición de abandonar

1. tr. Dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo. Han abandonado este edificio.
2. tr. Dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola.
3. tr. Dejar un lugar, apartarse de él. Abandonaron el lugar del suceso.
4. tr. Apoyar, reclinar algo con dejadez. U. m. c. prnl.
5. tr. Entregar, confiar algo a una persona o cosa. U. m. c. prnl.

(...)8. prnl. Descuidar las obligaciones o los intereses". (**Diccionario Real Academia Español**).

Ingredientes normativos de tipo:

Definición de tripulación

1. "Personas que van en una embarcación, dedicadas a su maniobra y servicio. (<https://www.dimar.mil.co/glosario>)
2. "f. Conjunto de personas que, en una embarcación, en un tren o en una aeronave, se dedican a su maniobra y servicio". (**Diccionario Real Academia Española**).

Definición de buque

1. "Barco o buque: Nave con cubierta y superestructura permanente". (**Reglamento marítimo colombiano 1**).
2. "Buque: Todo tipo de embarcaciones de navegación marítima que operen en el medio marino, incluidos los aerodeslizadores, los sumergibles y los artefactos flotante". (**Reglamento marítimo colombiano 5**).
3. "Buque de guerra: v. Barco de guerra. (...) Barco de guerra: Se considera como tal un barco comandado y tripulado por personal militar o militarizado, inscrito en la lista de flota de guerra, y cuya calidad propia está legitimada por signos distintivos adoptados, para estos efectos, por el Estado al que pertenece. Se considera también como barco de guerra el barco mercante transformado en barco de guerra. El barco de guerra no puede combatir sin pabellón o con un pabellón que no sea el de su propia nacionalidad". (**Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados**).
4. "(...) Definiciones

Con el propósito de precisar conceptos, se presentan las siguientes definiciones:

A. Unidades a Flote

Son todas las naves y artefactos navales de cualquier desplazamiento, diseñadas para el combate o para tareas de apoyo logístico y administrativo, las cuales pueden prestar sus servicios en el mar o en los ríos navegables colombianos.

El concepto de Unidades a flote involucra los **buques de guerra**, los submarinos oceánicos y tácticos, las patrulleras y botes patrulleros del Cuerpo de Guardacostas, el **buque – escuela**, los **buques de apoyo** logístico, los remolcadores, los **buques oceanográficos, hidrográficos y balizadores, los diques flotantes**, las embarcaciones de transporte general, los botes administrativos, las lanchas de desembarco, los veleros de entrenamiento, los botes de instrucción, las patrulleras y elementos de combate fluvial, las Unidades de apoyo tipo Nodrizas Fluviales, los aerodeslizadores u "hover craft" y los artefactos navales.

Las llamadas "Unidades auxiliares", definidas como "**buques de guerra con propósitos diferentes a los de combate, al servicio de la Armada Nacional en actividades complementarias**", quedan a partir del momento incluidas en la anterior definición de Unidades a flote; dentro de la cual, queda implícita esta función. Así mismo, la clasificación de Unidades que se presenta en este documento, incluye estas dentro del grupo de "Unidades de Mar Logísticas", como se explica más adelante.

B. Buques de guerra

En complemento, con el fin de establecer una clara diferenciación con relación a la identificación y nomenclatura de los buques mercantes, se adopta la definición contemplada en el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y que expresa: "Se entiende por Buque de Guerra todo buque perteneciente a las Fuerzas Armadas de un Estado, que lleve los signos exteriores distintivos de los **buques de guerra** de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un Oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado, cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de Oficiales o su equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas Regulares".

(...) 1.6 Clasificación de unidades

Según su función y labor específica durante su permanencia en servicio activo, las Unidades

a flote y aéreas de la Armada Nacional se clasifican de la siguiente manera:

(...) C. Unidades de mar logísticas:

Son las Unidades a flote destinadas a prestar apoyo logístico a las Unidades de mar de combate o cualquier otra Unidad. Pueden contar o no con armamento de dotación para su defensa. Pertenecen a esta clasificación el **buque – escuela, los buques logísticos, los buques oceanográficos, hidrográficos y balizadores**, los remolcadores, los diques flotantes, las embarcaciones de transporte general, los botes administrativos, las lanchas de desembarco, los veleros de entrenamiento, los botes de instrucción y los artefactos navales. Negrilla fuera de texto original. **(Doctrina Material Naval Tomo II).**

5. “(...) 4.5.47. Unidades de apoyo fluvial

Corresponde a los medios fluviales con capacidad de proporcionar apoyo y servicios a los demás elementos de maniobra en operación. Incluye **buques de guerra**, botes apoyo fluvial, estaciones móviles de apoyo fluvial. Estos medios facilitan el desarrollo de la logística operacional, y prolongan en espacio y tiempo las líneas de operación.

Las unidades a flote que hacen parte de este tipo de elemento de maniobra fluvial (cañoneros, patrulleras de apoyo fluvial pesadas y livianas, lanchas patrulleras de río, remolcadores, **buques de transporte blindado de tropa**, buques de desembarco anfibio, etc...), gracias a sus capacidades de movilidad, autonomía, capacidad de carga y poder de fuego deben hacer parte del esquema de maniobra operacional con asignación de tareas tácticas individuales a lo largo del área de operaciones fluviales. Negrilla fuera de texto original. Manual de Operaciones Fluviales. Cuarta edición – 2018 – (Restringido).

Definición de Fuerza Pública
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.
“Artículo 216-. “La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

Artículo 217. La nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el

Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La ley determinará el sistema de remplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”.

Definición de siniestro

• “4.m. Suceso que produce un daño o una pérdida material considerables. **(Diccionario de la Real Academia).**

Definición de orden

• Ley 1862 de 2017 por la cual se establecen las normas de conducta del militar colombiano y se expide el código disciplinario militar.

“Artículo 9º. La orden militar. Es la manifestación externa del superior con autoridad que se debe obedecer, observar y ejecutar. La orden debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa, concisa y relacionada con el servicio o función.

Artículo 10. Orden ilegítima. La orden es ilegítima cuando excede los límites de la competencia o conduce manifiestamente a la violación de la Constitución Política, la ley, las normas institucionales o las órdenes legítimas superiores.

Si la orden es ilegítima, el subalterno no está obligado a obedecerla; en caso de hacerlo la responsabilidad recaerá sobre el superior que emite la orden y el subalterno que la cumple o ejecuta.

Artículo 11. Oportunidad de la orden. Las órdenes deben cumplirse en el tiempo y en el modo indicado por el superior. Cuando al ejecutar la orden aparecieren circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que modificaren el tiempo o el modo previstos para su ejecución, su cumplimiento puede ser dilatado o modificado siempre que no pudiese consultarse al superior, a quien se comunicará la decisión tomada tan pronto como fuere posible”.

Artículo 138. Abandono de embarcación menor.

El patrón de embarcación menor que hallándose en ella a flote en momentos de combate, naufragio o incendio, la abandonare sin justificación, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Sujeto activo:

Definición de patrón: “Persona al mando del barco, con la titulación necesaria para encargarse de su gobierno“. **DICCIONARIO NÁUTICO** (<http://www.nautical-dictionary.com/diccionario-nautico.asp?letra=P>)

Verbo rector:

Definición de abandonar

1. tr. Dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo. Han abandonado este edificio.
2. tr. Dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola.

3. tr. Dejar un lugar, apartarse de él. Abandonaron el lugar del suceso.
4. tr. Apoyar, reclinarse algo con dejadez. U. m. c. prnl.
5. tr. Entregar, confiar algo a una persona o cosa. U. m. c. prnl.

(...)8. prnl. Descuidar las obligaciones o los intereses". (Diccionario de la Real Academia).

Ingredientes normativos de tipo:

Definición de embarcación menor

- **"(...) 1.9. Clasificación de acuerdo con el desplazamiento.**

Dependiendo del desplazamiento estándar, las Unidades de la flota de la Armada Nacional, se clasifican en Unidades a flote mayores y menores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Resolución N.º 163/2001, del Comando de la Armada Nacional.

Las Unidades a flote menores, son las Unidades de Mar de Combate (UMC), Unidades de Guardacostas (UMG) y Unidades Fluviales de Combate (UFC) con un desplazamiento en carga de hasta ciento cuarenta (140) toneladas, y las Unidades Logísticas de Mar

(ULM) y Unidades Fluviales Logísticas (UFL), con un desplazamiento en carga hasta las quinientas (500) toneladas. (...)” **Doctrina Material Naval. Tomo II.**

Definición de combate

- **"2. m. Acción bélica o pelea en que intervienen Fuerzas Militares de alguna importancia". (Diccionario de la Real Academia).**

Definición de naufragio

- "1. m. Pérdida o ruina de la embarcación en el mar o en río o lago navegables.**
- 2. m. Pérdida grande; desgracia o desastre.**
- 3. m. Mar. Buque naufragado, cuya situación ofrece peligro para los navegantes". (Diccionario de la Real Academia).**

Definición de incendio

- **"Ocurrencia de fuego no controlada que puede afectar las embarcaciones y tripulación de manera parcial o total si este no es controlado, produciendo pérdida de vidas y daños estructurales". (Manual de tácticas y técnicas fluviales. ARCT3.4-1.1. 2021).**

Artículo 139.

Interrupción de las condiciones de seguridad.

El que en operaciones militares o policiales y sin autorización encienda luces, cuando exista orden de oscurecimiento total, interrumpa las condiciones impuestas de silencio de radio o emisiones electrónicas u otros sistemas de comunicación, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

Si a consecuencia de estas conductas se produjeren graves daños o pérdidas del buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública, o avería a una instalación militar o policial, la pena será de dos (2) a ocho (8) años de prisión.

Si la conducta se comete con culpa, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

OPERACIONES

Policía Nacional. Operaciones especiales. "Especialidad de Policía conformada por grupos de apoyo responsables de coordinar, ejecutar y controlar el servicio de policía en zonas urbanas y rurales, mediante la disuasión y reacción frente a la criminalidad y motivos especiales de policía, para atender las alteraciones a la seguridad y convivencia ciudadana. Dichos grupos son: Comando de Operaciones Especiales – COPES – Escuadrones Móviles de Carabineros Grupo de Operaciones Especiales – GOES – Grupo de Operaciones Especiales de Hidrocarburos Grupo Junglas". **(Reglamento del Servicio de Policía, Resolución 00912 de 2009. Artículo 100, Pág. 38).**

Armada Nacional. Procedimientos tácticos fluviales. (...) En el nivel táctico de la guerra, los medios fluviales del poder naval ejecutan las tácticas, técnicas y procedimientos que les distingue, alcanzando objetivos, cuyos efectos, en el nivel[48] operacional, se integran para alcanzar los propósitos de las Fuerzas, generalmente terrestres, en las áreas de operaciones adyacentes. Las operaciones fluviales en la guerra, buscan aplicar con éxito su poder de combate en áreas de acción focalizada, negando así el uso de la cuenca fluvial o zona litoral al enemigo y favoreciendo la explotación de la misma para las propias Fuerzas. Por su parte, en tiempo de no

guerra, las operaciones fluviales cumplen tareas orientadas al desarrollo y protección del poder fluvial. Las operaciones fluviales en la extensa red de cuencas y vías fluviales navegables se integran en forma complementaria o suplementaria con otras instituciones del Estado, principalmente al Sistema Integrado de Seguridad Fluvial, de manera tal que facilitan la generación de condiciones favorables para el uso de las vías fluviales navegables y la protección de las áreas fluviales y litorales de su entorno operacional; fortaleciendo así el control institucional del territorio y su gobernanza. **(Manual de tácticas y técnicas fluviales. Primera edición, Cap. 5. Procedimientos tácticos fluviales, pág. 48).**

Convoy: Conjunto de unidades de maniobra que se desplazan en los escenarios fluviales conformando grupos de apoyo para acrecentar la seguridad mutua y el apoyo logístico durante el desplazamiento.

El procedimiento fluvial de convoy se puede ejecutar de las siguientes formas: 1. Convoy en columna cerrada. Este se ejecutará en formación de columna con una distancia aproximada de 50 metros entre unidades de maniobra, con el fin de reducir velocidad y distancia entre las mismas obteniendo así, control y unidad de mando sobre el convoy. 2. Convoy en columna abierta.

Este se ejecutará en formación de columna con una distancia aproximada de 100 metros entre unidades de maniobra, con el fin de cubrir grandes distancias en su posición a lo largo del río, el cual les permitirá desplazarse con mayor velocidad.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

- **“Operación:** Acción y efecto de operar. / Ejecución de algo.
- **Militar:** Servir en la guerra. / Profesar la milicia.
- **Policial:** Perteneciente o relativo a la policía.
- **Encender:** Iniciar la combustión de algo. / Pegar fuego, incendiar. / Hacer que funcione un dispositivo o un aparato eléctrico.
- **Orden:** Regla o modo que se observa para hacer las cosas.
- **Orden Militar:** Cada una de las órdenes de caballeros que tienen un origen castrense.
- **Oscurecer:** Privar de luz y claridad. / Disminuir la estimación y esplendor de algo, deslustrarlo y abatirlo.
- **Silencio:** Abstención de hablar. / Falta de ruido.
- **Radio:** Segmento lineal que une un punto cualquiera de la circunferencia o de la superficie de una esfera con su centro.
- **Emisiones:** Programa o conjunto de programas emitidos sin interrupción por radio o televisión”.

REGLAMENTOS AERONÁUTICOS DE COLOMBIA, RAC-1:

- “Aeronave. Toda máquina que puede sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra.

Nota. - Según el artículo 1789 del Código de Comercio: “Se considera aeronave, para los efectos de este Código, todo aparato que maniobre en vuelo, capaz de desplazarse en el espacio y que sea apto para transportar personas o cosas.

- Los aparatos que se sustentan y trasladan mediante el sistema denominado “colchón de aire”, quedan excluidos de las disposiciones de este Libro”.

Nota: Definición modificada según el artículo 1º de la Resolución N.º 01492 del 01 de junio de 2017.

- Aeronave colombiana: Aeronave que ostenta matrícula colombiana al estar válidamente registrada o inscrita en el Registro Aeronáutico Nacional de Colombia, o con matrícula extranjera explotada por una aerolínea colombiana en virtud de un contrato de utilización de aeronave, igualmente inscrito en el registro aeronáutico de Colombia, en concordancia con el artículo 83 Bis del Convenio de Chicago/44.
- Aeronave de Estado: Aeronave destinada a servicios militares, de aduana o de policía, a la cual normalmente no le son aplicables las normas propias de la aviación civil.
- Transporte aéreo. Traslado de personas o cosas efectuado de un origen a un destino, por medio de aeronaves”.

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA – GLOSARIO: AUTORIDAD MARÍTIMA NACIONAL: “Es la entidad que a nombre del Estado ejecuta la política del Gobierno en materia marítima; autoriza, dirige,

coordina, controla y vigila el desarrollo de las actividades marítimas y fluviales de su jurisdicción y determina los requisitos para inscribir, otorgar y renovar las licencias de las personas naturales y jurídicas dedicadas a ella. Actualmente está constituida por la Dirección General Marítima y sus Capitanías de Puerto. **BUQUE:** Buque, barco o embarcación es el nombre que se da a todo vaso flotante que sirve para surcar las aguas”.

Ley 1862 de 2017, conducta del militar colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar.

- “Artículo 3º. Disciplina militar. Es el conjunto de normas de conducta que el militar debe observar en el ejercicio de su carrera, condición esencial para la existencia de las Fuerzas Militares.

Es el factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y **a obedecer lo mandado**, será practicada y exigida en las Fuerzas Militares como regla de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional.

- Artículo 6º. Valores militares. Se constituyen en el conjunto de creencias construidas en forma colectiva que sustentan la organización y actividades que adelantan las Fuerzas Militares. Son valores, entre otros, los siguientes y se entienden así:

10. Obediencia: Cumplir la voluntad de quien manda.

12. Disciplina: Cumplir con las normas y órdenes establecidas, reconociendo la autoridad.

14. Seguridad: Actuar con conciencia del riesgo tomando las medidas necesarias para mitigarlo y cumplir la misión con las menores pérdidas posibles.

- Artículo 7º. Virtudes militares. Constituye virtud militar la disposición para hacer lo que es bueno y aceptado institucionalmente en la carrera de las armas; son entre otras las siguientes y se entenderán así:

1. Prudencia: Discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o apartarse de ello.

- Artículo 9º. La orden militar. Es la manifestación externa del superior con autoridad que se debe obedecer, observar y ejecutar. La orden debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa, concisa y relacionada con el servicio o función.

- Artículo 70. Deberes. Son deberes del militar:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los preceptos contenidos en la Constitución Política, tratados de Derecho Internacional Humanitario y demás ratificados por el Congreso, la ley, los decretos, los reglamentos, la doctrina militar, los manuales de organización y funciones, las decisiones judiciales y administrativas, así como las órdenes superiores emitidas por funcionario competente”.

No existe jurisprudencia de las altas Cortes respecto a este tipo penal.

Artículo 140.

Introducción indebida de materiales inflamables.

El que sin autorización introdujere en un buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública, materias explosivas o inflamables, incurrirá por esta sola conducta en prisión de seis (6) meses a un (1) año, y en prisión de uno (1) a tres (3) años cuando se produzcan daños.

Decreto Ley 2535 de 1993:

- *Explosivos: Artículo 50.- Definición. Se entiende por explosivo, todo cuerpo o mezcla que en determinadas condiciones puede producir rápidamente una gran cantidad de gases con violentos efectos mecánicos o térmicos.*
- *Artículo 52.- Responsabilidad. Toda persona natural o jurídica que adquiera explosivos responde por su correcta y exclusiva utilización para los fines detallados en la solicitud de compra. El comprador se hará acreedor a las sanciones legales a que haya lugar, por uso indebido o destinación diferente que se haga de estos elementos, provenientes de dolo, negligencia o descuido en las medidas de control establecidas.*
- *Artículo 53.- Transporte aéreo. El transporte aéreo de armas, municiones, explosivos y sus accesorios, se efectuará observando las regulaciones del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, o la entidad que haga sus veces de acuerdo con lo estipulado en el Manual de reglamentos aeronáuticos y las demás disposiciones que se dicten sobre el particular.*
- *Artículo 54.- Transporte de explosivos. El transporte de explosivos y sus accesorios dentro del territorio nacional se efectuará de acuerdo con los requisitos que expida el Comando General de las Fuerzas Militares.*

Real Academia Española:

- *Aeronave: Vehículo capaz de navegar por el aire.*
- *Autorización: Acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida.*
- *Buque: Barco de gran tonelaje con cubierta o cubiertas.*
- *Combate: Acción bélica o pelea en que intervienen Fuerzas Militares de alguna importancia.*

- *Explosivo: Que hace o puede hacer explosión.*
- *Inflamable: Que se enciende con facilidad y desprende llamas.*
- *Introducir: Meter o hacer entrar algo en otra cosa.*

Reglamentos aeronáuticos de Colombia, RAC-1:

- *Aeronave. Toda máquina que puede sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra.*
Nota. - Según el artículo 1789 del Código de Comercio: "Se considera aeronave, para los efectos de este Código, todo aparato que manobre en vuelo, capaz de desplazarse en el espacio y que sea apto para transportar personas o cosas.
- *Los aparatos que se sustentan y trasladan mediante el sistema denominado "colchón de aire", quedan excluidos de las disposiciones de este Libro".*

Nota: Definición modificada según el artículo 1º de la Resolución N.º 01492 del 1º de junio de 2017.

- *Aeronave colombiana: Aeronave que ostenta matrícula colombiana al estar válidamente registrada o inscrita en el Registro Aeronáutico Nacional de Colombia, o con matrícula extranjera explotada por una aerolínea colombiana en virtud de un contrato de utilización de aeronave, igualmente inscrito en el registro aeronáutico de Colombia, en concordancia con el artículo 83 Bis del Convenio de Chicago/44.*
- *Aeronave de Estado: Aeronave destinada a servicios militares, de aduana o de policía, a la cual normalmente no le son aplicables las normas propias de la aviación civil.*
- *Transporte aéreo. Traslado de personas o cosas efectuado de un origen a un destino, por medio de aeronaves.*

Artículo 141. Avería o inutilización absoluta de buque, aeronave o carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.

El comandante, oficial de guardia o quien autorizadamente haga sus veces a bordo de buques, aeronaves, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública que les causare grave avería, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Si la avería produce la inutilización en forma absoluta para prestar los servicios a que esté destinado, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.

Nota: Ver otras definiciones en el complemento del artículo 140.

- *Comandante: Piloto al mando, titular de una licencia que lo habilite, expedida por la autoridad aeronáutica, designado por el explotador de la aeronave para pilotarla, respondiendo por su operación y seguridad durante el tiempo de vuelo.*
- *Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC). Conjunto de normas de carácter general y obligatorio, emanadas de la UAEAC a través de su Director General, en ejercicio de facultades que le otorga la ley en tal sentido, que regulan aspectos propios de la aviación civil, en*

concordancia con otras normas nacionales e internacionales sobre la materia y en especial con la Parte Segunda del Libro Quinto del Código de Comercio y con el Convenio de Chicago de 1944 Sobre Aviación Civil Internacional y sus anexos técnicos.

- Transporte aéreo. Traslado de personas o cosas efectuado de un origen a un destino, por medio de aeronaves.

Dirección General Marítima – Glosario:

- **Autoridad Marítima Nacional:** Es la entidad que a nombre del Estado ejecuta la política del Gobierno en materia marítima; autoriza, dirige, coordina, controla y vigila el desarrollo de las actividades marítimas y fluviales de su jurisdicción y determina los requisitos para inscribir, otorgar y renovar las licencias de las personas naturales y jurídicas dedicadas a ella. Actualmente está constituida por la Dirección General Marítima y sus Capitanías de Puerto.
- **Avería:** Daño que recibe la embarcación en cualquiera de sus partes.
- **Buque:** Buque, barco o embarcación es el nombre que se da a todo vaso flotante que sirve para surcar las aguas.

Doctrina material de navío. Tomo IV. Control de averías – Clasificación Fuerzas Militares de Colombia, Armada Nacional Arc Op7-1-4

"[...] -Control de averías: Es el conjunto de normas, procedimientos y actividades para garantizar la seguridad interior de la Unidad. Esta seguridad consiste en la habilidad y destreza para mantener la estanqueidad, estabilidad y flotabilidad del buque, atender la reparación de los daños y proporcionar atención y cuidados al personal herido. Es, por tanto, el conjunto de acciones que emplean técnicas, normas, recursos humanos y materiales, dispuestos todos para prevenir, minimizar, controlar y corregir los daños o averías que se puedan presentar a causa de los accidentes o como consecuencia de un combate. "[.]

"[...] -**Riesgos que dan origen al control de averías:** Existen tres riesgos que le dan origen al control de averías o de daños a bordo:

1. Inundaciones
2. Incendios
3. Daños estructurales.

Hay sucesos que pueden provocar simultáneamente incendios, inundaciones y daños estructurales; siendo necesario el ataque en forma inmediata. Una colisión con otro buque, un impacto de misil o torpedo, o un encallamiento, pueden generar los tres riesgos. "[.]

Doctrina material de navío. Tomo IV. Control de averías – Clasificación de las Fuerzas Militares de Colombia https://www.armada.mil.co/sites/default/files/doctrina_de_material_navial_tomo_iv.pdf

Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, RAC-20

Capítulo I - Definiciones

- **Aeronave.** Toda máquina que puede sustentarse y desplazarse en la atmósfera por reacciones

del aire, que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra y que sea apta para transportar pesos útiles -personas o cosas.

- **Aeronave (tipo de).** Aeronaves de un similar diseño tipo, incluidas todas las modificaciones que se le hayan aplicado, excepto aquellas que provoquen cambios en las características de control o de vuelo.
- **Aeronave civil.** Aeronave que no está destinada a servicios militares, de aduana ni de policía, es decir, que no pertenece a la aviación de Estado.
- **Aeronave civil del Estado.** Aeronave civil explotada por cualquier entidad estatal, siempre que no esté destinada a servicios militares, de aduana o de policía.
- **Aeronave colombiana.** Aeronave que ostenta matrícula colombiana al estar válidamente inscrita en el Registro Aeronáutico Nacional de la República de Colombia, o con matrícula extranjera operada en Colombia por un explotador colombiano, que sea una empresa de servicios aéreos comerciales de transporte público regular, en virtud de un contrato de utilización de aeronave, igualmente inscrito en el Registro Aeronáutico Nacional.
- **Aeronave convencional.** Aeronave más pesada que el aire, propulsada con motor, de ala fija o ala rotatoria, cuyas características la hacen apta para las operaciones de servicios aéreos comerciales y para la aviación general, que es comúnmente empleada en tales operaciones. Este concepto comprende aviones y helicópteros cuyo diseño cuente con un Certificado Tipo, a menos que sean aeronaves livianas (ALS) o experimentales, con certificado de aeronavegabilidad especial ALS o experimental, respectivamente.
- **Las aeronaves convencionales inscritas en el Registro Aeronáutico Nacional de Colombia** ostentan marcas de nacionalidad y matrícula HK.

Nota: Adicionado conforme al artículo séptimo de la Resolución N.º 07283 del 21 de diciembre de 2012.

Publicada en el Diario Oficial N.º 48.658 del 29 de diciembre de 2012.

- **Aeronave no convencional.** Aeronave más pesada, o más ligera que el aire propulsada con motor, sin motor, de ala fija o ala rotatoria, cuyas características la hacen poco apta para las operaciones de servicios aéreos comerciales, por lo que no suele ser empleada comúnmente en tales operaciones. Este concepto comprende planeadores, vehículos aéreos ultralivianos, autogiros,
- **Globos y dirigibles,** independientemente de que su diseño cuente o no con un certificado tipo.
- **Las aeronaves no convencionales inscritas en el Registro Aeronáutico Nacional de Colombia,** deben ostentar marcas de nacionalidad y matrícula HJ.
- **Aeronave de carga.** Toda aeronave distinta de la de pasajeros, que transporta mercancías o bienes tangibles.
- **Aeronave de Estado.** Aeronave destinada a servicios militares, de aduana o de policía, a la cual normalmente no le son aplicables las normas propias de la aviación civil.

- *Aeronave de nacionalidad colombiana. Aeronave que ostenta matrícula colombiana, encontrándose válidamente inscrita en el Registro Aeronáutico Nacional de la república de Colombia.*
- *Aeronave de pasajeros. Toda aeronave que transporte personas, que no sean miembros de la tripulación, empleados del explotador que vuelen por razones de trabajo, representantes autorizados de las autoridades nacionales competentes o acompañantes de algún envío u otra carga.*
- *Aeronave experimental. Aeronave construida para propósitos de investigación y desarrollo, demostraciones de cumplimiento de requisitos de aeronavegabilidad, entrenamiento de tripulantes o recreación, que no cuenta con un certificado tipo, o que, teniéndolo, ha sufrido alteraciones de tal magnitud que requieren la expedición de uno nuevo o de un certificado tipo suplementario, hasta que dicho certificado sea expedido.*
- *Aeronave grande. Aeronave con más de 5.700 Kg. (12.500 lb.) de peso máximo certificado de despegue.*
- *Aeronave pequeña. Aeronave con 5.700 Kg. (12.500 lb.) de peso máximo certificado de despegue, menos.*
- *Aeronave subsónica. Aeronave incapaz de mantener el vuelo horizontal a velocidades iguales o superiores a la del sonido.*
- *Aeronave supersónica. Aeronave capaz de mantener el vuelo horizontal a velocidades que excedan la velocidad del sonido.*

Artículo 142. Avería o inutilización culposa de buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.

El comandante, oficial de guardia o quien autorizadamente haga sus veces, que por culpa realice las conductas descritas en el artículo anterior, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Nota: Ver otras definiciones en el complemento de los artículos 140 y 141.

Artículo 143. Avería o inutilización por otros miembros de la tripulación.

<Artículo corregido por el artículo 2° del Decreto 4733 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Si las conductas a que se refieren los artículos 141 y 142 de este Código son cometidos por otros miembros de la tripulación del buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública, incurrirán en las mismas penas disminuidas hasta en la tercera parte.

Aeronave de carga. Toda aeronave distinta de la de pasajeros, que transporta mercancías o bienes tangibles.

Aeronave de Estado. Aeronave destinada a servicios militares, de aduana o de policía, a la cual normalmente no le son aplicables las normas propias de la aviación civil.

Aeronave de nacionalidad colombiana. Aeronave que ostenta matrícula colombiana, encontrándose válidamente inscrita en el Registro Aeronáutico Nacional de la república de Colombia.

Aeronave de pasajeros. Toda aeronave que transporte personas, que no sean miembros de la tripulación, empleados del explotador que vuelen por razones de trabajo, representantes autorizados de las autoridades nacionales competentes o acompañantes de algún envío u otra carga.

Aeronave experimental. Aeronave construida para propósitos de investigación y desarrollo, demostraciones de cumplimiento de requisitos de aeronavegabilidad, entrenamiento de tripulantes o recreación, que no cuenta con un certificado tipo, o que, teniéndolo, ha sufrido alteraciones de tal magnitud que requieren la expedición de uno nuevo o de un certificado tipo suplementario, hasta que dicho certificado sea expedido.

Aeronave grande. Aeronave con más de 5.700 Kg. (12.500 lb.) de peso máximo certificado de despegue.

Aeronave pequeña. Aeronave con 5.700 Kg. (12.500 lb.) de peso máximo certificado de despegue.

Aeronave subsónica. Aeronave incapaz de mantener el vuelo horizontal a velocidades iguales o superiores a la del sonido.

Aeronave supersónica. Aeronave capaz de mantener el vuelo horizontal a velocidades que excedan la velocidad del sonido.

Doctrina de Material Naval- Tomo II – Clasificación – Fuerzas Militares de Colombia – Armada Nacional – ARC OP7-1-2.

"[...] Buques de guerra ... En complemento, con el fin de establecer una clara diferenciación con relación a la identificación y nomenclatura de los buques mercantes, se adopta la definición contemplada en el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y que expresa: "Se entiende por Buque de Guerra todo buque perteneciente a las Fuerzas Armadas de un Estado, que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un Oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado, cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de Oficiales o su equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas Regulares". "[.]

Doctrina material de navío. Tomo IV. Control de averías – Clasificación – Fuerzas Militares de Colombia, Armada Nacional ARC OP7-1-4.

"[...] -Control de averías: Es el conjunto de normas, procedimientos y actividades para garantizar la seguridad interior de la Unidad. Esta seguridad consiste en la habilidad y destreza para mantener la estanqueidad, estabilidad y flotabilidad del buque, atender la reparación de los daños y proporcionar atención y cuidados al personal herido. Es, por tanto, el conjunto de acciones que emplean técnicas, normas, recursos humanos y materiales, dispuestos todos para prevenir, minimizar, controlar y corregir los daños o averías que se puedan presentar a causa de los accidentes o como consecuencia de un combate. [...].

"[...] -Riesgos que dan origen al control de averías: Existen tres riesgos que le dan origen al control de averías o de daños a bordo:

1. Inundaciones
2. Incendios
3. Daños estructurales.

Hay sucesos que pueden provocar simultáneamente incendios, inundaciones y daños estructurales; siendo necesario el ataque en forma inmediata. Una colisión con otro buque, un impacto de misil o torpedo, o un encallamiento, pueden generar los tres riesgos. [...].

Manual de políticas y normas operacionales (T-MAPNO) Comando Aéreo de Combate N.º 5- Manual FAC 3.1.1-CACOM5-T.

"[...] **G-2** - Normas generales para el personal militar que presta el servicio de vuelo - 1. Definiciones:

"[...]1.2. Tripulación de vuelo: Personal militar Oficial o Suboficial, con cargos autorizados y vigentes en las aeronaves y entrenados en el empleo del Poder Aéreo de acuerdo a la doctrina vigente. [...].

"[...]1.14. Primera alerta: Tripulación en servicio de vuelo disponible y presta a cumplir una misión que se asigne en el tiempo mínimo de reacción para salir a vuelo. [...].

"[...]1.15. Reserva de vuelo: Tripulaciones nombradas de servicio de vuelo con categoría de reserva y serán consideradas como las disponibles de primera mano para servir de tripulación doble o relevo de tripulación en caso de ser necesario por condiciones físicas o mentales de las de primera alerta. [...].

"[...]1.16. Tripulación doble: Es la tripulación que, en caso de ser necesario por el tipo de operación, ocupará la primera reacción por causa y razón de la misma para garantizar la continuidad de la operación. [...].

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-212/94 de DIMAR- Decreto 2324 de 1984

"[...] - Dice el actor que la DIMAR y las Capitanías de Puerto son autoridades administrativas y que, por lo tanto, siempre que el decreto les atribuya funciones propias de los jueces se estarán desconociendo normas de la Constitución del 91. Así agrega cuando el artículo 5º del Decreto

2324 asigna a la DIMAR la función de autorizar el zarpe de naves y artefactos navales a través de las Capitanías de Puerto, está atribuyéndole una determinación propia del funcionario judicial. En efecto explica la negación de zarpe afecta la libertad personal de la tripulación del buque, y no sólo el movimiento de la embarcación. Tratándose de una determinación que incide sobre derechos fundamentales como los de la libertad y la propiedad, debe ser exclusiva de los jueces. Adicionalmente, si la Corte Suprema encontró que el artículo 74 del Decreto 2324 de 1984 era contrario a la Constitución del 86, pues se regulaba lo relativo a medidas cautelares para lo cual no había facultades, y de hecho impidió decretar la negación del zarpe, todos los artículos del Decreto 2324 que impidan el libre movimiento de las embarcaciones y atribuyan su control a una autoridad administrativa son contrarios a la Constitución. [...].

"[...] A juicio del actor, se viola el artículo 24, que consagra el derecho de todo colombiano a entrar y salir libremente del territorio nacional. La limitación a este derecho únicamente puede provenir de decisión de autoridad judicial competente conforme al artículo 28 de la Carta. De hecho, cuando se niega el zarpe de una nave se afecta el derecho de circulación, así como el derecho a la libertad misma pues se obliga a la tripulación del buque a permanecer en un puerto determinado. Esta decisión, por lo tanto, debe tomarla un funcionario judicial, y no uno de la administración encargado de ejecutar la ley. [...] (Sala Plena expediente D-319, Sentencia C-212/94, (28) de abril de (1994). M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL. Delito culposo – La culpa:

"[...] Dentro del desarrollo legislativo sobre la forma de tipificar y punir los delitos culposos, se dio un paso entre la culpa prevista en el Código Penal anterior (Decreto Ley 100 de 1980) y la contemplada en la Ley 599 de 2000, considerándose en la primera que el agente incurría en culpa cuando realizaba el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confiaba en poder evitarlo, mientras que en el texto que ahora rige se acogió, además de la previsibilidad que se le exige al agente, la infracción al deber objetivo de cuidado. Esta nueva visión doctrinaria en materia punitiva adoptada por el legislador y decantada por la jurisprudencia, se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto. Según esa misma decisión, corresponde al operador judicial, al momento de analizar el resultado objeto de análisis, determinar si el comportamiento fue el adecuado para producir el resultado, para el caso, la vulneración del derecho a la vida o a la integridad personal del presunto ofendido.

"Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de

realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico[2]. En segundo lugar,

el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post*". (**Corte Constitucional. Sentencia C-115/08. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008).**)

Artículo 144. Abandono del buque por el comandante.

El comandante que en caso de naufragio abandone el buque en condiciones de flotabilidad y no agotare los recursos para salvar la tripulación, armas, pertrechos, bagajes o caudales del Estado que estén bajo su responsabilidad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Verbo rector

Definición de abandonar

1. tr. Dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo. Han abandonado este edificio.
 2. tr. Dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola.
 3. tr. Dejar un lugar, apartarse de él. Abandonaron el lugar del suceso.
 4. tr. Apoyar, reclinar algo con dejadez. U. m. c. prnl.
 5. tr. Entregar, confiar algo a una persona o cosa. U. m. c. prnl.
- (...)8. prnl. Descuidar las obligaciones o los intereses". (Diccionario de la Real Academia).

Definición de naufragio

1. m. Pérdida o ruina de la embarcación en el mar o en río o lago navegables.
2. m. Pérdida grande; desgracia o desastre.
3. m. Mar. Buque naufragado, cuya situación ofrece peligro para los navegantes". (Diccionario de la Real Academia).

Definición de buque

6. "Barco o buque: Nave con cubierta y superestructura permanente". (**Reglamento marítimo colombiano 1**).
7. "Buque: Todo tipo de embarcaciones de navegación marítima que operen en el medio marino, incluidos los aerodeslizadores, los sumergibles y los artefactos flotante". (**Reglamento marítimo colombiano 5**).
8. "Buque de guerra: v. Barco de guerra. (...) Barco de guerra: Se considera como tal un barco comandado y tripulado por personal militar o militarizado, inscrito en la lista de flota de guerra, y cuya calidad propia está legitimada por signos distintivos adoptados, para estos efectos, por el Estado al que pertenece. Se considera también como barco de guerra el barco mercante transformado en barco de guerra. El barco de guerra no puede combatir sin pabellón o con un pabellón que no sea el de su propia nacionalidad". (**Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados**)
9. "(...) Definiciones

Con el propósito de precisar conceptos, se presentan las siguientes definiciones:

A. Unidades a Flote

Son todas las naves y artefactos navales de cualquier desplazamiento, diseñadas para el combate o para tareas de apoyo logístico y administrativo, las cuales pueden prestar sus servicios en el mar o en los ríos navegables colombianos.

El concepto de Unidades a flote involucra los **buques de guerra**, los submarinos oceánicos y tácticos, las patrulleras y botes patrulleros del Cuerpo de Guardacostas, el **buque-escuela**, los **buques de apoyo** logístico, los remolcadores, los **buques oceanográficos, hidrográficos y balizadores, los diques flotantes**, las embarcaciones de transporte general, los botes administrativos, las lanchas de desembarco, los veleros de entrenamiento, los botes de instrucción, las patrulleras y elementos de combate fluvial, las Unidades de apoyo tipo Nodrizas Fluviales, los aerodeslizadores u "hover craft" y los artefactos navales.

Las llamadas "Unidades auxiliares", definidas como "**buques de guerra con propósitos diferentes a los de combate, al servicio de la Armada Nacional en actividades complementarias**", quedan a partir del momento incluidas en la anterior definición de Unidades a flote; dentro de la cual, queda implícita esta función. Así mismo, la clasificación de Unidades que se presenta en este documento, incluye estas dentro del grupo de "Unidades de Mar Logísticas", como se explica más adelante.

B. Buques de Guerra

En complemento, con el fin de establecer una clara diferenciación con relación a la identificación y nomenclatura de los buques mercantes, se adopta la definición contemplada en el Artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y que expresa: "Se entiende por Buque de Guerra todo buque perteneciente a las Fuerzas Armadas de un Estado, que lleve los signos exteriores distintivos de los **buques de guerra** de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un Oficial debidamente designado por el Gobierno de ese Estado, cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de Oficiales o su equivalente y cuya

dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas Regulares”.

(...) 1.6 Clasificación de unidades

Según su función y labor específica durante su permanencia en servicio activo, las Unidades a flote y aéreas de la Armada Nacional se clasifican de la siguiente manera:

(...) C. Unidades de mar logísticas:

Son las Unidades a flote destinadas a prestar apoyo logístico a las Unidades de mar de combate o cualquier otra unidad. Pueden contar o no con armamento de dotación para su defensa. Pertenecen a esta clasificación el **buque – escuela, los buques logísticos, los buques oceanográficos, hidrográficos y balizadores**, los remolcadores, los diques flotantes, las embarcaciones de transporte general, los botes administrativos, las lanchas de desembarco, los veleros de entrenamiento, los botes de instrucción y los artefactos navales. Negrilla fuera de texto original. **(Doctrina material naval. tomo II).**

10. (...) 4.5.47. Unidades de Apoyo Fluvial

Corresponde a los medios fluviales con capacidad de proporcionar apoyo y servicios a los demás elementos de maniobra en operación. Incluye **buques de guerra**, botes apoyo fluvial, estaciones móviles de apoyo fluvial. Estos medios facilitan el desarrollo de la logística operacional, y prolongan en espacio y tiempo las líneas de operación.

Las unidades a flote que hacen parte de este tipo de elemento de maniobra fluvial (cañoneros, patrulleras de apoyo fluvial pesadas y livianas, lanchas patrulleras de río, remolcadores, **buques de transporte blindado de tropa**, buques de desembarco anfibio, etc., ...), gracias a sus capacidades de movilidad, autonomía, capacidad de carga y poder de fuego deben hacer parte del esquema de maniobra operacional con asignación de tareas tácticas individuales a lo largo del área de operaciones fluviales. Negrilla fuera de texto original. Manual de operaciones fluviales. Cuarta edición – 2018 – (Restringido).

Definición de flotabilidad

Fuerza debida al empuje del agua sobre el volumen sumergido de un cuerpo, opuesto al peso total de este cuerpo.

Definición de tripulación

1. “Personas que van en una embarcación, dedicadas a su maniobra y servicio. (<https://www.dimar.mil.co/glosario>).
2. “f. Conjunto de personas que, en una embarcación, en un tren o en una aeronave, se dedican a su maniobra y servicio”. **(Diccionario de la Real Academia Española).**

Definición de armas

“Armas. Se consideran medios que los Estados suministran a sus fuerzas armadas, a fin de que en un conflicto armado puedan ejercer concretamente la violencia contra el adversario que, en límites justificados por la necesidad militar y no contrarios al honor militar, es lícita en tiempos de guerra”. **(Doctrina táctica de unidades tipo buque multipropósito. Primera edición 2014).**

“Armas. Todos aquellos instrumentos fabricados con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona y es un instrumento, medio o máquina destinada para atacar o defenderse”. **(Doctrina operacional de guardacostas, primera edición. 2014).**

Definición de pertrechos

“Es el conjunto de instrumentos, armas municiones y efectos necesarios para el funcionamiento y navegación normal del buque”. (<https://www.armada.mil.co/es/glosario-naval/pertrechos>)

Definición de bagajes

“3. m. Equipaje militar de un ejército o tropa en marcha”. **(Diccionario de la Real Academia Española).**

Definición de caudales

“Caudal: 3. m. Cantidad de agua que mana o corre”. **(Diccionario de la Real Academia Española).**

Artículo 145. Omisión en naufragio, catástrofe o siniestro.

El comandante que, en naufragio, catástrofe o siniestro, no agote los medios para conservar la disciplina o en caso de salvamento, no embarque a la tripulación y demás ocupantes, en las lanchas, botes o balsas disponibles, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Nota: Ver otras definiciones en el complemento del artículo 144.

Definición catástrofe

“1. f. Suceso que produce gran destrucción o daño”. **(Diccionario de la Real Academia Española).**

Definición de siniestro

“4. m. Suceso que produce un daño o una pérdida material considerables”. **(Diccionario de la Real Academia Española).**

Definición de disciplina

“Artículo 3. Disciplina militar. Es el conjunto de normas de conducta que el militar debe observar

en el ejercicio de su carrera, condición esencial para la existencia de las Fuerzas Militares. Es el factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Militares como regla de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional”. **(Ley 1862 de 2017).**

Definición de salvamento

“Salvamento marítimo. Corresponden a una función pública atribuida a la Armada Nacional que, sin matiz económico o comercial, centra su finalidad en el salvamento de vidas humanas en contraste con el salvamento de objetos”. **(Doctrina operacional de guardacostas. Primera edición 2014. (Reservado).**

Definición de lanchas

“Lancha: Nave sin cubierta principal ni cabinas habitables permanente y con propulsión mecánica”. **(Reglamento Marítimo Colombiano 1).**

Definición de botes

“Barco pequeño generalmente inflable, utilizado por las Unidades para transporte de personal o material a lugares donde sería peligroso llegar con la embarcación”. **(Doctrina táctica de unidades tipo buque multipropósito. Primera edición 2014).**

Definición de balsas

“Balsa salvavidas. Plataforma flotante, que reúne las condiciones para salvaguardar la vida de naufragos por determinado período de tiempo”. **(Doctrina táctica de unidades tipo buque multipropósito. Primera edición 2014).**

Artículo 146. Operación indebida de nave, o aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.

El que sin facultad legal o sin permiso de autoridad competente desatraque lanchas, botes, buques de guerra, o cualquier otra clase de medios de transporte marítimo o fluvial, al servicio de la Fuerza Pública, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

En las mismas sanciones incurrirá el que sin la debida autorización decolare aeronaves u operare carros de combate o medio de transporte colectivo al servicio de la Fuerza Pública.

Nota: Ver otras definiciones en el complemento de los artículos anteriores.

Definición de desatraque

1. tr. Mar. Desasir, separar una embarcación de otra o de la parte en que se atrató. U. t. c. prnl.
2. intr. Mar. Dicho de una nave: Separarse de la costa cuando su proximidad ofrece algún peligro. **(Diccionario de la Real Academia)**

Definición de nave

“Nave. Toda construcción principal o independiente idónea para la navegación y destinada a ella, cualquiera que sea su sistema de propulsión”. **(Doctrina operacional de guardacostas. Primera edición 2014).**

Definición de lanchas

“Lancha: Nave sin cubierta principal ni cabinas habitables permanente y con propulsión mecánica”. **(Reglamento Marítimo Colombiano 1).**

Definición de botes

“Barco pequeño generalmente inflable, utilizado por las Unidades para transporte de personal o material a lugares donde sería peligroso llegar con la embarcación”. **(Doctrina táctica de unidades tipo buque multipropósito. Primera edición 2014).**

Definición de aeronave

“Toda máquina que puede sustentarse y desplazarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra y que sea apta para transportar pesos útiles **(personas o cosas)**”. **(Manual de aviación de la Policía Nacional).**

“1. f. Vehículo capaz de navegar por el aire”. **(Diccionario de la Real Academia).**

Definición de buque ver en complemento de artículos anteriores

Artículo 147. Cambio de derrotero.

El comandante de una organización de tarea naval o comandante subordinado de la misma o de buque, o el comandante de una formación aérea o aeronave, que sin justa causa se aparte del derrotero que expresamente designen las instrucciones del superior, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Si hubiere pérdida o apoderamiento de buques o aeronaves la pena será de tres (3) a seis (6) años de prisión.

Definición de comandante

1. m. y f. Jefe militar de categoría comprendida entre las de capitán y teniente coronel.
2. m. y f. Militar que ejerce el mando en ocasiones determinadas, aunque no tenga el empleo jerárquico de comandante.
3. m. y f. Jefe u oficial de la Armada que manda un buque de guerra.

m. y f. Piloto que tiene el mando de un avión”. **(Diccionario de la Real Academia).**

“Grupo de tarea. Organización Temporal para el desarrollo de operaciones conformada por una o varias Unidades de Tarea, con un comandante nombrado por medio de Orden de Operaciones, quien ejerce el Comando de la Operación de Interdicción Marítima desde el Centro de Comando y Control”.

(...) Unidad de tarea. Organización para el desarrollo de operaciones de interdicción marítima, conformada por uno o varios Elementos de Tarea, con un comandante nombrado por medio de Orden de Operaciones, quien ejerce el Comando de la Operación de Interdicción Marítima a bordo de una de las Unidades de Reacción Rápida que ejecutan el Procedimiento de Interdicción Marítima y mantiene la comunicación permanente con el Comandante del Grupo de Tarea. (Doctrina operacional de guardacostas. Primera edición 2014. (Reservado).

Definición de derrotero

Artículo 148. Omisión de auxilio.

El que sin justa causa omita prestar auxilio pedido por buque, aeronave civil, militar o policial, nacional o de un país amigo, y aún de un país enemigo en los casos en que haya mediado promesa de rendición, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si por falta del auxilio solicitado se perdiere el buque o aeronave militar, policial o mercante con matrícula nacional, la pena se aumentará hasta en la mitad.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La tipificación de la omisión de apoyo dentro del Código Penal no contraviene el bloque constitucional, el fuero penal militar, ni el principio de unidad de materia.

“5.3. El artículo 424 de la Ley 599 de 2000, contenido en el Capítulo de los abusos de autoridad y otras infracciones, perteneciente al Título VIII de los delitos contra la administración pública –por lo que no se trata de un bien jurídico propio del orden militar-, tipifica aquella omisión en la que incurre el agente de la Fuerza Pública que rehúse, o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurriendo en pena de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Se trata entonces de un tipo penal autónomo, aunque un sector de la doctrina nacional asegure que constituye una modalidad del prevaricato por omisión, mientras que otras esferas consideran que se trata de un verdadero abuso de la autoridad funcional, en el cual se impide la eficacia del auxilio requerido en debida forma, poniendo en peligro la administración, al no respaldar el cumplimiento de una solicitud coactiva de quien está legitimado para hacerlo. Nos encontramos ante un delito de los que la doctrina y la jurisprudencia clasifican como de sujeto activo calificado o propio, habida cuenta que se requiere que el infractor posea una calidad especial, para el presente evento ser miembro de la Fuerza Pública, es decir, perteneciente a las fuerzas armadas o a la policía por disposición expresa del artículo 216 superior. Así, el sujeto agente es sancionado cuando rehúsa o indebidamente da un cumplimiento tardío al apoyo, la protección o el auxilio pedidos por una autoridad competente, en la forma establecida en la ley. Pese a que tradicionalmente se planteaba que la designación de omisión que forma parte del nomen iuris del punible no estaba contenida como uno de los “verbos rectores” del tipo, tal aparente vacío ha sido zanjado al entenderse doctrinariamente que la expresión rehusar, aunque en sentido

4. “Derrotero: Publicación descriptiva para el uso del navegante que contiene detallada información de aguas costeras, facilidades de puerto, mares, canales, etc., de un área”. **(Reglamento Marítimo Colombiano 1).**
5. “Libro que contiene una descripción muy detallada de la costa o costas, con frecuentes vistas, así como información de los vientos, corrientes, enfilaciones, peligros, estaciones de salvamento, señales y semáforos y un sinnúmero de datos útiles para la navegación”. **(<https://www.armada.mil.co/es/glosario-naval/derrotero>).**

Nota: Ver otras definiciones en el complemento del artículo 140.

literal corresponde a “no querer o no aceptar algo”, se trata de una verdadera omisión al constituir una evasión a la colaboración requerida. Debe precisarse como en efecto lo hace la doctrina nacional, que la omisión o el retardo en el cumplimiento requieren de ciertas características necesarias para la adecuación del comportamiento a la descripción del tipo, entre otras, como las de ser indebidos, ilegales o arbitrarios, habida cuenta que en aquellos eventos donde el apoyo elevado sea ilegítimo, no provenga de autoridad competente, o no se haya efectuado conforme a la ley, abstenerse a su cumplimiento no estaría sujeto a sanción penal. Igualmente, la calificación de indebida en el caso de la demora al cumplimiento del apoyo requerido, conlleva un elemento normativo que debe tenerse en cuenta al momento de valorar el comportamiento como objeto de reproche penal, toda vez que no todo retardo se presentaría como indebido. El intérprete de la norma deberá valorar las circunstancias fácticas y jurídicas que mediaron hasta el cumplimiento de la orden, al no poderse equiparar el tiempo que tarda en ejecutarse aquella que permite ser cumplida inmediatamente o con gran premura, con la que implique una mayor periodicidad en su ejecución. La formulación de la orden debe obedecer a situaciones relacionadas con el ejercicio del cargo o de la función pública que cumple la autoridad requirente, de lo contrario una solicitud de apoyo que no revista esos rasgos resulta ilegítima, es decir, es imperativo que se cuente con el derecho para solicitar la colaboración. El mismo efecto tendría la orden dirigida a un miembro de la Fuerza Pública que se encuentre en períodos de vacaciones, licencia o descanso, pues quien brinda el apoyo debe tener la competencia para hacerlo. (...) Acorde con estas consideraciones la preceptiva del artículo 424 de la Ley 599 de 2000, no implica una afrenta al fuero penal militar consagrado en la Carta Política, pues, aunque se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado o propio (miembro de la Fuerza Pública), no quiere decir ello que no pueda estar contenido en el Código Penal, o que deba ser condicionada su exequibilidad como

fórmula uno de los ciudadanos intervinientes. El intérprete de la norma debe dar por sentado que las omisiones allí punidas tienen lugar en aquellos eventos en los cuales el miembro de la Fuerza Pública, en labores ajenas a las que constitucionalmente le han sido asignadas (arts. 217 y 218), según el caso, pero investido de tal calidad, omite brindar el apoyo solicitado bajo los presupuestos fácticos y jurídicos allí descritos, de modo que no puede tener cabida la aplicación del artículo 186 del Código Penal Militar, sin que ello implique la total impunidad de esa clase de faltas, como acontecería en el caso de la declaratoria de inexecuibilidad de la norma". **(Corte Constitucional, Sent. C 1184, dic. 3/2008. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Delitos de omisión propia.**

"Se es garante cuando la ley o la constitución imponen el deber de protección de un bien jurídico determinado o han encomendado la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, si ninguna de estas condiciones le ha sido asignada al agente, este no tendrá la posición de garantía al no estar obligado, frente al bien jurídico en peligro, a actuar para evitar su lesión. De otro lado, la doctrina suele distinguir a partir del objeto o contenido de la acción entre delitos de actividad y delitos de resultado. Los primeros, son aquellos en que la sola acción del autor agota el tipo penal. En los segundos, se da una separación entre la acción y la producción del objeto de la acción, en términos de espacio y tiempo. Sin embargo, no es que el delito de mera actividad carezca de resultado, sino que este coincide con el momento de la acción, es inseparable de ella y no produce por consecuencia un efecto exterior. Además, el resultado material debe distinguirse del valorativo de afectación del bien jurídico protegido. En tanto que el resultado material está referido a la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción en el sentido antes indicado, por ejemplo, en el homicidio la muerte de la persona, el daño del bien jurídico está en relación con la acción típica y la conservación del bien protegido en el precepto penal, en este caso la vida. Desde esta perspectiva, el delito de actividad también lesiona o pone en peligro el interés jurídico objeto de protección penal. Por principio general, los delitos de mera actividad son la contrapartida de la omisión propia, mientras que los de resultado lo son respecto de la omisión impropia, aun cuando un sector minoritario de la doctrina sostenga que los primeros pueden admitir esta modalidad". **(CSJ, Sent. Casación N.º 39492, feb. 26/2014. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero).**

ADVERSARIO. Es la parte reconocida como potencialmente hostil a una parte amistosa y contra la cual se puede considerar el uso de la fuerza.

AMENAZA. Es cualquier combinación de actores, entidades o fuerzas que tienen la capacidad y la intención de afectar las fuerzas amigas, los intereses nacionales o la nación.

ENEMIGO. Es la parte identificada como hostil contra la cual se autoriza el uso de la fuerza.

(MFC 1.0 Doctrina Conjunta. Teoría y Fundamentos).

AERONAVE. Toda máquina que puede sustentarse y desplazarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra y que sea apta para transportar pesos útiles **(personas o cosas).**

AERONAVE CIVIL. Aeronave que no está destinada a servicios militares, de aduana ni de policía, es decir, que no pertenece a la aviación de Estado.

AERONAVE COLOMBIANA. Aeronave que ostenta matrícula colombiana al estar válidamente registrada o inscrita en el Registro Aeronáutico Nacional de Colombia, o con matrícula extranjera explotada por una aerolínea colombiana en virtud de un contrato de utilización de aeronave, igualmente inscrito en el registro aeronáutico de Colombia, en concordancia con el artículo 83 Bis del Convenio de Chicago/44. Aeronave civil del Estado.

AERONAVE CIVIL. Explotada por cualquier entidad estatal, siempre que no esté destinada a servicios militares, de aduana o de policía. Aeronave de Estado.

AERONAVE DEL ESTADO. Aeronave destinada a servicios militares, de aduana o de policía, a la cual normalmente no le son aplicables las normas propias de la aviación civil.

(Derecho Aeronáutico Colombiano. Álvaro A. Sequera Duarte. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 1 Edición 2004).

BUQUE. En inglés "Vessel". Buque, barco o embarcación es el nombre que se da a todo vaso flotante que sirve para surcar las aguas.

BUQUE O NAVE. Es toda construcción principal e independiente, idónea para la navegación y destinada a ella, cualquiera que sea su sistema de propulsión.

(Dirección General Marítima. Autoridad Marítima Colombiana. Glosario) (<https://www.dimar.mil.co/glosario>)

RENDICIÓN. Con relación con los conflictos armados: Acto unilateral de militares o de una formación que, durante el combate, manifiestan claramente al adversario la intención de dejar de combatir, levantando los brazos, arrojando las armas, izando una bandera blanca, o mediante cualquier otro modo adecuado. La rendición, que no debe confundirse con la capitulación, siempre tiene el carácter de "a discreción", puesto que no está sujeta a una convención entre las Partes que se enfrentan. En el sentido del derecho internacional, el militar o los miembros de una formación que se rinden se consideran como fuera de combate y no pueden ser objeto de ataques. Simular la rendición es un acto de perfidia que, por lo tanto, está prohibido **(cf. H IV R, art 23; GP I, arts. 37, 41). "Dizionario di diritto internazionale dei conflitti armati" de Verri Pietro (Edizioni speciali della "Rassegna dell'Arma dei Carabinieri", Roma, 1984).**

Artículo 149. Omisión de inutilizar buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública.

El comandante de un buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública que después de haber agotado los recursos para defenderlo o salvar a los tripulantes, no lo inutilice o destruya para impedir que caiga en poder del enemigo, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Ver definiciones artículos anteriores.

Constitución Política de Colombia. Artículo 216:
La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados

a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

Artículo 150. Abandono indebido de tripulación.

El comandante u oficial que, en caso de catástrofe o siniestro, abandonare el buque o aeronave de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional que esté a su mando, dejando la tripulación y demás ocupantes a bordo, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

DOCTRINA: "Políticas Generales de Vuelo-Comando de Operaciones Aéreas – Fuerza Aérea Colombiana".

en las aeronaves y entrenados en el empleo del Poder Aéreo de acuerdo a la doctrina vigente.

1.1. **Piloto al Mando de la Aeronave (PIC- Pilot In Command). Todas las aeronaves tripuladas de la FAC, tendrán siempre un Piloto al Mando de la aeronave. En cualquier condición de vuelo (normal o emergencia) el piloto al mando de la aeronave será el oficial de especialidad piloto, entrenado, capacitado y certificado para la operación de la misma, al que se le haya asignado el cargo de PIL en la aeronave (de acuerdo a lo establecido en el Manual O- MINEV 7.2 C).**

Resolución número 01808 del 3 de mayo de 2019 "por la cual se expide el manual de aviación de la Policía Nacional" hoja 24, capítulo III. Tripulantes de vuelo.

Artículo 112. Tripulante. Persona titular de la correspondiente licencia, autorización o contrato, a quien la institución asigna deberes, tareas o responsabilidades que ha de cumplir a bordo durante el tiempo de vuelo de la aeronave.

1.1.1. El mando de las aeronaves remotamente tripuladas corresponderá a un oficial de especialidad piloto o de aeronaves remotamente tripuladas que ejerza el cargo o las funciones de Comandante de Misión.

Artículo 113. Tripulación de vuelo. Se define como tripulación al grupo de personas entrenadas y calificadas, cumpliendo tareas específicas a bordo para la operación de una aeronave determinada y de los equipos requeridos para el cumplimiento de una misión específica enmarcada en la seguridad operacional.

11.13.19 Tripulación: Grupo de personas que trabajan bajo una estructura jerarquizada, cumpliendo tareas específicas para operar una aeronave y cumplir la misión asignada de acuerdo a una orden de vuelo.

Resolución número 01808 del 3 de mayo de 2019 "por la cual se expide el Manual de aviación de la Policía Nacional" hoja 77.

15.4 Aeronave: Toda máquina que puede sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra.

Tripulación: Es aquella que, de acuerdo al certificado tipo, está integrada por un piloto y un copiloto y cuando se requiera un técnico y un maestro de carga.

Manual de Políticas y Normas Operacionales (T-MAPNO). Segunda Edición 2017.

Aeronave: Toda máquina que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra superficie de la tierra.

G-S- Normas generales para el personal militar que presta el servicio de vuelo.

Aeronave no tripulada. Aeronave destinada a volar sin piloto a bordo.

1. Definiciones...

2. Tripulación de Vuelo: Personal Militar Oficial o Suboficial, con cargos autorizados y vigentes

Aeronave remotamente tripulada. Aeronave que no lleva a bordo un piloto a los mandos.

Artículo 151. Ocultamiento de avería.

El que ocultare avería que afectare la operabilidad del buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Si el autor de la conducta fuere el comandante del mismo, la pena se aumentará hasta en la mitad.

Nota: Ver otras definiciones en el complemento del artículos anteriores.

Clasificación y empleo de los vehículos del Ejército Nacional.

Clasificación. Los vehículos del Ejército Nacional se clasifican en:

A. Tácticos

Son todos aquellos vehículos para empleo táctico, los cuales cuentan con características técnicas especiales necesarias para su funcionamiento en condiciones extremas propias de la misión militar que deben cumplir y la responsabilidad en el control de su empleo recae de manera directa en los Comandantes de Unidad Táctica.

1. Ligeros
2. Livianos
3. Medianos
4. Pesados

B. Utilidad general o NO tácticos

Son los vehículos de línea comercial asignados a las Unidades y están bajo el control directo de los Ejecutivos y Segundos comandantes de las mismas para el cumplimiento de los diferentes requerimientos del servicio, estos vehículos se clasifican en:

1. Transporte de personal
2. Transporte de carga
3. Utilitarios.

(Directiva permanente 195/2017. Proceso de operaciones logísticas del Ejército).

Artículo 152. Abandono de escolta.

El que estando encargado de la escolta de un buque, aeronave o convoy la abandone sin justa causa, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

Escolta de buque. Servicio especial de asistencia al buque que incluye el gobierno (cambios de rumbo), disminución de velocidad o parada y demás formas de controlar el buque asistido por medio de la fuerza hidrodinámica que aplica el casco del remolcador escolta a través de la línea de remolque asegurada en posición de crujía en popa del buque asistido. El servicio de escolta puede ser extensivo para la navegación por canales y zonas restringidas de naves con capacidad de maniobra limitada por UKC. (Definición aplicable para los efectos de la Resolución 685 de 2018). Nota. La definición aquí plasmada emana del Anexo A de la resolución en mención. (Reglamento Marítimo Colombiano).

Aeronave Escolta: Se considera como aeronaves escolta, toda aeronave perteneciente a la Fuerza Aérea Colombiana, armada, equipada y dispuesta para asegurar las inmediaciones del aeropuerto durante la condición Shepherd One.

(Aeronautica Civil. Aplicación del Protocolo Shepherd One.

Convoy. Agrupación de buques que navegan dirigidos por un mando común y normalmente custodiados por buques de guerra. (<https://www.dimar.mil.co/glosario>)

APUNTES DE DERECHO COMPARADO.

Convoy. Conjunto, reunión o acompañamiento de naves marchantes escoltadas, por otras de guerra. Abandonar o desamparar el convoy, separarse de este los bajeles de guerra en el caso forzoso de encuentro de enemigos muy superiores. También suelen separarse y abandonar el convoy alguno o algunos de los buques mercantes que lo componen a pesar a pesar de las ordenes e instrucciones que han recibido sus capitanes para conservarse unidos. (Diccionario Marítimo Español. Página 177. Autor. Timoteo O´scanlan).

Artículo 153. Inducción en error al comandante.

El encargado de la derrota o navegador u operador de telecomunicaciones de un buque de la Fuerza Pública, que induzca en error al comandante, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Si las conductas se producen por culpa, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión.

Sujeto activo:

“El encargado”: Sujeto activo calificado, debe tener la responsabilidad de la derrota, o ser navegador u operador de telecomunicaciones.

Ingredientes normativos del tipo:

Derrota

“- Navegación que debe hacerse y la que en efecto se hace para ir de un punto a otro teniendo para ello que seguir uno o varios rumbos. Rumbo.

- Trayectoria descrita por una embarcación”. (<https://www.dimar.mil.co/glosario>)

“Capítulo II - Procedimientos y buenas prácticas en la navegación- 1. Antes del inicio de la navegación - 1.25. Trazar la derrota y estudiarla detalladamente, consultando las cartas, derroteros, lista de luces y faros, tablas de distancias y pilot chart. Las derrotas deberán estar trazadas dejando clara la costa y los

peligros a la navegación a por lo menos 5 Mn de distancia cuando sea posible”. (...) “4. Durante la navegación en alta mar 4.1. Tener siempre a mano la carta general estratégica del área donde se navega, con la derrota trazada y las posiciones estimadas de la Unidad de acuerdo con el itinerario establecido”. (Doctrina de Navegación para Unidades de Superficie Marítimas de la Armada Nacional – Primera edición, 2016).

Navegante:

“Capítulo II - Procedimientos y buenas prácticas en la navegación- 2. Al salir de puerto: 2.10.1. Navegante: a. Graficar y rotular las líneas y círculos de posición y obtener la posición de la Unidad; b. Calcular la deriva y abatimiento desde las posiciones estimadas hasta la posición obtenida; c. Borrar las posiciones estimadas y graficar dos posiciones más; d. Evaluar la posición y entregar recomendación al Oficial navegante”. (Doctrina de Navegación para Unidades de Superficie Marítimas de la Armada Nacional. Primera edición, 2016).

“Capítulo II - Procedimientos y buenas prácticas en la navegación- 1. antes del inicio de la navegación - 2.7. “El Navegante debe ser escrupulosamente honesto y no tratar jamás que sus errores pasen inadvertidos. Puede que ante el Comandante pase claro, pero no ante los peligros a la navegación”. (Doctrina de Navegación para Unidades de Superficie Marítimas de la Armada Nacional – Primera edición, 2016).

Operador de telecomunicaciones

“14. Operador de Radiocomunicaciones: Oficial, apto para desempeñarse como Oficial de Comunicaciones a bordo de buques con equipos modernos de radiocomunicaciones y radionavegación”. (Decreto número 1597 de 1988).

Nota: Ver otras definiciones en el complemento de los artículos anteriores.

Inducir en error

“El error inducido se presenta cuando la autoridad judicial es víctima de factores externos al

proceso que lo determinan o influyen a tomar determinada decisión que resulta contraria a derecho o a la realidad fáctica del caso”. (Corte Constitucional, sentencia T-145/14, marzo 13 de 2014, Bogotá, D. C.).

“...no sólo incluye el verbo rector “inducir”, sino que este se encuentra complementado por la expresión “error”, de forma que el delito no queda supeditado a un simple equívoco del juez, sino que el yerro debe ser ocasionado por la conducta del imputado”. (Corte Constitucional, sentencia C-1164/00, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, 6 de septiembre 2000).

Comandante de buque

“Mil. Jefe u oficial de la Armada que manda un buque de guerra”.

“Comandante de aeronave militar, comandante del Mando de Operaciones”. (Española, Real Academia. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2017).

Artículo 154. Indicación de dirección diferente.

El que, prestando servicios de oficial de guardia en el puente, de práctico, navegante, piloto u operador de telecomunicaciones de buque o aeronave de la Fuerza Pública, indique una dirección distinta de la que debe seguir con arreglo a las instrucciones del comandante, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Si a consecuencia de la conducta anterior sobreviene perjuicio a la expedición o a las operaciones, la pena se aumentará hasta la mitad.

Si las conductas se producen por culpa, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión.

“3142 Capitanes, oficiales de cubierta y prácticos. Los capitanes, oficiales de cubierta y los prácticos asumen el mando y dirigen la navegación de buques y embarcaciones similares o desempeñan funciones similares en tierra.

Sus tareas incluyen las siguientes:

- a) Asumir el mando y dirigir la navegación de buques o embarcaciones similares en el mar o en vías navegables interiores;
- b) controlar y participar en las operaciones en cubierta y de guardia en el puente de mando;
- c) conducir los barcos en la entrada o salida de los puertos y en su paso por canales, estrechos y otras aguas donde se requieran conocimientos especiales;
- d) asegurar la carga y descarga en condiciones de seguridad de las mercancías y la observancia de las normas, reglamentos y procedimientos de seguridad por la tripulación y los pasajeros;
- e) efectuar el control técnico del mantenimiento y reparación de buques para asegurar que se cumplan las especificaciones, normas y reglamentos pertinentes;
- f) aplicar conocimientos técnicos de los principios y prácticas relativos al funcionamiento y navegación de los buques para identificar y resolver los problemas que surjan en el curso de su trabajo;
- g) encargar los pertrechos y provisiones necesarios, contratar a la tripulación y llevar un registro de las operaciones;

h) desempeñar tareas afines;

i) supervisar a otros trabajadores.

Entre las ocupaciones comprendidas en este grupo primario figuran las siguientes:

Capitán, barco

Oficial, navegación

Patrón, yate”.

(Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones “CIUO”).

OFICIAL DE GUARDIA EN EL PUENTE

“Oficial de Puente Oficial de cubierta, apto para desempeñarse como Oficial de Guardia en el puente, en navegación oceánica o regional, según su categoría”. (Decreto Número 1597 de 1988).

PRÁCTICO

“El piloto u hombre de mar experimentado que de las nociones teóricas del pilotage solo tiene las precisas para navegar o dirigir una embarcación a la vista e intermediación de una costa, guiándose únicamente por el conocimiento práctico que ha adquirido de sus puntas, calas, ensenadas &c; y se llama práctico de costa. Otro hombre de mar, de circunstancias semejantes, que en casi todos los puertos se halla destinado a las órdenes de los capitanes de estos, para pilotear las embarcaciones que entran, salen o se enmiendan en ellos. Su número en cada uno

está determinado por reglamento y en algunos de los principales, como el de Cádiz, hay el llamado práctico mayor, que es el más antiguo. Denominase práctico de puerto, y en ambas acepciones se decía antiguamente leman, y aún se conserva esta de nominación en alguna parte de la costa de Cantabria. || Pedir práctico: fr. V. Bandera, para este caso”. **(De Navarrete, Martín Fernández. Diccionario marítimo español. Imprenta Real, 1831).**

NAVEGANTE:

a) Responde ante el JDO por la navegación segura de la Unidad, valiéndose de todos los recursos disponibles. b) Reporta al maniobrista la posición de la Unidad durante el tránsito del canal cada dos (02) minutos con el objeto de determinar la exactitud de la navegación, según el siguiente formato: “Posición para el minuto __, Unidad navegando en el centro del canal (o caída xx __ yardas al costado de ____ (babor/estribor) del centro del canal), se recomienda mantener rumbo __ (el rumbo que se gobierna), o gobernar rumbo __. Distancia al próximo punto de viraje (al final del canal, se da distancia a la boya de mar) __ yardas en __ minutos, velocidad de avance __ nudos, próximo rumbo a gobernar __. Aguas bajas por el costado de __ estribor/babor a __ yardas. Pasando a la altura de la boya número __ por el costado de __ estribor/babor. Profundidad por ecosonda __ correlaciona (o no) con la carta.” c) Reporta al maniobrista cuando la Unidad se encuentre en el punto de viraje de la siguiente manera: Unidad en el punto de viraje, próximo rumbo a gobernar __. d) Si no hay correlación de la posición con otra estación de navegación secundaria, efectúa el siguiente reporte: Posición para el minuto __, no hay correlación. Si no hay correlación en dos posiciones consecutivas, recomienda al maniobrista parar máquinas, para verificar posición. e) Utilizar la carta de punto menor para navegación de altura para información de rumbos y distancias. f) Tener disponible la información de la derrota, cartas de punto mayor y punto menor, carta electrónica, tabla de mareas, reporte meteorológico y ayudas a la navegación. g) Seguir la derrota establecida en la carta de navegación, manteniendo posicionada la Unidad en forma clara en el canal. h) Verifica el correcto funcionamiento de las luces de navegación de acuerdo con la reglamentación marítima vigente. i) Tiene disponible en el puente los datos de mareas, corrientes y la información meteorológica necesaria. j) Mantiene actualizado el centro del canal, conforme a los cambios que se presenten k) Grafica la posición del buque por medios visuales o electrónicos y recomienda rumbo para mantener la Unidad dentro del canal. l) Mantiene la estima, proyectando las siguientes dos posiciones, para establecer el avance y la deriva; se aplica la regla de los tres minutos. m) Reporta al oficial de navegación, cuando la Unidad se encuentra en los puntos de viraje. n) Verifica correlación de la profundidad entre la ecosonda, sondaleza y la carta de navegación. o) Ordena a los marcadores los puntos a marcar y el instante en el cual se efectúa. p) Recibe los reportes de los marcadores y efectúa la graficación de la posición en la carta de navegación. (Doctrina Táctica de unidades tipo buque multipropósito. Primera edición, 2014).

PILOTO

“Piloto práctico. Es la persona experta en el conocimiento de las condiciones meteorológicas,

oceanográficas e hidrográficas de la jurisdicción de una capitanía de puerto marítima o fluvial específica, de la reglamentación internacional para prevenir abordajes, de las ayudas a la navegación circundantes y capacitada para atender las consultas de los capitanes de los buques, atender el entrenamiento de los aspirantes a piloto práctico y de los pilotos prácticos por cambio de categoría y/o de jurisdicción, el cual debe estar acreditado con la licencia que expide la Autoridad Marítima Nacional, en la categoría correspondiente”. (Ley 658 de 2001 – Artículo 2°).

“Clases de pilotos. Existen dos clases de pilotos: 1. Piloto práctico oficial. Es el Oficial de la Armada Nacional en servicio activo del Cuerpo Ejecutivo de las especialidades de superficie o submarinos en el grado mínimo de Teniente de Navío, con licencia de piloto práctico expedida por la Autoridad Marítima Nacional, quien podrá prestar el servicio público de practicaje marítimo exclusivamente en los casos previstos en el artículo 31 de la presente ley. 2. Piloto práctico particular. Es el Oficial de la Armada Nacional en uso de retiro del Cuerpo Ejecutivo de las especialidades de superficie o submarinos, o el Oficial de Puente de Altura Categoría A o su equivalente, o el particular con conocimientos y práctica en navegación y maniobras de practicaje, licenciado por la Autoridad Marítima Nacional”. (Ley 658 de 2001– Artículo 11°).

“Obligaciones del piloto práctico. Los pilotos prácticos debidamente licenciados por la Autoridad Marítima Nacional, cumplirán las siguientes obligaciones: 1. Desarrollar la actividad marítima de practicaje en la jurisdicción específica de una Capitanía de Puerto que le autorice la Autoridad Marítima Nacional, observando que se garantice la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las embarcaciones, de su carga y de las instalaciones portuarias, así como la protección del medio marino. 2. Informar por escrito, oportuna y detalladamente a la Capitanía de Puerto sobre: a) Toda violación a la Legislación Marítima colombiana e Internacional por parte del Capitán o la tripulación del buque; b) Cualquier accidente o siniestro marítimo del que tenga conocimiento; c) Causales de cancelación de la maniobra de practicaje; d) Actos que atenten contra la soberanía y la seguridad nacional. 3. Cumplir la presente ley, la legislación marítima vigente y las normas técnicas inherente a su actividad. 4. Informar al Capitán de la nave los posibles riesgos que puedan presentarse durante le maniobra. 5. Acatar las disposiciones de la Autoridad Marítima Nacional, así como las instrucciones y/o recomendaciones del Capitán de Puerto o de su representante en lo referente a la actividad marítima de practicaje. 6. Atender como experto reconocido, el entrenamiento y las consultas que le efectúe el aspirante a piloto práctico y el piloto práctico para cambio de categoría y/o de jurisdicción en desarrollo del entrenamiento de practicaje previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el efecto. 7. No obstaculizar, impedir o negarse a realizar el entrenamiento de practicaje, y/o la práctica del examen de competencia en maniobras de practicaje. 8. Reportar a la Capitanía de Puerto las fallas o daños a las ayudas a la navegación. 9. Comunicar a la Estación de Control de Tráfico Marítimo Local, a la Capitanía de Puerto y al terminal portuario respectivo, por los canales VHF marino autorizados, el inicio y término de la

maniobra o cualquier tipo de emergencia” (**Ley 658 de 2001– Artículo 15**).

OPERADOR DE TELECOMUNICACIONES

“3132 Operadores de equipos de radiodifusión, televisión y telecomunicaciones.

Los operadores de equipos de radiodifusión, televisión y telecomunicaciones controlan y aseguran el funcionamiento técnico de los equipos de transmisión directa o diferida de emisiones radiotelevisivas audiovisuales, y de otros tipos de señales de telecomunicación en tierra y a bordo de buques o de aeronaves.

Sus tareas incluyen las siguientes:

- Efectuar y asegurar el control técnico y el funcionamiento de sistemas de difusión y transmisión, inclusive por satélite, de programas de radio y televisión;
- efectuar y asegurar el control técnico y el funcionamiento de sistemas de comunicación por radio, de servicios por satélite y de sistemas multiplex, en tierra y a bordo de buques y aeronaves;
- efectuar y asegurar el control y el funcionamiento técnico de equipos de proyección cinematográfica;

d) aplicar los conocimientos técnicos de los principios y prácticas de los equipos de radiodifusión y televisión, de los terminales de telecomunicación y de los sistemas de transmisión para identificar y resolver los problemas que surjan en el curso de su trabajo y para mantener en buenas condiciones tales equipos;

- Llevar registros de las operaciones;
- desempeñar tareas afines;
- supervisar a otros trabajadores.

Entre las ocupaciones comprendidas en este grupo primario figuran las siguientes:

Operador, telecomunicaciones
Operador, transmisores/radio
Operador, transmisores/televisión

Entre las ocupaciones afines, clasificadas en otra parte, figuran las siguientes:

Mecánico-electronicista – 7243.

Técnico, telecomunicaciones–3114”. (**Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones “CIUO”**).

Nota: Ver otras definiciones en el complemento de los artículos anteriores.

TÍTULO VI DELITOS CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL CAPÍTULO I DE LA DEVASTACIÓN

Artículo 155. Devastación.

El que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

JURISPRUDENCIA. **Corte Constitucional. Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-709/02.**

“Teniendo presente lo anterior, resulta inadmisibles que se considere que el legislador está en absoluta libertad para establecer, merced al régimen punitivo y del tratamiento brindado al imputado, que ciertos bienes jurídicos –como el servicio y la disciplina– son de mayor relevancia que la devastación u otros delitos contra la población civil, cuando su conducta, en especial el caso de la devastación, implican un absoluto abandono del deber de humanizar la guerra. No se comprende, dentro del sistema de valores de la Constitución, que se desestimule (imponiendo como única medida de aseguramiento la detención preventiva, como lo señala la mayoría) la realización de hechos punibles contra la disciplina y el servicio, como la desertión que tiene pena de arresto de 6 meses a 2 años y no se desestimule (debido a la posibilidad de la no detención preventiva) a quienes por ejemplo, sin justa causa, ataquen a la población en la más absoluta indefensión en “hospitales o asilos de beneficencia señalados con signos convencionales”, que tiene como pena prisión

de 1 a 8 años. O bien el tratamiento punitivo a la devastación se convierte en un patrón de comparación –en los términos indicados antes–, o se acepta la alteración del orden constitucional. Se podría sostener que el análisis es equivocado, por cuanto la Corte se enfrenta a una eventual omisión consistente en que el legislador no advirtió que tenía el deber de establecer un régimen severo frente a la devastación u otros delitos contra la población civil. Este argumento puede resultar válido si la Corte Constitucional fuese legislador. Puede resultar conveniente que se hubiera adoptado un régimen severo en la materia. Pero a la Corte Constitucional no le compete imponer restricciones más gravosas de los derechos fundamentales de los que ha impuesto el legislador... Con base en lo anterior, puede concluirse que existe un trato desigual por lo siguiente: conductas de mayor entidad, como la devastación (Art. 174 C.J.P. m.), que atentan contra valores fundamentales de la Carta, no admiten la detención preventiva, mientras que conductas de menor relevancia sí... (...) El artículo 174 de la Ley 522 de 1999 establece que la devastación se sancionará con pena de 1 a 8 años de prisión. Ello implica que una conducta que repugna al orden constitucional amerita, en concepto del legislador, la medida de seguridad

consistente en caución (Ley 522 de 1999 art. 527). ¿Cómo puede explicarse entonces que el mismo legislador considere que una conducta (como cualquiera de aquellas que afectan la disciplina y el servicio y que tienen penas inferiores –pues, en ningún caso alcanzan los 8 años de prisión y en no pocas ocasiones, la pena mínima imponible es el arresto de 6 meses), igualmente reprochable, pero que no altera de manera grosera el orden constitucional, únicamente admita la medida de seguridad de detención preventiva? Claramente, no existe relación de proporcionalidad entre la estructura punitiva y el régimen cautelar. **Corte Const. Rad. C-709/2002, Eduardo Montealegre Lynett, tres (3) de septiembre de 2002.**

ELEMENTOS NORMATIVOS

I. SIGNOS CONVENCIONALES

1. Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra. Capítulo III – Bienes de carácter civil. Artículo 52 – Protección general de los bienes de carácter civil

1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.
2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.
3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.

II. UTILIDAD PÚBLICA

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil Bienes Inmuebles – Entidades competentes para declararlos como utilidad pública o interés social y adquirirlos / Declaración de utilidad pública de bienes inmuebles – Competencia de la nación. Ministerio de Cultura es competente / Utilidad pública de bienes inmuebles – Competencia de la nación para hacer la declaración / Ministerio de Cultura – Competencia para declarar bienes inmuebles como de utilidad pública y adquirirlos por cualquier causal legal / Bien inmueble – Marco legal para que entidad pública lo adquiera por utilidad pública Las entidades competentes, entre las que se encuentra la Nación, como persona jurídica, y por tanto, la nación – Ministerio de Cultura, pueden adquirir bienes inmuebles mediante enajenación voluntaria o expropiación, por los motivos de utilidad pública enunciados en el citado artículo 10, que lógicamente estén dentro de la órbita de su competencia. Esta facultad legal de carácter general cobija a todos los ministerios y demás organismos allí enumerados y no fue restringida para el Ministerio de Cultura por la Ley 397 de

1997. (...) Como se observa, el párrafo 4º del artículo 22 de la ley 397 menciona únicamente los literales c) y f) del artículo 10 de la Ley 9ª de 1989, situación que podría interpretarse como una limitante para el Ministerio de Cultura en la utilización de las demás causales de declaratoria de interés público. Sin embargo, la Sala encuentra que la mención específica a esos literales no tiene la virtud de restringir la competencia del Ministerio para declarar los motivos de utilidad pública solamente a dichos literales excluyendo los demás y en especial el literal h) relativo a la preservación del patrimonio cultural nacional y territorial, por las siguientes razones: 1ª) La Ley 397 del 7 de agosto de 1997 ciertamente es especial y posterior a la Ley 388 del 18 de julio de 1997 que reformó la ley 9ª de 1989, como quedó dicho, pero no deroga ésta última en cuanto a los motivos de utilidad pública para la adquisición de bienes inmuebles por enajenación voluntaria o expropiación por parte del Ministerio de Cultura, y específicamente no deroga el literal h) del actual artículo 10 de la Ley 9ª de 1989. (...) 2ª) De otra parte y para abundar en razones, la Sala realizó el estudio detallado del trámite legislativo de los proyectos que se convirtieron en las Leyes 388 y 397 de 1997, para buscar si la intención del legislador al dictar la Ley 397 fue la de excluir la competencia del Ministerio de la Cultura para declarar la utilidad pública cuando se trate de preservar el patrimonio Cultural y encontró que dicha intención restrictiva no aparece en la historia de la Ley 397 y que fue por un cambio en el orden de los literales que se omitió citar el literal h) en el párrafo 4º del artículo 22 de la Ley 397. (...) Por todo lo anterior, es claro entonces, que el artículo 10 de la Ley 9ª de 1989, modificado por el 58 de la Ley 388 de 1997, confiere competencia a los ministerios, entre ellos el de Cultura, y a otras entidades públicas, para declarar los motivos de utilidad pública para la adquisición y expropiación de inmuebles. Obviamente dicha competencia deberá ejercerse siempre y cuando se encuentren enmarcados dentro de sus funciones. Por tanto, el ministerio puede dar aplicación a cualquiera de los literales y en especial, el literal h) relativo a la preservación del patrimonio cultural nacional, el literal c) sobre proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos para infraestructura cultural, y el literal f) en cuanto alude a proyectos de deportes, una de las actividades que claramente está dentro de sus atribuciones. En síntesis, si el Ministerio de Cultura desea adquirir un inmueble por motivos de utilidad pública, la legislación aplicable es la contenida en los artículos 10 y siguientes de la Ley 9ª de 1989, modificada y adicionada por la Ley 388 de 1997, y el párrafo 4º del artículo 22 de la Ley 397 de 1997. Fuente formal: Ley 397 de 1997 – Artículo 22 / Ley 388 de 1997 – Artículo 58 / Ley 388 de 1997 – Artículo 59. Sala de Consulta y Servicio Civil. M. P. Gustavo Aponte Santos, dieciséis (16) de julio de dos mil nueve (2009).

III. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

DESTRUIR

1. Reducir a pedazos o a cenizas algo material, u ocasionarle un grave daño.
2. Deshacer o inutilizar algo no material.

CAPÍTULO II DEL SAQUEO Y LA REQUISICIÓN

Artículo 156. Saqueo.

Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años.

JURISPRUDENCIA. **Tribunal Superior Militar y Policial. Definición de saqueo.**

“Cabe aclarar que el saqueo, según el manual de derecho Español de Solvio Ranieri, catedrático de la Universidad de Bolonia, consiste en la depredación voluntaria de bienes que repercute no solo en la propiedad, sino en el orden público, por la inseguridad y alarma social que genera, infracción proscrita también en el derecho internacional humanitario, que protege el patrimonio económico de la población civil ajena al conflictos armados, a través del artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y del protocolo ii adicional de 1977”. (TSM. Rad. 153346-7596-511-EJC, M. P. CO(r) Margarita Rosa Zuluaga Sánchez, veintinueve (29) de junio de dos mil siete (2007).

JURISPRUDENCIA. **Tribunal Superior Militar y Policial. El saqueo en las operaciones fluviales.**

“Conocido es, que la gran mayoría de los tipos propios militares contienen ingredientes normativos que no se hallan definidos en dicha codificación, haciéndose necesario para determinar su contenido y alcance acudir en la mayoría de los casos a los reglamentos de la Fuerza Pública en donde aparecen desarrollados, y en el caso que nos ocupa, es de vital importancia el “Manual de Operaciones Fluviales”²⁴⁸ que condensa tanto la doctrina básica como el planeamiento y ejecución de dichas operaciones, el cual es claro en señalar en el capítulo I.2, que “Las operaciones fluviales son aquellas que se conducen en un área fluvial para obtener y/o mantener el control de un sistema de vías fluviales y áreas terrestres aledañas o para su uso al enemigo. En estas operaciones se combinan las características de las operaciones navales, terrestres y aéreas, las cuales requieren el empleo de tácticas, técnicas, organización y particularmente equipo adecuado a la naturaleza del área fluvial” Además, establece el citado reglamento en el numeral 05 que existen dos tipos de operaciones fluviales, la de **asalto fluvial**, y de interdicción, vigilancia y seguridad, y señala que la primera “es una **operación de combate** caracterizada por la fuerza que se emplea para alcanzar objetivos específicos y propósitos definidos. Esta operación emplea Unidades Fluviales y de infantería de Marina (y/o Ejército) para obtener uno o más de los siguientes objetivos:

- 1) Establecer control en las líneas de comunicación fluviales.
- 2) Establecer control de áreas terrestres y/o población y recursos.
- 3) Localizar y destruir fuerzas enemigas, instalaciones y abastecimientos.
- 4) Capturar y asegurar un área para una base de apoyo de combate”.

Acorde con lo anterior, y estando claro que el asalto fluvial es una operación de combate, se advierte que el propio impugnante sin pretenderlo, en el escrito contentivo de la alzada es quien destaca que efectivamente su defendido al momento de la comisión del hecho imputado se hallaba en una operación de combate, en cuanto afirma que la orden de operaciones N.º 031/CBAFLIM-70-S del 19 de marzo de 2007, dispuso claramente una **operación de asalto fluvial**, en el área general del río La Tola, Tapaje, parte alta municipio La Tola, con el objetivo de realizar operaciones de registro y control de área”. (TSM. RAD. 154270 M. P. Mayor Jacqueline Rubio Barrera, treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007).

JURISPRUDENCIA. **Tribunal Superior Militar y Policial. El saqueo y la pluralidad de sujetos activos.**

“Inicialmente se advierte que le asiste razón al Juez de Instancia cuando expresa que respecto al delito por el cual se acusó al procesado, constituye error en la denominación jurídica en la respectiva acusación, aunque aclarándose que se equivoca cuando considera que el sujeto activo de la infracción debe ser “plural”, puesto que lo predicable es que en la comisión de la ilicitud haya intervenido un número plural de personas, lo que a su vez es distinta a la responsabilidad penal que puede predicarse, que puede ser respecto a una o varias personas, cualquiera que sea la conducta punible. Recuérdese que el artículo 175 del Código Penal Militar expresa lo siguiente: “Saqueo: Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán en prisión de 2 a 6 años”. Como se puede apreciar, se trata de una infracción que requiere la pluralidad de agentes, pues la norma refiere a aquellas personas o grupos de personas que, en desarrollo de operación de combate, incurran en un apoderamiento indebido de bienes muebles; esto es, debe haber mediado comunicación entre los integrantes de una patrulla, de una compañía, de un elemento de combate fluvial, etc., que actúen aprovechando las circunstancias de la ejecución de una operación militar. Esa disposición del Código Penal Militar es la única que prevé un

248 Manual de operaciones fluviales, Armada Nacional de Colombia, 2002.

número plural de agentes para su comisión, pues las otras normas (artículos 112 a 194) se expresan así: “El que”, “El oficial o suboficial”, “El personal”, “El Soldado voluntario o profesional”, “Quien estando incorporado al servicio militar”, “El centinela”, “El miembro de la Fuerza Pública”, “El responsable”, “El integrante”, “El patrón de embarcación menor”, “El Comandante, oficial de guardia o quien autorizadamente haga sus veces”, “El encargado de la derrota o navegador u operador de telecomunicaciones”, o “El personal”. Sobre este último, debe aclararse que cuando el artículo 117 se refiere al delito de desobediencia de reservistas, al consagrar como sujeto activo “El personal que haya prestado el servicio militar obligatorio y este en situación de reserva”, no significa que igualmente se considere una pluralidad de agentes, pues la ilicitud puede ser cometida por cualquier persona que habiendo prestado el servicio militar obligatorio se encuentre en situación de reserva; así lo que lo que se observa es una desafortunada redacción de la norma. Ahora, qué ocurre en la Ley 599 del 2000: La regla general es igualmente como ocurre en el Código Penal Militar la de sujeto activo indeterminado, en oportunidades circunscribiéndose a la categoría de servidor público, y distintos son los eventos en los que materialmente en la conducta interviene pluralidad de agentes, como ocurre en los delitos contra el Régimen constitucional y legal, concretamente la rebelión, sedición, asonada, conspiración, o en el concierto para delinquir y la Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública (artículos 340 y 434 de la Ley 599 de 2000). En estos, en forma similar al delito militarizado de saqueo que contempla el Código Penal Militar, se prevé una organización, o por lo menos una pluralidad de actos y un vínculo tácito o expreso de un grupo de personas para que pueda derivarse una responsabilidad penal, esta sí –se repite– evaluada en forma individual. Lo que se quiere significar es que detrás de los delitos mencionados debe haber mediado un mínimo de voluntades plurales tendientes a la realización de la conducta... (...) Así las cosas, lo que se quiere significar es que en el tipo consagrado en el artículo 175 del Código Penal Militar, la consideración respecto al sujeto activo no es fortuita, sino que obedece a la voluntad del legislador de que medie comunicación y propósito común en relación con la sustracción de los bienes muebles, cuando ello ocurre usufructuando el fragor que implica una operación de combate. No significa lo anterior que, si un integrante del personal militar que debe ejecutar una operación militar, por razón de la misma se apodere de muebles, no constituya una infracción a la ley penal, pues es claro que en este evento se estaría presuntamente en un delito contra el patrimonio económico u otro. En el mismo sentido es necesario también considerar que si varias personas, por ejemplo, dos o tres, fueren quienes se apoderen de bienes muebles, no significa necesariamente, que se estaría ante la hipótesis de un delito de Saqueo, sino lo que la conducta debe obedecer, para que así sea, es a la generalidad o pluralidad, o ánimo común del grupo, o de los integrantes del personal militar. En otras palabras, el delito de saqueo no responde a aquel apoderamiento aislado de uno o un reducido número de integrantes, sino aquella situación fáctica en la que el personal militar, o policial llegado el caso, proceda al desapoderamiento de bienes muebles”. (TSM.

RAD. 155776- 10436-XIII- 49- ARC. M. P. CNCJPM Jorge Iván Oviedo Pérez, dieciséis (16) de junio de dos mil nueve (2009).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Requisitos para la existencia del delito de saqueo en relación con los sujetos activos.**

“Ahora, qué ocurre en la Ley 599 del 2000: La regla general es igualmente como ocurre en el Código Penal Militar la de sujeto activo indeterminado, en oportunidades circunscribiéndose a la categoría de servidor público, y distintos son los eventos en los que materialmente en la conducta interviene pluralidad de agentes, como ocurre en los delitos contra el Régimen constitucional y legal, concretamente la Rebelión, Sedición, Asonada, Conspiración, o en el Concierto para delinquir y la Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública (artículos 340 y 434 de la Ley 599 de 2000). En estos, en forma similar al delito militarizado de saqueo que contempla el Código Penal Militar, se prevé una organización, o por lo menos una pluralidad de actos y un vínculo tácito o expreso de un grupo de personas para que pueda derivarse una responsabilidad penal, esta sí –se repite– evaluada en forma individual. Lo que se quiere significar es que detrás de los delitos mencionados debe haber mediado un mínimo de voluntades plurales tendientes a la realización de la conducta”. (...) “Así las cosas, lo que se quiere significar es que en el tipo consagrado en el artículo 175 del Código Penal Militar, la consideración respecto al sujeto activo no es fortuita, sino que obedece a la voluntad del legislador de que medie comunicación y propósito común en relación con la sustracción de los bienes muebles, cuando ello ocurre usufructuando el fragor que implica una operación de combate. No significa lo anterior que, si un integrante del personal militar que debe ejecutar una operación militar, por razón de la misma se apodere de muebles, no constituya una infracción a la ley penal, pues es claro que en este evento se estaría presuntamente en un delito contra el patrimonio económico u otro. En el mismo sentido es necesario también considerar que si varias personas, por ejemplo, dos o tres, fueren quienes se apoderen de bienes muebles, no significa necesariamente, que se estaría ante la hipótesis de un delito de saqueo, sino lo que la conducta debe obedecer, para que así sea, es a la generalidad o pluralidad, o ánimo común del grupo, o de los integrantes del personal militar. En otras palabras, el delito de saqueo no responde a aquel apoderamiento aislado de uno o un reducido número de integrantes, sino aquella situación fáctica en la que el personal militar, o policial llegado el caso, proceda al desapoderamiento de bienes muebles”. (Rad. 155776, 16 de junio de 2009, M. P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).

ELEMENTOS NORMATIVOS

I. OPERACIONES DE COMBATE.

Manual MFE 3-0. Operaciones. Una operación es una secuencia de acciones tácticas con un propósito común o un tema unificador. Las unidades del Ejército, como parte de la fuerza conjunta, contribuyen al combate conjunto por

medio de la conducción de operaciones terrestres unificadas. Las operaciones terrestres unificadas (OTU) son las tareas ofensivas, defensivas, de estabilidad o de apoyo de la defensa a la autoridad civil ejecutadas simultáneamente para capturar, retener y explotar la iniciativa y consolidar ganancias para prevenir el conflicto, configurar el ambiente operacional y vencer en la guerra como parte de la acción unificada (MFRE 3-0). [1-2] Aparte de ser la doctrina básica de combate del Ejército y de contribuir a la acción unificada (AU), las OTU son la consecuencia intelectual de sus antecesoras (la batalla aeroterrestre, las operaciones de dimensión total y las operaciones de espectro total) y de la reciente experiencia de combate. Son también un reconocimiento del carácter tridimensional de la guerra moderna y de la necesidad de realizar fluida y simultáneamente las operaciones de la acción decisiva (AD). [1-3] En consecuencia, la idea central de las OTU,

como doctrina básica del Ejército, comprende la sincronización, coordinación e integración de las actividades de las entidades gubernamentales y no gubernamentales, así como de los asociados de la AU para lograr la unidad de esfuerzo.

II. BIENES MUEBLES

Código Civil Colombiano. Ley 84 de 1873 artículo 655. Modificado por la Ley 1764 de 2016. Artículo 2º. Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658. Parágrafo. Reconózcase la calidad de seres sintientes a los animales.

Artículo 157. Requisición arbitraria.

El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La requisición como delito típicamente militar.

“Cabe recordar, que las misiones asignadas por la Constitución, la ley y el reglamento a las Fuerzas Militares y a la policía, no se reducen a ejercerlas sólo en desarrollo de conflicto armado, sino que éstas deben cumplirse de manera permanente en cualquier escenario que requiera el ejercicio de las mismas. En tal medida, de declararse la inexistencia de las normas que contienen las conductas delictuales de devastación, saqueo, requisición arbitraria, requisición con omisión de formalidades, exacción y contribuciones ilegales, al ser cometidas en ámbitos diferentes al desarrollo de conflicto armado, quedarían sin penalización pues no estarían contempladas ni por el Código Penal ordinario ni en el Penal Militar. Los crímenes de guerra, desde siempre, se han caracterizado por constituir violaciones a los denominados “usos y costumbres de la guerra”, es decir, desconocimiento de las normas aplicables durante los conflictos armados internos e internacionales. En tal sentido, los crímenes tipificados en los artículos 155 (devastación), 156 (saqueo), 157 (requisición arbitraria), 158 (requisición con omisión de formalidades), 159 (exacción) y 160 (contribuciones ilegales) del Proyecto de ley número 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “por la cual se expide el Código Penal Militar”, constituyen verdaderos crímenes de guerra. Las conductas de devastación, saqueo, requisición arbitraria, requisición con omisión de formalidades, exacción y contribuciones ilegales, previstas en el proyecto de código penal militar tienen elementos compositivos que difieren de las tipificadas en el código penal ordinario contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario, y permiten que puedan ser cometidas por miembros de las Fuerzas Militares y de policía, amparadas por el fuero militar. Adicionalmente, por su descripción y elementos normativos, permiten que puedan ser cometidas por miembros de las Fuerzas Militares y de policía y amparadas por el fuero militar, pues fueron configuradas con elementos estructurales que hacen referencia a la relación con tales servicios, adaptándoles elementos propios del servicio

militar o policial para escenarios diferentes al de conflicto armado”. (Corte Const. Rad. C-533/08. M. P. Clara Inés Vargas Hernández, veintiocho (28) de mayo de dos mil ocho (2008).

JURISPRUDENCIA. **Tribunal Superior Militar y Policial. La requisición y su definición conceptual.**

“De otra parte conviene aclarar que la calificación jurídica provisional de la conducta endiligada a los procesados Guerrero Muñoz y Trujillo Franco, es equívoca, por cuanto de acuerdo al diccionario de términos militares, la requisición es la acción de apoderarse el Ejército de los caballos, bagajes, alimentos, etc., de los particulares, para emplearlos en las ineludibles operaciones de la guerra. Se trata de decomisar o incautar algunos bienes de particulares para aplicarlos al fisco, lo que generalmente exige un procedimiento previo y el pago de una indemnización. El Decreto 250 de 1958, regulaba este reato, como una de las modalidades del saqueo que, según el Manual de Derecho Español de Silvio Ranieri, catedrático de la Universidad de Bolonia, se trata de una infracción que repercute no solo en la propiedad, sino en el orden público, por la inseguridad y alarma social que ocasiona. Consiste en una depredación voluntaria de tal magnitud que supera los delitos menores contra el patrimonio y ofende simultáneamente el orden público en un mismo contexto de acción. El saqueo explica, contiene la figura legal del hurto, pero lo absorbe, lo que implica que se presentaría solo un concurso aparente. Por su parte el Decreto 2550 de 1988, norma vigente al momento de la consumación de la conducta imputada en su artículo 138, lo regula de manera autónoma, como uno de los delitos que atenta contra la población civil. En el derecho internacional humanitario, concretamente en el Protocolo I, adicional de 1977, se consagra la posibilidad para la potencia ocupante de requisar los hospitales civiles, pero para satisfacer las necesidades de la población civil, sin que se encuentre referencia alguna expresa en este sentido en el Protocolo II, aplicable a la confrontación armada que padece

nuestro país, salvo el principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil, que admite la posibilidad excepcional de afectar estos últimos, solo por necesidades militares imperiosas. El Jurista argentino José Alberto Garrone explica que la actividad estatal de requisición a diferencia de la expropiación y la ocupación temporánea, tuvo sus orígenes en el ámbito Castrense, ante la urgencia de satisfacer las imperiosas e inaplazables necesidades de la guerra y se define como la adquisición coactiva de un bien por parte del Estado, acto de carácter general, o de interés público, que incide sobre toda la sociedad, o un sector público determinado. Puede extenderse a distintas clases de bienes y de actividades, como también manifestarse por varias clases de actos jurídicos, ya sea adquisición, uso ocupación. Para la validez de la requisición, tienen que concurrir los siguientes requisitos: la utilidad pública que

motiva el acto, la indemnización del requisado, la constancia escrita de la orden de requisición que debe entregarse al requisado sobre la recepción del bien respectivo y el procedimiento que debe adelantarse para que se cumpla con las formalidades previstas para tal efecto en la ley, o el reglamento". (TSM. RAD. 149539-7382-165-EJC- (SP) M. P. Teniente Coronel Margarita Rosa Zuluaga Sánchez, treinta (30) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

ELEMENTOS NORMATIVOS

I. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA

A. Requisición

En tiempo de guerra, recuento y embargo de caballos, bagajes, alimentos, etc., que suele hacerse para el servicio militar.

Artículo 158. Requisición con omisión de formalidades.

El que practicare requisición sin cumplir las formalidades y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Respecto de los pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional, ver artículo 157. Requisición.

Artículo 159. Exacción.

El que, abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, o poner a su disposición, cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

- Exacción: Cobro injusto y violento.

I JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional: Exacción:

(...) Como se puede advertir, en algunos casos las conductas descritas en las normas objetadas aparecen ya consagradas en el Código Penal, incluso con el mismo nomen iuris, tal y como sucede con la devastación, las exacciones y las contribuciones arbitrarias, en tanto que el saqueo no es más que un hurto agravado.

Ahora bien, en la sentencia se sostiene que los comportamientos descritos en las normas objetadas son bien distintos a los estipulados en el Título II del Código Penal, ya que mientras en los primeros se está ante tipos penales con sujeto activo cualificado (miembros de las fuerzas armadas), en los segundos se trata de sujetos activos indeterminados.

[...] En efecto, los delitos de devastación, el saqueo, las exacciones y las contribuciones arbitrarias son comportamientos que no se cometen, por su naturaleza, en tiempo de paz sino durante un conflicto armado interno o internacional.

[...] Adviértase entonces que las disposiciones objetadas aluden a ataques a bienes civiles, a operaciones de combate, a atentados contra integrantes de la población civil, es decir, expresiones y conceptos inherentes al derecho aplicable en la guerra (*ius in bellum*).

[...] De igual manera, es equivocado sostener que mientras el Título II del Código Penal refiere a población y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, las normas objetadas aluden a actos relacionados con el servicio. En efecto, basta con verificar que los artículos del Código Penal Militar describen atentados muy graves cometidos por miembros de la Fuerza Pública contra los integrantes de la población y sus bienes, tales como la devastación, el saqueo y las exacciones, delitos todos que, como se explicó, se cometen con ocasión y en desarrollo de las hostilidades.

[...] En tal sentido, el fallo del cual me aparto parcialmente incurre en grave contradicción por cuanto, por una parte declara fundada la objeción presidencial referente al artículo 3º del Proyecto de ley número, por cuanto tampoco se relacionan con el servicio los crímenes de lesa humanidad y los atentados contra el derecho internacional humanitario, pero por otra estima que crímenes de guerra atroces como son la devastación, el saqueo y las exacciones, entre otros, sí son delitos relacionados con el servicio, y por ende, de conocimiento de la justicia penal militar. Tal postura, por lo demás, desconoce una jurisprudencia constante sentada por la Corte Constitucional en el sentido de que las infracciones graves al derecho internacional humanitario no guardan relación con el servicio, y, por ende, deben ser investigadas por la justicia penal ordinaria". (Sentencia C-533/08. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Mayo/2008).

JURISPRUDENCIA. **Corte Suprema de Justicia.**
Exacción – Definición (...)

El punible de exacción se encuentra en el libro OO, título II, art. 163 de la Ley 599 de 2000, dentro de los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario [...]”.

[...] La exacción debe realizarse “con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado”, de modo que asegure a las personas protegidas por el DIH., esto es aquellas que no intervienen en una contienda armada (interna o internacional) en aplicación al principio de distinción [...].

[...] El autor de la exacción es calificado, en cuanto debe corresponder a uno o varios miembros de

la contienda, de manera que involucra a quienes tienen la condición de combatientes regulares o no.

En la exacción la contribución debe ser impuesta arbitrariamente, es decir, se trata de crear una obligación sin fundamento, despóticamente, ajena a una simple y llana sugerencia o recomendación, usualmente establecida con cierta periodicidad (**mensual, semestral anual**). (**Sentencia SP11830-2017. Agosto 9/2017. M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa**).

CONSEJO DE ESTADO

No tiene pronunciamiento sobre la conducta.

Artículo 160. Contribuciones ilegales.

El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Contribuciones ilegales.

“[...] Las conductas de devastación, saqueo, requisición arbitraria, requisición con omisión de formalidades, exacción y contribuciones ilegales, previstas en el proyecto de código penal militar tienen elementos compositivos que difieren de las tipificadas en el código penal ordinario contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario, y permiten que puedan ser cometidas por miembros de las Fuerzas Militares y de policía, amparadas por el fuero militar. Adicionalmente, por su descripción y elementos normativos, permiten que puedan ser cometidas por miembros de las Fuerzas Militares y de policía y amparadas por el fuero militar, pues fueron configuradas con elementos estructurales que hacen referencia a la relación con tales servicios, adaptándoles elementos propios del servicio militar o policial para escenarios diferentes al de conflicto armado. (**Sentencia C-533/08. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Mayo 28 / 2008**).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

No cuenta con pronunciamiento respecto de la conducta.

CONSEJO DE ESTADO

No cuenta con pronunciamiento respecto de la conducta.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

- **Contribución:** Cuota o cantidad que se paga para algún fin, y principalmente la que se impone para las cargas del Estado.
- **Facultad:** Atribución, competencia. / En sentido amplio, posibilidad jurídica de hacer algo por derecho propio o por derecho recibido de otro. En sentido estricto, posibilidad jurídica de obrar fundada en la concesión recibida de un superior.
- **Illegal:** Que es contra ley.
- **Justa causa / causa justa:** Circunstancia o conjunto de circunstancias que justifican un acto distinto (e incluso contrario, en ocasiones) a la previsión normativa.

TÍTULO VII
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
CAPÍTULO I
DEL PECULADO

Artículo 161. Peculado sobre bienes de dotación.

El que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes de dotación que se le hayan confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años cuando el valor de lo apropiado no supere diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando el valor de lo apropiado supere los diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin exceder de veinte (20), la pena será de prisión de cinco (5) a ocho (8) años. Si el monto de lo apropiado excediere de los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena será de seis (6) a diez (10) años de prisión.

Las penas señaladas en este artículo, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se cometiere:

1. Sobre armas de fuego, municiones o explosivos de uso exclusivo de la Fuerza Pública.
2. En caso de depósito necesario.

Sujeto activo “El que”

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL.

“(…) corresponde a un sujeto calificado que no simplemente concierne al servidor público, sino que se encuentra dirigido exclusivamente al militar o policial a quien se le han confiado bienes de dotación, sino además, frente a las diferencias que registra el objeto material del tipo penal castrense, que como antes se anotó, corresponde no solo a bienes de propiedad del Estado, sino que registran la connotación de bienes de dotación, debe señalarse que comporta elementos similares a los consagrados para el delito de peculado por apropiación consagrado en el artículo 397 del Código Penal. (TSM. Rad. 158203, M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez. Tercera Sala de Decisión del 22 de mayo de 2015).

Verbo rector: Apropiarse

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **Explicación del verbo rector “apropiarse”.**

“Pues se reitera que el verbo apropiación es disponer de un bien a título de dueño, sin serlo, acción a la cual se integra subjetivamente un ánimo de no restitución, mediante actos que reflejan de modo indiscutible esa intención (venta, donación, consumo, destrucción, etc.), y además de ello, debe existir la certeza del provecho del agente o de un tercero, no hay duda que al no poderse demostrar estos requisitos el delito queda imperfecto mientras intrameus, no haya realizado el acto de disposición y demás, obtenido el beneficio buscado o haya hecho ingresar el respectivo bien al patrimonio de un tercero. Circunstancias modales que estudiadas a la luz de las actas judiciales, permiten colegir que el cargo achacado es infundado y que solamente está en el campo especulativo de los mandos, quienes ante el comportamiento indisciplinado del conscripto, al haber dejado guardo su armamento y sus prendas en la casa de un particular, inicialmente adujeron en su contra que quiso vender el fusil por \$15.000,00 para pagar la carrera del taxi que tomó para encontrarse con su amigo Leonardo; circunstancias temporoespaciales totalmente desvirtuadas. Al no existir siquiera indicio leve de ello, fuerza es colegir que la conducta es atípica por ausencia de dolo, y como tal en el presente, al estar ausentes los requisitos legales exigidos en el artículo 396 *Ibidem*, se deba Confirmar la Sentencia Absolutoria consultada. Pues a esa conclusión se llega, al analizarse el factor de culpabilidad de la conducta, esto es que el agente la ejecuta en forma dolosa, De manera que el dolo entendido como aquel conocer del comportamiento típico que se sabe es antijurídico y querer su realización a pesar de ese conocimiento, esto es que el empleado oficial, sabe que esos bienes fiscales están bajo su cuidado y custodia, y que se apropia en su favor o de un tercero, sacándolos de la esfera oficial de custodia, en perjuicio del erario público. Comportamiento que en el caso en estudio no se conjugaron”. (TSM. Rad. 154466, M. P. MY.

(r). Imelda Triviño Lopera, Primera Sala de Decisión del 22 de octubre de 2007).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR
MILITAR Y POLICIAL. **Sin objeto material no es posible hablar de tipo penal.**

“En el análisis de la estructura del tipo penal, en términos generales se observan características estructurales tanto descriptivas-normativas de una parte, como de otra, características estructurales subjetivas en cuanto al aspecto interno del supuesto de hecho. Y de manera básica identificamos; un sujeto, una conducta, un objeto en el que recae la acción y el bien jurídico. De manera que se requiere de la existencia de los anteriores para predicar la existencia de un tipo penal, y consecuente con ello se puede señalar que sin objeto material no es posible hablar de tipo penal. Ahora bien, en el caso del peculado sobre bienes de dotación, imputado al SLR. Araújo Martínez José Iván, se señaló que su conducta se concretó en que se llevó para su casa un pantalón camuflado y unas botas de combate, entendidos estos elementos como de propiedad del Ejército Nacional y entregados para el desarrollo de la función que le es propia como soldado, sin embargo, no se demostró en el proceso aquel apoderamiento, pues este supuesto sólo se construyó sobre el dicho del C3 cancelado Rodríguez Jhoan Ricardo sin que se pudiera corroborar esta información con otros elementos de prueba documentales que permitieran materializar el resultado dañoso de pérdida para el Estado – Ejército Nacional. Por el contrario, lo manifestado por el suboficial al ser contrastado dentro de su ampliación, genera inconsistencias que le restan credibilidad, en su informe inicial señala: “...este soldado se llevó un camuflado y las botas de dotación”, y diligencia de ampliación y declaración no refiere nada sobre los elementos inicialmente informados, sino que se refiere “... pero de allí se fue dejando el armamento en el cambuche y llevándose creo dos o tres proveedores”; igualmente resta credibilidad al contrastarlo con el testimonio del SV. José Jaiber Certuche Muñoz, quien señaló que el armamento estaba completo. En cuanto a las prendas que vestía el procesado cuando tomó la decisión de abandonar las filas, se infiere que lo hizo con ropa de civil, es decir, que no utilizó prendas militares como lo manifestó el C3 cancelado Rodríguez en su informe inicial, esta precisión se obtiene de la valoración de los testimonios rendidos por la señora Lucy Milena Suárez Puerres, el propio procesado SLR. Araújo Martínez José Iván y el reservista Insausty Galvez Jesús Edgardo, todos ellos coinciden en afirmar que el día 27 de junio de 2007 fecha en que salió del Batallón no vestía prendas militares. En este orden de ideas esta Sala de Decisión comparte los planteamientos del fallador de Primera Instancia en el sentido que hubo pérdida de material de intendencia ni de armamento asignado al aquí procesado SLR. Araújo Martínez. De la valoración anterior se adquiere la certeza que el procesado no retiró de la Unidad los elementos descritos. De lo anteriormente expuesto, surge sin mayor esfuerzo de análisis, que los elementos determinados como un pantalón camuflado, botas de combate y tres proveedores, no fueron sacados de la Unidad

Militar por el procesado. Razón por la cual bajo los postulados del artículo 231 del Código Penal Militar se debe señalar que ese hecho imputado al procesado no ha existido, en consecuencia, se dan los presupuestos para terminar de manera anticipada esta investigación que se adelanta bajo la sindicación de peculado sobre bienes de dotación". (TSM. Rad. 155858, M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión del 18 de marzo de 2010).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La superación de la esfera de control infiere el provecho.**

"Encuentra la Sala que el A quo valoró adecuadamente la prueba y que en efecto en las conductas endilgadas al soldado Pacheco, se hace palmaria superación de la esfera de control pues pudo disponer de los bienes con ánimo de señor y dueño, lo que permite inferir el provecho propio o en favor de terceros, y no como lo plantea la representante del Ministerio Público que concibe la tesis del delito imperfecto. Razón por la cual replica el Colegiado para afirmar que, conforme al acervo probatorio militante, los bienes sí salieron de la esfera de control, hubo apoderamiento y provecho expresado en la capacidad de disposición de señor y dueño por parte del SLC. Pacheco Tafur. Recordemos que para el caso de delitos contra el patrimonio, o el injusto contra la seguridad de la Fuerza Pública, como es el hurto de armas y bienes de defensa, y aun concebible en el punible contra la administración pública, se ha de verificar el apoderamiento, el superar la esfera de control y el provecho para sí o un tercero que se expresa en la capacidad de disponibilidad; así, lo que muestra la prueba es que Pacheco sacó los elementos de la Unidad y pudo disponer de ellos ocultándolos tras superar el control, momento en que los delitos de hurto y peculado son perfectos o consumados". (TSM. Rad. 158400, M. P. CR Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión del 14 de junio de 2016).

Complemento subjetivo o un especial elemento subjetivo distinto del dolo "en provecho suyo o de un tercero".

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL – ELEMENTO SUBJETIVO. **La apropiación son actos de dominio incompatibles con el título que justifica la tenencia.**

"Dicho tipo penal que guarda total armonía con el consagrado en la Ley 600 de 2000 en cuanto a sus elementos estructurales para el peculado por apropiación donde el verbo rector es simple "apropiarse", en torno al cual giran los restantes elementos de la descripción e indica en forma directa e inequívoca la acción que debe ejecutar el agente. Tal conducta, se concreta en el acto de apoderamiento del objeto material de la infracción, acción que implica el "animus" o voluntariedad de hacerse propietario o dueño de los bienes, y se manifiesta en actos de plena disposición de ella, tales como su venta o donación, su consumo, su retención definitiva o su destrucción. Antonio José Cancino dice que

la apropiación equivale a comportarse respecto al bien uti dominis, es decir, ejerciendo sobre él actos de dominio incompatibles con el título que justifica la tenencia; con intención de no devolverlos. Adicionalmente, en el análisis del tipo subjetivo encontramos un complemento subjetivo o un especial elemento subjetivo distinto del dolo, toda vez que el agente debe demostrar un determinado propósito o intención, una motivación o un impulso, que se suma al conocimiento y voluntad de la realización del tipo (dolo), el cual consiste en la específica intención de apropiarse del objeto material en provecho personal o de un tercero. El ánimo de lucro dice Pabón Parra es necesario para la tipicidad del hecho, aunque es irrelevante el que se produzca el real y efectivo enriquecimiento del agente. La determinación procesal de este elemento especial subjetivo al igual que sucede con el dolo, aunque se puede lograr en ciertos casos a través de la confesión debidamente respaldada por la realidad acreditada con los demás medios de prueba, en la mayoría de las veces al ser un fenómeno psicológico no objetivable, solo se alcanza a partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos. Esto por cuanto ese propósito o intención, motivación o un impulso, constituyen realidades internas del agente que solo se pueden deducir de los datos físicos que el Juez consigue conocer a través de los medios probatorios autorizados por la ley. En este caso que hoy convoca nuestra atención, y ante la imposibilidad de conocer qué fue lo que pensó e incorporó a su voluntad el procesado cuando sacó de la unidad donde prestaba su servicio militar su arma de dotación y demás material de guerra, nos conduce a analizar el suceso en su contexto, lo que nos permite mirar como acertado el argumento expuesto por la señora Procuradora Judicial 136 Penal II Julia Isabel Gantiva Arias en relación con la exculpación que dio el procesado respecto de los hechos en la diligencia de inquirir, al ser una realidad que al interior de las Fuerzas Militares el arma de fuego dada en dotación constituye para el militar un elemento del que no se puede desprender en ningún momento ni por ningún motivo, siendo su deber cuidarlo, custodiarlo y protegerlo, salvo en algunos eventos específicos como: un traslado, vacaciones, licencias o permisos, casos en los cuales debe ser reintegrado el material; como que en los momentos de descanso nocturno o deportes, dejadas en el armerillo para ser custodiadas por un centinela. Tanto la entrega del elemento de dotación como su reintegro en aquellos eventos específicos, van acompañados de un acta de entrega que formaliza tal acción, y ello tiene una potísima razón y es precisamente la responsabilidad penal, administrativa y disciplinaria de quien interviene en el acto al recibir el material, de tal manera que si el procesado al momento de evadirse de la unidad pensó en no dejar el arma por la responsabilidad que debía asumir en el evento de que el arma se perdiera, resulta ser una justificación creíble y ajustada a la realidad como así lo expuso la señora Procuradora, al ser una explicación que resulta lógica y coherente con las políticas que se imparten al personal de soldados respecto de aquellos elementos. Adicionalmente, no se observa en las diligencias que la actuación del procesado estuviera orientada a apropiarse definitivamente de aquel material, bastando

para ello observar que en efecto en el corto tiempo que estuvo por fuera de la Unidad y una vez tuvo contacto con el comandante de la Unidad, le informó su ubicación y reintegró sin demora alguna aquel material. Ese proceder en esas circunstancias es demostrativo inequívocamente de que su voluntad e intención no corresponden al propósito que reclama el tipo penal y que más bien, si estaba relacionado con la protección del elemento pues lo que buscaba con ello era evitar su pérdida o extravío, objetivo que no riñe con el material probatorio allegado a estas diligencias, por lo que resulta viable sostener que ese argumento se muestra verosímil y consistente frente a la forma como acaecieron los sucesos objeto de investigación y que por lo mismo no puede afirmarse que se haya adecuado su conducta al tipo penal de peculado sobre bienes de dotación. En este orden de ideas, fue el tema relacionado con ese elemento especial subjetivo, que quienes firmamos esta providencia consideramos fue dejado de lado y se quedó sin analizar por parte del señor Magistrado Teniente Coronel Palacios Osma, a quien solo le bastó la parte objetiva para realizar el ejercicio de adecuación típica o juicio de tipicidad. Siendo consecuente con lo expresado y acogiendo en su totalidad el concepto del Ministerio Público y de la defensa respecto al tipo penal de peculado sobre bienes de dotación, se entrará a revocar la condena impuesta para en su lugar absolverlo de toda responsabilidad respecto a él". **(TSM. Rad. 157273, M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo. Tercera Sala de Decisión del 16 de abril de 2012).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La donación de material de intendencia al interior de la institución no trasciende al ámbito penal, sino disciplinario.**

De lo anterior se infiere que el actuar del procesado no es del resorte del derecho penal, toda vez que su actuar fue motivado por el ánimo de apoyar a los demás institucionales al ver que estos necesitaban dicha dotación para cada situación particular, y sin exigirles ninguna contraprestación, como ellos mismos lo expusieron en sus testimonios; no obstante, donar uniformes como lo hizo el procesado es una conducta prohibida por una norma administrativa expedida por la Policía Nacional de la cual hace mención el Juez de Instrucción, es decir, el artículo 8° de la Resolución 3372 del 26 de octubre de 2009 por la cual se expide el reglamento de uniformes, insignias, condecoraciones y distintivos para el personal de la Policía Nacional, donde se consigna textualmente lo siguiente: "Artículo 8°: Prohibiciones: 4. Donar, vender, alquilar, dar en calidad de prensa o facilitar el préstamo de uniformes, insignias, distintivos y condecoraciones, aun cuando se encuentren en mal estado o en desuso". También tenemos que los uniformes que el procesado donó fueron usados por otros policiales dentro de la misma institución para el cumplimiento de sus funciones, hecho en el cual no se evidencia vulneración alguna al bien jurídico de la administración pública con la conducta desplegada por el procesado, y como se ha dicho, su actuar es irrelevante para el derecho

penal en este caso, empero no para el derecho disciplinario donde esa conducta sí podría encajar en alguna de las faltas disciplinarias propias de la institución policial, sin embargo, debe dejarse de presente que el proceso disciplinario que le fue seguido al procesado por estos mismos hechos, fue archivado tal y como consta en la prueba trasladada allegada al plenario. **(TSM. Rad. 158278, M. P. CN. (RA) Carlos Alberto Dulce. Cuarta Sala de Decisión del 26 de octubre de 2015).**

"BIENES DE DOTACIÓN QUE SE LE HAYAN CONFIADO O ENTREGADO POR UN TÍTULO NO TRASLATICIO DE DOMINIO".

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Bienes de dotación y el bien jurídico tutelado de la administración de justicia.**

"...la conducta resulta antijurídica, recordando que el delito de peculado sobre bienes de dotación tiene una doble connotación. En primer lugar, es un delito que está destinado para proteger aquellos elementos que son confiados o entregados a los miembros de la Fuerza Pública para el correcto desempeño de sus funciones militares o policiales. La conducta, en consecuencia, debe recaer sobre estos bienes que son entregados bajo un título no traslativo de dominio. En segundo lugar, este delito protege la rectitud y la transparencia que debe tener todo miembro de la Fuerza Pública respecto de los bienes que le son entregados para el cumplimiento efectivo de sus funciones.

En el caso presente, se tiene una transgresión tanto a la norma penal que prohíbe esa apropiación sobre los elementos de dotación, como hacía el bien jurídico tutelado de la administración pública, afectándose notablemente la probidad y honestidad que permitieron que al SLC. Laguado Salcedo se le confiara algunos elementos de intendencia, pero principalmente un arma tan letal y de tanta relevancia como lo es su fusil Galil calibre 5.56 junto con su respectiva munición". **(TSM. Rad. 157685, M. P. CR. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión del 30 de septiembre de 2013).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **La forma de administración de un bien no se compone únicamente de la tenencia material sino también de la disposición del mismo. Delito de función.**

"9.1- El delito de Peculado Sobre Bienes de Dotación como tipo penal de contenido especial: El delito de peculado sobre bienes de dotación, consagrado en el artículo 161 del Código Penal Militar, corresponde a los llamados delitos de función por encontrarse descrito exclusivamente en la legislación penal castrense, situación que determina como sujeto de aplicación al militar o policial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes de dotación que se le hayan confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, involucrando ingredientes

normativos que lo distinguen del peculado por apropiación propiamente dicho y que permiten considerarlo en relación con su estructura, no como un tipo penal subordinado sino especial. Por otra parte, el delito de Peculado sobre Bienes de Dotación tiene por finalidad la protección del bien jurídico genérico representado por la administración pública, debiendo tener en cuenta que no se dirige, como en el peculado por apropiación, a la protección general de bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones al servidor público involucrado, sino que tiene por propósito el amparo de bienes de propiedad del Estado que han sido entregados como dotación al uniformado, con el fin de ejecutar la función Constitucional asignada a la Fuerza Pública. En este sentido, la consagración de una especie de peculado militarizado, halla plena concordancia con las disposiciones Constitucionales en la medida que el artículo 223 de la Carta Política Colombiana dispone que solo el Gobierno nacional puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos, determinando que nadie puede poseerlos o portarlos sin permiso de la autoridad competente, a excepción de los organismos nacionales de seguridad siempre y cuando se encuentren bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos señalados para el efecto. Así las cosas, el material de guerra e intendencia, entre los que se cuentan las armas, municiones, explosivos, uniformes, entre otros, que siendo propiedad del Estado, se entrega como dotación mediante un título no traslativo de dominio al miembro de la Fuerza Pública para el desarrollo de la función Constitucional asignada a la Institución militar o policial, adquieren connotada importancia, no por el simple valor monetario que representa, sino por la finalidad que persigue su utilización, en procura del desarrollo de los fines esenciales del Estado, por lo que su apropiación en provecho particular, riñe inmediatamente con la función social que debe prestar. En este sentido, el uniformado que se apropia en provecho suyo o de un tercero de armamento o material de intendencia, que le haya sido entregado como dotación, no simplemente defrauda la administración pública por la deformación del instituto real –patrimonio del Estado–, como en todos los delitos de peculado, sino que además lo hace al desconocer principios que también se tutelan de manera especial y que conforman el bien jurídico protegido, como corresponde a la lealtad, probidad y fidelidad del servidor público uniformado, a quien se le han confiado bienes de dotación de exclusivo uso de la Fuerza Pública, para la noble función de proteger a sus conciudadanos en desarrollo de los fines Constitucionales que persigue la institución castrense y policial. (...) En este sentido, tanto el Peculado por Apropiación como el Peculado Sobre Bienes de Dotación, registran como objeto de protección el bien jurídico de la administración pública. Se trata entonces de un interés funcional o institucional porque la salvaguardia apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de sus derechos en la comunidad, en la medida que el ejercicio de la función administrativa se encuentre dirigida al

servicio de los intereses generales y se desarrolle con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, por lo que se protege de manera inmediata el adecuado ejercicio de la administración, con el fin de que los principios que la rigen puedan ser reales y efectivos. El delito de Peculado pune inicialmente la lesión sufrida por la administración pública, al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes por parte del servidor público a quien le ha sido confiada la administración, tenencia o custodia de los mismos mediante la entrega material o jurídica de los bienes de propiedad del Estado; en este sentido resulta importante precisar, que para la configuración típica del peculado por apropiación no es menester que el funcionario público tenga, material o tangiblemente el bien que administra, puesto que la tenencia material del bien del que se dispone ilícitamente es una forma de administrarlo, pero no la única porque puede suceder que el administrador no sea quien lo tiene, sino quien da la orden de disposición del bien. Situación distinta sucede respecto del Peculado sobre Bienes de Dotación, toda vez que el uniformado dispone materialmente de los bienes de dotación, puesto le han sido entregados para desarrollar la función de seguridad y defensa asignada Constitucionalmente, aspecto de relevada importancia y que marca una importante diferencia con el delito común. Para la configuración típica objetiva del delito de peculado en general, resulta indispensable la existencia de una relación funcional entre el servidor público y los bienes estatales, que supera el simple nexo material para ubicarse en la órbita de lo que doctrinalmente se ha dado en llamar “la disponibilidad” y que se origina en el vínculo jurídico que se predica entre el servidor público y los bienes estatales, en razón a que estos deben haberse confiado al agente para su administración, tenencia o custodia por razón o con ocasión de las funciones que cumple como servidor público. No ocurre lo mismo frente al peculado sobre bienes de dotación, puesto que el tipo penal especial no contiene dicho ingrediente normativo, sino que hace referencia al concepto de “bienes de dotación” que se han confiado o entregado al uniformado a título no traslativo de dominio, de forma tal que considera la existencia de un vínculo material pero no jurídico, entre el bien público y el militar o policial para la configuración objetiva de la conducta punible. (...) Por otra parte, el delito de peculado sobre bienes de dotación, corresponde a un tipo penal cuya configuración típica subjetiva se encuentra enmarcada dentro de la modalidad dolosa y que por tratarse de un delito de resultado en relación con su contenido, al igual que el peculado por apropiación, admite la tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, siendo posible que a pesar de que el sujeto activo realice actos socialmente adecuados, eficientes e idóneos para lograr apropiarse en provecho suyo o de un tercero de los bienes de dotación que se le hubieren confiado, el resultado dañoso no logre concretarse por circunstancias ajenas a su voluntad. Situación que en principio corresponde a la conducta que es objeto del recurso de alzada y suscita la atención de la Sala”. (TSM. Rad. 158203, M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez, Tercera Sala de Decisión del 22 de mayo de 2015).

Artículo 162. Peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos.

El que decomisare armas, municiones o explosivos, o las recibiere decomisadas o incautadas y sin justa causa no las entregare a la autoridad correspondiente dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha del decomiso o recibo, incurrirá por esta sola conducta en prisión de uno (1) a dos (2) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Peculado en el Código Penal Militar – Clases de peculado.

“El delito de peculado se encuentra establecido en el código penal común y en el código penal militar dentro del capítulo referente a los delitos contra la administración pública, siendo de interés advertir que las específicas conductas que lo configuran y, en oportunidades también los tratamientos punitivos coinciden en los dos ordenamientos, a punto tal que el legislador utiliza la misma redacción. El código penal militar contiene, además, dos tipos de peculado que no aparecen en el código penal ordinario y que, por ende, constituyen variaciones adaptadas al contexto de las funciones encomendadas a la Fuerza Pública: el peculado sobre bienes de dotación y el peculado por demora en entrega de armas y municiones.

[...] Finalmente, respecto del peculado por demora en entrega de armas o municiones, previsto en el artículo 191 del código penal militar, la Corte advierte que está penado con arresto de seis meses a dos años y que operando el beneficio de la condena de ejecución condicional cuando “la pena impuesta sea de arresto”, se presenta, por estos aspectos, una coincidencia con el peculado culposo, de modo que la restricción introducida por la preceptiva cuestionada tampoco encuentra justificación”. **(Corte Constitucional. Sentencia C-445/98. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá, D. C., agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y ocho (1998)).**

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

- **Arma:** Instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse.
- **Decomisar:** Declarar que algo ha caído en decomiso. / Incautarse de algo que ha caído en decomiso, como pena.
- **Explosivos:** Que hace o puede hacer explosión.
- **Incautarse:** Dicho de una autoridad judicial o administrativa: Privar a alguien de alguno de sus bienes como consecuencia de la relación de estos con un delito, falta o infracción administrativa. Cuando hay condena firme se sustituye por la pena accesoria de comiso. / Apoderarse arbitrariamente de algo.
- **Justa causa:** Circunstancia o conjunto de circunstancias que justifican un acto distinto (e

incluso contrario, en ocasiones) a la previsión normativa.

- **Munición:** Carga que se pone en las armas de fuego.

EJÉRCITO NACIONAL – GLOSARIO – PÁG. OFICIAL:

- **AUTORIDAD:** Dos nociones fundamentales presenta esta voz, básica en toda sociedad organizada, puesto que no se ha conocido aún una experiencia social amplia ajustada o desajustada a una auténtica anarquía. Una de ellas en abstracto, revela potestad, poder, facultad, atribuciones, e incluso influjo y prestigio personal; la otra más concreta en su encarnación humana, significa la persona revestida de aquellas funciones o aureolada con tal valor.

https://www.coper.mil.co/comando_personal/atencion_usuario/glosario

Decreto Ley 2535 de 1993:

- **Artículo 5º.- Definición.** Son armas, todos aquellos instrumentos fabricados con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona.
- **Artículo 6º.- Definición de armas de fuego.** Son armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química.

Las armas pierden su carácter cuando sean total y permanentemente inservibles y no sean portados.

Municiones

Artículo 46.- Definición. Se entiende por munición, la carga de las armas de fuego necesaria para su funcionamiento y regularmente está compuesta por: vainilla, fulminante, pólvora y proyectil.

Explosivos

Artículo 50.- Definición. Se entiende por explosivo, todo cuerpo o mezcla que en determinadas condiciones puede producir rápidamente una gran cantidad de gases con violentos efectos mecánicos o térmicos.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1540>

Artículo 163. Peculado por extensión.

Incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores y los pertinentes del Código Penal sobre la materia, el que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas, respecto de bienes o efectos, cuya administración, custodia o tenencia, se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones y que pertenezcan o se hayan destinado para los centros de recreación, casinos o tiendas de agentes o soldados, economatos de la Fuerza Pública, o de bienes de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro del ramo de Defensa Nacional.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Peculado en el Código Penal Militar – Clases de peculado.

“En cuanto al peculado por extensión la redacción del código penal militar involucra elementos inherentes al servicio que presta la Fuerza

Pública, estableciéndose así una diferencia con la regulación que del mismo delito trae el código penal común.

[...] la regulación del Código Penal Militar contiene referencias a cuestiones propias de la Fuerza Pública, pues alude a bienes administrados o custodiados “pertenecientes a casinos, cámaras de oficiales, suboficiales y agentes, tiendas de soldados o de agentes de la Policía Nacional.

[...] Obsérvese a este propósito que la conducta constitutiva del delito de peculado por extensión se encuentra descrita de manera diferente en el código penal ordinario y en el Código Penal Militar, situación que no se erige en obstáculo para predicar que la posibilidad de decretar la condena de ejecución condicional está abierta en ambos eventos, siendo relevante que los dos códigos remiten a “las penas previstas en los artículos anteriores”, que son las mismas en uno y en otro ordenamiento. **(Corte Constitucional. Sentencia C-445/98. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá, D. C., agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y ocho (1998)).**

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Peculado por extensión – No desapareció en la Justicia Penal Militar:**

“[...] En primer lugar, la Sala estima necesario precisar que el “peculado por extensión” en la modalidad de apropiación desde antaño ha venido siendo expresamente contemplado en la legislación penal militar, como delito contra la “Administración Pública”, como puede verse en el artículo 189 del derogado Decreto Ley 2550 1988, que preceptuaba:

“Peculado por extensión. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores el que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre los bienes que administre o custodie, pertenecientes a casinos, cámaras de oficiales, suboficiales o agentes, tiendas de soldados o agentes de la Policía Nacional”

Así mismo, la Ley 522 de 1999, en el artículo 183, dispuso:

“Peculado por extensión. Incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores y los pertinentes del Código Penal sobre la materia, el que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas, respecto de bienes o efectos, cuya administración, custodia o tenencia, se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones y que pertenezcan o se hayan destinado para los centros de recreación, casinos o tiendas de agentes o soldados, economatos de la Fuerza Pública, o de bienes de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro del ramo de la Defensa Nacional”.

Por último, la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, que fue posterior a la Ley 599 de 2000 (Código penal), en el artículo 163, conservó tal descripción típica dentro los delitos contra la administración pública, así:

“Incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores y los pertinentes del Código Penal

sobre la materia, el que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas, respecto de bienes o efectos, cuya administración, custodia o tenencia, se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones y que pertenezcan o se hayan destinado para los centros de recreación, casinos o tiendas de agentes o soldados, economatos de la Fuerza Pública, o de bienes de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro del ramo de la Defensa Nacional”

De la anterior normatividad se colige que, no obstante, las variadas reformas a que han sido sometidos los mencionados estatutos punitivos castrenses, nunca se eliminó o despenalizó el peculado por apropiación en la modalidad por extensión, convirtiéndose en una descripción típica especial del Código Penal Militar, y que por ende, se trata de una conducta que únicamente puede ser realizada por el sujeto activo cualificado, esto es, quien ostente la condición de miembro de la Fuerza Pública, porque aunque se trata de un delito común ha sido adaptado al contexto de la función militar o policiva, tema sobre el cual oportuno es recordar que la Corte Constitucional, dijo:

“El legislador al configurar el Código penal Militar, puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios del servicio militar y policial, es decir, los adapte al contexto de la función militar o policiva. De tal manera, el Código penal Militar, puede contener en relación con el servicio, (i) tipos penales típicamente militares, siempre y cuando consideren las características propias del servicio militar y policial, (ii) tipos penales comunes, incorporándoles elementos y circunstancias propias del servicio que presta la Fuerza Pública y que resulta relevante tomar en consideración”. **(Tribunal Superior Militar. Sala Cuarta de Decisión. M. P. TC. Jacqueline Rubio Barrera. Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil doce (2012)).**

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

- **Pena:** Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.
- **Administración:** Acción y efecto de administrar. / Cargo o actividad del administrador.
- **Bien:** Patrimonio, hacienda, caudal.
- **Conducta:** Manera con que las personas se comportan en su vida y acciones.
- **Custodiar:** Guardar algo con cuidado y vigilancia. / Vigilar a alguien, generalmente a un detenido, para evitar que escape.
- **Función:** Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas.
- **Tenencia:** Ocupación y posesión actual y corporal de algo.

CAPÍTULO II DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Artículo 164. Tráfico de influencias para obtener ascensos, distinciones, traslados o comisiones.

El que, invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con el fin de obtener un ascenso, distinción, traslado o comisión del servicio, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Ingredientes normativos en el delito de tráfico de influencias de servidor público (Art. 411 CP).**

“Se trata de un tipo penal que describe a un sujeto activo calificado, en otras palabras, solamente incurre en este comportamiento quien ostente la condición de servidor público. El tráfico de influencias adquiere identidad cuando el legislador exige la presencia, además del servidor público (**influenciador**), de otra persona, en este caso también calificada, como es otro servidor público, destinatario de la conducta indebidamente preponderante (**influenciado**). En lo que respecta al verbo rector, este tipo penal emplea el término **“utilizar”**, que significa **“hacer que una cosa sirva para algo”** seguido del adjetivo **“indebidamente”**, lo que trasciende en cuanto al momento consumativo del delito, en la medida que la conducta adquiere relevancia penal con el simple acto de anteponer o presentar la condición de servidor público derivado del ejercicio del cargo o de la función o con ocasión del mismo, sin que importe el impacto o consecuencias en el destinatario, ubicando el delito en aquellos denominados de mera conducta. Sobre el término **“influencia”**, atendiendo las varias acepciones, se destaca aquella consagrada en el diccionario de la Real Academia Española (22ª edición) según la cual se hace referencia a **“Persona con poder o autoridad en cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio”**. Por su parte, influir se asume como la fuerza moral en el ánimo de otra persona. Las características de la influencia se contraen a lo siguiente. **I.** Debe ser cierta y real su existencia, con la entidad y potencialidad suficiente para llegar a influir en el otro, que trascienda en un verdadero abuso de poder de ahí que la influencia simulada, falsa o mentirosa, no haya quedado penalizada en este tipo, obedeciendo esto a un principio lógico, pues no se puede abusar de lo que no se tiene; **II.** Puede obedecer, entre otras razones, a cuando se esgrimen relaciones de superioridad o jerarquía, también con ocasión de vínculos de familiaridad, amistad o afinidad entre el sujeto activo y el pasivo; **III.** Debe ser utilizada indebidamente. Lo indebido, como elemento normativo del tipo, es aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos precisados por la Constitución, la ley o los reglamentos a través de regulaciones concretas o los que imponen los principios que gobiernan la administración pública.

Como el destinatario de la influencia es otro servidor público, de quien se espera la obtención del beneficio y sobre el cual se ejerce la influencia indebida, el objeto material es personal. Este tipo penal no admite la tentativa pues los meros actos de influencia constituyen su consumación, así como tampoco se requiere resultado, esto

es, no se exige que se obtenga algún éxito en la gestión. Igualmente, conforme la descripción del legislador, en lo que atañe al ingrediente subjetivo, se identifica como tal cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer. En otras palabras, el beneficio puede ser económico, profesional, laboral, personal, etc. La conducta del traficante de influencias es determinable y autónoma en el ejercicio indebido de su posición preponderante, de poder o superioridad, razón por la cual, para la estructuración de este tipo penal, no es importante ni necesario establecer lo que el influenciado haga a partir del momento en que sobre él se ejerció el influjo psicológico, puede incluso aparecer como la víctima o, dependiendo del comportamiento que despliegue a partir de ese momento, puede pasar a ser típica su conducta si el propósito u objeto de la influencia se adecua a un hecho delictivo. En cuanto se refiere al objeto jurídico y la antijuridicidad material del tráfico de influencias, esto es, la protección del correcto funcionamiento de la administración pública, particularmente se enfoca a sancionar al servidor público que pretenda derivar de su investidura privilegios o provechos indebidos para él o para un tercero, quebrando la imparcialidad, neutralidad, transparencia e igualdad, que se espera recibir de la administración pública ...”(CSJ, Sent. Casación N.º 34282, Sep. 02/2013. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **No lo constituye cualquier tipo de influencia. Se condiciona a que el servidor haga uso indebido de la influencia derivada del cargo.**

“La jurisprudencia reiterada de la Sala ha identificado, con base en la descripción típica anterior, los siguientes elementos de esa conducta (CSJ. AP, jul. 27 de 2016, rad. 28202): “a) Que el sujeto agente sea un servidor público, esto es, una persona que esté vinculada con el Estado en forma permanente, provisional o transitoria. b) Que dicho servidor haga uso indebido de influencias derivadas del ejercicio de su cargo o función. Es decir, que, aprovechando la autoridad de que está investido, por su calidad de servidor público, ejerza unas determinadas influencias. c) El uso de la indebida influencia puede darse bien en provecho del mismo servidor que la ejerce, o bien en provecho de un tercero (...). d) La utilización indebida de la influencia, debe tener como propósito el obtener un beneficio de parte de otro servidor público, sobre un asunto que este conozca o vaya a conocer. O lo que es lo mismo, la influencia mal utilizada, para estructurar el punible, debe ejercerse para que otro servidor del Estado haga u omita un acto propio de sus funciones, esto es, que esté dentro del resorte de su cargo. (CSJ SP 25 Sep 2013, Rad. 28141; AP, 2 Mar 2005, Rad. 21678 y 21 Jul 2011, Rad. 34908, entre

otros). (...) Sobre el particular, se ha subrayado por la Sala que “no podrá ser ilícita la conducta del servidor público que se traduce en la exaltación paladina de los méritos y calidades de una persona que se reconoce como merecedora y destinataria preponderante para ocupar un cargo público” (CSJ. AP, nov. 8 de 2007, rad. 28308). Así mismo, que “la postulación o recomendación que un servidor público haga respecto de un ciudadano para un cargo público que se deba proveer por contrato o nombramiento no constituye de por sí tráfico de influencias ni conducta punible alguna, en la medida que las referencias sean escritas u orales estén dadas a resaltar las calidades de amistad, conocimiento directo por tratos anteriores, personales, éticas, profesionales o académicas del exaltado” (CSJ. SP, oct. 28 de 2007, rad. 29614. En el mismo sentido, entre otras, AP, nov. 16 de 2016, rad. 33738; AP, nov. 11 de 2016, rad. 36630; AP, feb. 16 de 2015, rad. 32652; AP, feb. 2 de 2015, rad. 32652 y AP, jul. 27 de 2011, rad. 35331). (...) Aun cuando la Corte, como ya se vio, ha precisado que la simple recomendación no estructura el delito atribuido ni ningún otro, no ocurre lo mismo cuando “está acompañada de una presión o de un claro favoritismo hacia alguien que no reúne los requisitos para ocupar un cargo o que se encuentra en menores condiciones de quien lo ocupa, pues en ese caso sería evidente que el servicio a la comunidad habría cedido a unos reprochables apetitos burocráticos” (CSJ. AP, nov. 16 de 2016, rad. 33738. En igual sentido, AP, ene. 19 de 2016, rad. 41047; AP, sep. 12 de 2016, rad. 39178; AP, feb. 7 de 2007, rad. 21475 y AP, mar. 2 de 2005, rad. 21678). (...) La verdadera esencia de la conducta punible de tráfico de influencias y que tiene que ver tanto con la idoneidad de la acción como con el carácter indebido de la influencia ejercida, radica en que el sujeto activo imponga o haga prevalecer su condición sobre otro servidor público, esto es, que tanto por la forma como hace la solicitud, como por su rango de superioridad o jerarquía tiene la entidad de incidir en un asunto del que conoce o va a conocer quien la recibe. Todo parte de la misma definición del vocablo influencia, contenido en la descripción legal. Influenciar, según el diccionario RAE, es “poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas o para intervenir en un negocio”, o “persona con poder o autoridad con cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio”, acepción derivada del verbo influir, cuyo significado, también según la RAE, es el de “ejercer dominio o fuerza moral”, es decir, la influencia involucra necesariamente la capacidad de incidir sobre quien se ejerce. En esa medida, según lo tiene decantado la jurisprudencia de la Corte, de establecerse que la acción carece de esa entidad, sobreviene la atipicidad de la conducta. Por esa razón es que la Sala ha insistido, como bien lo precisó el casacionista, en que la influencia se considera idónea cuando es cierta y real, o, lo que es igual, “con la entidad y potencialidad suficiente para llegar a influir en el otro, que trascienda en un verdadero abuso de poder” (CSJ. AP, sep. 2 de 2013, rad. 34282. En el mismo sentido, entre otras, AP, may. 25 de 2011, rad. 35331 y AP, feb. 16 de 2017, rad. 37473). Ello podría ocurrir, se ha dicho con carácter ejemplificativo, cuando el sujeto activo se aprovecha de unas determinadas circunstancias derivadas de las facultades del cargo o de la función, o de su relación jerárquica con el servidor público influenciado, o de sus relaciones personales, incluidas, entre

otras, las de parentesco, afectividad, amistad o compañerismo político (CSJ. AP, nov. 11 de 2016, rad. 33738; AP, jul. 18 de 2014, rad. 35661; AP, nov. 23 de 2011, rad. 37322 y AP, feb. 16 de 2015, rad. 32652). Ese aspecto desarrollado por la jurisprudencia de la Corte referente al abuso de poder del funcionario que se yergue en elemento fundamental del delito de tráfico de influencias, se sugiere en la descripción de las dos modalidades del delito de tráfico de influencias que prevé el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada en Colombia a través de la Ley 970 del 13 de julio de 2005, a saber: “a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; “b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido”. Como se puede apreciar, en las dos variantes comportamentales, aunque presentan evidentes divergencias con el tipo penal de la legislación colombiana, se incluye expresamente el elemento relacionado con el “abuso” de poder del funcionario que realiza la influencia, sirviendo estas definiciones como importante norte para interpretar el alcance del delito del estatuto sustantivo nacional, en tanto el Estado colombiano, como ya se precisó, adscribió a esta Convención”. (CSJ, Sent. Casación N.º 46.484, Agos. 23/2017. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

DEFINICIONES

Fuente. Decreto 1790 de 2000. Por el cual se modifica el decreto que regula las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Artículo 51. Condiciones de los ascensos. Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de evaluación y clasificación para el personal de las Fuerzas Militares.

Artículo 52. Requisitos comunes para ascenso. Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y sicológicas como requisitos comunes para todos los oficiales y suboficiales y además cumplir las condiciones específicas que este Decreto determina.

Artículo 82. Definiciones.

a) Destinación: Es el acto de autoridad competente por el cual se asigna a una unidad o dependencia militar (incluyendo la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional)

a un Oficial o Suboficial cuando ingresa al escalafón o cuando cambia su situación jerárquica por ascenso;

- b) Traslado:** Es el acto de autoridad competente por el cual se asigna a un Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar (incluyendo la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional), con el fin de prestar sus servicios en ella, o desempeñar un cargo dentro de la organización;
- c) Comisión:** Es el acto de autoridad competente por el cual se asigna a un Oficial, Suboficial o alumno de escuela de formación de Oficiales o Suboficiales con carácter transitorio a una unidad o repartición militar, o a una entidad Oficial o privada, para cumplir misiones especiales del servicio;
- d) Licencia:** Es el acto de autoridad competente efectuado a solicitud de parte, por el cual se suspenden transitoriamente las funciones del Oficial o Suboficial dentro de la organización a que pertenece, en las condiciones señaladas en este decreto;
- e) Encargo:** Es el acto de autoridad competente por el cual se designa a un militar por un término no mayor a 120 días, para asumir total o parcialmente las funciones de mando y/o administrativas correspondientes a un cargo, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las funciones propias.

Fuente. Decreto 4444 de 2010. Por el cual se dictan normas sobre condecoraciones militares.

Artículo 2º. Propósito. El propósito que se persigue al conferir las condecoraciones en las Fuerzas Militares, es el de honrar públicamente a sus integrantes y personal ajeno a ellas, que

se destaquen por actos de valor y servicios distinguidos en guerra internacional, estados de excepción, virtudes militares y profesionales de carácter excepcional; consagración al estudio y a la investigación en beneficio de las instituciones militares y en servicios extraordinarios al conjunto de estas o a cualquiera de sus componentes.

Artículo 3º. Imposición y uso. Las condecoraciones militares se impondrán por el Gobierno nacional o autoridad que en cada caso se indique, de acuerdo con las normas de este decreto o disposiciones de creación, y en concordancia con el Reglamento de Protocolo y Ceremonial Militar. Su uso se regulará por las disposiciones vigentes sobre uniformes para cada una de las Fuerzas.

Parágrafo. No se impondrán Condecoraciones Militares en Ceremonias sin la previa expedición del acto administrativo que la confiera.

Artículo 4º. Personal al cual pueden conferirse. Las condecoraciones militares podrán conferirse a los miembros activos y retirados de las Fuerzas Militares, Policía Nacional, autoridades civiles y eclesiásticas tanto nacionales como extranjeras, unidades militares, entidades públicas o privadas, servidores públicos y a particulares, en la categoría que corresponda a cada jerarquía, dignidad, posición, acto o merecimiento, de acuerdo con lo estipulado para cada evento en este decreto.

Artículo 5º. Valor intrínseco. Dentro de la escala de premios y distinciones, las condecoraciones ocupan el más alto lugar. Es indispensable, por lo tanto, que los comandantes estudien a fondo las solicitudes que les corresponda tramitar, con el fin de no desvirtuar, ni demeritar el alto honor que se consagra en ellas y garantizar su destino en quien las merezca plenamente.

CAPÍTULO III DEL ABUSO DE AUTORIDAD

Artículo 165. Abuso de autoridad especial.

El que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, por medio de las armas o empleando la fuerza, con violencia sobre las personas o las cosas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá por esta sola conducta en prisión de uno (1) a tres (3) años.

JURISPRUDENCIA - TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Configuración típica del delito de abuso de autoridad especial.**

“De acuerdo a la norma trascrita, para la configuración del tipo penal es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- **Sujeto activo calificado:** Miembro de la Fuerza Pública en servicio activo para el momento de los hechos.
- **Sujeto pasivo:** El Estado como titular que es del bien jurídico tutelado de la administración pública.
- **Objeto jurídico:** Protege el normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual en este caso es perturbada en su componente de legalidad.

• **Objeto material:** Puede ser real o personal, atendiendo si la acción recae en una persona o en una cosa.

• **La conducta:** Consiste en cometer un acto arbitrario o injusto, entendiendo por lo primero aquello realizado sin sustento en un marco legal, la sobre-posición de la voluntad del miembro de la Fuerza Pública al deber de actuar conforme a derecho, con el fin de lograr objetivos personales y no el interés público. Lo injusto es lo que va directamente contra la ley y la razón; se trata de la disconformidad entre los efectos producidos por el acto oficial y los que debió causar de haberse ejecutado con arreglo al orden jurídico, es la afectación ocasionada con el acto caprichoso²⁴⁹.

249 Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, radicado 41297, AP 11, septiembre de 2013.

- **Elementos normativos:** La acción debe generar violencia –sobre las personas o las cosas– usando las armas o empleando la fuerza
- **El tipo subjetivo:** Únicamente admite la modalidad dolosa, en consecuencia, requiere que el miembro de la Fuerza Pública conozca la arbitrariedad o injusticia de su proceder.

Se trata de un tipo penal subsidiario, especialidad que se infiere de la misma norma al indicar en su parte inicial “El que fuera de los casos especialmente previstos como delitos”, lo cual implica que el canon en estudio se aplica solo en aquellos casos en que otro que proteja la administración pública, acondicionado con sanción más grave, no logre cobijar la conducta cuestionada, situación está que descarta la posibilidad del concurso aparente”. (TSM. Rad. 158620, M. P. CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez, Primera Sala de Decisión del 15 de agosto de 2017).

EL QUE FUERA DE LOS CASOS ESPECIALMENTE PREVISTOS COMO DELITOS

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Delito de naturaleza subsidiaria.**

“Lo que respecta al delito de abuso de autoridad especial. Observemos: La conducta punible de abuso de autoridad especial es de naturaleza subsidiaria, tal como se advierte de la simple lectura del precepto legal, artículo 185 de la Ley 522 de 1999: “El que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, por medio de las armas o empleando la fuerza, con violencia sobre las personas o las cosas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá por ese solo hecho en prisión de uno (1) a tres (3) años”. (TSM. Rad. 148949, M. P. TC. Pedro Gabriel Palacios Osma, Tercera Sala de Decisión del 6 de junio de 2012).

COMETA ACTO ARBITRARIO O INJUSTO

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Definición de arbitrario e injusto.**

En la adecuación del tipo penal se tiene en cuenta que los uniformados emplearon la fuerza y la violencia sobre las personas y las cosas, para cometer un acto arbitrario, pues se evidencia el capricho del servidor público, su libre voluntad en los hechos y en el injusto; además, hubo afectación a los bienes jurídicos de la administración pública, a través de los efectos que se produjeron con el operativo policial, ya que si la misión se hubiese realizado con apego al ordenamiento jurídico la injusticia no hubiere devenido como consecuencia. Frente a la definición de arbitrariedad e injusticia la Corte Suprema ha sostenido históricamente que: «[...] el acto arbitrario tradicionalmente se ha concebido como aquél que lleva a cabo el servidor público de manera caprichosa haciendo prevalecer su propia voluntad o privilegiándola, es decir, sustituyendo la voluntad de la ley por la suya propia para realizar fines personales que no se corresponden con el interés público, de esta concepción no escapa que la realización de la función, así verificada, se concrete externamente

a través de un acto que pueda identificarse como contrario a la ley (...). A su turno la injusticia suele identificarse a través de la disparidad entre los efectos que el acto oficial produce y los que deseablemente debían haberse realizado si la función se hubiere desarrollado con apego al ordenamiento jurídico; en esencia la injusticia debe buscarse en la afectación que se genera como producto del obrar caprichoso, ya porque a través suyo se reconoce un derecho, una garantía inmerecida, ora porque se niega uno u otra cuando eran exigibles»²⁵⁰. En este orden de ideas, la imputación del tipo penal de abuso de autoridad se configura con todos los elementos que se requieren para su estructura, vale decir que la Sala comparte en este sentido el criterio del representante del Ministerio Público para esta instancia y las razones tenidas en cuenta por el Juez de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá en la imposición de la condena, no compartiendo obviamente la inconformidad planteada por el defensor. En segundo término y en referencia a la valoración probatoria en conjunto, que reclama el apelante en su impugnación, en efecto ésta no se realizó estrictamente bajo los lineamientos de la ley penal, pero no quiere ello decir que se hallen yerros configurativos que generen errores de hecho por falsos juicios de existencia por omisión, de identidad por cercenamiento parcial de la prueba o de falso raciocinio, pues aunque los medios de prueba utilizados en esta investigación son mínimos, se reducen a los testimonios, declaraciones e indagatorias rendidas en el sumario, una vez apreciados bajo los principios de la sana crítica, la lógica y la experiencia nos conducen necesariamente a la certeza de la responsabilidad en la conducta de abuso de autoridad, más no del hecho punible de **cohecho propio**, pues frente a este delito el argumento del señor defensor resulta evidentemente lógico, ya que el Juez de Instancia no gozaba de la convicción en el acervo probatorio frente a este delito, porque sencillamente generan dudas y no conducen a la certeza del hecho punible”. (TSM. Rad. 148949, M. P. TC. Pedro Gabriel Palacios Osma, Tercera Sala de Decisión del 6 de junio de 2012).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Los conceptos de arbitrariedad e injusticia se desarrollan dentro del ejercicio de la función pública.**

«Sobre la presunta configuración del delito de abuso de autoridad Frente a tal ilicitud, esta Sala ha determinado los siguiente elementos: (i) Un sujeto activo calificado –servidor público–; (ii) el titular del bien jurídico es la administración pública; (iii) el objeto jurídico protege el normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es perturbada en su componente de legalidad; (iv) el objeto material puede ser real o personal, atendiendo si la acción recae en una cosa o persona, y fenomenológico si se vincula con un acto jurídico; y, (v) la conducta consiste en cometer un acto arbitrario e injusto de manera acumulativa y no alternativa [como antes se requería]. (CSJ AP 11 Sep. 2013, rad. 41297; CSJ SP 12 nov. 2014, rad. 40458; CSJ AP368-2018, rad. 51049).

250 C.S.J. sentencias de 17-abr-1976 M. P. Dr. Jesús Bernal Pinzón y de 23-abr-1982 M. P. Dr. Luis Enrique Romero Soto.

Este último puede ser jurídico o material en atención a que, de una parte, puede comprender la manifestación de la voluntad de un servidor público con alcance jurídico; y, de otra, expresar un hecho material. El término «arbitrario» es aquello realizado sin sustento en un marco legal, en el cual la voluntad del servidor se sobrepone al deber de actuar conforme a derecho. Lo injusto es lo que va directamente contra la ley y la razón. (CSJ AP 11 Sep. 2013, rad. 41297; CSJ SP 12 nov. 2014, rad. 40458; CSJ AP368-2018, rad. 51049). [...] El tipo penal exige la concurrencia de un elemento normativo, es decir, la acción debe realizarse con motivo de las funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, pues los conceptos de arbitrariedad e injusticia no tienen sentido sino dentro del ejercicio de la función pública. (CSJ AP 11 Sep. 2013, rad. 41297; CSJ SP 12 nov. 2014, rad. 40458; CSJ AP368-2018, rad. 51049)». (CSJ, Sent. Casación N.º 55629, marz. 18/2020. M. P. Eyder Patiño Cabrera).

JURISPRUDENCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN. **Diferencia entre abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto y “prevaricato por acción”.**

«[...] la Corte en la decisión CSJ AP4835-2016, rad. 47806 respondió el siguiente interrogante: ¿El “acto” constitutivo de abuso de autoridad puede consistir en “resolución dictamen o concepto” emitido por servidor público en ejercicio de sus funciones?, de la siguiente manera: “N.º En razón de que el “abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto” sólo puede admitir adecuación típica “fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles”, frente algún acto de servidor público que se denuncie o se señale de “arbitrario” –el cual, como viene de verse en el acápite anterior, su configuración exige manifiesta ilegalidad, en tanto la contrariedad con el ordenamiento debe superar toda posibilidad interpretativa de tal manera que se ponga en evidencia el capricho del servidor–, resulta imposible el fenómeno concursal entre el delito de “prevaricato” (artículo 413 del CP) y aquel (contenido en el artículo 416 ídem), como tampoco puede constituirse en abuso de autoridad el “acto” que está reprimido

como “prevaricato por acción”. [...] En este orden de ideas, si el acto denunciado de arbitrario es de aquellos contemplados en el artículo 413 del Código Penal –es decir: “resolución, dictamen o concepto”, entre las cuales se encuentran contempladas las providencias judiciales–, la tipicidad no se examina con “abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto” sino con “prevaricato por acción”, pues se insiste, el primero está consagrado para prever la arbitrariedad perpetrada por servidor público mediante algún “acto” distinto a los precitados y siempre que su manifiesta ilegalidad no sea constitutiva de otra conducta punible, pues de ser así también se descarta su aplicación por motivos de especialidad y subsidiariedad». En la entrevista recibida al denunciante el 26 de marzo de 2014, solicitó investigar a la Dra. ERPM, además, por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, conducta que en su sentir se cometió, precisamente, cuando profirió las decisiones que considera manifiestamente contrarias a la ley, y, además, cuando omitió actos propios de sus funciones, pues “...ya que convencido estoy no han sido errores involuntarios o casualidades si no actos irregulares, conscientes, deliberados y de mala fe de mi denunciada”. En este punto, se resalta que los actos denunciados como “arbitrarios o injustos”, serían objetivamente típicos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, y no de abuso de autoridad, toda vez que, como se explicó en el acápite anterior, el acto o los actos a los que se refiere este último se remiten -por expresa disposición legal- a aquellos “fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles”; por lo que en el presente asunto queda descartada la tipicidad de los hechos denunciados en relación con este último delito. Además, la inconformidad del denunciante, relacionada con la presunta ilegalidad de las decisiones proferidas por la Juez y las omisiones de actos propios de sus funciones, ya fue examinada por esta Sala y se concluyó que las conductas son atípicas, por lo que se decretará la preclusión de la investigación, con base en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004». (CSJ, Sent. Casación N.º 51049, enero 31/2018. M. P. Fernando León Bolaños Palacios).

CAPÍTULO IV DE LA OMISIÓN DE APOYO

Artículo 166. De la omisión de apoyo especial.

El que sin justa causa rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido en la forma establecida por la ley, reglamentos, directivas, planes, circulares u órdenes, por el comandante de una Fuerza, unidad, buque o aeronave, para prestar auxilio en operaciones de campaña o de control del Orden Público, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

La pena prevista en el inciso anterior será de tres (3) a seis (6) años de prisión, si como consecuencia de la omisión de apoyo se produjeren perjuicios materiales para la Fuerza Pública, sin perjuicio de lo previsto para el caso del concurso de conductas punibles.

Si el apoyo que trata el inciso 1º del presente artículo, se refiere a las solicitudes de las autoridades civiles, la pena imponible será prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

La Corte Constitucional, en sentencia C- 1184 de 2008, realizó un análisis constitucional cotejando el artículo 424 de la Ley 599 de 2000 “omisión de apoyo” con el artículo 186 de la Ley 522 de 1999 “De la omisión de apoyo especial”, donde verificó si el tipo penal de omisión de apoyo dentro del

Código Penal afecta el fuero militar y la unidad de materia, por tratarse de un delito que ostenta un nexo entre el sujeto activo con el cumplimiento del servicio y con ocasión del mismo, virándola a un comportamiento exclusivo del conocimiento de la jurisdicción penal militar, y que no podría

estar tipificado en la norma sustantiva ordinaria; sin embargo se concluyó que son de carácter "similar", pero que no comparten la misma finalidad, ni son equiparables sus ingredientes normativos.

Sujeto activo "EL QUE"

"5.3. El artículo 424 de la Ley 599 de 2000, contenido en el Capítulo de los abusos de autoridad y otras infracciones, perteneciente al Título VIII de los delitos contra la administración pública –por lo que no se trata de un bien jurídico propio del orden militar²⁵¹–, tipifica aquella omisión en la que incurre el agente de la Fuerza Pública que rehúse, o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurriendo en pena de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Se trata entonces de un tipo penal autónomo, aunque un sector de la doctrina nacional asegure que constituye una modalidad del prevaricato por omisión, mientras que otras esferas consideran que se trata de un verdadero abuso de la autoridad funcional, en el cual se impide la eficacia del auxilio requerido en debida forma, poniendo en peligro la administración, al no respaldar el cumplimiento de una solicitud coactiva de quien está legitimado para hacerlo.

Nos encontramos ante un delito de los que la doctrina y la jurisprudencia clasifican como de **sujeto activo calificado** o **propio**, habida cuenta que se requiere que el infractor posea una calidad especial, para el presente evento ser miembro de la Fuerza Pública, es decir, perteneciente a las Fuerzas Armadas o a la Policía por disposición expresa del artículo 216 superior". (Sentencia C-1184 de 2008 - D-7306- 3 de diciembre de 2008).

Verbo rector "rehúse o demore indebidamente".

"Así, el sujeto agente es sancionado cuando rehúsa o indebidamente da un cumplimiento tardío al apoyo, la protección o el auxilio pedidos por una autoridad competente, en la forma establecida en la ley. Pese a que tradicionalmente se planteaba que la designación de omisión que forma parte del nomen iuris del punible no estaba contenida como uno de los "verbos rectores" del tipo, tal aparente vacío ha sido zanjado al entenderse doctrinariamente que la expresión *rehusar*, aunque en sentido literal corresponde a "no querer o no aceptar algo"²⁵², se trata de una verdadera omisión al constituir una evasión a la colaboración requerida.

Debe precisarse como en efecto lo hace la doctrina nacional, que la omisión o el retardo en el cumplimiento requieren de ciertas características necesarias para la adecuación del comportamiento a la descripción del tipo, entre otras, como las de ser indebidos, ilegales

o arbitrarios, habida cuenta que en aquellos eventos donde el apoyo elevado sea ilegítimo, no provenga de autoridad competente, o no se haya efectuado conforme a la ley, abstenerse a su cumplimiento no estaría sujeto a sanción penal.

Igualmente, la calificación de indebida en el caso de la demora al cumplimiento del apoyo requerido, conlleva un elemento normativo que debe tenerse en cuenta al momento de valorar el comportamiento como objeto de reproche penal, toda vez que no todo retardo se presentaría como indebido. El intérprete de la norma deberá valorar las circunstancias fácticas y jurídicas que mediaron hasta el cumplimiento de la orden, al no poderse equiparar el tiempo que tarda en ejecutarse aquella que permite ser cumplida inmediatamente o con gran premura, con la que implique una mayor periodicidad en su ejecución". (Sentencia C-1184 de 2008 - D-7306- 3 de diciembre de 2008).

Ingrediente normativo del tipo "el apoyo pedido en la forma establecida por la ley, reglamentos, directivas, planes, circulares u órdenes".

"La formulación de la orden debe obedecer a situaciones relacionadas con el ejercicio del cargo o de la función pública que cumple la autoridad requirente, de lo contrario una solicitud de apoyo que no revista esos rasgos resulta ilegítima, es decir, es imperativo que se cuente con el derecho para solicitar la colaboración. El mismo efecto tendría la orden dirigida a un miembro de la Fuerza Pública que se encuentre en períodos de vacaciones, licencia o descanso, pues quien brinda el apoyo debe tener la competencia para hacerlo.

De ese modo y como ha indicado la doctrina nacional en torno al análisis del artículo 186 de la Ley 522 de 1999, únicamente la Fuerza Pública puede suministrar apoyo a las autoridades; no es factible que la negativa se predique de un particular, o de uno de los miembros de la misma cuando obra como un integrante más de la colectividad, al no estar capacitados, y/u obligados al cumplimiento en esas labores.

Se aclara además que al funcionario requerido le compete revisar los requisitos formales y no los sustanciales del apoyo solicitado, de modo que le está vedado negarse por no compartir el criterio de la misma. A manera de ejemplo, si al tenor del artículo 28 de la Constitución se expide una orden para la privación de la libertad de una persona, mediante mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, no puede negarse el miembro de la Fuerza Pública por razones de pertinencia, conveniencia, legalidad o no, al no corresponder a sus funciones.

Acorde con estas consideraciones la preceptiva del artículo 424 de la Ley 599 de 2000, no implica una afrenta al fuero penal militar consagrado en la Carta Política, pues, aunque se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado o propio (miembro de la Fuerza Pública), no quiere decir ello que no pueda estar contenido en el Código Penal, o que deba ser condicionada su exequibilidad como fórmula una de los ciudadanos intervinientes. El intérprete de la norma debe dar por sentado que las omisiones allí punidas tienen lugar en aquellos eventos en los cuales el miembro de la Fuerza Pública, en

251 Igual bien jurídico se busca proteger con el artículo 186 del actual Código Penal Militar, al estar también tipificado como un delito contra la administración pública, pero como indica la doctrina nacional, cuando se presenta en operaciones de campaña o de control del orden público, señalando además que esos temas aparecen desarrollados en los reglamentos internos, en los libros de control y demás documentos que soportan los actos de servicio.

252 Diccionario esencial de la lengua española. Real Academia Española, Madrid, 2006

labores ajenas a las que constitucionalmente le han sido asignadas (arts. 217 y 218), según el caso, pero investido de tal calidad, omite brindar el apoyo solicitado bajo los presupuestos fácticos y jurídicos allí descritos, de modo que no puede tener cabida la aplicación del artículo 186 del

Código Penal Militar, sin que ello implique la total impunidad de esa clase de faltas, como acontecería en el caso de la declaratoria de inexequibilidad de la norma". **(Sentencia C-1184 de 2008 - D-7306-3 de diciembre de 2008).**

TÍTULO VIII OTROS DELITOS

Artículo 167. Violación de habitación ajena.

El miembro de la Fuerza Pública que abusando de sus funciones se introduzca o permanezca en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas por esta sola conducta incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. **El concurso en el delito de violación de habitación ajena.**

Para el caso en estudio, se precisa, no existe el denominado concurso aparente como parece entenderlo el Tribunal, pues la violación de habitación ajena es un delito autónomo e independiente, con estructura y elementos propios, a través del cual se protege la intimidad personal y familiar, por lo mismo, no guarda ningún vínculo con el homicidio, la tortura, el secuestro, etc., que por principio de especialidad, subsidiaridad o consunción permita su subsunción en aquellos punibles. De manera que, como en otros casos de similar naturaleza, se procederá a legalizar el cargo formulado por el delito de violación de habitación ajena, acorde con lo solicitado por la representante de las víctimas. **(CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. 39960 AP2747-2014. M. P. Patricia Salazar Cuéllar, veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014)).**

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **Relación con el servicio de la violación de habitación ajena y la conexidad con la función policial.**

"De la misma manera debe destacarse que, el delito de violación de habitación ajena descrito en el artículo 187 del Código Penal Militar imputado a los enjuiciados, es un abuso de autoridad especial con denominación propia, con sujeto activo cualificado, vale decir, debe ostentar la condición de "miembro de la Fuerza Pública", por lo tanto en su consumación debe presentarse una extralimitación en el ejercicio de las funciones y son susceptibles de ser consumadas en relación con el servicio, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, en sentencia C-361 de 2001, mediante la cual declaró exequible el contenido del artículo 187 y otros, de la Ley 522 de 1999...(…) Mucho menos puede aceptarse que la presunta orden de sus superiores, a la que se refiere el Dr. José Trinidad Gómez defensor del PT. Samir Guevara, se constituya en un error invencible de prohibición, porque de haber existido la orden debería haber sido legítima y emanada de autoridad competente, pero ni los superiores del patrullero tenían competencia para ordenar allanamientos y registros y si la hubieren expedido, sería ilegítima, en últimas de haber existido la orden legítima de autoridad competente, la causal sería de justificación por

haber obrado en cumplimiento de esa orden (CPM., artículo 34.2) y no causal de inculpabilidad (artículo 35 *ibidem*). Al efecto ha de precisarse, que si bien es cierto se evidencia dentro del proceso, por lo expresado por los mismos encausados, el Teniente Comandante de la Estación de Policía, autorizó el desplazamiento, la orden impartida por el oficial, era solamente de verificación de la información y no de allanamiento y registro, por lo cual, esa verificación tenía como objetivo confirmar la información recibida y acopiar las evidencias necesarias para fundar los motivos fundados requeridos en la ley, para solicitar el Fiscal o al Juez de Control de Garantías, la orden de allanamiento y registro. Por último, en gracia de discusión de aceptarse que los policiales ingresaron al inmueble con la intención de capturar a la persona que presuntamente se refugió en la vivienda, huyendo de la patrulla, debe precisarse que no está demostrado que esta persona haya sido sorprendida en flagrancia cometiendo un delito, mucho menos, que fuera delincuente o tuviera antecedentes penales como lo refieren los mismos policiales y en últimas, de haberse dado un estado de flagrancia, se necesitaba autorización de sus moradores y la justificación del allanamiento solo sería para la aprehensión y no para el registro, como ocurrió en el caso concreto". **(TSM. RAD. 155980-038-XIV-500, M. P. MY. (r). José Liborio Morales Chinome, febrero veintidós (22) de dos mil once (2011)).**

Jurisprudencia. Corte constitucional. Definición y alcance del domicilio.

Sin embargo, no todos los lugares protegidos ameritan el mismo nivel de celo constitucional: "(...) constitucionalmente es necesario distinguir entre el domicilio en sentido estricto y lo que podría denominarse el domicilio ampliado. El primero corresponde al lugar de habitación de las personas naturales, y goza de todas las garantías previstas por el artículo 28 superior, y en especial de la estricta reserva judicial. En cambio, el segundo hace referencia al domicilio corporativo de las personas jurídicas y a los otros espacios cerrados, distintos al lugar de habitación, en donde existe un ámbito de intimidad a ser protegido pero que es menor que el propio de las relaciones hogareñas. Por ende, en el caso del domicilio ampliado, la reserva judicial no opera automáticamente en todos los casos, pues en ciertos eventos puede resultar admisible que, existiendo intereses constitucionales importantes, la ley autorice el registro por parte de autoridades administrativas". **(Corte**

Constitucional, sentencia C-505/99, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La violación de habitación ajena como delito relacionado con el servicio.

“Estos dos elementos adicionales –que el delito sea cometido por un miembro de la Fuerza Pública y que esté relacionado con la prestación del servicio- ponen de presente que la conducta regulada no es igual [a la contenida en la legislación ordinaria], y que por ello bien puede merecer una represión más severa. En efecto, ¿quién duda que es más reprochable introducirse en una habitación ajena vistiendo el uniforme militar y estando en servicio activo, que hacerlo por fuera de esas circunstancias? ¿O causar lesiones personales en tales condiciones? Evidentemente la violación del principio de igualdad, que se produce cuando el legislador determina distintas consecuencias jurídicas para un mismo comportamiento, no se da en el presente caso, pues no existe en realidad un mismo supuesto de hecho al cual se le asignen consecuencias jurídicas dispares, sino diferentes comportamientos sancionados de manera distinta y más gravosa para aquellos casos en los que se exige una mayor responsabilidad en razón de la calidad del sujeto activo y del servicio que presta”...(…) 21. Las conductas descritas en los tipos penales que se consagran en los artículos que ahora se examinan –violación de habitación ajena, lesiones personales dolosas, lesiones preterintencionales y culposas, hurto simple, hurto de uso, estafa, emisión y transferencia ilegal de cheque y daño en bien ajeno–, son susceptibles de ser llevadas a cabo por militares en servicio activo en relación con el mismo servicio, entendiendo esta última expresión en los términos arriba descritos, según la jurisprudencia constitucional sentada al respecto. Bajo la condición de que estas conductas se lleven a cabo en tales circunstancias, las normas que las elevan a categoría de delitos se entienden exequibles y así se declarará. (...) 23. Finalmente, la Corte insiste en que los tipos penales que consagran las normas demandadas, incluyen como elemento propio un sujeto activo cualificado. Sobre este punto, interpreta los artículos 187, 188, 189, 190, 191, 193 y 194 de la Ley 522 de 1999 en el sentido de que todos estos delitos suponen una cualificación de los sujetos activos, que en todos los casos deben ser miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y desde luego, que tengan relación con el mismo servicio. Esto significa que, si bien únicamente el artículo 187 se refiere a dicho sujeto indicando que se trata de un miembro de la Fuerza Pública, hay que entender que esta cualificación del sujeto abarca también a los tipos penales consagrados en los artículos 188, 189, 190, 191, 193 y 194 de la Ley 522 de 1999. Así la expresión “el que”, contenida en dichas normas, debe entenderse alusiva a la condición de miembro de la Fuerza Pública. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la acusación esgrimida en contra del grupo de artículos que ahora se examina, será considerada improcedente”. **(Corte Const. Rad 361 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, dos (2) de abril de dos mil (2001).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Definición de domicilio.

“La definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. La defensa de la inviolabilidad del domicilio protege así, más que un espacio físico en sí mismo, al individuo en su seguridad, libertad e intimidad”. **(Corte Constitucional, sentencia C-519/07. M. P. Nilson Pinilla Pinilla, once (11) de julio de dos mil siete (2007).**

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
La violación de habitación ajena de los miembros de la Policía Judicial y sus funciones encubiertas...

(...) Como antes mencionó, actualmente la ley prevé un control judicial posterior a la terminación de la operación encubierta. El artículo 242 (parcial) demandado establece que para esos efectos “se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos”. Esto significa, cuando menos, que se aplican al control judicial los estándares legales previstos para definir el fundamento jurídico de la orden de investigación (CPP. Art. 220), o para evaluar el respaldo probatorio de los motivos fundados (CPP. Art. 221), o para determinar la validez de la orden en sus alcances (CPP. Art. 222). No obstante, la estructura y el contenido de la regulación legal en estas materias pone de manifiesto que la actuación de los agentes encubiertos, incluso cuando supone el ingreso a lugares de trabajo o al domicilio de habitación del imputado o indiciado, no es en sentido jurídico estricto un allanamiento, un registro, ni una interceptación de comunicaciones. Hay diferencias objetivas entre estos últimos procedimientos y la técnica de infiltración mediante agentes encubiertos, entre otros, en los siguientes aspectos: (i) La publicidad de la identificación de los miembros del cuerpo de investigación, (ii) la aptitud de cada diligencia para el recaudo de evidencias, (iii) el ámbito de cobertura de cada técnica de investigación, (iv) la publicidad inmediata del acta de la diligencia, (v) la especificación de los lugares y objetos afectados en la diligencia, (vi) la participación del Ministerio Público en las actuaciones, (vii) los requisitos legales previos para la realización de cada diligencia, (viii) la autoridad competente para ordenar y autorizar la medida, (ix) los alcances de cada una. Por la trascendencia que, según lo referido, puede tener esta cuestión, la Corte procede a desarrollar estas diferencias enseguida:

23.1. El registro y el allanamiento deben practicarse sin adular la identidad de los integrantes del cuerpo de investigación judicial, ni ocultar los motivos y los fines de la diligencia. En ejercicio de su derecho de defensa, por lo mismo, de acuerdo con la ley, incluso quien no es imputado tiene derecho en ese contexto a asesorarse de un abogado **(CPP. Arts. 267 y ss.)**. Entre tanto, las operaciones encubiertas presuponen lo contrario, toda vez que implican o bien una adulteración de la identidad del agente, o bien un ocultamiento de los motivos y propósitos de la relación entre el

agente y el imputado o indiciado (CPP. Arts. 241-242a).

23.2. En las diligencias de allanamiento y registro pueden ocuparse o incautarse bienes o evidencias con vocación probatoria dentro de la persecución penal, e incluso capturarse a las personas de acuerdo con la Constitución y la ley (CPP. Arts. 225 num. 2, y 227). En las operaciones de infiltración, por el contrario, el Código de Procedimiento Penal –como se dijo– no faculta a los agentes encubiertos para efectuar incautaciones, ni ocupar bienes, ni capturar personas, sino para obtener información orientada a determinar si el imputado o indiciado “continúa desarrollando una actividad criminal” (CPP. Art. 242). Cuando las actuaciones encubiertas permitan detectar determinados lugares con elementos útiles a la investigación, el agente comisionado para la operación debe hacérselo saber al fiscal para que este disponga, por separado, una operación especial y diferente, con el fin de que “se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados”. (CPP. art 242).

23.3. Mientras las diligencias de allanamiento y registro, lo mismo que la interceptación de comunicaciones, son técnicas que en general están dispuestas para la investigación de cualquier hipótesis de delito, las operaciones encubiertas proceden como instrumentos de infiltración de organizaciones criminales, en los supuestos regulados por los artículos 242 y 242A del Código de Procedimiento Penal.

23.4. Al efectuar un procedimiento de registro o allanamiento, la policía judicial debe levantar un acta con indicación expresa de los lugares registrados, los objetos ocupados o incautados, si hubo o no oposición del afectado, si había medidas preventivas de policía, entre otras circunstancias (CPP. Art. 225 num. 3). En ese contexto, si así lo desea el titular de los derechos, el acta debe ser leída en la diligencia, debe expedirse una copia para el interesado y, además, si hay oposiciones deben consignarse. En contraste, en las operaciones encubiertas, si bien cabe disponer el levantamiento de actas tras cada actuación individual, sería contrario a la finalidad de infiltración encubierta prever la posibilidad de leerlas cada vez, pues así la identidad o los motivos y finalidades de la investigación serían descubiertos (CPP. Art. 242).

23.5. Los registros y allanamientos deben estar precedidos por una orden que especifique los lugares y objetos de la diligencia, y solo excepcionalmente puede la policía judicial proceder a registrar o allanar sitios no especificados en la orden, como ocurre por ejemplo en los casos de flagrancia (CPP. Arts. 222 y ss.). Sin embargo, es claro en la ley que “[e]n ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar” (CPP. Art. 222). Por lo mismo, los agentes de la policía judicial solo pueden ingresar a los lugares o registrar los objetos especificados en la orden, salvo una excepción legalmente prevista. En una operación encubierta, en contraposición, si bien la orden de trabajo debe enunciar las circunstancias de la actuación, el agente debe estar capacitado

para ingresar a lugares y observar objetos y personas no expresamente enumerados en la orden, toda vez que debe ganarse la confianza de los integrantes de la organización criminal, y eventualmente puede darse el caso de que no esté en condiciones de declinar el ingreso a determinados sitios, incluso contra la voluntad de su titular, para mantener el secreto de la investigación... (...) Fuera de lo anterior, la Ley procesal penal faculta a los agentes de la policía judicial y a los particulares que obren de forma encubierta, para “realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica”, lo cual significa ejecutar acciones tipificadas en la ley penal como delitos (CPP. Arts. 242 y 242a). Existen límites, como antes se dijo, a este facultamiento general, y por ejemplo es preciso que los actos extrapenales tengan conexidad con las actuaciones de la organización criminal, para que el agente encubierto se gane o preserve la confianza ya ganada de la organización que infiltra. Lo relevante de señalar estas características es que, si está dentro de las actividades de la organización, o si puede juzgarse precisa para el éxito de la operación, el agente podría verse ante la necesidad técnica de incurrir en las conductas tipificadas penalmente como violación de habitación ajena (Código Penal art 189), violación de habitación ajena por servidor público (idem art. 190) y violación en lugar de trabajo (idem art. 191). En tales casos el agente o el particular encubiertos no solo obrarían –como en los referidos en el párrafo anterior– sin el consentimiento válidamente extendido para ingresar al lugar, sino que de hecho se verían técnicamente conminados a hacerlo sin invitación, para garantizar la confianza indispensable al éxito de la misión que se les confía. **(Corte Const. Rad. D-10950. M. P. María Victoria Calle Correa, seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016).**

ELEMENTOS NORMATIVOS

I. LEY 1862 DE 2017. CÓDIGO DISCIPLINARIO PARA LAS FUERZAS MILITARES.

Artículo 14. Funciones del militar.

El militar ejercerá funciones operativas, técnicas, logísticas y administrativas en el desempeño de sus cometidos para la preparación y empleo de las unidades militares en cumplimiento de las misiones encomendadas; también podrá actuar en apoyo al mando y ejercer funciones docentes.

II. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

A. INTRODUCIR.

1. Conducir a alguien al interior de un lugar.
2. Entrar en un lugar.

B. PERMANECER

1. Mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad.
2. Estar en algún sitio durante cierto tiempo.

C. AJENO

1. Perteneciente a otra persona.
2. De otra clase o condición.
3. Impropio, extraño, no correspondiente

Artículo 168. Hurto de armas y bienes de defensa.

<Artículo reubicado como artículo 154a por el artículo 100 de la Ley 1765 de 2015>.

Artículo 154a. Hurto de armas y bienes de defensa. <Artículo adicionado por el artículo 100 de la Ley 1765 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El que se apodere de armas, municiones, material de guerra o efectos o bienes destinados a la seguridad o defensa nacional, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de siete (7) a quince (15) años.

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **"...El verbo rector de la conducta del hurto".**

(...). Para la Sala el injusto de hurto de armas y bienes de defensa es el único delito cometido por el soldado "S", afirmación consecuente con el principio de legalidad que hemos invocado, por ello la discrepancia e incoherencia que advertimos en la postura del ente acusador y juzgador, de cara a todo lo expuesto en precedencia. El tipo penal dispuesto en el artículo 168 de la Ley 1407 de 2010 prevé en sus elementos objetivos y subjetivos el apoderamiento y el propósito de provecho, apotegmas que no se alcanzan si no se efectúa la apropiación y el porte o desplazamiento de la cosa ajena, lo que insinúa llevarla consigo para apropiarse, situación que no genera per se el concurso efectivo de tipos penales que se propone. El verbo rector "apoderarse" sugiere ex ante a la consumación, esto es, fase ejecutiva, realizar el apoderamiento, lo que comporta portarlo, desplazarlo para superar la esfera de control, y subsiguientemente producir el provecho o los actos de señor y dueño... (...). No ocurre así con el hurto, que es un injusto de resultado, donde una vez verificado el apoderamiento, en la forma y términos que se ha señalado, el reato se reputa perfecto; siendo efectivamente a partir de ese momento, esto es, cuando se ha agotado el delito de hurto, admisible el concurso de punibles, no antes, menos aún como resultado de un evento *in factum*, propio de expresiones de conexidad consecuencial. En este orden de ideas, que el soldado se haya apoderado del fusil y que para alcanzar el propósito hubiese tenido que poseerlo, transportarlo y decidir como parte del provecho esconderlo, de manera alguna está estructurando otro delito, pues corresponde a los elementos consustanciales del hurto de armas y bienes de defensa". (TSM. Rad. 157460, 18 de septiembre de 2012, M. P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).

JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **EL bien jurídico a proteger en el hurto de armas y bienes de defensa antes de la modificación legal.**

"...(...) ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley 1407 de 2010 (nuevo Código Penal Militar), la conducta es punible cuando se afecta o produce un daño contra la Seguridad de la Fuerza Pública o se atenta contra los fines constitucionales asignados a la Fuerza Pública, afectación que no resulta probada en el sumario, y por lo tanto es imposible manifestar su existencia. Es importante aclarar que el delito de "hurto de armas y bienes de defensa" tipificado en el artículo 168 *ibidem*, se encuentra clasificado dentro del "Título VIII, Otros Delitos", significando que el Legislador del 2010 no estableció un bien jurídico concreto a proteger mediante la

categorización penal de esta conducta. Sin embargo, se puede inferir de los fines del derecho penal militar que lo pretendido con el tipo penal era evitar que terceras personas se apoderaran de armas, municiones y en general de cualquier material de guerra o efectos destinados a la seguridad o defensa nacional. Para de esta forma proteger los fines que la Constitución Nacional le ha otorgado a las Fuerzas Militares como es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional²⁵³ y por supuesto la Seguridad de la Fuerza Pública...(...) La anterior afirmación nos lleva a plantearnos los siguientes interrogantes: Si las municiones son del Estado, porqué afectan el patrimonio económico personal?; Será que por el hecho de tener un bien bajo su custodia, se considera que si se pierde o extravía la afectación es personal, representado en su patrimonio económico? En ningún instante la Corporación pretende descalificar la gravedad de la acción del implicado, ya que evidentemente debe tomarse como un signo de alerta frente al control que deben realizar las Unidades Tácticas en punto de lograr que este tipo de irregularidades cesen en forma definitiva. Empero para el caso bajo estudio no podemos acudir al derecho penal como última ratio, pues la gravedad de afectación al bien jurídico no alcanzó el peso desvalorativo en el plano objetivo material, y por lo tanto sólo podría llegar a ser por ahora competencia del derecho sancionatorio disciplinario. Denótese, además, que, en el presente caso, se estaba en desarrollo de actividades netamente administrativas como era el cambio de lote de munición, la cual fue aprovechada por el aquí implicado para obtener un provecho personal, sin que afectara o por lo menos perturbara el bien jurídico tutelado por la ley penal, referidos en párrafos anteriores. Es decir, su conducta no tuvo la entidad suficiente para poner en peligro dichos bienes jurídicos". (TSM. RAD. 158072-9553-XV-062, M. P. Coronel (RA) Pedro Gabriel Palacios Osma, veintidós (22) de octubre de dos mil catorce (2014).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El contenido dogmático del hurto de armas y bienes de defensa.**

"Bajo esta perspectiva, el apoderamiento del material bélico que hiciera el soldado Pacheco, tanto del suyo a título de peculado sobre bienes de dotación, conformado por un fusil galil, cinco proveedores metálicos y 525 cartuchos calibre 5.56 mm; y el de sus homólogos consistente en dos ametralladoras, otro fusil galil, un lanzagranadas tipo MGL., veintiocho granadas de 40 milímetros, cinco proveedores más, 175 cartuchos calibre 5.56 mm y 300 cartuchos calibre 7.62 milímetros de munición eslabonada, se reputa como delito perfecto, pues se pudo disponer de los elementos

253 Constitución Nacional, artículo 217.2.

objeto de peculado y hurto, al superar la esfera de control, como señor y dueño; tarea delictiva que pudo realizar al aprovechar el momento en que se encontraba de centinela. Insistimos, calidad de la cual se vale y que consecuentemente conlleva a que aproveche que sus compañeros se encontraban descansando; lo que, una vez más, sugiere una condición de servicio y la extralimitación del mismo, es decir, se vale de la función para planear, ejecutar y consumir los diversos injustos por los que fue acusado y condenado... (...) Razón por la cual replica el Colegiado para afirmar que, conforme al acervo probatorio militante, los bienes sí salieron de la esfera de control, hubo apoderamiento y provecho expresado en la capacidad de disposición de señor y dueño por parte del SLC. Pacheco Tafur. Recordemos que para el caso de delitos contra el patrimonio, o el injusto contra la seguridad de la Fuerza Pública, como es el hurto de armas y bienes de defensa, y aun concebible en el punible contra la administración pública, se ha de verificar el apoderamiento, el superar la esfera de control y el provecho para sí o un tercero que se expresa en la capacidad de disponibilidad;... (...) Para ofrecer una mayor precisión respecto del punible de hurto de armas y bienes de defensa, es menester recordar a la Procuraduría que este es un tipo penal de resultado por excelencia, que para su realización demanda verificar tanto ingredientes normativos como subjetivos del tipo, que de no existir en la redacción de la norma se correría el riesgo de sancionar conductas inocuas; por ello el Legislador de 2010, en la Ley 1407²⁵⁴, incorporó tal descripción comportamental, estableciendo que el sujeto activo “se apodere de armas, municiones, material de guerra o efectos destinados a la seguridad o defensa nacional, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro”, lo que significa que en la acción de despojo el agente entra en el dominio material del bien; concomitantemente exige que debe observarse la existencia de propósito de obtener provecho para sí o para otro. Tras discutirse en la jurisprudencia y doctrina sobre el momento consumativo del hurto y divagarse referente a si se acogía la tesis de la *aprehensio rei*, la *amotio*, la *illatio rei*, la *ablatio* o la *locupletatio*; el Legislador Colombiano optó por la teoría de la “disponibilidad” que se recoge de criterios del Profesor Sebastián Soler, que significa la posibilidad inmediata de realizar materialmente actos dispositivos sobre el bien. Conforme a esta hipótesis el hurto se consuma “(...) Cuando el sujeto agente ejecuta el desplazamiento de la cosa a su ámbito de poder, con lo cual destruye de hecho la relación posesoria del sujeto pasivo y establece un nuevo contenido fáctico. (...) la noción de esfera de poder es jurídica, porque la conforma el campo de la influencia de las relaciones patrimoniales de la víctima y del agente, relaciones estas que guardan secuencias sin existir de manera simultánea (...) Los actos anteriores al inicio de la violación de la esfera de custodia solo se reputarán como preparatorios (...)”²⁵⁵. El propósito de obtener provecho puede ser para sí o para un tercero, siendo allí donde descansa el elemento subjetivo del tipo. En el evento de cosas custodiadas es indispensable,

para entender consumado el injusto de hurto, que el objeto materia de apoderamiento sea sacado del lugar donde es vigilado, toda vez que mientras la relación de dominio subsista, esto es, permanezca en la esfera de protección del poseedor o propietario, la conducta no se concibe ejecutada. Por lo tanto, mientras no se afecte o se pierda definitivamente la facultad de disposición sobre la cosa, resulta claro que el interés penalmente tutelado del patrimonio no se vulnera cabalmente; por ello en eventos de persecuciones entre propietario o poseedor y “ladrón”, no se puede aseverar que el punible es perfecto, porque este no ha ejercido aun la potestad de disponer libremente del bien, caso en el cual se estará en delito tentado... (...). Bajo este entendido debe recordarse a la señora Procuradora que conforme a la teoría de la disponibilidad, para efectos del punible de hurto, no basta con el traslado de la órbita de custodia sino que además es necesaria la disponibilidad para hablar de delito perfecto, lo que se expresa cuando se ejerce sobre el bien actos de señor y dueño, es decir, enajenándolo, ora regalándolo, ora quedándose con él, o disponiendo del bien de la forma que quiera, tirándolo, vale decir, que el sujeto agente pueda ejercer de manera indiscriminada todas y cada una de las facultades de dominio inherentes al derecho de propiedad, es allí donde se expresa y materializa el provecho para sí o para otro. El propósito de obtener provecho puede ser para sí o para un tercero, siendo allí donde descansa el elemento subjetivo del tipo. En el evento de cosas custodiadas es indispensable, para entender consumado el injusto de hurto, que el objeto materia de apoderamiento sea sacado del lugar donde es vigilado, toda vez que mientras la relación de dominio subsista, es decir, permanezca en la esfera de protección del poseedor o propietario, la conducta no se concibe ejecutada”. (TSM. RAD. 158400-7202-XIV-564-EJC, M. P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, junio catorce (14) de dos mil dieciséis (2016).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. **El concurso de tipos punibles incluyendo el hurto de armas y bienes de defensa.**

“(…) Entendido lo anterior, encuentra la Sala, como lo advirtiera la recurrente y posteriormente la Procuraduría delegada ante esta Corporación, que el tipo penal de hurto de armas y bienes de defensa contiene como verbo rector el “apoderarse” de armas, municiones o explosivos. Concepto que involucra como definición el hacerse dueño de una cosa de manera violenta o ilegítima. Bajo ese entendido, portar o conservar sin el permiso de autoridad competente un arma de fuego, munición o explosivo hace parte de la conducta dirigida a apropiarse del elemento bélico. (...) Téngase en cuenta, que las conductas punibles se encuentran descritas en el Título V de la Parte Especial del Código Penal Militar, dirigidas a proteger como bien jurídico la seguridad de la Fuerza Pública, que si bien definen comportamientos punibles distintos, el tipo penal de hurto de armas y bienes de defensa absorbe en su descripción típica el desvalor del punible de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y

254 Que fuera modificado el artículo 100 de la Ley 1765 de 2015 y lo determina como el nuevo artículo 154 A de la Ley 1407 de 2010.

255 Lecciones de Derecho Penal, parte especial. Universidad Externado de Colombia. Pág. 752.

explosivos, particularmente en lo que tiene que ver con el porte de dichos elementos, que fuera la conducta imputada al procesado, excluyéndolo de su función punitiva, en aplicación del principio de consunción. De la misma forma, dado que las dos conductas punibles protegen el mismo bien jurídico, seguridad de la Fuerza Pública, introduciendo diferentes formas de lesión, reportando tanto aspectos comunes como excluyentes resulta improcedente aplicar de forma simultánea los supuestos de hecho de concurso efectivo, en razón particularmente a que el verbo apoderarse involucra la tenencia, la posesión y la conservación del elemento bélico, conforme el principio de alternatividad propia. Situación que de producirse vulneraría el principio del non bis in ídem, que prohíbe que por un mismo hecho el agente resulte sancionado más de una vez. Bajo ese entendido, encuentra el colegiado que el instructor imputó inadecuadamente la comisión de un concurso de delitos que no podía producirse como acaba de explicarse, lo que necesariamente conduce a precisar que el delito sobre el cual gira la imputación fáctica corresponde al de hurto de armas y bienes de defensa consagrado en el artículo 154A del Código Penal Militar; en la medida en que este tipo penal contiene en su descripción típica los aspectos imputados al procesado respecto del delito señalado en el artículo 133 ibidem. Conclusión que permite identificar y solucionar el concurso aparente de delitos que se presenta en el sub iudice. (TSM. Rad. 158482 del 14 de julio de 2016, M. P. TC. Wilson Figueroa Gómez, Tercera Sala de Decisión).

ELEMENTOS NORMATIVOS

VIII. DECRETO NÚMERO 2535 DE 1993. POR EL CUAL SE EXPIDEN NORMAS SOBRE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS.

Artículo 6°. Definición de armas de fuego. Son armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química. Las armas pierden su carácter cuando sean total y permanentemente inservibles y no sean portadas.

Artículo 8°. Armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública. Son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la Fuerza Pública, aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, tales como : a) Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este Decreto; b) Pistola y revólveres de calibre superior a 9.652 mm. (.38 pulgadas); c) Fusiles y carabinas semiautomáticas de calibre superior a 22 L.R.; d) Armas automáticas sin importar calibre; e) Los antitanques, cañones, morteros, obuses y misiles de tierra, mar y aire en todos los calibres; f) Lanzacohetes, bazucas, lanzagranadas en cualquier calibre; g) Cargas explosivas tales como bombas de mano, bombas de aviación, granadas de fragmentación, petardos, proyectiles y minas. h) Granadas de iluminación, fumígenas, perforantes o de instrucción de la Fuerza Pública;

i) Armas que lleven dispositivos de tipo militar como miras infrarrojas, laséricas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores; j) Las municiones correspondientes al tipo de armas enunciadas en los literales anteriores. Parágrafo 1°. El material descrito en el literal g) podrá ser autorizado de manera excepcional, previo concepto favorable del Comité de Armas, de que trata el artículo 31 de este Decreto. Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Defensa Nacional, determinará las armas de uso privativo que puedan portar los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados de carácter permanente creados o autorizados por la ley.

Municiones. Artículo 46. Definición. Se entiende por munición, la carga de las armas de fuego necesaria para su funcionamiento y regularmente está compuesta por: vainilla, fulminante, pólvora y proyectil.

IX. SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL

Ley 684 de 2001. Por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones. Artículo 2°. Sistema de Seguridad y Defensa. Se entiende por Sistema de Seguridad y Defensa Nacional el conjunto coherente de principios, políticas, objetivos, estrategias, procedimientos, organismos, funciones y responsabilidades de los componentes del Estado en tal materia.

Artículo 6°. Defensa nacional. Es la integración y acción coordinada del Poder Nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad territorial y el orden constitucional.

Artículo 7°. Seguridad ciudadana. Es la acción integrada de las autoridades y la comunidad, para garantizar la certeza del ejercicio de los derechos y libertades de todos los habitantes del territorio nacional, en orden a preservar la convivencia ciudadana.

Artículo 8°. Seguridad nacional. En desarrollo de lo establecido en la Constitución Política, es deber del Estado, diseñar en el marco del respeto por los Derechos Humanos y las normas de Derecho Internacional Humanitario, las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para ofrecer a sus asociados un grado relativo de garantías para la consecución y mantenimiento de niveles aceptables de convivencia pacífica y seguridad ciudadana, que aseguren en todo tiempo y lugar, en los ámbitos nacional e internacional, la independencia, la soberanía, la autonomía, la integridad territorial y la vigencia de un orden justo, basado en la promoción de la prosperidad general.

X. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

A. APODERARSE

1. Poner algo en poder de alguien o darle la posesión de ello.

2. Hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder.

XI. CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.

Artículo 653. Concepto de bienes. Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorpóreas las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

XII. MATERIAL DE GUERRA

1. Decreto 695 de 1983. Modificado por el Decreto 3000 de 2005. Artículo 1º. Considéranse como armas, municiones y material de guerra o reservado y por consiguiente de uso privativo, los siguientes elementos pertenecientes a las Fuerzas Militares y la Policía Nacional:

1. Sistemas de armas y armamento mayor y menor de todos los tipos, modelos y calibres con sus accesorios repuestos y los elementos necesarios para la instrucción de tiro, operación, manejo y mantenimiento de los mismos:
2. Todo tipo de naves, artefactos navales y aeronaves destinadas al servicio del Ramo de Defensa Nacional, con sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento.
3. Municiones, torpedos y minas de todos los tipos, clases y calibres para los sistemas de armas y el armamento mayor y menor que usan las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.
4. Material blindado y de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesario para el transporte de personal y materiales.

5. Semovientes de todas las clases y razas destinados al mantenimiento del orden público, interno o externo.
6. Materiales explosivos y pirotécnicos, materias primas para su fabricación y accesorios para su empleo.
7. Paracaídas y equipos de salto para Unidades Aerotransportadas, incluidos los necesarios para su mantenimiento.
8. Elementos, equipos y accesorios contra motines.
9. Los equipos de ingenieros de combate con sus accesorios y repuestos.
10. Equipos de bucería y de voladuras submarinas, sus repuestos y accesorios.
11. Equipos de detección aérea, de superficie y submarina sus accesorios, repuestos, equipos de sintonía y calibración.
12. Elementos para control de incendios y de averías, sus accesorios y repuestos.
13. Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra o reservado.
14. Equipos y demás implementos de comunicaciones para uso de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.
15. Otros elementos aplicables al servicio y fabricación del material de guerra o reservado.

Artículo 2º. Por su destinación a la defensa nacional y al uso privativo de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se consideran material de guerra o reservado los equipos de hospitales de la **Fuerza Pública** y de sanidad en campaña, y equipos **de la Fuerza Pública** de campaña”.

Artículo 169. Hurto de uso.

Cuando el apoderamiento se cometiere con el fin de hacer uso de la cosa, y esta se restituyere en término no mayor de veinticuatro (24) horas, la pena será de prisión de seis (6) a ocho (8) meses.

Cuando la cosa se restituyere con daño o deterioro grave, la pena se aumentará hasta en la mitad.

Artículo reubicado como artículo 154B por el artículo 100 de la Ley 1765 de 2015:

Artículo 100. Modifícase el Título VIII de la Ley 1407 de 2010 “Otros Delitos”, en sus artículos 168 y 169, los cuales pasan al Título V Capítulo VII de la citada ley “Otros delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública”, con el siguiente texto:

[...] Artículo 154B. Hurto de uso. Cuando el apoderamiento de que trata el artículo anterior se cometiere con el fin de hacer uso de la cosa, y esta se restituyere en término no mayor de veinticuatro (24) horas, la pena será de prisión de dos (2) a seis (6) años.

Cuando la cosa se restituyere con daño o deterioro grave, la pena se aumentará hasta en la mitad”.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

• **Apoderar:** Poner algo en poder de alguien o darle la posesión de ello. / Hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder.

• **Cometer:** Caer o incurrir en una culpa, yerro, falta, etc.

• **Daño:** Efecto de dañar. / Delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena.

• **Deterioro:** Acción y efecto de deteriorar o deteriorarse.

• **Fin:** Objeto o motivo con que se ejecuta algo.

• **Restituir:** Volver algo a quien lo tenía antes. / Restablecer o poner algo en el estado que antes tenía.

• **Usar:** Capacidad o posibilidad de usar algo. Ha recuperado el uso de sus piernas.

DOCTRINA

EL HURTO DE USO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

I. Descripción típica

1. Código Penal, art. 352: "Si el apoderamiento se cometiere con el único fin de hacer uso de la cosa y se restituyere en término no mayor a veinticuatro horas, la pena respectiva se reducirá a la mitad. Cuando la cosa se restituye con daño o deterioro grave, la respectiva pena solo se reducirá en una tercera parte".
2. Dentro de los criterios que enseña la escuela de la técnica jurídica la disección dogmática del tipo penal del hurto de uso presenta las siguientes notas particulares:
 - a) Es un tipo de sujeto activo indeterminado, ya que la conducta típica puede ser ejecutada por cualquier persona.
 - b) Es un tipo complementado o subordinado del hurto simple por describir circunstancias especiales que apenas cualifican la conducta básica y que no puede aplicarse con prescindencia de esta.
 - c) Es un tipo de acción por describir una conducta positiva, esto es, un hacer penalmente relevante.
 - d) Es un tipo de resultado pues no solo requiere la realización del comportamiento punible, sino la producción de un evento.

IV. Tipo objetivo del hurto de uso

A) Bien jurídico tutelado

2. Ante el derecho penal en vigor es la propiedad y no el patrimonio el bien jurídico que preserva el título XVI del Código Penal. Con arreglo al nuevo estatuto será el patrimonio y no la propiedad la consideración jurídica a tutelar. Bajo una consideración u otra lo real es que la norma preserva el derecho de quien encontrándose actualmente en relación legítima con la cosa ha sido despojado o privado momentáneamente de su señorío, en virtud de una agresión a su esfera de custodia, lo que no implica una desposesión definitiva toda vez que el desplazamiento patrimonial es apenas transitorio, provisional, cuyos efectos solo cesarán cuando el delincuente satisfaga el uso arbitrario e ilegítimo que le da a la cosa.

Titular del bien jurídico o interés que la ley protege en el rubro no es otro que el propietario, poseedor, tenedor o quien tiene la cosa a cualquier título con derecho a ejercer un poder material o de disposición sobre ella. Sujeto pasivo de la infracción es el titular del derecho de propiedad o de la relación jurídica que legitima tal condición.

Agente puede ser cualquier personal, con excepción de quien a nombre propio -nomine proprio- o a nombre ajeno -nomine alieno- ejerce actos y acciones de disponibilidad sobre el objeto.

Artículo 170. Daño en bien ajeno.

El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) meses. Cuando el monto del daño exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales la pena se incrementará hasta en otro tanto, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Constitucionalidad – **Fuero penal militar – Proceso penal ordinario y penal militar – Tipos penales – Daño en bien ajeno.**

C) La acción

1. El hurto de uso presupone como exigencias copulativas el apoderamiento precario de la cosa y su utilización subsiguiente, con el fin de hacer uso momentáneo de ella: en ausencia de tales ingredientes el comportamiento no es punible. Se hace entonces necesario que el autor no solamente rompa con el poder de hecho o de derecho de quien ostenta la titularidad del bien, cualquiera que sea su posición frente al consorcio del ius civile, anulando o disminuyendo, exiguo tempore, su poder de señorío, sino que es menester la utilización del objeto a la necesidad que se ambicione y que fluye de su propia naturaleza.

V. Momento subjetivo del hurto de uso

En la hipótesis penal del *furtum usus* se aprecian nítidamente dos instantes psicológicos: El dolo y el elemento subjetivo del injusto. Deriva el primero de Inconciencia que tiene el agente de que la cosa se halla bajo el poder de custodia o señorío de otro y que la toma sin la aquiescencia del propietario, poseedor, tenedor, en una palabra, del derechohabiente. Es necesario que el autor comprenda la criminalidad del acto, y que tenga conocimiento de la relevancia penal de la prohibición. La exigencia subjetiva del injusto, distinto del dolo, se caracteriza por el uso momentáneo o temporal del objeto, lo que lleva ínsita la restitución inmediata o su efectivo reintegro, una vez alcanzada la finalidad usuaria propuesta por el culpable.

VIII. Penalidad del hurto de uso

Según las voces del art. 352 del nuevo Código Penal, cuando el apoderamiento se cometiere con el único fin de hacer uso de la cosa y se restituye en término no mayor de veinticuatro horas, la pena -que es la prevista en el art. 349 *ibidem* para el hurto común o simple- se reducirá a la mitad. Cuando la cosa se restituye con daño o deterioro grave, la respectiva pena se reducirá en una tercera parte.

Como fácilmente se advierte, el legislador colombiano concede un tratamiento privilegiado al tipo subordinado del hurto de uso, reduciendo considerablemente la cantidad política a imponer en los eventos acotados, entendiéndose seguramente que esta usurpación a la propiedad, de menor lesividad que el hurto clásico, merece un reproche jurídico-social menos severo. Bueno es apuntar por último que si el agente no reintegra la cosa una vez extinguido el tracto de las veinticuatro horas a que alude el texto, el hurto de uso no se muda en hurto simple. Simplemente no operará la disminución del correctivo y el título penal permanecerá invariable e inmutable.

Valencia M., J. E. (1). **El hurto de uso en el nuevo código penal. Nuevo Foro Penal, 12(11), 319-334. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4501>**

"[...] Las conductas descritas en los tipos penales que se consagran en los artículos que ahora se examinan –violación de habitación ajena, lesiones personales dolosas, lesiones preterintencionales y culposas, hurto simple, hurto de uso, estafa,

emisión y transferencia ilegal de cheque y daño en bien ajeno-, son susceptibles de ser llevadas a cabo por militares en servicio activo en relación con el mismo servicio, entendiendo esta última expresión en los términos arriba descritos, según la jurisprudencia constitucional sentada al respecto. Bajo la condición de que estas conductas se lleven a cabo en tales circunstancias, las normas que las elevan a categoría de delitos se entienden exequibles y así se declarará.

[...] Finalmente, la Corte insiste en que los tipos penales que consagran las normas demandadas, incluyen como elemento propio un sujeto activo cualificado. Sobre este punto, interpreta los artículos 187, 188, 189, 190, 191, 193 y 194 de la Ley 522 de 1999 en el sentido de que todos estos delitos suponen una cualificación de los sujetos activos, que en todos los casos deben ser miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y desde luego, que tengan relación con el mismo servicio. Esto significa que, si bien únicamente el artículo 187 se refiere a dicho sujeto indicando que se trata de un miembro de la Fuerza Pública, hay que entender que esta cualificación del sujeto abarca también a los tipos penales consagrados en los artículos 188, 189, 190, 191, 193 y 194 de la Ley 522 de 1999. Así la expresión “el que”, contenida en dicha norma, debe entenderse alusiva a la condición de miembro de la Fuerza Pública.” **(Corte Constitucional, Sentencia C-361/2001, dos (2) de abril de dos mil (2001). M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).**

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – DAÑO EN BIEN AJENO. Diferencia con el peculado culposo.

[...] Añade que incluso “la variación en la calificación jurídica no se ciñó a parámetros legales”, toda vez que el delito de daño en bien ajeno protege el bien jurídico del patrimonio económico y el peculado culposo la administración pública.

[...] El delito de daño en bien ajeno no se configura para el presente caso, ya que este requiere indefectiblemente la presencia del dolo y yo tuve fue un accidente de tránsito, el daño se causó en un accidente de tránsito, es decir, culposamente, lo cual desdibuja de contera el delito de daño en bien ajeno...”.

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – AUTO INTERLOCUTORIO. Daño en bien ajeno.

[...] La conducta punible descrita es de sujeto activo simple, en tanto no se requiere ninguna calificación especial para su configuración, y de resultado pues sólo se entiende actualizada cuando efectivamente se destruye, inutiliza, desaparece o daña un bien de un tercero”.

Daño en bien ajeno – Estructura del tipo:

[...] De acuerdo con la estructura del tipo, tenemos que para su configuración se requiere que la acción desplegada por el sujeto activo, genere destrucción, inutilización, desaparición o daño en general de un bien mueble o inmueble de la víctima, que genera de manera inmediata

detrimento económico, por ello, será el despliegue del verbo rector el que determine la configuración o no del ilícito para la configuración del delito que se analiza.” **(Corte Suprema de Justicia, Radicación N.º 44235, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil quince (2015). M. P. Fernando Alberto Castro Caballero).**

Jurisprudencia – Consejo de Estado – Daño antijurídico – Contratación Estatal:

“[...] En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la, “... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado, “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”. Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida”. **(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, subsección C. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D. C., primero (1º) de febrero de dos mil doce (2012).**

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam.

“[...] La obligación de reparar el daño causado se extiende en ocasiones, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico, a personas que, sin ser sucesores de la víctima, han sufrido alguna consecuencia del acto ilícito, cuestión que ha sido objeto de numerosas decisiones por parte de los tribunales internos. La jurisprudencia establece, sin embargo, ciertas condiciones para admitir la demanda de reparación de daños planteada por un tercero. **(Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones. Sentencia de 10 de septiembre de 1993).**

COMENTARIO

El daño en bien ajeno es una conducta tipificada por el legislador ya que la Constitución protege la propiedad como un derecho. La alteración a la propiedad genera un daño al bien jurídicamente tutelado causando la obligación de reparar o reintegrar el bien jurídico tutelado.

La Corte Constitucional no tiene un pronunciamiento respecto de la conducta que analizamos, sin embargo, en el pronunciamiento antes presentado la Corte ha confirmado que esta conducta puede ser realizada por miembros de la Fuerza Pública.

Igualmente, el Consejo de Estado no tiene un pronunciamiento directo respecto de la conducta, pero discute el daño antijurídico que puede presentarse en el actuar del Estado y que no es obligación del administrado soportar el daño.

La Corte Interamericana de Derechos humanos por su parte, en diferentes casos ha presentado la obligación de los Estados de reparar los daños materiales de quienes son víctimas de la conducta tipificada.

TÍTULO IX DELITOS COMUNES

Artículo 171. Delitos comunes.

Cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el Código Penal Ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar.

JURISPRUDENCIA – CORTE CONSTITUCIONAL.
Contiene tipos penales militares y tipos penales comunes adaptados al servicio militar y policial – **Tipos penales comunes sin adaptación no pueden ser contenidos en el Código Penal Militar.**

“Cabe recordar, lo dicho por la Corte Constitucional en relación a estos delitos cuando se refirió a los que aluden los arts. 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del proyecto de Código Penal Militar, los que fueron incorporados al mismo adaptándoles elementos propios del servicio militar o policial para escenarios diferentes al de conflicto armado, caso en el cual escaparían a la denominación de delitos comunes: “La lectura de los artículos objetadas 154, 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del proyecto de Código Penal Militar da a entender que se trata de comportamientos delictivos en los cuales el sujeto activo está calificado por la calidad de miembro de la Fuerza Pública, tipos penales a los cuales se añade el elemento funcional que circunscribe la conducta a hechos relacionados directamente con la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado. Además, las circunstancias de hecho previstas en los artículos objetados no están presentes en las normas transcritas pertenecientes al Código Penal –ley 599 de 2000–, pues en éstas el sujeto activo es indeterminado, el objeto jurídico está representado por los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, los cuales se encuentran precisados como elemento normativo del tipo a lo largo de las normas penales, y las circunstancias del tipo están referidas a hechos cometidos con ocasión y en desarrollo de conflicto armado...() En virtud de su potestad de configuración, el legislador puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta elementos estructurales que genuinamente tengan relación directa con los actos propios de servicio militar y policial, es decir, puede adaptarlos al contexto de la función militar o policiva”. (Sentencia C 533/2008. May. 28/2008, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Actos del servicio.**

“Es por ello que ni el mandato constitucional ni el del Código Penal Militar, que desarrolla el primero, adjudican a la justicia castrense el conocimiento de los “actos del servicio”, pues estos jamás pueden ser delictivos, sino de aquellos que tengan una “relación” con ese servicio. De no ser así, resultaría un imposible jurídico que el estatuto punitivo militar tipificase los delitos en su parte especial, ni siquiera aquellos que pueden denominarse “militares” (insubordinación, desobediencia, ataques a superiores e inferiores, abandono del puesto, etc.), como tampoco aquellos que pueden tenerse como “comunes” (peculado, tráfico de influencias, abuso de autoridad), en tanto resulta incuestionable que unos y otros mal pueden ser propios del servicio, como que, admitir tal cosa, comportaría que es inherente a la función oficial atacar al superior o apropiarse de los bienes de dotación, por poner algunos ejemplos. Lo que sanciona el estatuto punitivo militar y que adjudica el fuero para ser juzgado en esa jurisdicción, parte de la circunstancia necesaria de que el militar o el policía iniciaron una actuación válida, legítima, propia de sus funciones (conducta esta que jamás puede ser reprochable), solo que en el camino, en el desarrollo de la misma, decidieron desviarla, extralimitarse o abusar, pero siempre en el entendido de que estos proceder indebidamente tenían una correspondencia, un vínculo, un nexo, con la tarea específica propia del servicio correspondiente. Por abusar se entiende usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente la función concreta, específica, que correspondía por ley y reglamento. Desviar implica que el servidor se aleja, aparta, separa de la función iniciada en forma legítima. Extralimitarse tiene el alcance de actuar más allá, fuera de los límites fijados por el servicio correspondiente”. (Sentencia Rad. 37.748, Oct. 14/2015, M. P. Dr. José Luis Barceló Camacho).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – COMPETENCIA. **Delitos típicamente militares y comunes.**

“Por consiguiente, son de competencia de la jurisdicción penal militar no sólo aquellos delitos que por su naturaleza únicamente pueden ser cometidos por los miembros activos de la Fuerza Pública, tales como el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la insubordinación, la cobardía, el delito de centinela, etc., sino aquellos comunes que se relacionen directa y sustancialmente con las funciones que constitucionalmente está llamada a cumplir la Fuerza Pública. “La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se deslizaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial... Significa lo anterior que el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar está determinado esencialmente por la relación directa entre el delito cometido por el miembro de la Fuerza Pública y las funciones asignadas por la Constitución a esta. Si existe este vínculo, la competencia estará radicada en la jurisdicción especial”²⁵⁶. (Sentencia Rad. 30575, feb. 23/2011, M. P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez).

JURISPRUDENCIA – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Delitos: **Conceptos, fuero militar, delitos militares, especiales y comunes con fuero.**

“Por último, sólo en virtud de la referencia que hizo la Procuraduría Delegada en su concepto y para precaver confusiones, vale la pena aclarar que las conductas delictivas consagradas en la legislación penal militar no siempre constituyen delitos especiales o de sujeto activo calificado, sino que la ley especial distingue cuatro (4) nociones diferentes: el fuero militar, los delitos militares, los delitos especiales o propios y los delitos comunes con fuero. El fuero militar atañe a los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio (Decreto 2550 de 1988, Art. 14 y Ley 522 de 1999, Arts. 1 a 4). Los delitos estrictamente militares son las conductas ilícitas que sólo pueden ser realizadas por militares, en razón de la estructura y dinámica de la actividad militar, tales como el de desertión o el de centinela (D. 2550/88, Arts. 115 y 118 y Ley 522, Arts. 128 y 131). Los delitos especiales o propios son cometidos por militares en servicio activo y en relación con él, pero además por razón o con ocasión de alguna función específica dentro de su actividad, como ocurre con el peculado sobre bienes de dotación

(ídem, Arts. 190 y 180). Los delitos comunes con fuero son los previstos en el Código Penal ordinario y sus leyes complementarias, cuando son cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo, verbigracia, el daño en bien ajeno (íbidem, Arts. 283 y 194). (Sentencia Casación. Rad. 30575, Ene. 24/2001, M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **No es entonces la ubicación del delito en una u otra codificación lo que hace que un tipo penal pueda considerar común, militar o militarizado.**

“Tenemos que para ello, es necesario analizar qué clase de delitos se encuentran tipificados en el Código Penal Militar, encontrando que hay delitos típicamente militares, que son aquellos que única y exclusivamente pueden cometer los miembros de las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, que están referidos directamente a la función que cumplen y que atentan contra bienes jurídicos especiales considerados al interior de la Institución, como son : Contra la disciplina, el servicio, intereses de la Fuerza Pública y la seguridad de la Fuerza Pública. Hay también, delitos comunes que están igualmente considerados en el Código Penal Ordinario pero han sido adaptados al contexto de la función militar o policiva (ejemplo: abuso de autoridad especial Art.185 CPM), y que por lo tanto serían los militarizados. (...) Y también se encuentran delitos comunes que igualmente se tipifican en el Código Penal Ordinario, pero que no fueron adaptados al contexto de la función militar o policiva, que no le han sido incluidos ningún elemento normativo diferente y que por lo tanto las circunstancias de hecho previstas en aquellas normas se repiten en el Código Penal Militar; ello hace que se consideren comunes tipificados en el Código Penal Militar. (...) No es entonces la ubicación del delito en una u otra codificación lo que hace que un tipo penal pueda considerar común, militar o militarizado, sino sus características especiales, el bien jurídico protegido, su identidad o modificaciones introducidas respecto del común, etc. (Sentencia Rad.-009-155827-9864-XIV-575-EJC. M. P. MY(r) Marycel Plaza Arturo, veintinueve (29) de enero de dos mil diez (2010).

JURISPRUDENCIA – TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. **Delitos comunes deben tener relación con el servicio.**

“Ahora bien, los delitos comunes que juzga la justicia penal militar requieren que tengan una relación con un acto del servicio legítimo, es decir, que, en la cronología de eventos, primero, surge un acto del servicio y posterior a él, surge el delito. La reflexión sobre el postulado ab initio criminal, radica en verificar que aquel acto del servicio no haya sido concebido para ponerlo a favor del delito. En otras palabras, crear un acto del servicio ilegítimo y a partir de tal contexto desarrollar conductas delictivas, implica la falta de competencia de la justicia penal militar por considerarse un acto “ab initio criminal” en virtud a que el sujeto que comete el delito previamente ha creado el acto del servicio de manera ilegítima, es decir un comportamiento ilegítimo sobre el contexto del acto del servicio, ex ante al

256 C-358 de 1997.

plan de autor del punible que se investiga. Por el contrario entonces, la conducta delictiva será de competencia de la justicia penal militar por pregonarse tener una relación con un acto del servicio legítimo, conducta delictiva aquella que ha surgido como extralimitación o deformación de un acto del servicio lícito, a manera de ejemplo, sea el caso del punible de concusión cuando un miembro de la fuerza pública sabe que al día siguiente participara en la instalación y ejecución de un puesto de control en la vía para verificar documentación de los vehículos, y de tal conocimiento despliega la idea criminal sobre cómo ejecutar y consumir una conducta concusionaria, dentro del contexto de aquella actividad de control vehicular. Sobre el mismo ejemplo la competencia será de la jurisdicción ordinaria cuando se crea de manera ilícita el procedimiento de control documental (conducta ex ante - al delito) sobre los vehículos y dentro de tal ilicitud desarrollar el iter criminis (plan de autor

*- preparación - ejecución - consumación) de la conducta delictiva concusionaria, es decir, que aparentemente el puesto de control era legítimo cuando no lo era y a partir de tal irregularidad se comete la conducta delictiva, este sería el desarrollo del presupuesto "ab initio criminal" que menciona la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales"³⁶. (Sentencia **Rad. 156508-6824-XIII-432-PONAL. Oct. 28/2014 M. P. Coronel Fabio Enrique Araque Vargas). Ocaediēna, patesse estrum finiciēdi it.***

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C_358 de 1997, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. 5 de agosto de 1997.

LIBRO TERCERO

PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

TÍTULO I

NORMAS RECTORAS Y GARANTÍAS PROCESALES

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 172. Dignidad humana. *Los intervinientes en el proceso penal militar serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.*

Artículo 173. Libertad. *Todo miembro de la Fuerza Pública tiene derecho a que se respete su libertad y no podrá ser molestado en su persona ni privado de la libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.*

El Juez Penal Militar de Control de Garantías, previa solicitud de la Fiscalía General Penal Militar, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

Por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este Código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En las capturas en flagrancia, el capturado deberá ponerse a disposición del Juez Militar de Control de Garantías en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

Artículo 174. Prelación de tratados internacionales. *En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción.*

Artículo 175. Igualdad. *Es obligación de los servidores de la Justicia Penal Militar hacer efectiva la igualdad de quienes intervienen en la actuación y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.*

El sexo, la raza, el grado o antigüedad, la condición social, la profesión, el origen familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal militar como elementos de discriminación.

Artículo 176. Imparcialidad. *En ejercicio de las funciones de control de garantías y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.*

Artículo 177. Legalidad. *Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá ser investigado o juzgado sino conforme a la ley penal procesal vigente, con observancia de las formas propias de cada juicio.*

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la

actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este Código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

Artículo 178. Presunción de inocencia e in dubio pro reo. *Todo miembro de la Fuerza Pública se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no quede en firme decisión judicial con fuerza de cosa juzgada sobre su responsabilidad penal.*

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable.

Artículo 179. Defensa. *En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que concierne a:*

- a) *No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;*
- b) *No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;*
- c) *No se utilice el silencio en su contra;*
- d) *No se emplee en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse;*
- e) *Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;*
- f) *Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que además pueda estar acompañado por uno designado por él;*
- g) *Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;*
- h) *Conocer los cargos que le sean formulados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las*

circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan;

- i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;
- j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;
- k) Tener juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;
- l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre asesoramiento de su abogado defensor.

Artículo 180. Oralidad. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

Artículo 181. Lealtad. Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe.

Artículo 182. Gratuidad. La actuación procesal no causará erogación alguna a quienes en ella intervienen, en cuanto al servicio que presta la Administración de Justicia.

Artículo 183. Intimididad. Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada.

No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Juez Penal Militar de Control de Garantías, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este Código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia.

De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones.

En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación.

Artículo 184. Contradicción. Las partes tendrán derecho a conocer y a controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía

Penal Militar deberá, por conducto del Juez de Conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.

Artículo 185. Intermediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de Conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este Código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías.

Artículo 186. Concentración. Durante la actuación procesal, la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el Juez Penal Militar que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el Juez Penal Militar velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto.

Artículo 187. Publicidad. La actuación procesal militar será pública. Se exceptúan los casos en los cuales el Juez Penal Militar considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro las víctimas, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

Artículo 188. Juez natural. Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos de competencia de la justicia Penal Militar, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código e instituidos con anterioridad a la comisión de la conducta punible.

Artículo 189. Independencia y autonomía del juzgador. Los miembros de la Fuerza Pública, en ningún caso podrán ejercer coetáneamente las funciones de comando con las de investigación, acusación y juzgamiento.

Artículo 190. Jerarquía. Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá juzgar a un superior en grado o antigüedad.

Artículo 191. Doble Instancia. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad de indiciado o acusado, que afecten la práctica de pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este Código, serán susceptibles del recurso de apelación.

El superior no podrá agravar la situación del apelante único.

Artículo 192. Cosa juzgada. El procesado, condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, o en providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, salvo las

excepciones legales previstas respecto de la acción de revisión.

Artículo 193. Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, el fiscal Penal Militar y los Jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y que las cosas vuelvan a su estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.

Artículo 194. Derecho de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la Administración de Justicia, en los términos establecidos en este Código.

En desarrollo de lo anterior las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto;
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este Código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías, y a interponer los recursos ante el Juez de Conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señala la ley;
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por algunos de los órganos de los sentidos.

Artículo 195. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Artículo 196. Ámbito de la Jurisdicción Penal Militar. Las indagaciones, acusaciones y juzgamientos de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, por delitos de competencia de la Justicia Penal Militar, se adelantarán y fallarán conforme con los

procedimientos y por los órganos establecidos en este Código.

Artículo 197. Integración. En materias que no estén expresamente reguladas en este Código o demás disposiciones reglamentarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Penal y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal militar.

Artículo 198. Prevalencia. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.

TÍTULO II JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Este título fue modificado por la Ley 1765 de 2015, "Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones"

CAPÍTULO I

De la Corte Suprema de Justicia

Artículo 199. De la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:

1. De la casación.
 2. De la acción de revisión cuando la sentencia o la preclusión ejecutoriadas hayan sido proferidas en única o segunda instancia por esta corporación o por el Tribunal Superior Militar.
 3. De los recursos de apelación y de queja contra los autos y sentencias que hayan sido proferidas en primera instancia por el Tribunal Superior Militar.
 4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Generales y a Almirantes de la Fuerza Pública, a los Magistrados del Tribunal Superior Militar y Policial, al Fiscal General Penal Militar y Policial y a los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, por las conductas punibles que se les atribuyan.
- (Numeral modificado por el artículo 101 de la Ley 1765 de 2015).**
5. Resolver sobre los impedimentos y recusaciones del Fiscal General Penal Militar y Magistrados del Tribunal Superior.

CAPÍTULO II

Tribunal Superior Militar

Artículo 200. Integración. El Tribunal Superior Militar estará integrado por su Presidente, por el Vicepresidente y por los Magistrados de las Salas de Decisión.

El Presidente tendrá las atribuciones que fija la ley para los Presidentes de Tribunales Superiores de Distrito Judicial y dará posesión a los empleados que nombre el Tribunal Superior Militar.

El Presidente y el Vicepresidente serán Magistrados elegidos por la Sala Plena, para periodos de un (1) año. El Vicepresidente ejercerá las funciones que le delegue el Presidente y lo reemplazará en las ausencias temporales.

La Corporación tendrá además, el personal subalterno que determine la ley.

Artículo 201. Integración de las Salas. *Las Salas de Decisión del Tribunal Superior Militar estarán integradas por tres Magistrados cada una presidida por el ponente respectivo.*

Las decisiones se tomarán por mayoría de votos; el disidente salvará el voto en forma motiva dentro de los dos (2) días siguientes a la decisión.

Cuando un Magistrado se declare impedido o prospere la recusación, se integrará la Sala de Decisión con un Magistrado de las restantes Salas, escogido por sorteo.

Artículo 202. Sala Plena. *La Sala Plena del Tribunal Superior Militar, estará integrada por el Comandante General de las Fuerzas Militares, quien la presidirá y los magistrados de la Corporación; sesionará una vez por mes de manera ordinaria y, extraordinariamente por convocatoria del Presidente de la Corporación.*

Las determinaciones de esta Sala se tomarán por mayoría absoluta.

Corresponde a la Sala Plena nombrar al Presidente y al Vicepresidente, a la Sala de Gobierno, a los empleados subalternos de la Corporación, dictar el Reglamento Interno del Tribunal y las demás funciones que le señalen la ley y los reglamentos.

Artículo 203. Competencia del Tribunal Superior Militar. *Las Salas de Decisión del Tribunal Superior Militar conocen:*

1. En primera instancia de los procesos penales militares que se adelantan contra los Jueces Penales Militares de Conocimiento, contra los Jueces Militares de Control de Garantías, Jueces Militares de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y Fiscales Penales Militares, que sean miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, por las conductas punibles que se les atribuyan en el ejercicio de sus funciones.

2. De la acción de revisión de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Juzgados Penales Militares de Conocimiento.

3. De los recursos de apelación y de queja, contra las sentencias y autos interlocutorios que sean proferidos en primera instancia por los Jueces Penales Militares; de las decisiones adoptadas por los Jueces Penales Militares de Control de Garantías y de Ejecución de Penas, en los casos previstos en este Código.

4. De la definición de competencias por conflicto que se susciten entre los Juzgados de Primera Instancia.

5. De los impedimentos y recusaciones de los Jueces Militares de Conocimiento, Jueces Penales Militares de Control de Garantías y Jueces Penal Militar de Ejecución de Penas.

6. De las solicitudes de cambio de radicación de los procesos penales militares.

7. Ejercer la función de control de garantías, en los casos que conozca la Corporación a través del Magistrado que se disponga.

PARÁGRAFO. *Cuando sobre un mismo asunto existan discrepancias entre diferentes salas de decisión, la Sala Plena del Tribunal se constituirá en Sala Única de Decisión asumiendo la función jurisdiccional a efectos de unificar el criterio, conforme al procedimiento que disponga el reglamento interno de la corporación. (Adicionado por el Artículo 6 de la ley 1765 de 2015.)*

CAPÍTULO III

De los Juzgados Penales Militares de Comando

Artículo 204. De los Juzgados de Comando General de las Fuerzas Militares. *Los Juzgados de Comando General de las Fuerzas Militares conocen en primera instancia, de los procesos penales militares contra el Director, Oficiales, Alumnos, Suboficiales y soldados de la Escuela Superior de Guerra; contra oficiales, Suboficiales y Soldados del Cuartel General de los Comandos Conjuntos y fuerzas de tarea de las Fuerzas Militares; contra oficiales, Suboficiales y Soldados del Despacho del Ministro y de la Secretaría General del Ministerio de Defensa; Oficiales, Suboficiales y Soldados del Cuartel General del Comando General de las Fuerzas Militares; contra el Jefe, los Oficiales, Suboficiales y Soldados de la Casa Militar de Palacio, cualquiera que sea la Fuerza Militar a la que pertenezcan, y contra el personal que se desempeñe como agregados militares, así como de los Oficiales y Suboficiales en Comisión del servicio en otras entidades del Estado.*

Artículo 205. De los Juzgados de Comando del Ejército Nacional. *Los Juzgados de Comando del Ejército Nacional conocen en primera instancia, de los procesos penales militares contra Oficiales, Suboficiales y Soldados del Cuartel General del Comando del Ejército, contra Comandantes de División, Comandantes de Brigada, Directores de Escuelas de Formación, Capacitación y Técnicas, Comandantes de Unidades Tácticas y contra Oficiales, Suboficiales y soldados del Ejército Nacional, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro Juzgado.*

Artículo 206. De los Juzgados de Comando de la Armada Nacional. *Los juzgados de Comando de la Armada Nacional conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra Oficiales, Suboficiales e Infantes de Marina del Cuartel General Comando Armada, Corporación de Ciencia y Tecnología de la Armada Nacional, Dirección General Marítima. Conoce igualmente en primera instancia de los procesos penales militares contra Comandantes de Fuerza Naval, de Comando Específico, Base Naval, Brigada de Infantería de Marina, Directores de Escuelas de Formación, Capacitación o Técnicas y Comandantes de Unidades Tácticas; contra Oficiales, Suboficiales e Infantes de Marina de*

Brigadas Fluviales y de Batallones Fluviales que no se encuentren en jurisdicción de las Fuerzas Navales. También conoce de los procesos penales militares contra Oficiales, Suboficiales e Infantes de Marina de unidades operativas mayores, menores o tácticas que se encuentran en la guarnición de Bogotá y contra el personal cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juzgado.

Artículo 207. De los Juzgados de Comando de la Fuerza Aérea. *Los Juzgados de Comando de la Fuerza Aérea conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra Oficiales, Suboficiales y Soldados del Cuartel General del Comando de la Fuerza Aérea, comandantes de Comandos Aéreos, Bases Aéreas, Grupos Aéreos, Directores de Escuelas de Formación, Capacitación o Técnicas de la Fuerza Aérea y contra el personal cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juzgado.*

Artículo 208. De los Juzgados de Dirección General de la Policía Nacional. *Los Juzgados de Dirección General de la Policía Nacional conocen en primera instancia, de los procesos penales que se adelanten contra el personal orgánico de la Dirección General de la Policía Nacional, Subdirección General, personal inscrito a la Inspección General, demás Direcciones de la Dirección General que laboren en la guarnición de Bogotá, Comandantes de Región de Policía, Comandantes de Policía Metropolitana, Comandantes de Departamento de Policía, Directores de Escuelas de Formación, Centros de Capacitación y Técnicas y contra Oficiales Superiores de la Policía Nacional; además de los procesos adelantados contra el personal policial cuyo conocimiento no esté atribuido a otra competencia.*

CAPÍTULO IV

Juzgados de División, Fuerza Naval, Comando Aéreo y de Metropolitana

Artículo 209. De los Juzgados Penales Militares de Comando de División. *Los Juzgados de Comando de División conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra Oficiales, Suboficiales y Soldados del Ejército Nacional que se encuentran en la jurisdicción de la respectiva División donde ocurrió la conducta punible.*

Artículo 210. De los Juzgados Penales Militares de Fuerza Naval. *Los Juzgados Penales Militares de Fuerza Naval conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra Oficiales, Suboficiales e Infantes de Marina que se encuentren en la jurisdicción de la respectiva Fuerza Naval donde ocurrió la conducta punible.*

Artículo 211. De los Juzgados de Comando Aéreo. *Los Juzgados de Comando Aéreo conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra Oficiales, Suboficiales y Soldados que se encuentren en la jurisdicción del respectivo Comando Aéreo donde ocurrió la conducta punible.*

Artículo 212. De los juzgados de Policía de Región de Policía, Policía Metropolitana y Departamento de Policía de la Policía Nacional. *Los Juzgados de Policía de región de Policía, de Policía Metropolitana y Departamento de Policía de la Policía Nacional conocen en primera instancia de*

los procesos penales militares que se adelanten contra el personal de oficiales subalternos de la Policía Nacional y demás personal policial incluyendo auxiliares de policía, adscrito a cada una de las unidades, de conformidad con la unidad territorial que se le asigne; igualmente de los procesos que se adelanten contra personal orgánico de las escuelas de formación, capacitación y técnicas que funcionen en la jurisdicción y auxiliares de policía pertenecientes a estas.

CAPÍTULO V

De los Jueces Penales Militares de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

Artículo 213. *Son de competencia de los Jueces Penales Militares de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad:*

- 1. Las decisiones necesarias para que las sentencias ejecutoriadas que impongan sanciones penales se cumplan.*
- 2. La acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona.*
- 3. Resolver sobre la libertad condicional y su revocatoria.*
- 4. Lo relacionado con la rebaja de la pena por trabajo, estudio o enseñanza.*
- 5. La aprobación previa de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan una modificación de las condiciones de cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad.*
- 6. La verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad. Así mismo, del control para exigir los correctivos o imponerlos si se desatienden, y la forma como se cumplen las medidas de seguridad impuestas a los inimputables.*
- 7. En ejercicio de esta función, participarán con los directores o encargados de los centros de rehabilitación en todo lo concerniente a los condenados inimputables y ordenará la modificación o cesación de las respectivas medidas, de acuerdo con los informes suministrados por los equipos terapéuticos responsables del cuidado, tratamiento y rehabilitación de estas personas. Si lo estimaren conveniente podrá ordenar las verificaciones de rigor acudiendo a entidades oficiales o privadas.*
- 8. La aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a la reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal.*
- 9. Resolver sobre la extinción de la sanción penal.*
- 10. El reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia.*

11. Del cumplimiento de las obligaciones que imponga el Juez de Conocimiento.

CAPÍTULO VI

De los Jueces Penales Militares de Control de Garantías

Artículo 214. Juez Penal Militar de Control de Garantías. El Juez Penal Militar de Control de Garantías ejercerá su función en el lugar donde se cometió el delito, de conformidad con la competencia territorial asignada. La Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar determinará el mapa judicial.

Si más de un Juez Penal Militar de Control de Garantías resultare competente para ejercer esta función, será ejercida por el primero ante quien acuda el Fiscal Penal Militar en procura de dicho control.

Parágrafo.

La función de control de garantías, en los casos que conozca el Tribunal Superior Militar será ejercida por el Magistrado de Control de Garantías que disponga la misma Corporación.

CAPÍTULO VII

Competencias para imponer penas y medidas de seguridad

Artículo 215. Anunciado el sentido del fallo, salvo las excepciones establecidas en este Código, el Juez Penal Militar de conocimiento será competente para imponer las penas y las medidas de seguridad, dentro del término señalado en el capítulo correspondiente.

CAPÍTULO VIII

Competencia para Ejecutar

Artículo 216. Ejecutoriado el fallo, el Juez Penal Militar de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la jurisdicción donde se haya proferido el fallo será competente para los asuntos relacionados con la ejecución de la sanción.

CAPÍTULO IX

De la Fiscalía Penal Militar

Artículo 217. De la Fiscalía Penal Militar. El Fiscal Penal Militar tiene competencia en todo el territorio nacional.

CAPÍTULO X

Competencia territorial para efectos del juzgamiento

Artículo 218. Para efectos del juzgamiento en la Justicia Penal Militar la competencia territorial será la siguiente:

La Corte Suprema de Justicia tiene competencia en todo el territorio nacional.

El Tribunal Superior Militar tiene competencia en todo el territorio nacional.

Los Jueces Penales Militares de Conocimiento en el territorio que se les asigne.

Parágrafo 1°. Los Juzgados de Comando General, Comandos de Fuerza y de la Dirección General de la Policía Nacional, ejercerán la competencia de acuerdo al factor funcional.

Parágrafo 2°. Cuando no fuere posible determinar el lugar de ocurrencia de los hechos, este se hubiere realizado en varios lugares, en uno incierto o en el extranjero, la competencia del Juez de Conocimiento se fija por el lugar donde se formule acusación por parte de la Fiscalía Penal Militar, lo cual hará donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación.

Las partes podrán controvertir la competencia del juez únicamente en audiencia de formulación de acusación.

Artículo 219. Competencia excepcional. Cuando en el lugar en que deba adelantarse la actuación no haya juez, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar podrá, de oficio o a petición de parte, para preservar los principios de concentración, eficacia, menor costo de servicio de justicia e intermediación, ordenar el traslado temporal del juez que razonablemente se considere el más próximo, así sea de diferente jurisdicción territorial, para atender las diligencias o el desarrollo del proceso. La designación deberá recaer en funcionario de igual categoría, cuya competencia se entienda válidamente prorrogada. Los funcionarios interesados en el asunto, deberán ser informados de inmediato de esa decisión.

Artículo 220. Concurrencia de Jueces. Cuando se presente concurrencia de jueces de conocimiento en razón de los factores en que estriba la competencia de la Jurisdicción Penal Militar, será competente quien debe conocer del proceso contra el acusado de mayor grado o antigüedad.

CAPÍTULO XI

Cambio de radicación

Artículo 221. Finalidad y procedencia. El cambio de radicación podrá disponerse excepcionalmente cuando en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la Administración de Justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad o integridad personal de los intervinientes, en especial de las víctimas o de los servidores públicos.

Artículo 222. Solicitud de cambio. Antes de iniciarse la audiencia de Corte Marcial, las partes, el Ministerio Público o el Gobierno Nacional, oralmente o por escrito, podrán solicitar el cambio de radicación ante el Juez de Conocimiento del proceso, quien informará al superior competente para decidir.

El Juez Penal Militar que esté conociendo de la actuación también podrá solicitar el cambio de radicación ante el Tribunal Superior Militar.

Parágrafo. El Gobierno Nacional sólo podrá solicitar el cambio de radicación por razones de orden público o de seguridad de los intervinientes, en especial de las víctimas, o de los servidores públicos.

Artículo 223. Trámite. La solicitud debe ser debidamente sustentada y a ella se acompañarán

los elementos cognoscitivos pertinentes. El superior tendrá tres (3) días para decidir mediante auto contra el cual no procede recurso alguno. La Corte Marcial deberá suspenderse hasta tanto el superior no la decida, El Tribunal Superior Militar rechazará de plano la que no cumpla con los requisitos exigidos en esta disposición.

Artículo 224. Fijación del sitio para continuar el proceso. El Tribunal Superior Militar disponer el cambio de radicación señalará el Juez Penal Militar del lugar donde deba continuar el proceso. Cuando el cambio obedezca a razones de orden público, se obtendrá del Comando General de las Fuerzas Militares o del Director de la Policía Nacional, según el caso y si fuera necesario, informe sobre el sitio donde sea conveniente la radicación.

CAPÍTULO XII

Competencia por razón de la conexidad y el factor subjetivo

Artículo 225. Unidad procesal. Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

Artículo 226. Conexidad. Al formular la acusación el Fiscal Penal Militar podrá solicitar al Juez de Conocimiento que se decrete la conexidad cuando:

1. El delito haya sido cometido en coparticipación criminal.
2. Se impute a un miembro de la Fuerza Pública la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de modo, tiempo y lugar.
3. Se impute a un miembro de la Fuerza Pública la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros; o con ocasión o como consecuencia de otro.
4. Se impute a uno o más miembros de la Fuerza Pública la comisión de uno o varios delitos en los que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

Parágrafo. La defensa en la audiencia preparatoria podrá solicitar se decrete la conexidad invocando alguna de las causales anteriores.

Artículo 227. Competencia por conexidad. Cuando deban juzgarse delitos conexos conocerá de ellos el Juez Penal Militar de acuerdo con el siguiente orden: donde se haya cometido el delito que tenga señalada mayor pena; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya producido la primera aprehensión o donde se haya formulado primero la acusación.

Artículo 228. Ruptura de la unidad procesal. Además de lo previsto en otras disposiciones no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

1. Cuando en la comisión del delito intervenga un miembro de la Fuerza Pública para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o cuando esté atribuido a otra jurisdicción.
2. Cuando se decrete nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los acusados o a alguno de los delitos.
3. Cuando no se haya proferido decisión que anticipadamente ponga fin al proceso contra uno o varios procesados o por uno o varios delitos.
4. Cuando en el juzgamiento las pruebas determinen la posible existencia de otro delito, o la vinculación de una persona en calidad de autor o partícipe.

CAPÍTULO XIII

Definición de competencia

Artículo 229. Trámite. Cuando el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifiesta su incompetencia, así lo hará saber a las partes en la misma audiencia y remitirá el asunto inmediatamente al Tribunal Superior Militar quien decidirá de plano en el término improrrogable de tres (3) días.

Artículo 230. Prórroga. Se entiende prorrogada la competencia si no se manifiesta o alega la incompetencia en la oportunidad indicada en el artículo anterior.

En estos eventos el juez, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, de encontrar la causal de incompetencia sobreviniente en la audiencia preparatoria o de juicio oral, remitirá el asunto al Tribunal Superior Militar para que en el término de tres (3) días de plano defina la competencia y adopte las decisiones a que hubiere lugar.

CAPÍTULO XIV

Impedimentos y recusaciones

Artículo 231. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.
2. Que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, de su cónyuge o compañero o compañera permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
3. Que el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad,

del apoderado o defensor de alguna de las partes.

4. Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.

6. Que el funcionario judicial haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado en el proceso, o sea cónyuge o compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.

7. Que el funcionario haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.

8. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro de cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sea socio, en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple, o de hecho, de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.

9. Que el funcionario judicial sea heredero o legatario de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, o lo sea su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o primero civil.

10. Que antes de formular la imputación el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, o disciplinaria en la que le hayan formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por alguno de los intervinientes. Si la denuncia o la queja fuere presentada con posterioridad a la formulación de la imputación, procederá el impedimento cuando se vincule jurídicamente al funcionario judicial.

11. Que el juez haya intervenido como fiscal dentro de la actuación.

12. Que el Juez Penal Militar haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer del juicio.

13. Que el Juez o Fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años por un abogado que sea parte en el proceso.

14. Que el Juez de Conocimiento sea inferior en grado, o de menor antigüedad que el acusado o procesado.

15. Que el Fiscal Penal Militar haya dejado vencer el término previsto en el artículo 338 de este Código para formular acusación o solicitar la preclusión ante el Juez de Conocimiento.

16. Que el Juez Penal Militar haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General Penal Militar y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio de fondo.

17. Que el Juez o Fiscal haya intervenido en la acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública en desarrollo de la cual haya ocurrido la conducta bajo investigación o juzgamiento. (Adicionado parcialmente por el Art 121 de la Ley 1765 de 2015).

Artículo 232. Trámite para el impedimento.

Cuando el funcionario considere que se encuentra incurso en una de las causales de impedimento, deberá manifestarlo ante el Tribunal Superior Militar para que decida si debe ser sustraído del conocimiento del asunto.

Artículo 233. Impedimento del Fiscal General Penal Militar.

Si el Fiscal General Penal Militar se declarare impedido o no aceptare la recusación, enviará la actuación a la sala penal de la Corte Suprema de Justicia para que resuelva de plano.

Si prosperare el impedimento o la recusación continuará conociendo de la actuación uno de los fiscales ante el Tribunal Superior Militar.

Parágrafo. Impedimento de los Fiscales Penales Militares.

De los impedimentos de los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar conocerá el Fiscal General Penal Militar. De los impedimentos de los Fiscales Penales Militares ante la primera instancia conocerán los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar.

Artículo 234. Impedimento conjunto.

Si la causal de impedimento se extiende a varios integrantes de las Salas de Decisión del Tribunal Superior Militar, el trámite se hará conjuntamente.

Artículo 235. Requisitos y formas de recusación.

Si el funcionario en quien concurra una causal de impedimento no la declarare, cualquiera de las partes podrá recusarlo. La recusación se propondrá y decidirá en los términos de este Código.

Artículo 236. Improcedencia del impedimento y de la recusación.

No están impedidos ni son recusables los funcionarios de la Jurisdicción Penal Militar a quienes corresponda decidir el incidente. No habrá lugar a recusación cuando el motivo del impedimento surja del cambio de defensor de una de las partes a menos que la formule la parte contraria o el Ministerio Público.

Artículo 237. Suspensión de la actuación procesal.

Desde cuando se presente la recusación o se manifieste el impedimento del funcionario de la Justicia Pena Cuando la recusación propuesta por el procesado o su defensor se declare infundada, no correrá la prescripción de la acción entre el momento de la petición y la decisión correspondiente.

Artículo 238. Impedimentos y recusación de otros funcionarios y empleados.

Las causales de impedimento serán las mismas para los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de Policía Judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio

de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.

En estos casos no se suspenderá la actuación.

Artículo 239. Desaparición de las causales. En ningún caso se recuperará la competencia por la desaparición de la causal de impedimento.

Artículo 240. De los impedimentos y recusaciones de los Jueces Penales Militares de Conocimiento, Jueces Penales Militares de Control de Garantías y Jueces Penales Militares de Ejecución de Penas, conoce el Tribunal Superior Militar. De los impedimentos y recusaciones de los secretarios y empleados de los despachos judiciales y de los miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de Policía Judicial, el respectivo juez o fiscal.

El competente resolverá de plano y contra la decisión que pronuncie no procede recurso alguno.

Artículo 241. Comunicación y designación. Cuando se acepte el impedimento o recusación, quien resuelve sobre el incidente designa el reemplazo.

Artículo 242. Trámite. Cuando sea un magistrado del Tribunal Superior Militar, el impedido o recusado deberá manifestarlo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que sea sustraído del conocimiento del asunto.

De los impedimentos y recusaciones del secretario del Tribunal Superior Militar conocerá el magistrado ponente. Si se acepta, así lo declarará y será reemplazado por el oficial mayor de la corporación.

TÍTULO III

ACCIÓN PENAL CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 243. Titularidad y obligatoriedad. El Estado por intermedio de la Fiscalía General Penal Militar, está obligado a ejercer la acción penal militar y a realizar la investigación de las conductas que revisten característica de delito de competencia de esta jurisdicción, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y la ley.

Artículo 244. Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

Artículo 245. Exoneración del deber de denunciar. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes

dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.

Artículo 246. Requisitos de la denuncia o de la querrela. La denuncia o querrela se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal.

El fiscal mediante decisión motivada que comunicará al denunciante y al Ministerio Público, inadmitirá las denuncias sin fundamento.

La denuncia podrá ampliarse a instancia del denunciante o de oficio por disposición del funcionario competente, sobre aspectos de importancia para la investigación.

Los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente mediante orden motivada.

Parágrafo. Cuando para investigar un delito que requiera querrela, esta solo es necesaria para iniciar la investigación. En la tramitación se procederá como si se tratara de delito perseguible de oficio.

Artículo 247. Condiciones de procesabilidad. La querrela es condición de procesabilidad de la acción penal, en los casos para los que está prevista.

Artículo 248. Querellante Legítimo. La querrela únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo del delito. Si este fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querellante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos o los directamente perjudicados.

Cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querrela, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe del delito, puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos.

La intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir. El juez tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica.

Artículo 249. Extensión de la querrela. La querrela se extiende de derecho contra todos los que hubieren participado en el delito.

Artículo 250. Caducidad de la querrela. La querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que

aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses.

Artículo 251. Delitos que requieren querrela. Para iniciar la acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad:

1. Aquellos que no tienen señalada pena privativa de la libertad.

2. Lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de treinta (30) días; lesiones personales culposas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad que no exceda de sesenta (60) días, injuria, calumnia; injuria y calumnia indirecta; injuria por vías de hecho; injurias recíprocas; aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, falsa autoacusación.

Artículo 252. Desistimiento de la querrela. En cualquier momento de la actuación y antes de concluir la audiencia preparatoria, el querellante podrá manifestar verbalmente o por escrito su deseo de no continuar con los procedimientos.

Si al momento de presentarse la solicitud no se hubiese formulado la imputación, le corresponde a la Fiscalía Penal Militar verificar que ella sea voluntaria, libre e informada, antes de proceder a solicitar el archivo las diligencias ante el Juez Penal Militar de Conocimiento.

En cualquier caso el desistimiento se hará extensivo a todos los autores o partícipes del delito investigado, y una vez aceptado no admitirá retractación.

Artículo 253. Extinción. La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento y en los demás casos contemplados por la ley.

Artículo 254. Trámite de la extinción. La ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal, si se presentare antes de la formulación de la imputación, deberá ser manifestada por la Fiscalía General Penal Militar ante el Juez Penal Militar de Conocimiento, quien será el competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación.

En cualquier momento, el Fiscal Penal Militar solicitará al Juez Penal Militar de Conocimiento la preclusión de la actuación mediante exposición debidamente sustentada.

Artículo 255. Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía Penal Militar tenga conocimiento de un hecho respecto del cual se constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá a través de orden motivada el archivo de la actuación, la cual deberá ser comunicada al denunciante y al Ministerio Público.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios, la indagación se reanudará, mientras no se haya extinguido la acción penal.

Artículo 256. Efectos de la extinción. La extinción de la acción penal producirá efectos de cosa juzgada. Sin embargo, no se extenderá a la acción civil derivada del injusto.

Artículo 257. Continuación de la persecución penal para los demás imputados o procesados. La acción penal deberá continuarse en relación con los imputados o procesados en quienes no concurran las causales de extinción.

CAPÍTULO II **Comiso**

Artículo 258. Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, salvo que sean del Estado, pasarán a poder este a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario. La entrega será definitiva cuando se disponga el archivo, se precluya o se dicte sentencia absolutoria.

Artículo 259. Medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso. Setendrán como medidas materiales con el fin de garantizar el comiso, la incautación y ocupación, y como medida jurídica la suspensión del poder dispositivo.

Las anteriores medidas procederán cuando se tengan motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros.

Artículo 260. Trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso. Dentro de los dos (2) días siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuada por orden del Fiscal Penal Militar en los eventos señalados en este Código, el fiscal comparecerá ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado.

Artículo 261. Suspensión del poder dispositivo. En la formulación de la acusación o en audiencia preliminar el fiscal podrá solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, que se mantendrá hasta tanto se resuelva sobre el mismo con carácter definitivo o se disponga su devolución.

Presentada la solicitud, el Juez Penal Militar de Control de Garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes y recursos cuando constate alguna de las circunstancias previstas en el artículo 259 de este Código.

En todo caso, para solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, el fiscal tendrá en cuenta el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración.

Artículo 262. Bienes o recursos no reclamados.

Ordenada la devolución de bienes o recursos, se comunicará a quien tenga derecho a recibirlos para que lo reclame dentro de los quince (15) días siguientes a la decisión que así lo determine. Transcurrido el término anterior sin que los bienes sean reclamados, se dejarán bajo custodia militar; si pasados cien días hábiles continuare tal situación, el Juez de Conocimiento los asignará definitivamente al servicio pertinente en la unidad donde fueron custodiados.

De la misma forma se procederá si se desconoce al titular, poseedor o tenedor de los bienes que fueron afectados.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en normas especiales.

Artículo 263. Omisión de pronunciamiento sobre los bienes.

Si en la sentencia o decisión con efectos equivalentes se omite el pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, la defensa, el fiscal o el Ministerio Público podrán solicitar en la misma audiencia la adición de la decisión con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento.

CAPÍTULO III

Medidas cautelares

Artículo 264. Medidas cautelares sobre bienes.

El Juez Penal Militar de Control de Garantías, en la audiencia de formulación de imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas directas podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

La víctima directa acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño recibido la cuantía de su pretensión.

El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo al régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, salvo que la solicitud sea formulada por el fiscal o que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante. El juez, una vez decretado el embargo y secuestro, designará secuestre y adelantará el trámite posterior conforme a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil.

Cuando las medidas afecten un bien inmueble que esté ocupado o habitado por el acusado, se dejará en su poder a título de depósito gratuito, con el compromiso de entregarlo a un secuestre o a quien el funcionario indique si se profiere sentencia condenatoria en su contra.

Parágrafo. En los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, el Ministerio Público podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes del imputado en las

mismas condiciones señaladas en este artículo, salvo la obligación de prestar caución.

Artículo 265. Las medidas cautelares serán de inmediato cumplimiento; su trámite será el previsto en el Código de Procedimiento Penal, mientras no resulte incompatible con la naturaleza del Código Penal Militar.

CAPÍTULO IV

Del ejercicio del incidente de reparación integral

Artículo 266. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral.

Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

Artículo 267. Trámite del incidente de reparación integral.

Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios este fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este Código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

Artículo 268. Audiencia de pruebas y alegaciones.

El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte se oír el fundamento de sus pretensiones.

Parágrafo. La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.

Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo

sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.

Artículo 269. Decisión de reparación integral. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

Artículo 270. Caducidad. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca sesenta (60) días después de haberse anunciado el fallo de responsabilidad penal.

TÍTULO IV

MINISTERIO PÚBLICO

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 271. El Ministerio Público. El Ministerio Público podrá intervenir en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, El Procurador General de la Nación directamente o a través de sus delegados, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes en el proceso penal o del Gobierno Nacional, podrá constituir agencias especiales.

Parágrafo. Para el cumplimiento de la función, los fiscales y los jueces enterarán oportunamente, por el medio más expedito, al Ministerio Público de las diligencias y actuaciones de su competencia.

Artículo 272. Funciones del Ministerio Público. Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento:

1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales:

a) Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la Policía Judicial que puedan afectar garantías fundamentales;

b) Participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía Penal Militar y los jueces que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental;

c) Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia;

d) Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con la Carta Política y la ley;

e) Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa;

f) Participar cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este Código;

g) Controlar que se cumpla en todo momento con el principio general según el cual debe existir separación entre jurisdicción y mando para los jueces, fiscales, abogados defensores y Policía Judicial.

2. Como representante de la sociedad:

a) Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la cesación de procedimiento;

b) Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan;

c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado;

d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados;

e) Denunciar los fraudes y colusiones procesales.

Artículo 273. Actividad probatoria. El Ministerio Público podrá solicitar pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de Policía Judicial siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el artículo 442 del presente Código. Asimismo, podrá solicitar pruebas en el evento contemplado en el último inciso del artículo 499 de este Código.

TÍTULO V

PARTES E INTERVINIENTES

CAPÍTULO I

Fiscalía General Penal Militar

Artículo 274. Composición. La Fiscalía General Penal Militar estará integrada para el ejercicio de la acción penal por el Fiscal General Penal Militar, los fiscales penales militares delegados ante el Tribunal Superior Militar, los fiscales delegados y los funcionarios que él designe y estén previstos en el estatuto orgánico de la institución para esos efectos de acuerdo a la ley que expida el Congreso de la República.

Artículo 275. Atribuciones. La Fiscalía General Penal Militar, para el cumplimiento de sus funciones tiene las siguientes atribuciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito de conocimiento de la Justicia Penal Militar.

2. Solicitar ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y poner a su disposición los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

3. Asegurar en cada caso particular los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.

4. Dirigir, coordinar y controlar en cada caso particular las actividades de Policía Judicial que en forma permanente ejerce el cuerpo de investigación de la Justicia Penal Militar y los demás organismos que señale la ley.

5. Solicitar ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías capturas, y poner a la persona capturada a su disposición, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

6. Solicitar al Juez Penal Militar de Control de Garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal militar, la conservación de la prueba, la integridad de la Fuerza Pública, la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

7. Presentar la acusación ante el Tribunal Superior Militar o jueces de conocimiento, con el fin de dar inicio al juicio.

8. Intervenir en la etapa del juicio en los términos de este Código.

9. Solicitar ante el Juez de Conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

10. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este Código.

11. Solicitar las nulidades cuando a ello hubiere lugar.

12. Las demás que le asigne la ley.

Artículo 276. Atribuciones del Fiscal General Penal Militar. El Fiscal General Penal Militar, para el cumplimiento de sus funciones, tiene las siguientes atribuciones:

1. Dirigir el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar.

2. Crear los grupos de tareas especiales conforme lo regulado en este Código.

3. Coordinar las labores que desarrollen los Fiscales Penales Militares.

4. Diseñar mecanismos que hagan efectiva la protección de los Fiscales Penales Militares, Víctimas y testigos.

5. Reglamentar lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia.

6. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera sea el estado en que se encuentre, lo mismo que asignar y desplazar a los fiscales penales militares en las investigaciones y procesos, eventos en los cuales se procederá mediante orden motivada cuando se pueda ver afectada la imparcialidad o la independencia en desarrollo de su función o la seguridad del Fiscal Penal Militar.

7. Resolver los impedimentos y recusaciones que se susciten entre los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar.

8. Las demás que señale la ley.

Artículo 277. Funciones especiales de los Fiscales ante el Tribunal Superior Militar. Además de las funciones anteriormente señaladas, a los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar les corresponde resolver los impedimentos y recusaciones que se susciten entre los fiscales penales militares que actúan ante la primera instancia, conforme al trámite previsto en este Código.

Artículo 278. Principio de objetividad. La Fiscalía Penal Militar, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de Policía Judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

CAPÍTULO II Defensa

Artículo 279. Integración y designación. La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o acusado o, en su defecto, por el que le sea asignado por la Defensoría Técnica Penal Militar.

Artículo 280. Oportunidad. La designación del defensor deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso contará con este desde la primera audiencia a la que fuere citado.

El presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de esa situación le haga la Fiscalía.

La precitada comunicación ocurrirá inmediatamente se halle identificado el investigado y solo otorga al presunto implicado los derechos previstos en este Código.

Artículo 281. Reconocimiento. Una vez aceptada la designación, el defensor podrá actuar sin necesidad de formalidad alguna para su reconocimiento.

Artículo 282. Dirección de la defensa. El defensor principal dirigirá la defensa, pudiendo seleccionar otro abogado que lo acompañe como defensor suplente, previa información al juez y autorización del implicado o acusado, quien actuará bajo la responsabilidad del principal y podrá ser removido libremente durante el proceso.

Artículo 283. Incompatibilidad de la defensa. La defensa de varios imputados o acusados podrá adelantarla un defensor común, siempre y cuando no medie conflicto de interés ni las defensas resulten incompatibles entre sí.

Si se advirtiera la presencia del conflicto y la defensa no lo resolviera mediante la renuncia del encargo correspondiente, el acusado o el Ministerio Público podrá solicitar al juez el relevo del defensor discernido. En este evento el acusado podrá designar un nuevo defensor. Si no hubiere otro y de encontrarse en imposibilidad para ello, la Defensoría Técnica Militar le proveerá uno.

Artículo 284. Sustitución del defensor. Únicamente el defensor principal podrá sustituir la designación en otro abogado, pudiéndose

reservar el derecho de reasumir la defensa en la oportunidad que estime conveniente.

Artículo 285. Derechos y facultades. La defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que la Constitución Política y la ley reconocen en favor del acusado.

Artículo 286. Deberes y atribuciones especiales. En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

1. Asistir personalmente al implicado o acusado desde su captura, a partir de la cual debe garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.
2. Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral.
3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia el Fiscal Penal Militar, incluidos los que sean favorables al procesado.
4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral.
5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos. 6. Solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral.
7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.
8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.
9. Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.

Artículo 287. Defensoría Técnica Penal Militar. La Justicia Penal Militar contará con un grupo de abogados, miembros de la Fuerza Pública, empleados civiles del Ministerio de Defensa y particulares, constituidos como un cuerpo autónomo separado del mando, quienes ejercerán de forma exclusiva defensa técnica respecto de militares o policiales investigados por delitos en relación con el mismo servicio.

Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de esta organización de defensores penales militares.

CAPÍTULO III **Imputado**

Artículo 288. Calificación. El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriere primero. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado.

Artículo 289. Ausencia del imputado. Cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo.

El imputado se emplazará mediante edicto que se fijará en un lugar visible de la Secretaría por el término de cinco (5) días hábiles y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local.

Cumplido lo anterior el Juez Penal Militar de Control de Garantías lo declarará persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el Jefe del Cuerpo de defensores militares que lo asistirá y representará en todas las actuaciones, con el cual se surtirán todos los avisos o notificaciones. Esta declaratoria es válida para toda la actuación.

El juez verificará que se hayan agotado mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado.

Artículo 290. Identificación o individualización. El Fiscal Penal Militar estará obligado a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales.

Artículo 291. Registro de personas vinculadas. La Fiscalía General Penal Militar llevará un registro de las personas a las cuales se haya vinculado a una investigación penal. Para el efecto, el funcionario que realice la vinculación lo informará dentro de los cinco (5) días siguientes a la decisión, al Fiscal General Penal Militar.

Artículo 292. Atribuciones. Además de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, en especial de los previstos en los principios rectores de este Código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del implicado o procesado prevalecen las de aquella.

Artículo 293. Renuncia. Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el Juez Penal Militar de Control de Garantías o el Juez de Conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.

CAPÍTULO IV **Víctimas**

Artículo 294. Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este Código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto. Nota: Expresión subrayada Declarada

inexequible por la Corte Constitucional C-372 de 2016

Artículo 295. Atención y protección inmediata a las víctimas. El Fiscal o el Juez de Conocimiento adoptarán o coordinarán ante las entidades competentes las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

Artículo 296. Medidas de atención y protección a las víctimas. Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán solicitar por conducto del fiscal o directamente al Juez Penal Militar de Control de Garantías las medidas indispensables para su atención y protección, aún durante el juicio oral y el incidente de reparación.

Artículo 297. Garantía de comunicación a las víctimas. Los derechos reconocidos, las facultades que puede ejercer por los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso o en el incidente de reparación integral, serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que esta intervenga.

Artículo 298. Derecho a recibir información. A quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, la Fiscalía General Penal Militar le suministrará información sobre:

1. Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo y de qué tipo puede ser este.
2. El lugar y el modo de presentar una denuncia o una querrela y su papel en las actuaciones subsiguientes.
3. El modo y las condiciones en que puede pedir y obtener protección.
4. Las condiciones en que de modo gratuito puede acceder a asesoría o a asistencia jurídica, asistencia o a asesoría psicológica u otro tipo de asesoría.
5. Los requisitos para acceder a una indemnización.
6. Los mecanismos de defensa que puede utilizar.
7. El trámite dado a su denuncia o querrela.
8. Los elementos pertinentes que le permitan, en caso de acusación o preclusión, seguir el desarrollo de la actuación.
9. La fecha y el lugar del juicio oral.
10. El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral.
11. La fecha en que tendrá lugar la audiencia de dosificación de la pena y sentencia.

12. La sentencia del juez.

También adoptará las medidas necesarias para garantizar, en caso de existir un riesgo para las víctimas que participen en la actuación, que se les informe sobre la puesta en libertad de la persona inculpada.

Artículo 299. Intervención de las víctimas en la actuación penal. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Podrán 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.
2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.
3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.
4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo.

Nota: Declarado Inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-372 de 2016

5. 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 le designará uno de oficio.

6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.

7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

TÍTULO VI DEBERES Y PODERES DE LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL

CAPÍTULO I De los deberes de los servidores judiciales

Artículo 300. Deberes. Son deberes comunes de todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso

penal militar, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, los siguientes:

1. Resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional.
2. Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.
3. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas y responder por el uso de la autoridad que les haya sido otorgada o de la ejecución de las órdenes que pueda impartir, sin que en ningún caso quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la que les corresponda a sus subordinados.
4. Guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aun después de haber cesado en el ejercicio del cargo.
5. Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal.
6. Abstenerse de presentar en público al indiciado, imputado o acusado como responsable.
7. Los demás establecidos en el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional y en el Código Disciplinario Único, que resulten aplicables.

Artículo 301. Deberes específicos de los Jueces Penales Militares. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, constituyen deberes especiales de los jueces, en relación con el proceso penal, los siguientes:

1. Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos.
2. Ejercer los poderes disciplinarios y aplicar las medidas correccionales atribuidas por este Código y demás normas aplicables, con el fin de asegurar la eficiencia y transparencia de la administración de justicia.
3. Corregir los actos irregulares.
4. Motivar breve y adecuadamente las medidas que afecten los derechos fundamentales del imputado y de los demás intervinientes.
5. Decidir la controversia suscitada durante las audiencias para lo cual no podrá abstenerse so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas aplicables.
6. Dejar constancia expresa de haber cumplido con las normas referentes a los derechos y garantías del imputado o acusado y de las víctimas.

CAPÍTULO II

De los deberes de las partes e intervinientes.

Artículo 302. Deberes. Son deberes de las partes e intervinientes:

1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.
2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de los derechos procesales, evitando los planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes, impertinentes o superfluas.
3. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones.
4. Guardar el respeto debido a los servidores judiciales y a los demás intervinientes en el proceso penal.
5. Comunicar cualquier cambio de domicilio, residencia, lugar o dirección electrónica señalada para recibir las notificaciones o comunicaciones.
6. Comparecer oportunamente a las diligencias y audiencias a las que sean citados.
7. Abstenerse de tener comunicación privada con el juez que participe en la actuación, salvo las excepciones previstas en este Código.
8. Guardar silencio durante el trámite de las audiencias, excepto cuando le corresponda intervenir.
9. Entregar a los servidores judiciales correspondientes los objetos y documentos necesarios para la actuación y los que les fueren requeridos, salvo las excepciones legales.

Artículo 303. Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal.
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
3. Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal de la actuación procesal.

CAPÍTULO III

Deberes de la Fiscalía General Penal Militar

Artículo 304. Deberes específicos de la Fiscalía Penal Militar. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, constituyen deberes esenciales de la Fiscalía General Penal Militar los siguientes:

1. Proceder con objetividad, respetando las directrices del Fiscal General Penal Militar.

2. Suministrar, por conducto del Juez de Conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado.

3. Asistir de manera ininterrumpida a las audiencias que sean convocadas e intervenir en desarrollo del ejercicio de la acción penal.

4. Informar a la autoridad competente de cualquier irregularidad que observe en el transcurso de la actuación de los funcionarios que ejercen atribuciones de policía judicial.

CAPÍTULO IV

De los poderes y medidas correccionales

Artículo 305. Poderes y medidas correccionales. El Juez Penal Militar, de oficio o a solicitud de parte, podrá tomar las siguientes medidas correccionales:

1. A quien formule una recusación o manifieste un impedimento ostensiblemente infundado, lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. A quien viole una reserva legalmente establecida lo sancionará con multa de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este caso el funcionario que conozca de la actuación será el competente para imponer la correspondiente sanción.

3. A quien impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal, le impondrá arresto inmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba.

4. A quien le falte al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca órdenes impartidas por él en el ejercicio de sus atribuciones legales lo sancionará con arresto inmutable hasta por cinco (5) días.

5. A quien en las audiencias asuma comportamiento contrario a la solemnidad del acto, a su eficacia o correcto desarrollo, le impondrá como sanción la amonestación, o el desalojo, o la restricción del uso de la palabra, o multa hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales o arresto hasta por cinco (5) días, según la gravedad y modalidades de la conducta.

6. A quien solicite pruebas manifiestamente inconducentes o impertinentes lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

7. A quien en el proceso actúe con temeridad o mala fe, lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

8. Al establecimiento de salud que reciba o dé entrada a persona lesionada sin dar aviso inmediato a la autoridad respectiva, lo sancionará con multa de diez (10) hasta cien

(100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

9. A la parte e interviniente que solicite definición de competencia, o cambio de radicación sin fundamento en razones serias y soporte probatorio, lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

10. A quienes sobrepasen las cintas o elementos usados para el aislamiento del lugar de los hechos, lo sancionará con multa de uno (1) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes o arresto por (5) cinco días según la gravedad y modalidad de la conducta.

Parágrafo 1°. En los casos anteriores, si la medida correccional fuere de multa o arresto, su aplicación deberá estar precedida de la oportunidad para que el presunto infractor exprese las razones de su oposición, si las hubiere. Si el funcionario impone la sanción, el infractor podrá solicitar la reconsideración de la medida que, de mantenerse, dará origen a la ejecución inmediata de la sanción, sin que contra ella proceda recurso alguno.

Parágrafo 2°. Cuando se trate de civiles, el Fiscal Penal Militar o Juez Penal Militar deberá compulsar copias, según sea el caso, al órgano competente para que investigue la conducta.

Artículo 306. Pago de multas y cauciones. Las cauciones y las multas que se impongan durante la actuación procesal se depositarán en dinero a órdenes de los despachos correspondientes, en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario de la localidad del depositante o, si no existiese sucursal de esta entidad, de aquel que autorice el funcionario judicial, dentro del plazo fijado por el funcionario competente.

TÍTULO VII LA ACTUACIÓN

CAPÍTULO I

Oralidad en los procedimientos

Artículo 307. Idioma. El idioma oficial en la actuación será el castellano. El acusado o la víctima serán asistidos por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez en caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o por un intérprete en caso de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él.

Artículo 308. Oralidad en la actuación. Todos los procedimientos de las actuaciones, tanto preprocesales como procesales, serán orales, salvo las excepciones previstas en este Código.

Artículo 309. Registro de la actuación. Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, de conformidad con las siguientes reglas, y se prohíben las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este Código expresamente autorice:

1. En las actuaciones de la Fiscalía Penal Militar o de la Policía Judicial que requieran declaración juramentada, conservación de la escena de hechos delictivos, registro y allanamiento, interceptación de comunicaciones o cualquier otro acto investigativo que pueda ser necesario en los procedimientos formales, será registrado y reproducido mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad.

2. En las audiencias ante el Juez Penal Militar que ejerce la función de control de garantías se utilizará el medio técnico que garantice la fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro y su eventual reproducción escrita para efecto de los recursos. Al finalizar la diligencia se elaborará un acta en la que conste únicamente la fecha, lugar, nombre de los intervinientes, la duración de la misma y la decisión adoptada.

3. En las audiencias de Corte Marcial ante el Juez Penal Militar de Conocimiento, además de lo anterior, deberá realizarse una reproducción de seguridad con el medio técnico más idóneo posible, la cual solo se incorporará a la actuación para el trámite de los recursos consagrados en este Código.

4. El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audiovideo, o en su defecto audio, que asegure fidelidad.

El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación.

Una vez anunciado el sentido del fallo, el secretario elaborará un acta del juicio donde constará la individualización del acusado, la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía Penal Militar, la autoridad que profirió la decisión y el sentido del fallo. Igualmente, el secretario será responsable de la inalterabilidad del registro oral del juicio.

5. Cuando este Código exija la presencia del acusado ante el juez para efectos de llevar a cabo la audiencia preparatoria o cualquier audiencia anterior al juicio oral, a discreción del juez dicha audiencia podrá realizarse a través de comunicación de audiovideo virtual, caso en el cual no será necesaria la presencia física del acusado ante el juez.

El dispositivo de audiovideo virtual deberá permitirle al juez observar y establecer comunicación oral y simultánea con el acusado y su defensor, o con cualquier testigo o perito. El dispositivo de comunicación por audiovideo virtual deberá permitir que el acusado pueda sostener conversaciones en privado con su defensor.

La señal del dispositivo de comunicación por audiovideo virtual se transmitirá en vivo y en directo, y deberá ser protegida contra cualquier tipo de interceptación.

En las audiencias que deban ser públicas, se situarán monitores en la sala y en el lugar de encarcelamiento, para asegurar que el público, el juez y el acusado puedan observar en forma clara la audiencia.

Cualquier documento utilizado durante la audiencia que se realice a través de dispositivo de audiovideo virtual, debe poder transmitirse por medios electrónicos. Tendrán valor de firmas originales aquellas que consten en documentos transmitidos electrónicamente.

Parágrafo. La conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía Penal Militar durante la actuación previa a la acusación. A partir de ella, el secretario de las audiencias. En todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros.

Artículo 310. Celeridad y oralidad. En las audiencias que tengan lugar con ocasión de la persecución penal, las cuestiones que se debatan serán resueltas en la misma audiencia. Las personas allí presentes se considerarán notificadas por el solo proferimiento oral de una decisión o providencia.

Artículo 311. Toga. Durante el desarrollo de las audiencias los jueces deberán usar la toga o uniforme militar o policial según el reglamento.

CAPÍTULO II

Publicidad de los procedimientos

Artículo 312. Principio de publicidad. Todas las audiencias que se desarrollen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, sin decisión judicial previa. Aun cuando se limite la publicidad al máximo, no podrá excluirse a la Fiscalía Penal Militar, el acusado, la defensa, el Ministerio Público, la víctima y su representación legal.

El juez podrá limitar la publicidad de todos los procedimientos o parte de ellos, previa audiencia privada con los intervinientes, de conformidad con los artículos siguientes y sin limitar el principio de contradicción.

Estas medidas deberán sujetarse al principio de necesidad y si desaparecieren las causas que dieron origen a esa restricción, el juez la levantará de oficio o a petición de parte.

No se podrá, en ningún caso, presentar al indiciado, o acusado como culpable. Tampoco se podrá, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación, so pena de la imposición de las sanciones que corresponda.

Artículo 313. Restricciones a la publicidad por motivos de orden público, seguridad nacional o moral pública. Cuando la publicidad de un proceso en particular amenace el orden público, la seguridad nacional o la finalidad primordial de la fuerza pública, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer una o varias de las siguientes medidas:

1. Limitación total o parcial del acceso al público o a la prensa.

2. Imposición a los presentes del deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben.

Artículo 314. Restricciones a la publicidad por motivos de seguridad o respeto a las víctimas

menores de edad. En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa.

Artículo 315. Restricciones a la publicidad por motivos de interés de la justicia. Cuando los intereses de la justicia se vean perjudicados o amenazados por la publicidad del juicio, en especial cuando la imparcialidad del juez pueda afectarse, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben, o limitar total o parcial el acceso del público o de la prensa.

CAPÍTULO III Audiencias preliminares

Artículo 316. Noción. Las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o de corte marcial, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías.

Artículo 317. Modalidades. Se tramitará en audiencia preliminar:

1. El acto de poner a disposición del Juez Penal Militar de Control de Garantías los procedimientos efectuados en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
2. La práctica de una prueba anticipada.
3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.
4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.
5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.
6. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

Artículo 318. Publicidad. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del indiciado, acusado, o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

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.

CAPÍTULO IV Términos

Artículo 319. Regla general. Las actuaciones se desarrollarán con estricto cumplimiento

de los términos procesales. Su inobservancia injustificada será sancionada.

Artículo 320. Oportunidad. La persecución penal y las indagaciones pertinentes podrán adelantarse en cualquier momento. En consecuencia, todos los días y horas son hábiles para ese efecto.

Las actuaciones que se desarrollen ante los jueces penales militares que cumplan la función de control de garantías serán concentradas. Todos los días y horas son hábiles para el ejercicio de esta función. Las actuaciones que se surtan ante el juez de conocimiento se adelantarán en días y horas hábiles, de acuerdo con el horario judicial establecido oficialmente.

Sin embargo, cuando las circunstancias particulares de un caso lo ameriten, previa decisión motivada del juez competente, podrán habilitarse otros días con el fin de asegurar el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas.

Artículo 321. Prórroga y restitución de términos. Los términos previstos por la ley, o en su defecto fijados por el juez, no son prorrogables. Sin embargo, de manera excepcional y con la debida justificación, cuando el Fiscal Penal Militar, el acusado o su defensor lo soliciten para lograr una mejor preparación del caso, el juez podrá acceder a la petición siempre que no exceda el doble del término prorrogado.

Artículo 322. Término judicial. El funcionario judicial señalará el término en los casos en que la ley no lo haya previsto, sin que pueda exceder de cinco (5) días.

Artículo 323. Término para adoptar decisiones. Salvo disposición en contrario, las decisiones deberán adoptarse en el acto mismo de la audiencia. Para este efecto el juez podrá ordenar un receso en los términos de este Código.

CAPÍTULO V Providencias judiciales

Artículo 324. Clases. Las providencias judiciales son:

1. Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión.
2. Autos, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.
3. Órdenes, si 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.

Artículo 325. Requisitos comunes. Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Mención de la autoridad que los profiere.
2. Lugar, día y hora.
3. Identificación del número de radicación de la actuación.

4. *Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas.*

5. *Decisión adoptada.*

6. *Si hubiere división de criterios la expresión de los fundamentos del disenso.*

7. *Señalamiento del recurso que procede contra la decisión y la oportunidad para interponerlo.*

Artículo 326. Prohibición de transcripciones. *En desarrollo de los principios de oralidad y celeridad las providencias judiciales en ningún caso se podrá transcribir, reproducir o verter a texto escrito apartes de la actuación, excepto las citas o referencias apropiadas para la debida fundamentación de la decisión.*

Artículo 327. Providencias del Tribunal Superior Militar. *La exposición de la decisión estará a cargo del Magistrado que presida la audiencia o el que ellos designen.*

Artículo 328. Expedición de copias. *Las providencias judiciales solo serán reproducidas a efectos del trámite de los recursos.*

Podrán expedirse certificaciones por parte de la secretaría correspondiente donde conste un resumen de lo decidido, previa petición de quien acredite un interés para ello.

Artículo 329. Comunicación de la sentencia. *Ejecutoriada la sentencia que imponga una pena o medida de seguridad, el funcionario judicial informará de dicha decisión a los Comandos de Fuerza, Dirección General de la Policía Nacional, Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, Fiscal General Penal Militar, Dirección General de Prisiones, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación y demás organismos que tengan funciones de policía judicial y archivos sistematizados, en el entendido que solo en estos casos se considerará que la persona tiene antecedentes judiciales.*

CAPÍTULO VI

Notificación de las providencias, citaciones, y comunicaciones entre los intervinientes en el proceso penal

Artículo 330. Criterio general. *Se notificarán las sentencias y los autos.*

Artículo 331. Formas. *Por regla general las providencias se notificarán a las partes en estrados.*

En caso de no comparecer a la audiencia a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. En este evento la notificación se entenderá realizada al momento de aceptarse la justificación.

De manera excepcional procederá la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes.

Si el acusado se encontrare privado de la libertad y se negare a asistir a la audiencia, las providencias notificadas le serán comunicadas en el establecimiento de reclusión, de lo cual se dejará la respectiva constancia.

Las decisiones adoptadas con posterioridad al vencimiento del término legal deberán ser notificadas personalmente a las partes que tuvieren vocación de impugnación.

Artículo 332. Registro de la notificación. *El secretario deberá llevar un registro de las notificaciones realizadas tanto en audiencia como fuera de ella, para lo cual podrá utilizar los medios técnicos idóneos.*

Artículo 333. Citaciones. Procedencia. *Cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial, deberá citarse oportunamente a las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación.*

La citación para que los intervinientes comparezcan a la audiencia preliminar deberá ser ordenada por el Juez Penal Militar de Control de Garantías.

Artículo 334. Forma. *Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación.*

El juez podrá disponer el empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial para el cumplimiento de las citaciones.

Artículo 335. Contenido. *La citación debe indicar la clase de diligencia para la cual se le requiere y si debe asistir acompañado de abogado. De ser factible se determinará la clase de delito, fecha de la comisión, víctima del mismo y número de radicación de la actuación a la cual corresponde.*

Artículo 336. Comunicación de las peticiones escritas a las demás partes e intervinientes. *La petición escrita de alguna de las partes e intervinientes dirigida al juez que conoce de la actuación, para ser admitida en Secretaría para su trámite, deberá acompañarse de las copias necesarias para la información de las demás partes e intervinientes.*

Artículo 337. Comunicación. *Para efectivizar el Derecho de Defensa, la Fiscalía Penal Militar a partir de la elaboración del programa metodológico previsto en el artículo 368 tendrá la obligación de comunicar a quienes eventualmente pudiesen resultar indiciados sobre el inicio de la indagación.*

CAPÍTULO VII

Duración de la actuación

Artículo 338. Duración de los procedimientos. *El término de que dispone la Fiscalía Penal Militar y Policial para formular la acusación o solicitar la preclusión, no podrá exceder de noventa (90) días contados a partir del día siguiente de la*

formulación de la imputación y, de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos o sean tres o más los imputados.

Formulada la acusación, la audiencia preparatoria deberá realizarse por el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento y de Conocimiento Especializado dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria del auto de apertura a juicio y la audiencia de Corte Marcial dentro de igual término, contado a partir del día siguiente a la conclusión de la audiencia preparatoria.

PARÁGRAFO. La Fiscalía General Penal Militar y Policial tendrá un término máximo de dos (2) años, contados a partir de la recepción de la noticia criminal para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término será de máximo tres (3) años cuando se presente concurso de delitos o sean tres o más los imputados.

Cuando se trate de delitos de competencia del Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento estos términos se reducirán a la mitad.

(Artículo modificado por el Artículo 102 de la Ley 1765 de 2015.)

CAPÍTULO VIII Recursos ordinarios

Artículo 339. Recursos ordinarios. Son recursos ordinarios la reposición y la apelación.

Salvo la sentencia, la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

La apelación procede, salvo los casos previstos en este Código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.

Artículo 340. Efectos. La apelación se concederá:

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

1. La sentencia condenatoria o absolutoria.
2. El auto que decide una nulidad.
3. El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral.
4. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.
5. El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.

En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación:

1. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida de aseguramiento; y

2. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del indiciado o acusado.

Artículo 341. Trámite del recurso de apelación contra autos. Se interpondrá oralmente en la respectiva audiencia y se concederá de inmediato en el efecto previsto en el artículo anterior.

Recibida la actuación objeto de recurso, el magistrado que deba resolverlo citará a las partes e intervinientes a audiencia de argumentación oral que se celebrará dentro de los cinco (5) días siguientes.

Sustentado el recurso por el apelante, y oídas las partes e intervinientes no recurrentes que se hallaren presentes, el magistrado podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para emitir la decisión correspondiente.

Si el recurrente no concurriere se declarará desierto el recurso.

Artículo 342. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso se interpondrá y concederá en la misma audiencia en la que la parte recurrente solicitará los apartes pertinentes de los registros, en los términos del artículo 180 de este Código, correspondientes a las audiencias que en su criterio guarden relación con la impugnación. De igual manera procederán los no apelantes.

Recibido el fallo, la secretaría de la Sala de decisión del Tribunal Superior Militar deberá acreditar la entrega de los registros a que se refiere el inciso anterior. Satisfecho este requisito, el magistrado ponente convocará a audiencia de debate oral que se celebrará dentro de los diez (10) días siguientes.

Sustentado el recurso por el apelante, y oídas las partes e intervinientes no recurrentes que se hallaren presentes, la sala de decisión convocará para audiencia de lectura de fallo dentro los diez (10) días siguientes.

CAPÍTULO IX Casación

Artículo 343. Finalidad. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.

Artículo 344. Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia por el Tribunal Superior Militar en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.
2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.

Artículo 345. Legitimación. Están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tengan interés, quienes podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio.

Artículo 346. Oportunidad. El recurso se interpondrá ante el tribunal dentro de un término común de sesenta (60) días siguientes a la última notificación de la sentencia, mediante demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos.

Artículo 347. Admisión. Vencido el término para interponer el recurso, la demanda se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda.

No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferente de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo.

Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda.

Artículo 348. Decisión. Cuando la Corte aceptare como demostrada alguna de las causales propuestas, dictará el fallo dentro de los sesenta (60) días siguientes a la audiencia de sustentación, contra el cual no procede ningún recurso, salvo la revisión.

La Corte está facultada para señalar en qué estado queda el proceso en el caso de determinar que este pueda recuperar alguna vigencia.

En caso contrario procederá a dictar el fallo que corresponda.

Cuando la Corte adopte el fallo, dentro del mismo lapso o a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, citará a audiencia para lectura del mismo.

Artículo 349. Acumulación de fallos. A juicio de la Sala, por razones de unificación de la jurisprudencia, podrán acumularse para ser decididas en un mismo fallo, varias demandas presentadas contra diversas sentencias.

Artículo 350. Aplicación extensiva. La decisión del recurso de casación se extenderá a los no recurrentes en cuanto les sea favorable.

Artículo 351. Principio de no agravación. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el Ministerio Público, la víctima o su representante, cuando tuviere interés, la hubieren demandado.

Artículo 352. Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años.

Artículo 353. De la libertad. Durante el trámite del recurso extraordinario de casación lo referente a la libertad y demás asuntos que no estén vinculados con la impugnación, serán de la exclusiva competencia del juez de primera instancia.

Artículo 354. Fallo anticipado. Por razones de interés general la Corte, en decisión mayoritaria de la Sala, podrá anticipar los turnos para convocar a la audiencia de sustentación y decisión.

CAPÍTULO X

Acción de revisión

Artículo 355. Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción Penal Militar, en los siguientes casos:

1. Cuando se haya condenado a dos (2) o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.

2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.

3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

4. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero.

5. Cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones.

6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.

Parágrafo. Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de preclusión y sentencia absolutoria.

Artículo 356. Legitimación. La acción de revisión podrá ser promovida por el Fiscal Penal Militar, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión. Estos últimos podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio. En los demás casos se requerirá poder especial para el efecto.

Artículo 357. Instauración. La acción de revisión se promoverá por medio de escrito dirigido al funcionario competente y deberá contener:

1. La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo.
2. El delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión.
3. La causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.
4. La relación de las evidencias que fundamentan la petición.

Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de única, primera y segunda instancias y constancias de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda.

Artículo 358. Trámite. Repartida la demanda, el magistrado ponente examinará si reúne los requisitos exigidos en el artículo anterior; en caso afirmativo la admitirá dentro de los cinco (5) días siguientes y se dispondrá solicitar el proceso objeto de la revisión. Este auto será notificado personalmente a los no demandantes; de no ser posible, se les notificará de la manera prevista en este Código.

Si se tratare del absuelto, o a cuyo favor se ordenó preclusión, se le notificará personalmente. En caso de contumacia, se le designará defensor público con quien se surtirá la actuación.

Si la demanda fuere inadmitida, la decisión se tomará mediante auto motivado de la sala.

Si de las evidencias aportadas aparece manifiestamente improcedente la acción, la demanda se inadmitirá de plano.

Recibida la actuación, se abrirá a prueba por el término de quince (15) días para que las partes soliciten las que estimen conducentes.

Decretadas las pruebas, se practicarán en audiencia que tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes.

Concluida la práctica de pruebas, las partes alegarán siendo obligatorio para el demandante hacerlo.

Surtidos los alegatos, se dispondrá un receso hasta de dos (2) horas para adoptar el fallo, cuyo texto se redactará dentro de los treinta (30) días siguientes.

Vencido el término para alegar el magistrado ponente tendrá diez (10) días para registrar proyecto y se decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes.

Artículo 359. Revisión de la sentencia. Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, procederá de la siguiente forma:

1. Declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda cuando se trate de prescripción de la acción penal, ilegitimidad del querellante, caducidad de la querrela, o cualquier otro evento generador de extinción de la acción penal, y la causal aludida sea el cambio favorable del criterio jurídico de sentencia emanada de la Corte.

En los demás casos, la actuación será devuelta a un despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique.

2. Decretará la libertad provisional y caucionada del procesado. No se impondrá caución cuando la acción de revisión se refiere a una causal de extinción de la acción penal.

Artículo 360. Impedimento especial. No podrá intervenir en el trámite y decisión de esta acción ningún magistrado que haya suscrito la decisión objeto de la misma.

Artículo 361. Consecuencias del fallo rescindente. Salvo que se trate de las causales de revisión previstas en los numerales 4 y 5 del artículo 355 de este Código, los efectos del fallo rescindente se extenderán a los no accionantes.

CAPÍTULO XI

Disposición común a la casación y acción de revisión

Artículo 362. Desistimiento. Podrá desistirse del recurso de casación y de la acción de revisión antes de que la Sala las decida.

TÍTULO VIII

TÉCNICAS DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN DE LA PRUEBA Y SISTEMA PROBATORIO

CAPÍTULO I

La indagación y la investigación

Artículo 363. Órganos. Corresponde a los Fiscales Penales Militares realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito de competencia de la Justicia Penal Militar.

En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a los Fiscales Penales Militares, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle el cuerpo técnico de investigación de la Justicia Penal Militar y demás organismos que señale la ley en cada caso particular y en los términos previstos en este Código.

El Cuerpo Técnico de la Justicia Penal Militar apoya la investigación y depende funcionalmente de los Fiscales Penales Militares.

La organización administrativa del Cuerpo Técnico de investigación, se determinará por medio de ley. Los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación serán preferiblemente civiles.

Artículo 364. Órganos de policía judicial permanente y transitorio. Los órganos que ejercen permanente y transitoriamente funciones de policía judicial, deberán, cuando sea necesario, apoyar las investigaciones de la Justicia Penal Militar.

Parágrafo. En los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar, estas funciones las podrá ejercer la Policía Nacional.

Artículo 365. Órgano técnico-científico. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley y lo establecido en el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, prestará auxilio y apoyo técnico-científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía Penal Militar y los organismos con funciones de policía judicial. Igualmente lo hará con el imputado, acusado o su defensor cuando estos lo soliciten.

La Fiscalía Penal Militar, el acusado o su defensor se apoyarán, cuando fuere necesario, en laboratorios privados nacionales o extranjeros o en los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

También prestarán apoyo técnico-científico los laboratorios forenses de los organismos de policía judicial.

Artículo 366. Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia.

Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal.

Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía Penal Militar asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control.

Artículo 367. Entrevista. Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta la Justicia Penal Militar, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria.

La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista.

Artículo 368. Programa metodológico. Recibido el informe de que trata el artículo 366, el Fiscal Penal Militar encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar.

Durante la sesión de trabajo, el Fiscal Penal Militar, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los Criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos.

En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el Fiscal Penal Militar ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.

Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial.

Artículo 369. Unidades de Investigación Especial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el Fiscal Penal Militar competente solicitará al Fiscal General Penal Militar, la ampliación del equipo investigativo.

Tal equipo se integrará con los fiscales penales militares y miembros de policía judicial que se requieran, según el caso, y quienes trabajarán con dedicación exclusiva y bajo la coordinación del Fiscal que realizó la solicitud, en el desarrollo del programa metodológico correspondiente.

En estos eventos, el Fiscal Penal Militar coordinador, a partir de los hallazgos reportados por la policía judicial, deberá rendir informes periódicos del avance de la investigación al Fiscal General Penal Militar, a fin de implementar los apoyos que se requieran. Según los resultados, el

coordinador del grupo solicitará la reorganización o disolución del grupo investigativo.

Artículo 370. Actividad de policía. Cuando en ejercicio de la actividad de policía, los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este Código, en desarrollo de registro personal y registro de vehículos, sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos, los identificará y embalará técnicamente. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la policía judicial.

Cuando el descubrimiento del elemento material probatorio y evidencia física se efectúe por miembros de las fuerzas militares, sin demora alguna asegurará la escena y comunicará el hallazgo a la Policía Judicial quien se trasladará inmediatamente para identificarlo, recogerlo y embalarlo técnicamente.

Artículo 371. Informe del investigador de campo. El informe del investigador de campo tendrá las siguientes características:

- a) Descripción clara y precisa de la forma, técnica e instrumentos utilizados en la actividad investigativa a que se refiere el informe;
- b) Descripción clara y precisa de los resultados de la actividad investigativa antes mencionada;
- c) Relación clara y precisa de los elementos materiales probatorios y evidencia física descubiertos, así como de su recolección, embalaje y sometimiento a cadena de custodia;
- d) Acompañará el informe con el registro de las entrevistas e interrogatorios que hubiese realizado.

Artículo 372. Informe de investigador de laboratorio. El informe del investigador de laboratorio tendrá las siguientes características:

- a) La descripción clara y precisa del elemento material probatorio y evidencia física examinados;
- b) La descripción clara y precisa de los procedimientos técnicos empleados en la realización del examen y, además, informe sobre el grado de aceptación de dichos procedimientos por la comunidad técnico-científica;
- c) Relación de los instrumentos empleados e información sobre su estado de mantenimiento al momento del examen;
- d) Explicación del principio o principios técnicos y científicos aplicados e informe sobre el grado de aceptación por la comunidad científica;
- e) Descripción clara y precisa de los procedimientos de su actividad técnico-científica;
- f) Interpretación de esos resultados.

Artículo 373. Análisis de la actividad de policía judicial en la indagación e investigación.

Examinado el informe de inicio de las labores realizadas por la policía judicial y analizado los primeros hallazgos, si resultare que han sido diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales, el fiscal ordenará el rechazo de esas actuaciones e informará de las irregularidades advertidas a los funcionarios competentes en los ámbitos disciplinario y penal.

En todo caso, dispondrá lo pertinente a los fines de la investigación.

Para cumplir la labor de control de policía judicial en la indagación e investigación, el fiscal dispondrá de acceso ilimitado y en tiempo real, cuando sea posible, a la base de datos de policía judicial.

CAPÍTULO II

Actuaciones en la indagación e investigación

Artículo 374. Inspección del lugar del hecho.

Inmediatamente se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, el servidor de Policía Judicial se trasladará al lugar de los hechos y lo examinará minuciosa, completa y metódicamente, con el fin de descubrir, identificar, recoger y embalar, de acuerdo con los procedimientos técnicos establecidos en los manuales de criminalística, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar el autor y partícipes del mismo.

El lugar de la inspección y cada elemento material probatorio y evidencia física descubiertos, antes de ser recogidos, se fijarán mediante fotografía, video o cualquier otro medio técnico y se levantará el respectivo plano.

Los Fiscales Penales Militares dispondrán de protocolos, previamente elaborados que estarán acordes a los elaborados por la Fiscalía General de la Nación, que serán de riguroso cumplimiento, en el desarrollo de la actividad investigativa regulada en esta sección. De toda la diligencia se levantará un acta que debe suscribir el funcionario y las personas que la atendieron, colaboraron o permitieron la realización.

Artículo 375. Inspección de cadáver. En caso de homicidio o de hecho que se presuma como tal, la policía judicial inspeccionará el lugar y embalará técnicamente el cadáver, de acuerdo con los manuales de criminalística. Este se identificará por cualquiera de los métodos previstos en este Código y se trasladará al centro médico legal con la orden de que se practique la necropsia.

Cuando en el lugar de la inspección se hallaren partes de un cuerpo humano, restos óseos o de otra índole perteneciente a ser humano, se recogerán en el estado en que se encuentren y se embalarán técnicamente. Después se trasladarán a la dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o centro médico idóneo, para los exámenes que correspondan,

Artículo 376. Inspecciones en lugares distintos al del hecho. La inspección de cualquier otro lugar,

diferente al del hecho, para descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física útiles para la investigación, se realizará conforme con las reglas señaladas en este capítulo.

Artículo 377. Aseguramiento y custodia. Cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en alguna de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia.

Artículo 378. Exhumación. Cuando fuere necesario exhumar un cadáver o sus restos, para fines de la investigación, el fiscal así lo dispondrá. La policía judicial establecerá y revisará las condiciones del sitio preciso donde se encuentran los despojos a que se refiere la inspección. Técnicamente hará la exhumación del cadáver o los restos y los trasladará al centro de Medicina Legal, en donde será identificado técnico-científicamente, y se realizarán las investigaciones y análisis para descubrir lo que motivó la exhumación.

Artículo 379. Aviso de ingreso de presuntas víctimas. Quien en hospital, puesto de salud, clínica, consultorio médico u otro establecimiento similar, público o particular, reciba o dé entrada a persona a la cual se le hubiese ocasionado daño en el cuerpo o en la salud, dará aviso inmediatamente a la dependencia de policía judicial que le sea más próxima o, en su defecto, a la primera autoridad del lugar.

Artículo 380. Procedencia de los registros y allanamientos. El Fiscal Penal Militar encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, acusado o condenado, solicitará al Juez Penal Militar de control de garantías el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Artículo 381. Fundamento para la orden de registro y allanamiento. Sólo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, permitan concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al 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.

Artículo 382. Respaldo probatorio. La solicitud de que trata el artículo anterior deberá ser respaldada, 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.

Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita

apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías.

Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, videos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde bajo juramento el funcionario de la policía judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.

Artículo 383. Alcance de la orden de registro y allanamiento. La orden expedida por el Juez Penal Militar de control de garantías deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia.

De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el Juez Penal Militar de Control de Garantías deberá indicar en la orden, los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por el Juez Penal Militar de Control de Garantías el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.

Artículo 384. Objetos no susceptibles de registro. 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 cubre 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 auxiliares, 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.

Artículo 385. Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento. La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de

mediar razones que justifiquen una demora, el Juez Penal Militar de control de garantías podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.

Artículo 386. Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento. Durante la diligencia de registro y allanamiento la policía judicial deberá:

1. Realizar el procedimiento entre las 6:00 a.m., y las 18:00 horas, salvo que por circunstancias particulares del caso, resulte 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, sea actuar durante la noche.
2. El registro se adelantará exclusivamente en los lugares autorizados y, en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados, podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia.
3. Se garantizará la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, por lo que los bienes incautados se limitarán a los señalados en la orden, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con otro delito.
4. Se levantará un acta que resuma la diligencia en la que se hará indicación expresa de los 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.

5. El acta será leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y se les solicitará que firmen si están de acuerdo con su contenido.

En caso de existir discrepancias con lo anotado, deberán dejarse todas las precisiones solicitadas por los interesados y, si después de esto, se negaren a firmar, el funcionario de la policía judicial responsable del operativo, bajo juramento, dejará expresa constancia de ello.

Artículo 387. Allanamientos especiales. Para el allanamiento y registro de bienes inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores que, conforme con el derecho internacional y los tratados en vigor gocen de inmunidad diplomática o consular, el Juez Penal Militar de Control de Garantías solicitará venia al respectivo agente diplomático o consular, mediante oficio en el que se requerirá su contestación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes y será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Artículo 388. Acta de la diligencia. En el acta de la diligencia de allanamiento y registro deben identificarse y describirse todas las cosas que hayan sido examinadas o incautadas, el lugar donde fueron encontradas y se dejarán las constancias que soliciten las personas que en

ella intervengan. Los propietarios, poseedores o tenedores tendrán derecho a que se les expida copia del acta, si la solicitan.

Artículo 389. Devolución de la orden y cadena de custodia. Terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal los pormenores del operativo y, en caso de haber ocupado o incautado objetos, en el mismo término le remitirá el inventario correspondiente, pero será de aquella la custodia de los bienes incautados u ocupados.

En caso de haber realizado capturas durante el registro y allanamiento, concluida la diligencia, la policía judicial pondrá inmediatamente al capturado a órdenes del fiscal, junto con el respectivo informe.

Artículo 390. Procedimiento en caso de flagrancia. En las situaciones de flagrancia, la policía judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave del indiciado. En caso de refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, se solicitará el consentimiento del propietario o tenedor o en su defecto se obtendrá la orden correspondiente del Juez Penal Militar de Control de Garantías, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.

Artículo 391. Excepciones al requisito de la orden escrita del Juez Penal Militar de Control de Garantías para proceder al registro y allanamiento. Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita del Juez Penal Militar de Control de Garantías para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:

1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.
2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.
3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad.
4. Se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, acusado, condenado.

Parágrafo. Se considera también aplicable la excepción a la expectativa razonable de intimidad prevista en el numeral 2, cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos.

Artículo 392. Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías o ante el Juez de Conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.

Artículo 393. Retención de correspondencia. El Fiscal General Penal Militar solicitará al Juez Penal Militar de Control de Garantías la retención de correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado, cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que existe información útil para la investigación.

En estos casos se aplicarán analógicamente, según la naturaleza del acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.

Así mismo, podrá solicitarse a las oficinas correspondientes copia de los mensajes transmitidos o recibidos por el indiciado.

Similar procedimiento podrá autorizarse para que las empresas de mensajería especializada suministren la relación de envíos hechos por solicitud del indiciado o acusado o dirigidos a él.

Las medidas adoptadas en desarrollo de las atribuciones contempladas en este artículo no podrán extenderse por un periodo superior a un (1) año.

Artículo 394. Examen y devolución de la correspondencia. El Cuerpo Técnico de Investigación Penal Militar examinará la correspondencia retenida y si encuentra elementos materiales probatorios y evidencia física que resulten relevantes a los fines de la investigación, en un plazo máximo de doce (12) horas, informará de ello al fiscal.

Si se tratare de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente ordenará el desciframiento por peritos en criptografía, o su traducción.

Si por este examen se descubriere información sobre otro delito, iniciará la indagación correspondiente o bajo custodia la enviará a quien la adelanta.

Una vez formulada la acusación, o vencido el término fijado en el artículo anterior, la policía judicial devolverá la correspondencia retenida que no resulte de interés para los fines de la investigación.

Lo anterior no será obstáculo para que pueda ser devuelta con anticipación la correspondencia examinada, cuya apariencia no se hubiera alterado, con el objeto de no suscitar la atención del indiciado.

Artículo 395. Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares. El Fiscal Penal Militar solicitará al Juez Penal Militar de Control de Garantías, con el único objeto buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónicas o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse a solicitud del fiscal, hasta por otro tanto si, a juicio del Juez Penal Militar subsisten los motivos fundados que la originaron.

Artículo 396. Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes. Cuando el Fiscal Penal Militar, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, pueda inferir que el indiciado o el imputado ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante su navegación por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, solicitará al Juez Penal Militar de Control de Garantías la aprehensión del computador, computadores y servidores que pueda haber utilizado, disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.

En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.

La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados.

Artículo 397. Audiencia de control de legalidad posterior. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el Fiscal penal militar comparecerá ante el Juez Penal Militar de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

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.

El Juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

Artículo 398. Inimpugnabilidad de la decisión.

La decisión del Juez Penal Militar de Control de Garantías no será susceptible de impugnación por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en la audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas.

Artículo 399. Vigilancia y seguimiento de personas.

Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, en cumplimiento de su deber constitucional, el Fiscal Penal Militar que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo, por tiempo determinado, por parte de la Policía Judicial. Si en el lapso de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a solicitarse, si surgieren nuevos motivos.

En la ejecución de la vigilancia, se empleará cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares adonde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o de terceros.

En todo caso se surtirá la autorización del Juez Penal Militar de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte del Fiscal Penal Militar correspondiente.

Artículo 400. Vigilancia de cosas. El Fiscal Penal Militar que dirija la investigación, que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que un inmueble, nave, aeronave o cualquier otro vehículo o mueble se usa para almacenar, ocultar explosivos, armas, municiones, sustancias para producir explosivos y, en general, los instrumentos de comisión de un delito o los bienes y efectos provenientes de su ejecución, ordenará a la policía judicial vigilar esos lugares y esas cosas, con el fin de conseguir información útil para la investigación que se adelanta. Si en el lapso máximo de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio idóneo, siempre y cuando no se afecte la expectativa razonable de intimidad del indiciado, o de terceros.

En este último caso se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente sobre la vigilancia electrónica.

En todo caso se surtirá la autorización del Juez Penal Militar de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía Penal Militar.

Artículo 401. Análisis e infiltración de organización criminal.

Cuando el Fiscal Penal Militar tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

Artículo 402. Actuación de agentes encubiertos.

Cuando el Fiscal Penal Militar tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Fiscal General Penal Militar podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado y si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados. Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo anterior.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías dentro

de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Artículo 403. Entrega vigilada. El Fiscal Penal Militar que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para creer que el indiciado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del Fiscal General Penal Militar, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado. Así, sólo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado.

De la misma forma, el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional. Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del Juez Penal Militar de Control de Garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material.

Artículo 404. Búsqueda selectiva en bases de datos. La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del Juez Penal Militar de Control de Garantías y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

En estos casos, 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.

Artículo 405. Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al acusado. Cuando la policía judicial requiera 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, se requerirá orden expresa del juez penal militar de control de garantías.

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, deberá adelantarse 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.

Artículo 406. Inspección corporal. Cuando el Fiscal Penal Militar tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para creer que, en el cuerpo del indiciado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, previa autorización del juez penal militar de control de garantías, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.

Artículo 407. Registro personal. Salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal Penal Militar que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, previa autorización del juez penal militar de control de garantías, podrá ordenar el registro de esa persona.

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del indiciado deberá estar asistido por su defensor.

Artículo 408. Obtención de muestras que involucren al indiciado. Cuando a juicio del Fiscal Penal Militar resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez penal militar de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico:

a) Le pedirá al indiciado que escriba, con instrumento similar al utilizado en el documento cuestionado, textos similares a los que se dicen falsificados y que escriba la firma que se dice falsa. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

b) Le pedirá al indiciado que en la máquina que dice se elaboró el documento supuestamente falso o en que se alteró, o en otra similar, escriba texto como los contenidos en los mencionados documentos. Esto lo hará siguiendo las reglas sugeridas por los expertos del laboratorio de policía judicial;

c) Obtenidas las muestras y bajo rigurosa custodia, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes. Terminados estos, se devolverá con el informe pericial al funcionario que los ordenó.

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del indiciado.

Artículo 409. Procedimiento en caso de lesionados. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlas. De perseverar en su negativa se acudirá al juez penal militar de control de garantías quien determinará si la diligencia debe o no practicarse.

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.

CAPÍTULO III

Métodos de identificación

Artículo 410. Métodos. Para la identificación de personas se podrán utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, y que la criminalística establezca en sus manuales, tales como las características morfológicas de las huellas digitales, la carta dental y el perfil genético presente en el ADN, los cuales deberán cumplir con los requisitos que para la apreciación de la prueba pericial se establecen en este Código.

Igualmente, coadyugarán en esta finalidad otros exámenes de sangre o de semen; análisis

de composición de cabellos, vellos y pelos; caracterización de voz; comparación sistemática de escritura manual con los grafismos cuestionados en un documento, o características de redacción y estilo utilizado en el mismo; por el patrón de conducta delincencial registrado en archivos de policía judicial; o por el conjunto de huellas dejadas al caminar o correr, teniendo en cuenta la línea direccional, de los pasos y de cada pisada.

Artículo 411. Reconocimiento por medio de fotografías o videos. Cuando no exista un indiciado relacionado con el delito, o existiendo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas, o se negare a participar en él, la policía judicial, para proceder a la respectiva identificación, podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías, imágenes digitales o videos. Para realizar esta actuación se requiere la autorización previa del fiscal que dirige la investigación.

Este procedimiento se realizará exhibiendo al testigo un número no inferior a siete (7) imágenes de diferentes personas, incluida la del indiciado, si la hubiere. En este último evento, las imágenes deberán corresponder a personas que posean rasgos similares a los del indiciado.

En ningún momento podrá sugerirse o señalarse la imagen que deba ser seleccionada por el testigo, ni estar presente simultáneamente varios testigos durante el procedimiento de identificación.

Cuando se pretenda precisar la percepción del reconocedor con respecto a los rasgos físicos de un eventual indiciado, se le exhibirá el banco de imágenes, fotografías o videos de que disponga la policía judicial, para que realice la identificación respectiva.

Cualquiera que fuere el resultado del reconocimiento se dejará constancia resumida en acta a la que se anexarán las imágenes utilizadas, lo cual quedará sometido a cadena de custodia.

Este tipo de reconocimiento no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del indiciado. En este evento se requerirá la presencia del defensor del indiciado.

Artículo 412. Reconocimiento en fila de personas.

En los casos en que se impute la comisión de un delito a una persona cuyo nombre se ignore, fuere común a varias o resulte necesaria la verificación de su identidad, la policía judicial, previa autorización del fiscal que dirija la investigación, efectuará el reconocimiento en fila de personas, de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reconocimiento se efectuará mediante la conformación de una fila de personas, en número no inferior a siete (7), incluido el indiciado, al que se le advertirá el derecho que tiene de escoger el lugar dentro de la fila.

2. No podrá estar presente en una fila de personas más que un indiciado.

3. Las personas que formen parte de la fila deberán tener características morfológicas similares; estar vestidas de manera semejante y ofrecer modalidades análogas, cuando sea el caso por las circunstancias en que lo percibió quien hace el reconocimiento.

4. La policía judicial o cualquier otro interviniente, durante el reconocimiento, no podrá hacer señales o formular sugerencias para la identificación.

5. Tampoco podrá el testigo observar al indiciado, ni a los demás integrantes de la fila de personas, antes de que se inicie el procedimiento.

6. En caso de ser positiva la identificación, deberá expresarse, por parte del testigo, el número o posición de la persona que aparece en la fila y, además, manifestará si lo ha visto con anterioridad o con posterioridad a los hechos que se investigan, indicando en qué circunstancias.

7. De todo lo actuado se dejará registro mediante el empleo del medio técnico idóneo y se elaborará un acta que lo resuma, cualquiera que fuere su resultado.

Lo previsto en este artículo tendrá aplicación, en lo que corresponda, a los reconocimientos que tengan lugar después de formulada la acusación. En este evento se requerirá la presencia del defensor del acusado. De lo actuado se dejará constancia.

CAPÍTULO IV **Cadena de custodia**

Artículo 413. Aplicación. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente, se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente.

Parágrafo. El Fiscal General Penal Militar reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos.

Artículo 414. Responsabilidad. La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de los servidores públicos que entren en contacto con los elementos materiales probatorios y evidencia física.

Los particulares que por razón de su trabajo o por el cumplimiento de las funciones propias de su cargo, en especial el personal de los servicios de salud que entren en contacto con elementos materiales probatorios y evidencia física, son

responsables por su recolección, preservación y entrega a la autoridad correspondiente.

Artículo 415. Macroelementos materiales probatorios. Los objetos de gran tamaño, como naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares, después de ser examinados por peritos, para recoger elementos materiales probatorios y evidencia física que se hallen en ellos, se grabarán en videocinta o se fotografiarán su totalidad y, especialmente, se registrarán del mismo modo los sitios en donde se hallaron huellas, rastros, microrrastros o semejantes, marihuana, cocaína, armas, explosivos o similares que puedan ser objeto o producto de delito. Estas fotografías y videos sustituirán al elemento físico; serán utilizados en su lugar, durante la Corte Marcial oral y pública o en cualquier otro momento del procedimiento; y se embalarán, rotularán y conservarán en la forma prevista en el artículo anterior.

El Fiscal Penal Militar, en su defecto los funcionarios de policía judicial, deberán ordenar la destrucción de los materiales explosivos en el lugar del hallazgo, cuando las condiciones de seguridad lo permitan.

Artículo 416. Inicio de la cadena de custodia. El servidor público que, en actuación de indagación o investigación policial, hubiere embalado y rotulado el elemento material probatorio y evidencia física, lo custodiará.

Artículo 417. Traslado de contenedor. El funcionario de policía judicial o el servidor público que hubiere recogido, embalado y rotulado el elemento material probatorio y evidencia física, lo trasladará al laboratorio correspondiente, donde lo entregará en la oficina de correspondencia o la que haga sus veces, bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia.

Artículo 418. Traspaso de contenedor. El servidor público de la oficina de correspondencia o la que haga sus veces, sin pérdida de tiempo, bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia, entregará el contenedor al perito que corresponda según la especialidad.

Artículo 419. Actuación del perito. El perito que reciba el contenedor dejará constancia del estado en que se encuentra y procederá a las investigaciones y análisis del elemento material probatorio y evidencia física, a la mayor brevedad posible, de modo que su informe pericial pueda ser oportunamente remitido al fiscal correspondiente.

Artículo 420. Responsabilidad de cada custodio. Cada servidor público de los mencionados en los artículos anteriores, será responsable de la custodia del contenedor y del elemento material durante el tiempo que esté en su poder, de modo que no pueda ser destruido, suplantado, alterado o deteriorado.

Artículo 421. Remanentes. Los remanentes del elemento material analizado, serán guardados en el almacén que en el laboratorio está destinado para ese fin. Al almacenarlo será previamente identificado de tal forma que, en cualquier otro momento, pueda ser recuperado para nuevas investigaciones o análisis o para su destrucción, cuando así lo disponga la autoridad judicial competente.

Cuando se tratare de otra clase de elementos como moneda, documentos manuscritos, mecanografiados o de cualquier otra clase; o partes donde constan números seriales y otras semejantes, elaborado el informe pericial, continuarán bajo custodia.

Artículo 422. Examen previo al recibo. Toda persona que deba recibir un elemento material probatorio y evidencia física, antes de hacerlo, revisará el recipiente que lo contiene y dejará constancia del estado en que se encuentre.

Artículo 423. Identificación. Toda persona que aparezca como embalador y rotulador, o que entrega o recibe el contenedor de elemento material probatorio y evidencia física, deberá identificarse con su nombre completo y apellidos, el número de su cédula de ciudadanía y el cargo que desempeña. Así constará en el formato de cadena de custodia.

Artículo 424. Certificación. La policía judicial y los peritos certificarán la cadena de custodia.

La certificación es la afirmación de que el elemento hallado en el lugar, fecha y hora indicados en el rótulo, es el que fue recogido por la policía judicial y que ha llegado al laboratorio y ha sido examinado por el perito o peritos. Además, que en todo momento ha estado custodiado.

Artículo 425. Destino de macroelementos. Salvo lo previsto en este Código en relación con las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso, los macroelementos materiales probatorios, mencionados en este capítulo, después de que sean examinados, fotografiados, grabados o filmados, serán devueltos al propietario, poseedor o al tenedor legítimo según el caso, previa demostración de la calidad invocada, siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito.

CAPÍTULO V

Facultades de la defensa en la investigación

Artículo 426. Facultades del indiciado. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al juez penal militar de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

Artículo 427. Contenido de la solicitud. La solicitud deberá contener en forma separada, con claridad y precisión, las preguntas que en relación con el elemento material probatorio y evidencia física entregada, se requiere que responda el perito o peritos, previa la investigación y análisis que corresponda.

Artículo 428. Actuación del perito. Recibida la solicitud y los elementos mencionados en los

artículos anteriores, el perito los examinará. Si encontrare que el contenedor tiene señales de haber sido o intentado ser abierto, o que la solicitud no reúne las mencionadas condiciones lo devolverá al solicitante. Lo mismo hará en caso de que encontrare alterado el elemento por examinar. Si todo lo hallare aceptable, procederá a la investigación y análisis que corresponda y a la elaboración del informe pericial.

El informe pericial se entregará bajo recibo al solicitante y se conservará un ejemplar de aquel y de este en el Instituto.

Artículo 429. Facultad de entrevistar. El indiciado o su defensor podrán entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa. En esta entrevista se emplearán las técnicas aconsejadas por la criminalística.

La entrevista se podrá recoger y conservar por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo.

Artículo 430. Obtención de declaración jurada. El indiciado o su defensor podrán solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que le reciba declaración jurada a la persona, cuya exposición pueda resultar de especial utilidad para la investigación. Esta podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo.

Artículo 431. Criterios de valoración. La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.

Artículo 432. Solicitud de prueba anticipada. El indiciado o su defensor podrán solicitar al juez penal militar de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al Fiscal Penal Militar correspondiente para garantizar el contradictorio.

Se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia.

TÍTULO IX MEDIOS COGNOSCITIVOS EN LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN CAPÍTULO ÚNICO

Elementos materiales probatorios, evidencia física e información

Artículo 433. Elementos materiales probatorios y evidencia física. Para efectos de este Código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

- Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;
- Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;

c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;

d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;

e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;

f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;

g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, Internet, correo electrónico, telegrama, radiogramas, poligramas, señales, télex, telefax o similar, regulados por la ley;

h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Director de la Fiscalía Penal Militar, o por el Fiscal Penal Militar directamente, o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

Artículo 434. Legalidad. La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.

Artículo 435. Autenticidad. Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia.

La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.

Artículo 436. Identificación técnico - científica. La identificación técnico científica consiste en la determinación de la naturaleza y características del elemento material probatorio y evidencia física, hecha por expertos en ciencia, técnica o arte. Dicha determinación se expondrá en el informe pericial.

Artículo 437. Elemento material probatorio y evidencia física recogidos por agente encubierto o por agente infiltrado. El elemento material probatorio y evidencia física, recogidos por agente encubierto o agente infiltrado, en desarrollo de operación legalmente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.

Artículo 438. Elemento material probatorio y evidencia física recogidos en desarrollo de entrega vigilada. El elemento material probatorio

y evidencia física, recogidos por servidor público judicial colombiano, en desarrollo de la técnica de entrega vigilada, debidamente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.

Artículo 439. Elemento material probatorio y evidencia física remitidos del extranjero. El elemento material probatorio y evidencia física remitidos por autoridad extranjera, en desarrollo de petición de autoridad penal colombiana, basada en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial penal recíproca, será sometido a cadena de custodia y tendrá el mismo valor que se le otorga a cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.

Artículo 440. Interrogatorio a indiciado. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.

Artículo 441. Aceptación por el indiciado. La aceptación por el indiciado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga.

Artículo 442 . Prueba anticipada. Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de Corte Marcial se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que sea practicada ante el juez penal militar de control de garantías.
2. Que sea solicitada por el Fiscal Penal Militar, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos que ejerza funciones de policía judicial de conformidad con lo previsto en el artículo 112 de la Ley 906 de 2004.
3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Parágrafo 1°. Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al juez de conocimiento.

Parágrafo 2°. Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro juez penal militar de control de

garantías para que este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.

Parágrafo 3°. En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral.

Artículo 443. Conservación de la prueba anticipada. Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con medidas dispuestas por el juez penal militar de control de garantías.

TÍTULO X

FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

CAPÍTULO ÚNICO

Disposiciones generales

Artículo 444. Concepto. La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General Penal Militar comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez penal militar de control de garantías.

Artículo 445. Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este Código, el fiscal podrá solicitar ante el juez penal militar de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

Artículo 446. Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el 496 de este Código.

Artículo 447. Formalidades. La formulación de la imputación se cumplirá con la presencia del imputado o su defensor, ya sea de confianza o, a falta de este, el que fuere designado por la Defensoría Técnica Militar.

Artículo 448. Derecho de defensa. Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este Código.

Artículo 449. Contumacia. 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.

Artículo 450. Interrupción de la prescripción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 76. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez años. Para el delito de Deserción la acción penal será de un (1) año.

Artículo 451. Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Artículo 452. Vencimiento del término. Vencidos los términos previstos en el inciso 1° del artículo 338, el Fiscal Penal Militar y Policial Delegado deberá solicitar la preclusión, o formular la acusación ante el Juez Penal Militar y Policial de Garantías. De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando, de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.

En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de treinta (30) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición, el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al juez de conocimiento.

El vencimiento de los términos señalados será causal de mala conducta. El superior dará aviso inmediato a la autoridad penal y disciplinaria competente.

(Modificado parcialmente por el Artículo 103 de la Ley 1765 de 2015).

TÍTULO XI

RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN

CAPÍTULO I

Disposiciones comunes

Artículo 453. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del indiciado tienen carácter excepcional

y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Artículo 454. Finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del indiciado o acusado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

CAPÍTULO II

Captura

Artículo 455. Requisitos generales. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por el juez penal militar de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley.

El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez penal militar de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.

Capturada la persona será puesta a disposición de un juez penal militar de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

Artículo 456. Contenido y vigencia. El mandamiento escrito expedido por el juez correspondiente indicará de forma clara y sucinta los motivos de la captura, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado, cuya captura se ordena, el número de radicación de la investigación adelantada por la policía judicial y el fiscal que dirige la investigación. Copia de la orden de captura reposará en el despacho del juez que la ordenó.

La orden de captura tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse tantas veces como resulte necesario, a petición del fiscal correspondiente, quien estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de policía judicial encargado de hacerla efectiva.

Parágrafo. La persona capturada durante la etapa de juzgamiento será puesta a disposición de un juez penal militar de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

Artículo 457. Trámite de la orden de captura. Proferida la orden de captura, el funcionario judicial la enviará inmediatamente a la Fiscalía Penal Militar para que disponga el organismo de policía judicial encargado de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto. De igual

forma deberá comunicarse cuando por cualquier motivo pierda su vigencia, para descargarla de los archivos de cada organismo, indicando el motivo de tal determinación.

Artículo 458. Captura sin orden judicial. Solo en los casos de flagrancia podrá la Fiscalía Penal Militar capturar a los miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 459. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.
2. 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.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

Artículo 460. Procedimiento en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá capturar al miembro de la Fuerza Pública que sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía Penal Militar.

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad militar o de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía Penal Militar.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía Penal Militar, con fundamento en el informe recibido de la autoridad militar, policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez penal militar de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

Artículo 461. Derechos del capturado. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:

1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.
2. Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión.

El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.

3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema de defensoría penal militar proveerá su defensa.

Artículo 462. Formalización de la reclusión.

Cuando el capturado deba ser recluso, el funcionario judicial a cuyas órdenes se encuentre lo remitirá inmediatamente a la autoridad del establecimiento de reclusión pertinente, para que se le mantenga privado de la libertad. La remisión expresará el motivo y la fecha de la captura. En caso de que el capturado haya sido conducido a un establecimiento carcelario sin la orden correspondiente, el director la solicitará al funcionario que ordenó su captura. Si transcurridas treinta y seis (36) horas desde el ingreso del aprehendido no se ha satisfecho este requisito, será puesto inmediatamente en libertad.

Artículo 463. Registro de personas capturadas y detenidas.

Los organismos con atribuciones de policía judicial llevarán un registro actualizado de las capturas de todo tipo que realicen, con los siguientes datos: identificación del capturado, lugar, fecha y hora en la que se llevó a cabo su captura, razones que la motivaron, funcionario que realizó o formalizó la captura y la autoridad ante la cual fue puesto a disposición. Para tal efecto, cada entidad deberá remitir el registro previsto en el inciso anterior a la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar y Fiscalía Penal Militar, para que la dependencia a su cargo consolide y actualice dicho registro con la información sobre las capturas realizadas por cada organismo.

CAPÍTULO III

Medidas de aseguramiento

Artículo 464. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

El fiscal solicitará al juez penal militar de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

Artículo 465. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

a) Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión militar o policial.

b) No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.

2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.

3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.

4. La obligación de observar buena conducta individual, militar o policial, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.

5. La prohibición de salir del país o del ámbito territorial que fije el juez.

6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.

8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o acusado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.

Artículo 466. Requisitos. El juez penal militar de control de garantías, a petición del Fiscal Penal Militar, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

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.

Artículo 467. Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo anterior, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad.

2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años.

3. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

Artículo 468. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de dos (2) años, satisfechos los requisitos sustanciales y de necesidad de la medida, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas, siempre y cuando sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.

Artículo 469. Incumplimiento. Si el imputado o acusado incumpliere alguna de las obligaciones impuestas, inherentes a la medida de aseguramiento no privativa de la libertad a que estuviere sometido, a petición de la fiscalía penal militar o del Ministerio Público, el juez penal militar de control de garantías podrá ordenar su reclusión en establecimiento carcelario.

Artículo 470. Causales de libertad. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato, garantizada mediante caución, y solo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya absuelto al acusado.

2. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento.

3. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de privación de libertad no se hubiere presentado el escrito de acusación.

4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.

Artículo 471. Solicitud de revocatoria. Cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento ante el juez penal militar de control de garantías que corresponda, presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos previstos en este Código.

Artículo 472. De la caución. Fijada por el juez una caución, el obligado con la misma, si carece de recursos suficientes para prestarla, deberá demostrar suficientemente esa incapacidad así como la cuantía que podría atender dentro del plazo que se le señale.

En el evento en que se demuestre la incapacidad del imputado para prestar caución prendaria, esta podrá ser sustituida por cualquiera de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, previstas en este Código, de acuerdo con los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Esta decisión no admite recurso.

Artículo 473. Informe sobre medidas de aseguramiento. El juez que profiera, modifique o revoque una medida de aseguramiento deberá informarlo a los organismos de seguridad del Estado, Comando de Fuerza o Dirección General de la Policía Nacional, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la decisión.

TÍTULO XII

DE LA PRECLUSIÓN

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 474. Preclusión. En cualquier momento, el Fiscal Penal Militar solicitará al juez penal militar de conocimiento, la preclusión, si no existiere mérito para acusar.

Artículo 475. Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal Militar.

3. Inexistencia del hecho investigado.

4. Atipicidad del hecho investigado.

5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.

6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 452 de este Código.

Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el Fiscal Penal Militar, el Ministerio Público o la defensa podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Artículo 476. Trámite. Previa solicitud del Fiscal Militar, el juez citará a audiencia, dentro de los cinco (5) días siguientes, en las que se estudiará la petición de preclusión.

Instalada la audiencia, se concederá el uso de la palabra al fiscal para que exponga su solicitud con indicación de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación, y fundamentación de la causal incoada.

Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal.

En ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas.

Agotado el debate, el juez podrá decretar un receso hasta por una (1) hora para preparar la decisión que motivará oralmente.

Artículo 477. Efectos de la decisión de preclusión.

En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.

Artículo 478. Rechazo de la solicitud de preclusión.

En firme el auto que rechaza la preclusión las diligencias volverán a la Fiscalía, restituyéndose el término que duró el trámite de la preclusión.

El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio.

TÍTULO XIII

EL JUICIO

CAPÍTULO I

De la acusación

Requisitos formales

Artículo 479. Presentación de la acusación.

El Fiscal Penal Militar y Policial Delegado presentará el escrito de acusación ante el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

(Artículo modificado por el artículo 104 de la Ley 1765 de 2015).

Artículo 480. Contenido de la acusación y documentos anexos. El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quienes 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 la Defensoría Técnica Militar.
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

a) Los hechos que no requieran prueba;

b) La transcripción 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) La indicación 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;

g) Las declaraciones o deposiciones.

La Fiscalía Penal Militar solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas.

CAPÍTULO II

Audiencia de formulación de acusación

Artículo 481. Citación. Presentado por el Fiscal Penal Militar y Policial Delegado el escrito de acusación, el Juez Penal Militar y Policial de Garantías dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del mismo, señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación.

La Fiscalía Penal Militar y Policial entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al defensor, al Ministerio Público y a las víctimas.

(Artículo modificado por el artículo 105 de la Ley 1765 de 2015.)

Artículo 482. Trámite. Abierta por el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías la audiencia de acusación, ordenará el traslado del escrito de acusación a las partes y concederá la palabra en su orden a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la Defensa, para que expresen oralmente las causales de nulidad si las hubiere y efectúen las observaciones sobre el escrito de acusación, tanto de orden formal como material.

Finalizada la audiencia de formulación de acusación, 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 esta ley, decisión contra la cual procede el recurso de apelación.

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.

(Artículo modificado por el artículo 106 de la Ley 1765 de 2015.)

Artículo 483. La víctima. En esta audiencia se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 294 de este Código, se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya. De existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral.

Artículo 483A. Audiencia preliminar al juicio de corte marcial. 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, dentro de la cual resolverá las solicitudes de impedimentos, recusaciones, impugnación de competencia, medidas de protección, descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión y fijará fecha y hora para la audiencia preparatoria. A partir de este momento se entenderá iniciada la etapa de juicio.

(Artículo adicionado por el artículo 107 de la Ley 1765 de 2015.)

Artículo 484. Trámite de impedimentos, recusaciones e impugnación de competencia. De los impedimentos, recusaciones, o impugnaciones de competencia conocerá el Tribunal Superior Militar, quien deberá resolver de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo actuado.

En el evento de prosperar el impedimento, la recusación o la impugnación de competencia, designará el reemplazo del funcionario y le remitirá la actuación para que siga conociendo. Esta decisión no admite recurso alguno.

Artículo 485. Medidas de protección. Una vez formulada la acusación el juez podrá, a solicitud de la Fiscalía Penal Militar, cuando se considere necesario para la protección integral de las víctimas o testigos, ordenar:

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.

Artículo 486. Fecha de la audiencia preparatoria. Agotados los trámites de la audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial, el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o Conocimiento Especializado, fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a treinta (30) días siguientes a su señalamiento.

(Artículo adicionado por el artículo 108 de la Ley 1765 de 2015.)

CAPÍTULO III

Descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física

Artículo 487. Inicio del descubrimiento. Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía Penal Militar, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que

tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía Penal Militar, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer uso en el juicio. Así mismo, 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.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

Artículo 488. Restricciones al descubrimiento de prueba. Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:

1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.
2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.
3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía Penal Militar o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.
4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.
5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.

Parágrafo. En los casos contemplados en los numerales 4 y 5 del presente artículo, se procederá como se indica en el inciso 2º artículo 524 relativo a la obligación de rendir testimonio, pero a las partes se les impondrá reserva sobre lo escuchado y discutido.

Artículo 489. Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. 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.

Artículo 490. Procedimiento para exposiciones. Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir, declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

La Fiscalía Penal Militar podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del Fiscal Penal Militar que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes.

TÍTULO XIV

PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA PENAL MILITAR Y EL ACUSADO

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 491. Finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía Penal Militar y el acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

Artículo 491A. Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal penal militar y policial delegado lo presentará ante el juez penal militar y policial de conocimiento o de conocimiento especializado como escrito de acusación.

El fiscal penal militar y policial delegado y el imputado, a través de su defensor podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal penal militar y policial delegado:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

(Artículo adicionado por el artículo 109 de la Ley 1765 de 2015.)

Artículo 492. Preacuerdos posteriores a la presentación del escrito de acusación. Presentado el escrito de acusación y hasta el inicio de la audiencia de acusación, el Fiscal Penal Militar y el acusado podrán realizar preacuerdos en los siguientes términos:

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.

Artículo 493. Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

También podrán el fiscal penal militar y policial delegado y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

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.

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.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal penal militar y policial delegado e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

Parágrafo. Cuando el acusado, previo acuerdo con la Fiscalía colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer.

El mismo beneficio será concedido cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes.

(Artículo modificado por el artículo 110 de la Ley 1765 de 2015.)

Artículo 494. Aceptación total o parcial de los cargos. El acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad solo serán extensivos para efectos de lo aceptado.

Artículo 495. Preacuerdos posteriores a la audiencia de acusación. Posterior a la audiencia de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá hasta en una tercera parte.

Artículo 496. Reglas comunes. Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalcerá lo que decida el acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia.

Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la Fiscalía y el acusado podrán hacer las manifestaciones que crean conveniente, de acuerdo con lo regulado en este Código.

TÍTULO XV

AUDIENCIA PREPARATORIA A LA CORTE

MARCIAL

CAPÍTULO I

Trámite

Artículo 497. Instalación de la audiencia. El juez penal militar declarará abierta la audiencia con la presencia del fiscal, el defensor, el acusado, el Ministerio Público y la representación de las víctimas, si la hubiere.

Para la validez de esta audiencia será indispensable la presencia del juez, fiscal y defensor.

Artículo 498. Desarrollo de la audiencia preparatoria. En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios.
2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.
3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien a totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.
4. Que las partes manifiesten 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.
5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme a lo previsto en el artículo 493. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.

Parágrafo. Se entienden por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como

probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

Artículo 499. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia 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.

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 previstas en este Código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el juez penal militar considera que se hace necesaria la práctica de otras pruebas no pedidas por estas que pudieren tener esencial influencia para el resultado del juicio, ordenará su práctica.

Si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por las partes y que pudiere incidir en los resultados del juicio, solicitará su práctica ante el juez penal militar.

Artículo 500. Exhibición de los elementos materiales de prueba. A solicitud de las partes, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser reconocidos y estudiados.

Artículo 501. Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba. Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez penal militar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Igualmente, inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que hayan tenido la Fiscalía Penal Militar con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas o suspensiones condicionales a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

Cuando el juez penal militar excluya, rechace o inadmita una prueba, deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios.

Artículo 502. Prueba ilegal. El juez penal militar excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este Código.

Artículo 503. Decisión sobre el orden de la presentación de la prueba. El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía.

CAPÍTULO II

Conclusión de la audiencia preparatoria

Artículo 504. Suspensión . La audiencia preparatoria a la Corte Marcial, además de lo previsto en este Código, según proceda, solamente podrá suspenderse:

1. Por el trámite de la apelación de las decisiones relativas a las pruebas, la audiencia se suspenderá hasta tanto el superior jerárquico profiera la decisión.

2. Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditadas, siempre que no puedan remediarse sin suspender la audiencia.

Artículo 505. Reanudación de la audiencia. El juez penal militar señalará día, hora y lugar para la reanudación de la audiencia suspendida en los casos del artículo anterior.

El juez podrá decretar recesos, máximo por tres (3) horas, cuando sean indispensables para el buen entendimiento de la audiencia.

Artículo 506. Fijación de la fecha de inicio del juicio oral. Concluida la audiencia preparatoria, el juez fijará fecha y hora y lugar para el inicio de la Corte Marcial que deberá realizarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia preparatoria.

TÍTULO XVI

JUICIO CORTE MARCIAL

CAPÍTULO I

Instalación

Artículo 507. Inicio del juicio oral. El día y hora señalados en la audiencia preparatoria, el juez penal militar instalará la Corte Marcial, previa designación del secretario quien verificará la presencia de las partes. Durante el transcurso del juicio, el juez hará guardar el orden, velará por que las personas mantengan silencio, si no tienen la palabra, y porque observen el decoro y respeto que amerita la actuación judicial. Igualmente, resolverá la procedencia e improcedencia de las interpellaciones que se hagan en el desarrollo de la Corte y concederá turnos breves para las intervenciones de las partes con el fin de que se refieran al orden de la audiencia. El juez podrá ordenar el retiro del público asistente que perturbe el desarrollo de la audiencia.

Artículo 508. Alegación inicial. Una vez instalada la Corte Marcial, el juez penal militar advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.

De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.

Si el acusado no hiciera manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual

consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso.

Artículo 509. Condiciones de validez . 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.

Artículo 510. Manifestaciones de culpabilidad preacordadas. Si se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la acusación en los términos previstos en este Código, la Fiscalía Penal Militar deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere.

Si la manifestación fuere aceptada por el juez, se incorporará en la sentencia. Si la rechazare, adelantará el juicio como si hubiese habido una manifestación inicial de inocencia. En este caso, no podrá mencionarse ni será objeto de prueba en el juicio el contenido de las conversaciones entre el fiscal y el defensor, tendientes a las manifestaciones preacordadas. Esta información tampoco podrá ser utilizada en ningún tipo de proceso judicial en contra del acusado.

Artículo 511. Decisión del juez penal militar. Si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía y dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 588 de este Código.

CAPÍTULO II

Presentación del caso

Artículo 512. Declaración inicial. Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía Penal Militar deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio.

Al proceder a la práctica de las pruebas se observará el orden señalado en audiencia preparatoria y las reglas previstas en el capítulo siguiente de este Código.

CAPÍTULO III

Práctica de la prueba

PARTE I

Disposiciones generales

Artículo 513. Fines. Las pruebas tienen como fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

Artículo 514. Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios

establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos.

Artículo 515. Oportunidad de pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 499 y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.

Artículo 516. Pertinencia. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

Artículo 517. Admisibilidad. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

- a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto;
- c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento, y
- d) Exhiba escaso valor probatorio.

Artículo 518. Publicidad. Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este Código.

Artículo 519. Contradicción. Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.

Artículo 520. Inmediación. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.

Para la práctica de pruebas en la audiencia de Corte Marcial, estas pueden llevarse a cabo desde lugares diferentes al del juez de conocimiento, a través de medios de comunicación virtual, siempre y cuando se controle materialmente su desarrollo en el lugar de su evacuación por el servidor público que designe el juez de conocimiento. De ello se dejará constancia expresa en el acta de la diligencia.

Artículo 521. Criterios de valoración. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo.

Artículo 522. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la

responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Artículo 523. Medios de conocimiento. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

PARTE II

Reglas generales para la prueba testimonial

Artículo 524. Obligación de rendir testimonio. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

El juez penal militar, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 309 de este Código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público.

Artículo 525. Medidas especiales para asegurar la comparecencia de testigos. Si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez penal militar expedirá a la Policía Nacional o cualquier otra autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia. Su renuencia a declarar se castigará con arresto hasta por veinticuatro (24) horas, al cabo de las cuales, si persiste su negativa, se le procesará.

Las autoridades indicadas están obligadas a auxiliar oportuna y diligentemente al juez para garantizar la comparecencia obligatoria de los testigos, so pena de falta grave.

Parágrafo. Cuando se trate de civiles, el Fiscal Penal Militar o Juez Penal Militar deberá compulsar copias, según sea el caso, al órgano competente para que investigue la conducta.

Artículo 526. Excepciones constitucionales. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.

Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:

- a) Abogado con su cliente;
- b) Médico con paciente;

- c) *Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente;*
- d) *Trabajador social con el entrevistado;*
- e) *Clérigo con el feligrés;*
- f) *Contador público con el cliente;*
- g) *Periodista con su fuente;*
- h) *Investigador con el informante.*

Artículo 527. Impedimento del testigo para concurrir. *Si el testigo estuviere físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audiovideo u otro sistema de reproducción a distancia, esta se realizará en el lugar en que se encuentre, pero siempre en presencia del juez y de las partes que harán el interrogatorio.*

El testigo que no permaneciere en el lugar antes mencionado, injustificadamente, incurrirá en arresto hasta por quince (15) días, previo trámite sumario y oral, o en multa entre diez (10) y cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. *Cuando se trate de civiles, el Fiscal Penal Militar o Juez Penal Militar deberán compulsar copias, según sea el caso, al órgano competente para que investigue la conducta.*

Artículo 528. Testimonios especiales. *Cuando se requiera el testimonio del Presidente de la República, del Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, los Jueces de la República y los Oficiales Generales y de Insignia de la Fuerza Pública en servicio activo se informará previamente al declarante sobre la fecha y hora, para que permanezca en su despacho, a donde se trasladarán el juez, las partes y el personal de secretaría necesario para la práctica del medio de prueba. Se observarán en ello las reglas previstas en este capítulo.*

Artículo 529. Testimonio de agente diplomático. *Cuando se requiera testimonio de un ministro o agente diplomático de nación extranjera acreditado en Colombia o de una persona de su comitiva o familia se le remitirá al embajador o agente respectivo, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, nota suplicatoria para que si lo tiene a bien concurra a declarar o permita que la persona solicitada lo haga, o acceda a rendirlo en sus dependencias.*

Artículo 530. Amonestación previa a la promesa o Juramento. *Toda autoridad a quien corresponda tomar promesa o juramento, amonestará previamente a quien deba prestarlo, acerca de la importancia legal y moral y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones. Acto seguido se tomará el juramento o promesa por medio del cual se compromete a decir toda la verdad de lo que conoce, previa la siguiente formalidad:*

Para los oficiales testigos, promete usted, por su honor militar (o policial) decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir para otros testigos a sabiendas de la responsabilidad que asume con

el juramento, jura decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir.

Para los defensores: A sabiendas de la responsabilidad que asume con el juramento (o promesa) jura o (promete) cumplir bien y fielmente con los deberes de su cargo.

Para los peritos e intérpretes se les apremiará con promesa o juramento según el caso, y de acuerdo con la responsabilidad que se tiene en razón a la función que cumplen.

Artículo 531. Examen de los testigos. *Los testigos serán interrogados uno después del otro, en el orden establecido por la parte que los haya solicitado. Primero serán interrogados los testigos de la acusación y luego los de la defensa. Antes de iniciar el interrogatorio a un testigo, el juez le informará de los derechos previstos en la Constitución y la ley, y le exigirá el juramento en la forma señalada en el artículo anterior. Después pedirá que se identifique con sus nombres y apellidos y demás generales de ley.*

Artículo 532. Interrogatorio cruzado del testigo. *Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.*

En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo.

Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo.

Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio.

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 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.

Artículo 534. Reglas sobre el conainterrogatorio. El conainterrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

a) La finalidad del conainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado;

b) Para conainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.

El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que este determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores.

Artículo 535. Acusado o coacusado como testigo. Si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este Código.

Artículo 536. Oposiciones durante el Interrogatorio. La parte que no está interrogando o el Ministerio Público podrá oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole alguna de las reglas anteriores o incurra en alguna de las prohibiciones. El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada.

Artículo 537. Examen separado de testigos. Los testigos serán interrogados separadamente, de tal manera que no puedan escuchar las declaraciones de quienes les preceden.

Se exceptúa de lo anterior, además de la víctima y el acusado cuando deciden declarar, aquellos testigos o peritos que debido al rol desempeñado en la preparación de la investigación se requiera de su presencia ininterrumpida en la sala de audiencias, bien sea apoyando a la Fiscalía o a la defensa.

Artículo 538. Interrogatorio por el juez penal militar. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o conainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

Artículo 539. Testigo privado de libertad. La persona privada de libertad, que fuere citada como testigo a la audiencia del juicio oral y público, será trasladada con la debida antelación y las medidas de seguridad y protección al lugar del juicio. Terminado el interrogatorio y conainterrogatorio, será devuelto en la forma antes indicada, sin dilación alguna, al sitio de reclusión.

Artículo 540. Testimonio de policía judicial. El servidor público de policía judicial podrá ser citado al juicio oral y público a rendir testimonio con relación al caso. El juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar.

Artículo 541. Testigo sordomudo. Cuando el testigo fuere sordomudo, el juez nombrará intérprete oficial. Si no lo hubiere, el nombramiento recaerá en persona reputada como conocedora del mencionado sistema. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él.

El testigo y el intérprete prestarán juramento.

Artículo 542. Testigo de lengua extranjera. Cuando el testigo de lengua extranjera no comprendiere el idioma castellano, el juez nombrará traductor oficial. Si no lo hubiere, el nombramiento recaerá en persona reputada como idónea para hacer la traducción. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él.

El testigo y el traductor prestarán juramento.

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.

Artículo 544. Impugnación de la credibilidad del testigo. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:

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 aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez penal militar de control de garantías.
5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
6. Contradicciones en el contenido de la declaración.

Artículo 545. Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez penal militar tendrá en cuenta los principios técnico - científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el

contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

PARTE III Prueba pericial

Artículo 546. Procedencia. La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.

Artículo 547. Prestación del servicio de peritos. El servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate.

Las investigaciones o los análisis se realizarán por el perito o los peritos, según el caso. El informe será firmado por quienes hubieren intervenido en la parte que les corresponda.

Todos los peritos deberán rendir su dictamen bajo la gravedad del juramento.

Artículo 548. Número de peritos. A menos que se trate de prueba impertinente, irrelevante o superflua, el juez no podrá limitar el número de testigos expertos o peritos que sean llamados a declarar en la audiencia pública por las partes.

Artículo 549. Quiénes pueden ser peritos. Podrán ser peritos, los siguientes:

1. Las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte.
2. En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque se carezca de título.

A los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito.

Artículo 550. Quiénes no pueden ser nombrados. No pueden ser nombrados, en ningún caso:

1. Los menores de dieciocho (18) años, los interdictos y los enfermos mentales.
2. Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la respectiva ciencia, técnica o arte, mientras dure la suspensión.
3. Los que hayan sido condenados por algún delito, a menos que se encuentren rehabilitados.

Artículo 551. Obligatoriedad del cargo del perito. El nombramiento de perito, tratándose de servidor público, es de forzosa aceptación y ejercicio. Para el particular solo lo será ante falta absoluta de aquellos.

El nombrado sólo podrá excusarse por enfermedad que lo imposibilite para ejercerlo, por carencia de medios adecuados para cumplir el encargo, o por grave perjuicio a sus intereses.

El perito que injustificadamente, se negare a cumplir con su deber será sancionado con multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalente en moneda legal colombiana.

Artículo 552. Impedimentos y recusaciones. Respecto de los peritos serán aplicables las mismas causales de impedimento y recusación señaladas para el juez. El perito cuyo impedimento o recusación haya sido aceptada, será excluido por el juez, en la audiencia preparatoria o, excepcionalmente, en la audiencia del juicio oral y público.

Artículo 553. Comparecencia de los peritos a la audiencia. Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia.

Artículo 554. Presentación de informes. Las partes podrán presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público, acompañando certificación que acredite la idoneidad del perito.

Artículo 555. Admisibilidad del informe y citación del perito. Si el juez admite el informe presentado por la parte, en la audiencia preparatoria del juicio oral y público, inmediatamente ordenará citar al perito o peritos que lo suscriben, para que concurran a la audiencia con el fin de ser interrogados y contrainterrogados.

Artículo 556. Base de la opinión pericial. Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este Código sobre el descubrimiento de la prueba.

En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.

Artículo 557. Acceso a los elementos materiales. Los peritos, tanto los que hayan rendido informe, como los que solo serán interrogados y contrainterrogados en la audiencia del juicio oral y público, tendrán acceso a los elementos materiales probatorios y evidencia física a que se refiere el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio.

Artículo 558. Instrucciones para interrogar al perito. El perito deberá ser interrogado en relación con los siguientes aspectos:

1. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto.
2. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto.

3. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables.

4. Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación.

5. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.

6. Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza.

7. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio, y

8. Sobre temas similares a los anteriores.

El perito responderá de forma clara y precisa las preguntas que le formulen las partes.

El perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta.

Artículo 559. Instrucciones para concontrainterrogar al perito. El concontrainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones:

1. La finalidad del concontrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado.

2. En el concontrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia.

Artículo 560. Perito impedido para concurrir. Si el perito estuviera físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audiovideo u otro sistema de reproducción a distancia, esta se cumplirá en el lugar en que se encuentre, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo.

Artículo 561. Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

Artículo 562. Limitación a las opiniones del perito sobre insanidad mental. Las declaraciones de los peritos no podrán referirse a la inimputabilidad del acusado. En consecuencia, no se admitirán preguntas para establecer si, a su juicio, el acusado es imputable o inimputable.

Artículo 563. Admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel. Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:

1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.

2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.

3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.

4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

Artículo 564. Presentación de la evidencia demostrativa. Será admisible la presentación de evidencias demostrativas siempre que resulten pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio del experto.

PARTE IV **Prueba documental**

Artículo 565. Para los efectos de este Código se entienden por documentos, los siguientes:

1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.

2. Las grabaciones magnetofónicas.

3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones.

4. Grabaciones fonópticas o videos.

5. Películas cinematográficas.

6. Grabaciones computacionales.

7. Mensajes de datos.

8. El télex, telefax y similares.

9. Fotografías.

10. Radiografías.

11. Ecografías.

12. Tomografías.

13. Electroencefalogramas.

14. Electrocardiogramas.

15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores.

Artículo 566. Documento auténtico. Salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. También lo serán la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notarial o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las etiquetas comerciales, y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad.

Artículo 567. Métodos de autenticación e identificación. La autenticidad e identificación del documento se probará por métodos como los siguientes:

1. Reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.
2. Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce.
3. Mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas.
4. Mediante informe de experto en la respectiva disciplina sugerida en el artículo 565.

Artículo 568. Documentos procedentes del extranjero. Los documentos remitidos por autoridad extranjera, en cumplimiento de petición de autoridad penal colombiana, basada en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial recíproca, son auténticos, a menos que se demuestre lo contrario.

Artículo 569. Traducción de documentos. El documento manuscrito, mecanografiado, impreso o producido en idioma distinto del castellano, será traducido por orden del juez y por traductores oficiales. El texto original y el de la traducción constituirán el medio de prueba.

Artículo 570. Presentación de documentos. El documento podrá presentarse en original, o en copia autenticada, cuando lo primero no fuese posible o causare grave perjuicio a su poseedor.

Artículo 571. Documentos anónimos. Los documentos, cuya autenticación o identificación no sea posible establecer por alguno de los procedimientos previstos en este capítulo, se considerarán anónimos y no podrán admitirse como medio probatorio.

Artículo 572. Empleo de los documentos en el juicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que todos los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido.

Los demás documentos serán exhibidos y proyectados por cualquier medio, para que sean conocidos por los intervinientes mencionados. Cuando se requiera, el experto respectivo lo explicará. Este podrá ser interrogado y conainterrogado como un perito.

Artículo 573. Apreciación de la prueba documental. El juez apreciará el documento teniendo en cuenta los, siguientes criterios:

1. Que no haya sido alterado en su forma ni en su contenido.
2. Que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad, que constituye su contenido.
3. Que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre.

Artículo 574 Criterio general. Cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible, conforme con lo previsto en el capítulo anterior deberá

presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido.

Artículo 575. Excepciones a la regla de la mejor evidencia. Se exceptúa de lo anterior los documentos públicos, o los duplicados auténticos, o aquellos cuyo original se hubiere extraviado o que se encuentran en poder de uno de los intervinientes, o se trata de documentos voluminosos y sólo se requiere una parte o fracción del mismo, o, finalmente, se estipule la innecesidad de la presentación del original.

Parágrafo. Lo anterior no es óbice para que resulte indispensable la presentación del original del documento, cuando se requiera para la realización de estudios técnicos tales como los de grafología y documentología, o forme parte de la cadena de custodia.

PARTE V

Reglas relativas a la inspección

Artículo 576. Procedencia. El juez, excepcionalmente, podrá ordenar la realización de una inspección judicial fuera del recinto de audiencia cuando, previa solicitud de la Fiscalía o la defensa, estime necesaria su práctica dada la imposibilidad de exhibir y autenticar en la audiencia, los elementos materiales probatorios y evidencia física, o cualquier otra evidencia demostrativa de la manera como ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento.

En ningún caso el juez podrá utilizar su conocimiento privado para la adopción de la sentencia a que hubiere lugar.

Artículo 577. Criterios para decretarla. La inspección judicial únicamente podrá ser decretada, atendidos los siguientes criterios:

1. Que sea imposible realizar la exhibición de autenticación de la evidencia en audiencia.
2. Que resulte de vital importancia para la fundamentación de la sentencia.
3. Que no sea viable lograr el cometido mediante otros medios técnicos.
4. Que sea más económica y práctica la realización de la inspección que la utilización del medio técnico.
5. Que las condiciones del lugar a inspeccionar no hayan variado de manera significativa.
6. Que no se ponga en grave riesgo la seguridad de los intervinientes durante la práctica de la prueba.

El juez inspeccionará el objeto de prueba que le indiquen las partes. Si estas solicitan el concurso de testigos y peritos permitirá que declaren o rindan dictamen de acuerdo con las reglas previstas en este Código.

PARTE VI

Reglas relativas a la prueba de referencia

Artículo 578. Noción. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias

de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicada en el juicio.

Artículo 579. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Artículo 580. Prueba de referencia múltiple. Cuando una declaración contenga apartes que constituya prueba de referencia admisible y no admisible, deberán suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne en ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad.

Artículo 581. Utilización de la prueba de referencia para fines de impugnación. Podrán utilizarse, con fines de impugnación de la credibilidad del testigo o perito, las declaraciones que no constituyan prueba de referencia inadmisibles, de acuerdo con las causales previstas en el artículo 579.

Artículo 582. Impugnación de la credibilidad de la prueba de referencia. Podrá cuestionarse la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio, en los mismos términos que la prueba testimonial.

Lo anterior no obsta para que la prueba de referencia, en lo pertinente, se regule en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y, en especial, por las relacionadas con el testimonio y lo documental.

CAPÍTULO IV

Alegatos de las partes e intervinientes

Artículo 583. Petición de absolución perentoria. Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación, y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes.

Artículo 584. Turnos para alegar. 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.

A continuación se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado.

Finalmente, 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.

Artículo 585. Extensión de los alegatos. El juez delimitará en cada caso la extensión máxima de los argumentos de conclusión, en atención al volumen de la prueba vista en la audiencia pública y la complejidad de los cargos resultantes de los hechos contenidos en la acusación.

Artículo 586. Clausura del debate. 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.

CAPÍTULO V

Decisión o sentido del fallo

Artículo 587. Contenido. La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente.

Artículo 588. Individualización de la pena y sentencia. Si el fallo fuere condenatorio o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía Penal Militar, el juez 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. Si lo consideraren conveniente podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días calendario contados a partir de la terminación del juicio oral, en la cual incorporará la decisión que puso fin al incidente de reparación integral.

Parágrafo. En el término indicado en el inciso anterior se emitirá la sentencia absolutoria.

Artículo 589. Congruencia. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

Artículo 590. Libertad inmediata. De ser absuelto de la totalidad de los cargos consignados en la acusación el juez dispondrá la inmediata libertad del acusado, si estuviere privado de ella, levantará todas las medidas cautelares impuestas y librára sin dilación las órdenes correspondientes.

Artículo 591. Acusado no privado de la libertad. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este Código, el juez la ordenará y librára inmediatamente la orden de encarcelamiento.

Artículo 592. Acusado privado de la libertad. El juez podrá ordenar su excarcelación siempre y cuando los cargos por los cuales fue encontrado culpable fueren susceptibles, al momento de dictar sentencia, del otorgamiento de un subrogado penal.

Artículo 593. Situación de los inimputables. Si la razón de la decisión fuera la inimputabilidad, el juez dispondrá provisionalmente la medida de seguridad apropiada mientras se profiere el fallo respectivo.

Artículo 594. Requerimiento por otra autoridad. En caso de que el acusado fuere requerido por otra autoridad judicial, emitido el fallo absolutorio, será puesto a disposición de quien corresponda.

Si el fallo fuere condenatorio, se dará cuenta de esta decisión a la autoridad que lo haya requerido.

CAPÍTULO VI

Suspensiones de la audiencia del juicio oral

Artículo 595. Principio de concentración. La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión.

El juez penal militar podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y deba hacerse comparecer coactivamente.

Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa de la Corte Marcial se deba cambiar al juez penal militar.

TÍTULO XVII

INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES

Artículo 596. Son causales de nulidad en el proceso penal militar, las siguientes:

1. La falta de competencia del juez.
2. La violación al Derecho de Defensa, o el Debido Proceso, en aspectos sustanciales.

Los recursos de apelación pendientes de definir al momento de iniciarse la audiencia de la Corte Marcial, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento.

Artículo 597. Principio de taxatividad. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título.

TÍTULO XVIII

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

CAPÍTULO I

Ejecución de penas

Artículo 598. La ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia debidamente ejecutoriada, corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En todo lo relacionado con la ejecución de la pena, el Ministerio Público podrá intervenir e interponer los recursos que sean necesarios.

Artículo 599. Acumulación Jurídica. Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad.

Artículo 600. Aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena. El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ordenará a la entidad penitenciaria correspondiente, el aplazamiento o la suspensión de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.

Artículo 601. Aplicación de las penas accesorias. Cuando se trate de las penas accesorias establecidas en el Código Penal Militar, se procederá de acuerdo con las siguientes normas:

1. Si se tratare de la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, se enviará copia de la sentencia a la autoridad judicial y Políciva del lugar en donde la residencia se prohíba o donde el sentenciado debe residir. También se oficiará al agente del Ministerio Público para su control.

2. Cuando se ejecuten sentencias de las cuales se decrete la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, copias de la sentencia Ejecutoriada se remitirán a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Procuraduría General de la Nación.

3. Si se trata de la pérdida de empleo o cargo público, se comunicará a los Comandos de Fuerza y Dirección General de la Policía Nacional y a la Procuraduría General de la Nación.

4. Si se tratase de la inhabilidad para ejercer una industria, comercio, arte, profesión u oficio, se ordenará la cancelación del documento que lo autoriza para ejercerlo y se oficiará a la autoridad que lo expidió.

5. Si se trata de la prohibición de consumir bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, se comunicará a las autoridades Policivas del lugar de residencia del sentenciado para que tomen las medidas necesarias para el cumplimiento de esta sanción, oficiando al agente del Ministerio Público para su control.

6. Si se tratase de la inhabilidad especial para el ejercicio de la patria potestad, se oficiará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al Agente del Ministerio Público.

7. La autoridad correspondiente deberá informar al juez de ejecución de penas sobre su cumplimiento.

8. En los casos de privación del derecho de conducir automotores o motocicletas y la inhabilitación especial para la tendencia y porte de armas, se oficiará a las autoridades encargadas de expedir las respectivas autorizaciones, para que las cancelen o las nieguen.

Artículo 602. Remisión. Los aspectos relacionados con la ejecución de la pena no regulados en este Código se regirán por lo dispuesto en el Código Penal y el Código Penitenciario y Carcelario.

CAPÍTULO II **Ejecución de medidas de seguridad**

Artículo 603. Entidad competente. El tratamiento de los inimputables por trastorno mental estará a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a quien corresponderá la ejecución de las medidas de protección y seguridad.

Artículo 604. Internación de inimputables. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ordenará a las autoridades competentes del Sistema de Seguridad Social en Salud el traslado del inimputable a un establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada para su rehabilitación, de carácter oficial o privado adecuado para el cumplimiento de la medida de seguridad.

Si fuere un establecimiento privado los parientes se comprometerán a ejercer la vigilancia correspondiente y rendir los informes que se soliciten, su traslado se hará previo el otorgamiento de caución y la suscripción de la respectiva diligencia de compromiso.

Artículo 605. Libertad vigilada. Impuesta la libertad vigilada, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad comunicará tal medida a las autoridades Policivas del lugar, para el cumplimiento de lo dispuesto en el Código Penal Militar, y señalará los controles respectivos.

Artículo 606. Suspensión, sustitución o cesación de la medida de seguridad. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, podrá de oficio o a solicitud de parte, previo concepto de perito oficial y de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal Militar:

1. Suspender condicionalmente la medida de seguridad.
2. Sustituirla por otra más adecuada si así lo estimare conveniente.
3. Ordenar la cesación de tal medida.

En caso de internación en casa de estudio o trabajo el dictamen se sustituirá por concepto escrito o motivado de la junta o consejo directivo del establecimiento en donde se hubiere cumplido esta medida o de su director a falta de tales organismos.

El beneficiario de la suspensión condicional, o del cambio de la medida de seguridad por una de libertad vigilada, deberá constituir personalmente o por intermedio de su representante legal, caución en la forma prevista en este Código.

Artículo 607. Revocatoria de la suspensión condicional. En cualquier momento podrá el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad revocar la suspensión condicional de la medida de seguridad o de la medida sustitutiva, cuando se incumplan las obligaciones fijadas en la diligencia de compromiso o cuando los peritos conceptúen que es necesario la continuación de la medida originaria.

CAPÍTULO III **Libertad condicional**

Artículo 608. Libertad condicional. El condenado que se hallare en las circunstancias previstas en el artículo 64 de este Código, podrá solicitar al juez penal militar de ejecución de penas y medidas de seguridad la libertad condicional, acompañando la resolución favorable del consejo de disciplina, o en su defecto del director del respectivo establecimiento carcelario o sitio de reclusión donde se encuentre privado de su libertad, con la copia de la cartilla biográfica y los demás documentos que prueben los requisitos exigidos, los que deberán ser entregados a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes.

Si se ha impuesto pena accesoria de multa, su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la libertad condicional.

Artículo 609. Decisión. Recibida la solicitud, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, resolverá dentro de los tres (3) días siguientes, mediante auto interlocutorio en el cual se impondrán las obligaciones a que se refiere este Código en su artículo 73, cuyo cumplimiento se garantizará mediante caución.

El tiempo necesario para otorgar la libertad condicional se determinará con base a las penas impuestas en la sentencia.

La reducción de las penas por trabajo y estudio, al igual que cualquier otra rebaja de pena que establezca la ley, se tendrá en cuenta como parte cumplida de la Pena impuesta o que pudiere imponerse.

Artículo 610. Condición para la revocatoria. La revocatoria se decretará por el Juez de ejecución de Penas y medidas de seguridad de oficio o petición de los encargados de la vigilancia, cuando aparezca demostrado que se ha violado las obligaciones contraídas.

CAPÍTULO IV **Suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad**

Artículo 611. Procedencia. *Para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal Militar y se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con la conducta punible.*

Cuando existan bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen integralmente la indemnización, no se fijará término para la reparación de los daños.

Artículo 612. Ejecución de la pena por no reparación de los daños. *Si el beneficiado con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin justa causa, no repare los daños dentro del término que le ha fijado el Juez, se ordenará inmediatamente el cumplimiento de la pena respectiva y se procederá como si la sentencia no se hubiera suspendido.*

Artículo 613. Extinción de la condena y devolución de la caución. *Cuando se declare la extinción de la condena conforme a este Código, se devolverá la caución y se comunicará a las mismas entidades a quienes se les comunicó la sentencia o la suspensión condicional de la ejecución de la pena.*

Artículo 614. Negación o revocatoria de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad. *El juez penal militar de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá revocar o negar los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad con base en la prueba indicada de la causa que origina la decisión.*

De la prueba se dará traslado por tres (3) días al condenado, quien durante los diez (10) días siguientes al vencimiento de este término podrá presentar las explicaciones que considere pertinentes.

La decisión deberá adoptarse dentro de los diez (10) días siguientes por auto motivado.

Artículo 615. Decisiones. *Las decisiones que adopte el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación son susceptibles de los recursos ordinarios.*

Artículo 616. Prórroga para el pago de perjuicios. *Cuando el beneficiado con la condena de ejecución condicional le hubiere sido imposible cumplir con la obligación de indemnizar los perjuicios dentro del término señalado, el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, a petición justificada, podrá prorrogar el plazo por una sola vez; si no cumplierse se ejecutará la condena.*

Artículo 617. Exigibilidad del pago de perjuicios. *La obligación de pagar los perjuicios provenientes de la conducta punible para gozar de la suspensión condicional de ejecución de pena será exigida a menos que se demuestre que el condenado se encuentre en imposibilidad económica de hacerlo.*

CAPÍTULO V **De la rehabilitación**

Artículo 618. Concesión. *La rehabilitación de derechos y funciones públicas la concederá el Juez Penal Militar de ejecución de penas y medidas de seguridad, previa solicitud del condenado de acuerdo con las normas del presente capítulo y dentro de los plazos determinados por el Código Penal Militar.*

Artículo 619. Anexos a la solicitud de rehabilitación. *Con la solicitud de rehabilitación se presentarán:*

- 1. Copia de la sentencia de primera y segunda instancia y de casación si fuere el caso.*
- 2. Copia de la cartilla biográfica.*
- 3. Dos declaraciones, por lo menos de personas de reconocida honorabilidad sobre la conducta observada después de la condena.*
- 4. Certificado de la entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el período de prueba de la libertad condicional o vigilada, si fuere el caso.*
- 5. Comprobación del pago de los perjuicios civiles cuando fuere posible.*

Artículo 620. Comunicaciones. *La providencia que concede la rehabilitación de derechos y funciones públicas, se comunicará a las mismas entidades a quien se comunicó la sentencia y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que haga las anotaciones del caso. En los demás eventos se procederá conforme a la naturaleza del derecho restringido.*

Artículo 621. Ampliación de pruebas. *El Juez Penal Militar de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que deberá resolver la solicitud de rehabilitación, puede pedir ampliación o ratificación de las pruebas acompañadas al memorial respectivo y practicar de oficio las pruebas que estime pertinentes, dentro de un plazo no mayor de diez (10) días.*

Artículo 622. Redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza. *El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de la pena por trabajo, estudio y enseñanza de conformidad con lo previsto en el Código Penitenciario y Carcelario.*

TÍTULO XIX **RÉGIMEN DE IMPLEMENTACIÓN** **CAPÍTULO I** **Disposiciones generales**

Artículo 623. Proceso de implementación. *El Gobierno Nacional previo estudios respectivos, tomará las decisiones correspondientes para la*

implantación sucesiva del sistema contemplado en este Código.

Artículo 624. Criterios para la implementación. *Se tendrán en cuenta los siguientes factores para el cumplimiento de sus funciones:*

- 1. Número de despachos y procesos en los Juzgados de Instrucción Penal Militar, en la Fiscalía Penal Militar y en los Juzgados de conocimiento.*
- 2. Registro de funcionarios de la Justicia Penal Militar capacitados en oralidad y previsión de demanda de capacitación.*
- 3. Proyección sobre el número de salas de audiencia requeridas.*
- 4. Requerimiento de Sistema de Defensoría Penal Militar y Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar.*
- 5. Nivel de congestión.*

CAPÍTULO II **Régimen de transición**

Artículo 625. Ajustes en planta de personal. *El Gobierno Nacional para garantizar el funcionamiento del nuevo sistema ajustará la planta de personal con los funcionarios y empleados que actualmente se encuentran vinculados a la Justicia Penal Militar y los que se requieran para su implementación.*

CAPÍTULO III **Disposiciones finales**

Artículo 626. Norma transitoria. *En los Procesos que se encuentren en curso al entrar en vigencia esta ley, se entenderá que tres (3) días de arresto equivalen a uno (1) de prisión.*

Artículo 627. El Ministerio de Defensa Nacional *en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del Sistema Acusatorio en la justicia penal militar acorde con el Marco Fiscal de mediano plazo del Sector Defensa y el Marco de Gasto de mediano plazo del mismo sector.*

Artículo 628. Derogatoria y vigencia. *La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen. NOTA: Expresión subrayada Declarada INEXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-444 de 2011. NOTA: El resto del artículo Declarado EXEQUIBLE de manera Condicionada mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-444 de 2011, bajo el entendido que la Ley regirá a partir del 17 de agosto de 2010.*

Parágrafo. *El artículo 625 de la presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación.*

LEY 522 DE 1999

LIBRO PRIMERO PARTE GENERAL

TÍTULO PRIMERO NORMAS RECTORA DE LA LEY PENAL MILITAR

CAPÍTULO I Ámbito de aplicación del código

Artículo 1º. *Fuero militar. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o los tribunales militares, con arreglo a las disposiciones de este código. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.*

Artículo 2º. *Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la fuerza pública.*

(Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en los términos expuestos por la parte motiva de la Sentencia C-878 de 2000).

Artículo 3º. *Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.*

(Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-878 de 2000, en el entendido que los delitos enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial).

Artículo 4º. *Fuerza pública. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

Artículo 5º. *Investigación y juzgamiento de civiles. En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.*

CAPÍTULO II Principios y reglas fundamentales

Artículo 6º. *Legalidad. Nadie podrá ser imputado, investigado, juzgado o condenado por un hecho*

que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal militar u ordinaria vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a una pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Tampoco podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en condiciones diferentes a las establecidas en la ley.

Artículo 7º. *Elementos del hecho punible. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable.*

Artículo 8º. *Tipicidad. La ley penal definirá el hecho punible en forma inequívoca. Para que una conducta sea típica debe coincidir en forma precisa con los elementos estructurales del tipo penal.*

Artículo 9º. *Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico protegido por la ley.*

Artículo 10. *Culpabilidad. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.*

Artículo 11. *Favorabilidad. En materia penal y procesal penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quienes hayan sido condenados.*

Artículo 12. *Exclusión de analogía. Salvo los casos de favorabilidad, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal.*

Artículo 13. *Igualdad ante la ley. La ley penal militar se aplicará a los miembros de la fuerza pública, sin tener en cuenta circunstancias diferentes a las establecidas en la Constitución y en la ley.*

Artículo 14. *Cosa juzgada. El procesado, condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, salvo las excepciones legalmente previstas respecto de la acción de revisión.*

Artículo 15. *Conocimiento de la ley. La ignorancia de la ley penal no exime de responsabilidad, salvo las excepciones consignadas en ella. En ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación.*

Artículo 16. *Juez natural. Los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este código u otros en relación con el servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este código e instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible.*

Artículo 17. *Función de la pena y de las medidas de seguridad. La pena en el derecho penal militar tiene función *(ejemplarizante)*, retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.*

NOTA: la expresión entre paréntesis fue declarada INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-228 de marzo 18 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán.

Artículo 18. Integración. En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos Penal, Procesal Penal, Civil, Procesal Civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este código.

Artículo 19. Prevalencia de las normas rectoras. Las normas rectoras son obligatorias, prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código y serán utilizadas como fundamento de interpretación.

TÍTULO SEGUNDO

HECHO PUNIBLE

CAPÍTULO I

De la forma y tiempo del hecho punible

Artículo 20. Hecho punible. Los hechos punibles cometidos por los miembros de la fuerza pública son los descritos en este código, los previstos en el Código Penal común y en las normas que los adicionen o complementen.

Artículo 21. Formas de realización. El hecho punible cometido por los miembros de la fuerza pública puede ser realizado por acción o por omisión.

Artículo 22. Tiempo del hecho punible. El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro el del resultado.

La conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida.

Artículo 23. Causalidad como presupuesto mínimo de imputación. Nadie puede ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión.

Será responsable el agente cuando conforme a la ley, tiene el deber jurídico de impedir el resultado y no lo hiciere.

CAPÍTULO II

De la tentativa y el desistimiento

Artículo 24. Tentativa. El que iniciare la ejecución del delito mediante actos que deberían producir su consumación, sin lograrla por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado.

Artículo 25. Desistimiento. El que de manera libre y voluntaria abandone la ejecución del delito o impida su consumación, quedará exento de pena por el delito tentado.

Si el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo, éste quedará exento de pena cuando voluntariamente haya efectuado los esfuerzos posibles para impedir su consumación.

(Nota: La Corte Constitucional en Sentencia C-368 de 2000 declaró exequible el primer inciso pero bajo el entendido de que en todo caso, el delito remanente será punible; así mismo declaró inexequible el inciso segundo).

CAPÍTULO III

De la participación

Artículo 26. Autores y determinadores. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para el mismo hecho.

Artículo 27. Cómplices. El que contribuya a la realización del hecho punible o preste ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior, incurrirá en la pena correspondiente al mismo, disminuida de una sexta parte a la mitad.

Artículo 28. Comunicabilidad de circunstancias. Las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho, se comunicarán al partícipe que las hubiere conocido.

Las personales que disminuyan o excluyan la punibilidad, sólo se tendrán en cuenta respecto del partícipe en quien concurran o del que hubiere actuado determinado por esas mismas circunstancias.

Artículo 29. Desistimiento de partícipes. Cuando varias personas tomen parte en la ejecución de un delito tentado, quedará exento de pena quien de manera libre y voluntaria impida su consumación.

Si el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del partícipe o se ejecuta independientemente de la colaboración inicialmente prestada por él, éste quedará exento de pena cuando voluntariamente haya efectuado los esfuerzos posibles para impedir su consumación.

(Nota: La Corte Constitucional en Sentencia C-368 de 2000 declaró exequible el primer inciso pero bajo el entendido de que en todo caso, el delito remanente será punible; así mismo declaró inexequible el inciso segundo).

CAPÍTULO IV

Del concurso de hechos punibles

Artículo 30. Concurso de hechos punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave imponible, aumentada hasta en otro tanto, cualquiera que sea la naturaleza del concurso.

Artículo 31. Punibilidad en el concurso. Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de hechos punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren

fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad.

Si se tratare de inimputable que hubiere permanecido bajo medida de aseguramiento, el término de internación se tendrá como parte cumplida de la medida de seguridad, de acuerdo con el artículo 104 de este código.

Artículo 32. Hecho punible unitario o continuado. Cuando la ejecución del hecho punible se fragmente en varias acciones u omisiones se tendrá como hecho punible unitario.

Artículo 33. Límite de la pena en el concurso. La pena aplicable al concurso no podrá ser superior a la suma aritmética de las penas imponibles a los respectivos hechos punibles.

Para los efectos del inciso anterior, tres (3) días de arresto equivalen a uno (1) de prisión. **CAPÍTULO V**

De la ausencia de responsabilidad

Artículo 34. Causales de justificación. El hecho se justifica:

1. Cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
2. Cuando se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
3. Cuando se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
4. Cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que se le ocasione.

5. Cuando se actúa por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

Parágrafo. El que exceda los límites propios de cualquiera de las causas de justificación precedentes incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo, ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para el hecho punible.

Artículo 35. Causales de inculpabilidad. No es culpable:

1. Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor.

2. Quien obre bajo insuperable coacción ajena.

3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que su acción u omisión es lícita.

Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo.

4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurren en la acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Cuando dicho error recaiga sobre circunstancia de agravación, ésta no se tendrá en cuenta.

CAPÍTULO VI De la inimputabilidad

Artículo 36. Concepto. Se considera inimputable a quien en el momento de ejecutar el delito no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental.

Artículo 37. Trastorno mental preordenado. Cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental, no será considerado como inimputable.

Artículo 38. Medidas aplicables. Los inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este código.

Si la inimputabilidad proviniera exclusivamente de trastorno mental transitorio, no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales.

CAPÍTULO VII De la culpabilidad

Artículo 39. Dolo, culpa o preterintención. Sólo se sacionarán los hechos punibles dolosos, a menos que la propia ley establezca expresamente sanciones para conductas culposas o preterintencionales.

Artículo 40. Formas. Nadie puede ser penado por un hecho punible si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

Artículo 41. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta al menos como posible.

Artículo 42. Culpa. La conducta es culposa cuando el agente ejecuta el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

Artículo 43. Preterintención. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención de la gente.

TÍTULO TERCERO DE LA PUNIBILIDAD

CAPÍTULO I Las penas

Artículo 44. *Penas principales. Los imputables estarán sometidos a las siguientes penas principales:*

1. Prisión.
2. Arresto.
3. Multa.

Artículo 45. *Penas accesorias. Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes:*

1. Restricción domiciliaria.
2. Interdicción de derechos y funciones públicas.
3. Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio.
4. Suspensión de la patria potestad.
5. Separación absoluta de la fuerza pública.
6. Prohibición de porte y tenencia de armas de fuego.
7. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas.

Artículo 46. *Judicialidad y publicidad. Toda pena será impuesta por sentencia judicial. El juez deberá enviar copia de ésta al Instituto Nacional Penitenciario y a la respectiva oficina de personal de la fuerza a la cual pertenezca el sentenciado.*

Artículo 47. *Duración de la pena. La duración máxima de la pena es la siguiente:*

1. Prisión, hasta sesenta (60) años.
2. Arresto, hasta ocho (8) años.
3. Multa, hasta cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Restricción domiciliaria, hasta cinco (5) años.
5. Interdicción de derechos y funciones públicas, hasta diez (10) años.
6. Prohibición del ejercicio de arte, profesión u oficio, hasta cinco (5) años.
7. Suspensión de la patria potestad, hasta quince (15) años.
8. Prohibición de porte y tenencia de armas de fuego, hasta tres (3) años.
9. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas hasta tres (3) años.

Artículo 48. *Prisión. La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en un establecimiento carcelario militar o policial, en la forma prevista por la ley.*

Artículo 49. *Arresto. Consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en las salas de arresto de las respectivas unidades militares o policiales, en la forma prevista por la ley.*

Artículo 50. *Multa. La multa consiste en la obligación de pagar, mediante depósito judicial efectuado en el Caja de Crédito Agrario o Banco Popular a nombre de la entidad u organismo que la ley o el reglamento señale, la suma en salarios, mínimos legales mensuales vigentes que haya sido determinada en la sentencia.*

La cuantía de la multa se fijará teniendo en cuenta la gravedad del hecho punible, el grado y la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al hecho y las demás circunstancias que indiquen la posibilidad de pagar.

En caso de concurso de hechos punibles o acumulación, las multas correspondientes a cada uno de los hechos punibles se sumarán, sin que en total puedan exceder del máximo señalado en el artículo 47 de este código.

Artículo 51. *Plazo y pago por cuotas. Al imponer la multa o posteriormente, el juez podrá, atendidas las circunstancias del artículo anterior, señalar plazo para el pago o autorizarlo por cuotas adecuadas, dentro de un término no superior a tres (3) años, previa caución.*

Artículo 52. *Amortización mediante trabajo. Podrá autorizarse al condenado la amortización de la multa mediante trabajo no remunerado, libremente escogido por éste y realizado en favor de la administración pública o de la comunidad.*

El juez de primera instancia determinará el trabajo computable para dicho efecto, así como la forma de comprobación y control.

El salario de cada día de trabajo imputable a la multa, será calculado de conformidad con el valor comúnmente asignado a esta actividad en el lugar donde se realice.

Artículo 53. *Conversión de multa en arresto. Cuando la multa hubiere sido impuesta como pena principal y única, y el condenado no la pagare o amortizare de acuerdo con lo previsto en los artículos anteriores, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal diario, por cada día de arresto. En este caso, el arresto no podrá exceder de cinco (5) años.*

El condenado a quien se le haya hecho la conversión de que trata el inciso anterior, podrá hacer cesar el arresto en cualquier momento en que satisfaga la parte proporcional de multa que no haya cumplido en arresto.

Artículo 54. *Separación absoluta de la fuerza pública. La separación absoluta consiste en la desvinculación definitiva de la fuerza pública. El separado en forma absoluta no podrá desempeñar en ella cargo alguno y perderá el derecho a concurrir a sitios de recreación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tales como clubes, centros vacacionales, casinos y cámaras.*

Artículo 55. *Restricción domiciliaria. La restricción domiciliaria consiste en la obligación impuesta*

al condenado de permanecer en determinado municipio o en la prohibición de residir en determinado lugar.

Artículo 56. *Interdicción de derechos y funciones públicas.* La interdicción en el ejercicio de los derechos políticos priva al condenado del ejercicio de todos los derechos políticos reconocidos en el artículo 40 de la Constitución Política. La interdicción en el desempeño de las funciones públicas incluye el formar parte de la fuerza pública y de cualquier otro organismo nacional o local de seguridad y de otros cuerpos oficiales armados.

Artículo 57. *Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio.* Siempre que se cometa un delito con abuso del ejercicio de un arte, profesión u oficio o contraviniendo las obligaciones que de ese ejercicio se deriven, el juez al imponer la pena, podrá privar al responsable del derecho de ejercer el mencionado arte, profesión u oficio, hasta por un término de cinco (5) años.

Artículo 58. *Suspensión de la patria potestad.* La suspensión de la patria potestad consiste en prohibir al sentenciado, por un período hasta de quince (15) años, el ejercicio de los derechos que la ley reconoce a los padres sobre los hijos no emancipados.

Artículo 59. *Prohibición de porte y tenencia de armas.* Cuando la utilización indebida de armas de fuego, haya sido determinante en la comisión del delito, se prohibirá al sentenciado su porte o tenencia por un término hasta de tres (3) años.

Artículo 60. *Penas accesorias a la de prisión.* La pena de prisión impuesta a los militares y policías, implica las accesorias de separación absoluta de la fuerza pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal. Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en este código, sobre criterios para fijar la pena.

Quando se trate de delitos culposos sancionados con prisión, no habrá lugar a la pena accesoria de separación absoluta de la fuerza pública.

Artículo 61. *Cómputo de la detención preventiva.* El tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad.

Artículo 62. *Cumplimiento de penas accesorias.* Las penas de interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad y prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, se aplicarán de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad, concurrente con ellas; cumplida ésta, empezará a correr el término que se señale para ellas en la sentencia, salvo lo dispuesto en el artículo 71 de este código.

La pena de separación absoluta de la fuerza pública se aplicará una vez ejecutoriada la respectiva sentencia.

Artículo 63. *Suspensión de pena por enfermedad.* Si pronunciada la sentencia sobreviniere al condenado enfermedad mental, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad y se le enviará a establecimiento especial o clínica adecuada de acuerdo con la legislación vigente.

Quando el condenado recobrar la salud, continuará cumpliendo la pena en el lugar respectivo, debiéndose abonar el tiempo que hubiere permanecido en cualquiera de los establecimientos a que se refiere el inciso anterior como parte cumplida de la pena.

CAPÍTULO II **De las circunstancias**

Artículo 64. *Ira o intenso dolor.* El que cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

Artículo 65. *Criterios para fijar la pena.* Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, la personalidad del procesado, el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación o agravación.

Además de los criterios señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y en el concurso, el número de hechos punibles.

Artículo 66. *Atenuación punitiva.* Son circunstancias que atenúan la pena, en cuanto no hayan sido previstas de otra manera:

1. La buena conducta anterior.
2. Obrar por motivos nobles o altruistas.
3. Obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso.
4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho.
5. Haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto.
6. Procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias.
7. Resarcir voluntariamente el daño, aunque sea en forma parcial.
8. Presentarse voluntariamente ante la autoridad después de haber cometido el hecho o evitar la injusta sindicación de terceros.
9. La falta de ilustración, en cuanto haya influido en la ejecución del hecho.
10. Las condiciones de inferioridad síquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho.
11. Obrar motivado por defensa del honor militar o policial.

Artículo 67. *Analogía.* Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo precedente, deberá

tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas.

Artículo 68. *Agravación por delito cometido contra servidor público.* Cuando el hecho fuere cometido contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del hecho punible.

Artículo 69. *Agravación punitiva.* Son circunstancias que agravan la pena, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. Cometer el hecho en estado de guerra exterior o de conmoción interior o frente al enemigo.
2. Cometer el hecho delante de la tropa reunida para los actos del servicio.
3. Haber obrado por motivos innobles o fútiles.
4. El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal o bienes, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente.
5. La preparación ponderada del hecho punible.
6. Abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido.
7. Ejecutar el hecho con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de inimputables.
8. Obrar con complicidad de otro.
9. Ejecutar el hecho aprovechando calamidad, infortunio o peligro común.
10. Abusar de la credulidad pública o privada.
11. Hacer más nocivas las consecuencias del hecho punible.
12. Abusar de cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima.
13. Haber cometido el hecho para ejecutar u ocultar otro o para asegurar para sí o para otra persona el producto, el provecho, el precio o la impunidad de otro hecho punible.
14. Emplear en la ejecución del hecho, medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.
15. Ejecutar el hecho sobre objetos expuestos a la confianza pública, o custodiados en dependencias oficiales o pertenecientes a éstas, o destinados a la utilidad, defensa o reverencia colectivas.
16. Cometer el hecho en presencia o con el concurso de subordinados.
17. Tratar de desviar la investigación descargando la responsabilidad en terceros.

Artículo 70. *Aplicación de mínimos y máximos.* Sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo, cuando

concurran exclusivamente circunstancias de atenuación, sin perjuicio de lo dispuesto sobre criterios para fijar la pena.

CAPÍTULO III

De la condena de ejecución condicional

Artículo 71. *Concepto.* En la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia, el juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión.
2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario.
3. Que no se trate de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la fuerza pública o de inutilización voluntaria.

Artículo 72. *Obligaciones.* Al otorgar la condena de ejecución condicional, el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes.

Además, impondrá las siguientes obligaciones:

1. Informar todo cambio de residencia.
2. Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos.
3. Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas.
4. Someterse a la vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas, y
5. Observar buena conducta.

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

NOTA: La Corte Constitucional declaró EXEQUIBLES los numerales 1º, 2º, 4º, y el inciso final del artículo 72 de la Ley 522 de 1999 y los numerales 3º y 5º del mismo artículo, estos últimos solo por los cargos que les fueron formulados en el entendido en relación con este último, que los actos que puedan calificarse como mala conducta deben circunscribirse a aquellos que tengan relación con los fines perseguidos con la condena de ejecución condicional en Sentencia C-228 de marzo 18 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Artículo 73. *Revocación.* Si durante el período de prueba el condenado cometiere un nuevo delito o violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada.

Artículo 74. *Extinción.* Transcurrido el período de prueba sin que el condenado incurra en los hechos de que trata el artículo anterior, la condena queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine.

CAPÍTULO IV De la libertad condicional

Artículo 75. *Concepto.* El juez concederá la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres (3) años o a la de prisión que exceda de dos (2), cuando haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Artículo 76. *Obligaciones.* Al otorgar la libertad condicional el juez impondrá las mismas obligaciones de que trata el artículo 72 de este código, las cuales se garantizarán mediante caución.

Artículo 77. *Revocación.* Si durante el período de prueba que comprenderá el tiempo que falte para cumplir la condena, y hasta una tercera parte más, cometiere el condenado un nuevo delito o violare las obligaciones impuestas, se revocará la libertad condicional y se hará efectivo el resto de la pena que haya dejado de cumplir.

Si el juez decide extender el período de prueba más allá del tiempo de la condena, podrá prescindir de imponer al condenado, durante este período de exceso, las obligaciones señaladas en el artículo 72 de este código.

Artículo 78. *Liberación definitiva.* Transcurrido el término de prueba sin que el condenado incurra en los hechos de que trata el artículo anterior, la liberación se tendrá como definitiva, previa resolución judicial que así lo determine.

CAPÍTULO V De la extinción de la acción y de la pena

Artículo 79. *Extinción por muerte.* La muerte del procesado extingue la respectiva acción penal, la del condenado, la pena y la del inimputable, la medida de seguridad.

Artículo 80. *Desistimiento.* El desistimiento aceptado por el querellado extingue la acción penal, en los casos y condiciones previstos por la ley.

Tratándose de lesiones personales cuya incapacidad para trabajar o enfermedad no pase de treinta (30) días, sin secuelas, la acción penal se extinguirá a petición del ofendido.

Artículo 81. *Amnistía e indulto.* La amnistía extingue la acción penal; el indulto solamente la pena.

Artículo 82. *Prescripción.* La acción y la pena se extinguen por prescripción.

Artículo 83. *Término de prescripción de la acción penal.* La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. Para

el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años.

Parágrafo. Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos.

Artículo 84. *Prescripción del delito iniciado o consumado en el exterior.* Cuando el delito se hubiere iniciado o consumado en el exterior el término de prescripción señalado en el artículo anterior se aumentará en la mitad, sin exceder el límite máximo allí fijado.

Artículo 85. *Iniciación del término de prescripción.* La prescripción de la acción empezará a contarse, para los hechos punibles instantáneos, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes.

Artículo 86. *Interrupción del término prescriptivo de la acción penal.* La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.

En el procedimiento especial con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio.

Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código.

Artículo 87. *Prescripción de varias acciones.* Cuando fueren varios los hechos punibles investigados en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada uno de ellos.

Artículo 88. *Renuncia y oficiosidad.* La prescripción de la acción penal y de la pena se declarará de oficio. El procesado podrá renunciar a ella.

Artículo 89. *Término de prescripción de la pena.* La pena privativa de la libertad prescribe en el término fijado para ella en la sentencia, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años.

Para el delito de deserción, la pena prescribirá en dos (2) años.

Las penas no privativas de la libertad prescribirán en cinco (5) años.

Artículo 90. *Iniciación del término prescriptivo de la pena.* La prescripción de la pena se comenzará a contar desde la ejecutoria de la sentencia.

Artículo 91. *Interrupción del término prescriptivo de la pena.* La prescripción de la pena se interrumpe cuando el condenado fuere aprehendido o si cometiere nuevo delito mientras está corriendo la prescripción.

NOTA: La expresión “o si cometiere nuevo delito mientras está corriendo la prescripción” contenida en el presente artículo 91 fue declarada INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-228 de marzo 18 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán.

Artículo 92. *Prescripción de penas diferentes.* La prescripción de penas diferentes impuestas en una misma sentencia se cumplirá

independientemente respecto de cada una de ellas.

Artículo 93. *Oblación.* El sindicado de un hecho punible que sólo tenga pena de multa, podrá poner fin al proceso pagando la suma que le señale el juez, dentro de los límites fijados en la respectiva disposición legal.

Artículo 94. *Rehabilitación.* Excepto la separación absoluta de la fuerza pública, las demás penas señaladas en el artículo 45 de este código podrán cesar por rehabilitación.

Si tales penas fueren concurrentes con una privativa de la libertad, no podrá concederse rehabilitación, sino cuando el condenado hubiere observado buena conducta y después de transcurridos dos (2) años a partir del día en que haya cumplido la pena.

Si no concurrieren con pena privativa de la libertad, la rehabilitación no podrá pedirse, sino dos (2) años después de ejecutoriada la sentencia en que ellas fueron impuestas.

Cuando un hecho deje de ser punible, la rehabilitación se producirá de pleno derecho.

TÍTULO CUARTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 95. *Especies.* Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o de trabajo, y
3. La libertad vigilada.

En ningún caso el enfermo mental podrá ser internado en establecimiento carcelario.

Artículo 96. *Internación para enfermo mental permanente.* Al inimputable por enfermedad mental permanente, se le impondrá medida de internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento científico que corresponda.

Artículo 97. *Internación para enfermo mental transitorio.* Al inimputable por enfermedad mental transitoria se le impondrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico o similar, de carácter oficial, donde será sometido al tratamiento que corresponda.

Esta medida se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha recuperado su normalidad psíquica.

Artículo 98. *Otras medidas aplicables a los inimputables.* A los inimputables que no padezcan de enfermedad mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola.

Esta medida se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida.

Artículo 99. *Libertad vigilada.* La libertad vigilada podrá imponerse como accesoria de la medida de internación, una vez que ésta se haya cumplido y consiste:

1. En la obligación de residir en determinado lugar por término no mayor de tres (3) años.
2. La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos por término no mayor de tres (3) años.
3. En la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades encargadas de su control hasta por tres (3) años.

Artículo 100. *Control judicial de las medidas de seguridad.* El funcionario judicial que haya conocido del proceso en primera o única instancia está en la obligación de solicitar semestralmente informaciones tendientes a establecer si la medida debe continuar, suspenderse o modificarse.

Artículo 101. *Sustitución y prórroga.* El juez podrá sustituir una medida de seguridad durante su ejecución por otra más adecuada, si así lo estimare conveniente, de acuerdo con la personalidad del sujeto y la eficacia de la medida, previo concepto de perito oficial en caso de que ello sea necesario.

También podrá el juez prolongar la vigilancia cuando hubiere sido quebrantada, pero sin exceder el límite máximo de duración de la pena prevista para el respectivo delito.

Artículo 102. *Revocación de la suspensión condicional.* Podrá revocarse la suspensión condicional de la medida de seguridad cuando, oído el concepto del perito, se haga necesaria su continuación.

La suspensión o extinción de la medida de seguridad, será declarada por el juez previo dictamen de perito.

Transcurrido diez (10) años continuos desde la suspensión condicional de una medida de seguridad, el juez declarará su extinción, previo dictamen del perito.

Artículo 103. *Suspensión o cesación de las medidas de seguridad.* La suspensión o cesación de las medidas de seguridad se hará por decisión del juez, previo dictamen de experto oficial.

Si se tratare de la medida prevista en el artículo 98 de este código, el dictamen podrá sustituirse por concepto escrito o motivado de la junta o consejo directivo del establecimiento en donde se hubiere cumplido la internación. A falta de junta o consejo directivo, el concepto lo emitirá su director.

Artículo 104. *Cómputo de la detención preventiva.* El tiempo de la detención preventiva se computará como parte cumplida de la respectiva medida de seguridad, si la persona ha estado sometida al tratamiento o régimen especial que le corresponda.

Artículo 105. Duración. La persona sometida a medida de seguridad en ningún caso podrá permanecer recluida en un establecimiento psiquiátrico por más del tiempo máximo de pena fijado para el respectivo hecho punible.

TÍTULO QUINTO

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHO PUNIBLE

CAPÍTULO ÚNICO

Reparación del daño

Artículo 106. Reparación del daño. El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan.

Artículo 107. Titulares de la acción indemnizatoria. Las personas naturales, o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas por el hecho punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá a través de las acciones contencioso-administrativas de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo o las normas que lo modifiquen o complementen.

(Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-1149 de 2001, salvo la expresión “la cual se ejercerá a través de las acciones contencioso-administrativas de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo o las normas que lo modifiquen o complementen” que se declara inexecutable).

Artículo 108. Deber de indemnización del Estado. El Estado debe reparar los daños a que se refiere el artículo 106 del presente código.

En el evento de ser condenado el Estado como consecuencia de un proceso judicial a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un miembro de la fuerza pública, aquél deberá repetir contra éste.

(En ningún caso)* la justicia penal militar podrá condenar al pago de perjuicios al miembro de la fuerza pública penalmente responsable.

***(Nota: Declarado exequible el inciso 3 del presente artículo por la Corte Constitucional en Sentencia C-1149 de 2001, salvo la expresión “En ningún caso” que se declara inexecutable).**

Artículo 109. Caducidad de la acción contencioso-administrativa. La caducidad de las acciones administrativas de que tratan los artículos anteriores, se cumplirá de conformidad con las normas del Código Contencioso Administrativo, o las normas que lo modifiquen o complementen.

Artículo 110. Obligaciones civiles y extinción de la punibilidad. La extinción de la acción penal o de la pena no eximen al Estado de la obligación de reparar, siempre y cuando la acción respectiva se interponga con sujeción a las reglas de caducidad establecidas en el Código Contencioso Administrativo.

Artículo 111. Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, salvo que sean del Estado, pasarán a poder de éste a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario. La entrega será definitiva cuando se dicte sentencia absolutoria, o cesación de procedimiento.

LIBRO SEGUNDO

PARTE ESPECIAL

DE LOS DELITOS

TÍTULO PRIMERO

DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA

CAPÍTULO I

De la insubordinación

Artículo 112. Insubordinación. El que mediante actitudes violentas en relación con orden legítima del servicio emitida con las formalidades legales, la rechace, impida que otro la cumpla, o que el superior la imparta, o lo obligue a impartirla, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Artículo 113. Causales de agravación. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el hecho se realiza:

1. Con el concurso de otros.
2. Con armas.
3. Frente a tropas formadas.

Artículo 114. Insubordinación por exigencia. El que mediante actitudes violentas haga exigencias de cualquier naturaleza, al superior incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

CAPÍTULO II

De la desobediencia

Artículo 115. 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 uno (1) a tres (3) años.

Artículo 116. Desobediencia de personal retirado. El oficial o suboficial en retiro temporal o de reserva que no se presentare a la unidad correspondiente el día y hora señalados en los decretos de movilización o de llamamiento especial al servicio, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

Artículo 117. Desobediencia de reservistas. El personal que haya prestado el servicio militar obligatorio y esté en situación de reserva, que no se presentare en los términos previstos en el artículo anterior, incurrirá en arresto de tres (3) meses a un (1) año.

(Nota: Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-740

de 2001, en el entendido que el reservista podrá invocar, si es del caso, las causales de exención establecidas en la ley.)

CAPÍTULO III

De los ataques y amenazas a superiores e inferiores

Artículo 118. *Ataque al superior. El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un superior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.*

Artículo 119. *Ataque al inferior. El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.*

Artículo 120. *Amenazas. En cualquiera de las circunstancias descritas en los artículos anteriores, si el agente sólo realiza amenazas de ataque, incurrirá en prisión de tres (3) meses a un (1) año.*

TÍTULO SEGUNDO DELITOS CONTRA EL SERVICIO

CAPÍTULO I

Del abandono del comando y del puesto

Artículo 121. *Abandono del comando. El que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas consecutivas, en tiempo de paz, o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública, incurrirá en la pena de que tratan los artículos siguientes.*

Artículo 122. *Abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones. Cuando quien ejecute la conducta descrita en el artículo anterior sea el Comandante General de las Fuerzas Militares, los comandantes de fuerza, el Jefe del Estado Mayor Conjunto, el Director General de la Policía, los comandantes de unidades operativas y tácticas y sus equivalentes en la Armada y la Fuerza Aérea, los directores de las escuelas de formación, los comandantes de departamento de policía y los comandantes de comandos unificados, específicos y operativos, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.*

Artículo 123. *Abandono de comandos especiales. Si cualquiera de las conductas de que trata el artículo 121 de este código fueren realizadas por los comandantes de base, patrullas, contraguerrillas, tropas de asalto y demás unidades militares o de policía, comprometidas en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión.*

Artículo 124. *Abandono del puesto. El que estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, incurrirá, en arresto de uno (1) a tres (3) años.*

Si quien realiza el hecho es el comandante, la pena se aumentará de una cuarta parte a la mitad.

Artículo 125. *Agravación punitiva. Si el hecho de que trata el artículo anterior se comete en tiempo de guerra o conmoción interior, la pena será de prisión de uno (1) a cinco (5) años.*

CAPÍTULO II

Del abandono del servicio

Artículo 126. *Abandono del servicio. El oficial o suboficial de la fuerza pública, o el personal de agentes o del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que abandone los deberes propios del cargo por más de diez (10) días consecutivos, o no se presente al respectivo superior dentro del mismo término contado a partir de la fecha señalada por los reglamentos u órdenes superiores, para el cumplimiento de actos del servicio, o no se presente dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de su cancelación comunicada legalmente, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años.*

Artículo 127. *Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales. El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña u operaciones militares, por cualquier tiempo, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años.*

CAPÍTULO III

De la desertión

Artículo 128. *Desertión. Incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, quien estando incorporado al servicio militar realice alguna de las siguientes conductas:*

- 1. Se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio.*
- 2. No se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado.*
- 3. Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares.*
- 4. El prisionero de guerra que recobre su libertad hallándose en territorio nacional y no se presente en el término previsto en los numerales anteriores.*
- 5. El prisionero de guerra que recobre su libertad en territorio extranjero y no se presente ante cualquier autoridad consular o no regrese a la patria en el término de treinta (30) días, o después de haber regresado no se presente ante la autoridad militar, en el término de cinco (5) días.*

Los condenados por este delito, una vez cumplida la pena, continuarán cumpliendo el servicio militar por el tiempo que les falte.

Artículo 129. *Agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará*

hasta en la mitad cuando el hecho se cometa en tiempo de guerra o conmoción interior, o ante la proximidad de rebeldes o sediciosos, y hasta el doble en tiempo de guerra exterior.

Artículo 130. *Atenuación punitiva.* Las penas de que tratan los artículos anteriores se reducirán hasta en la mitad cuando el responsable se presentare voluntariamente dentro de los ocho (8) días siguientes a la consumación del hecho.

CAPÍTULO IV **Del delito del centinela**

Artículo 131. *Delito del centinela.* El centinela que se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, o falte a las consignas especiales que haya recibido, o se separe de su puesto, o se deje relevar por quien no esté legítimamente autorizado, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años.

Artículo 132. *Agravación punitiva.* Si alguno de los hechos de que trata el artículo anterior se cometiere en tiempo de guerra o conmoción interior, se impondrá prisión de uno (1) a cinco (5) años.

CAPÍTULO V **De la libertad indebida de prisioneros de guerra**

Artículo 133. *Libertad indebida de prisioneros de guerra.* El que sin facultad o autorización ponga a un prisionero de guerra en libertad o facilite su evasión, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Si la evasión se realizare por culpa del encargado de su custodia o conducción, la pena se reducirá a la mitad.

CAPÍTULO VI **De la omisión en el abastecimiento**

Artículo 134. *Omisión en el abastecimiento.* El miembro de la fuerza pública legalmente encargado para ello que no abastezca en debida y oportuna forma a las tropas, para el cumplimiento de acciones militares o policiales, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años de prisión.

Si como consecuencia del hecho anterior resultare algún perjuicio para las operaciones o acciones militares o policivas, la pena será de dos (2) a cinco (5) años.

Si el hecho se realiza por culpa, la pena se disminuirá hasta en la mitad. TÍTULO TERCERO

Delitos contra los intereses de la fuerza pública

TÍTULO TERCERO **DELITOS CONTRA LOS INTERESES** **DE LA FUERZA PÚBLICA**

CAPÍTULO ÚNICO **De la inutilización voluntaria**

Artículo 135. *Inutilización voluntaria.* El miembro de la fuerza pública que se lesione o se inutilice

con el propósito de eludir el cumplimiento de sus deberes militares o policiales o para obtener su retiro o reconocimiento prestación social, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

TÍTULO CUARTO **DELITOS CONTRA EL HONOR**

CAPÍTULO I **De la cobardía**

Artículo 136. *Cobardía.* El que en zonas o áreas donde se cumplan operaciones de combate o en presencia del enemigo o de delincuentes huya o de cualquier modo eluda su responsabilidad de tal manera que afecte al personal de la fuerza pública, incurrirá por ese sólo hecho en prisión de dos (2) a cuatro (4) años. Si como consecuencia del hecho sobreviniere la derrota, la pena se aumentará hasta en la mitad.

Artículo 137. *Cobardía en el ejercicio del mando.* Incurrirá en prisión de cinco (5) a veinte (20) años:

1. El comandante que se rindiere al enemigo, rebeldes o sediciosos o entregare por medio de capitulaciones la propia guarnición, unidad militar o policial, buque, convoy, nave, aeronave o lo abandonare sin agotar los medios de defensa que tuviere a su disposición.

2. El comandante que se rinda o adhiera al enemigo, rebeldes o sediciosos, por haber recibido órdenes de un superior ya capitulado, o que en cualquier capitulación comprometiére tropas, unidades, guarniciones militares o policiales, puestos fortificados, que no se hallaren bajo sus órdenes, o que estándolo no hubiesen quedado comprometidos en el hecho de armas y operación que originare la capitulación.

3. El comandante que por cobardía cediere ante el enemigo, rebeldes, sediciosos o delincuentes, sin agotar los medios de defensa de que dispusiere, o se rindiere, si esto determinare la pérdida de una acción bélica o una operación.

Artículo 138. *Cobardía por omisión.* El que por cobardía en acción armada no acuda al lugar de la misma, debiendo hacerlo, o no permanezca en el sitio de combate, o se oculte, o simule enfermedad, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años.

CAPÍTULO II **Del comercio con el enemigo**

Artículo 139. *Comercio con el enemigo.* El que comercie con el enemigo incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Si se trata de armas, municiones u otros elementos bélicos, la pena se aumentará hasta el doble.

CAPÍTULO III **De la injuria y la calumnia**

Artículo 140. *Injuria.* El que haga a otro militar o policía imputaciones deshonorosas, relacionadas

con los deberes militares o policiales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres

(3) años y multa de uno (1) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 141. Calumnia. El que impute falsamente a otro militar o policía un hecho punible relacionado con sus deberes militares o policiales, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro

(4) años y multa de dos (2) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 142. Injurias y calumnias indirectas. A las penas previstas en los artículos anteriores, quedará sometido quien publique, reproduzca, repita injuria o calumnia imputadas por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones, "se dice, se asegura", u otras semejantes.

Artículo 143. Circunstancias especiales de agravación y atenuación de la pena. Cuando alguno de los delitos previstos en este capítulo se cometa utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reuniones públicas, las penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad.

Si se cometen por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido, o en su sola presencia, la pena imponible se reducirá hasta en la mitad.

Artículo 144. Eximente de punibilidad. El responsable de los hechos punibles descritos en los artículos anteriores, quedará exento de pena si prueba la veracidad de las imputaciones.

Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de cualquier delito que haya sido objeto de sentencia absolutoria o cesación de procedimiento, excepto si se trata de prescripción de la acción.

Artículo 145. Retracción. No habrá lugar a punibilidad si el autor o partícipe de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo se retractare antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, con el consentimiento del ofendido, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el juez en los demás casos.

No se podrá iniciar acción penal si la retractación o rectificación se hace pública antes que el ofendido formule la respectiva querrela.

Artículo 146. Querrela. En los casos previstos en este capítulo sólo se procederá mediante querrela, presentada dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del hecho.

Si la calumnia o la injuria afectan la memoria de un miembro difunto de la fuerza pública, la acción podrá ser intentada por la institución armada a que pertenezca o por quien compruebe interés legítimo en su protección y defensa.

TÍTULO QUINTO

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA FUERZA PÚBLICA CAPÍTULO I

Del ataque al centinela

Artículo 147. Ataque al centinela. El que ejerza violencia contra un centinela, por ese solo hecho, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

CAPÍTULO II De la falsa alarma

Artículo 148. Falsa alarma. El miembro de la fuerza pública que produzca o difunda falsa alarma para la preparación a la defensa o al combate, incurrirá en arresto de seis (6) meses a un (1) año.

Si a consecuencia del comportamiento a que se refiere el inciso anterior, sobreviene descontrol, pérdida de bienes u otros efectos, o la derrota de la tropa o unidad policial, la pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión.

CAPÍTULO III De la revelación de secretos

Artículo 149. (Modificado).* Revelación de secretos. El miembro de la fuerza pública que revele documento, acto o asunto concerniente al servicio, con clasificación de seguridad secreto, o ultrasecreto, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Si la revelación fuere de documento, acto o asunto clasificado como reservado, el responsable incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

*(Nota: Modificado por la Ley 1288 de 2009 artículo 26)

Artículo 150. (Modificado).* Revelación culposa. Si los hechos a que se refiere el artículo anterior se cometieren por culpa, la pena será de seis (6) meses a dos (2) años de arresto.

*(Nota: Modificado por la Ley 1288 de 2009 artículo 26)

CAPÍTULO IV Del uso indebido de uniformes e insignias de la fuerza pública

Artículo 151. Uso indebido de uniformes. El que use públicamente uniformes, insignias de grado, distintivos o condecoraciones militares o policiales que no le correspondan, incurrirá en arresto de tres (3) meses a un (1) año.

CAPÍTULO V De la fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos

Artículo 152. Fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos. El que sin permiso de autoridad competente introduzca al país, saque de éste, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera o suministre a cualquier título, o porte armas de fuego, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Si las armas, municiones o explosivos son de uso privativo de la fuerza pública, la pena será de prisión de tres (3) a diez (10) años.

La pena señalada en los incisos anteriores, se aumentará hasta en otro tanto si las conductas allí descritas se realizan a favor de rebeldes, sediciosos o grupos de delincuencia organizada.

CAPÍTULO VI **Del sabotaje**

Artículo 153. Sabotaje por destrucción o inutilización. El que destruya o inutilice instalaciones, buques o aeronaves de guerra, o bienes destinados a la seguridad y defensa nacional, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años.

Artículo 154. Sabotaje agravado. El que con el propósito de obstaculizar las operaciones de la fuerza pública o de facilitar las del enemigo, destruya o inutilice obras, bienes destinados a la seguridad y defensa nacional o realice acciones tendientes a esos fines, incurrirá por ese solo hecho en prisión de diez (10) a veinte (20) años.

CAPÍTULO VII **Otros delitos contra la seguridad de la fuerza pública**

Artículo 155. Generación de pánico. El integrante de una tripulación que en combate o en emergencia, diere lugar a que se produzca pánico o desorden a bordo, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

Si a consecuencia de los hechos anteriores se causare la derrota de las fuerzas comprometidas en la acción, grave daño o pérdida del buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública, la pena será de uno (1) a cuatro (4) años de prisión.

Artículo 156. Abandono de buque. El integrante de la tripulación de un buque de la fuerza pública que en el momento del siniestro o después de él, lo abandonare sin orden superior, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Artículo 157. Abandono de embarcación menor. El patrón de embarcación menor que hallándose en ella a flote en momentos de combate, naufragio o incendio, la abandonare sin justificación, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Artículo 158. Interrupción de las condiciones de seguridad. El que en operaciones militares o policiales y sin autorización encienda luces, cuando exista orden de oscurecimiento total, interrumpa las condiciones impuestas de silencio de radio o emisiones electrónicas u otros sistemas de comunicación, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

Si a consecuencia de estos hechos se produjeren graves daños o pérdidas del buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública, o avería a una instalación militar o policial, la pena será de dos (2) a ocho (8) años de prisión.

Si el hecho se comete con culpa, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

Artículo 159. Introducción indebida de materiales inflamables. El que sin autorización introdujere en un buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública, materias explosivas o inflamables, incurrirá por ese solo hecho en arresto de dos (2) a ocho (8) meses y en prisión de uno (1) a tres (3) años cuando se produzcan daños.

Artículo 160. Avería o inutilización absoluta de buque, aeronave o carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública. El comandante, oficial de guardia o quien autorizadamente haga sus veces a bordo de buques, aeronaves, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública que les causare grave avería, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Si la avería produce la inutilización en forma absoluta para prestar los servicios a que esté destinado, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.

Artículo 161. Avería o inutilización culposa de buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública. El comandante, oficial de guardia o quien autorizadamente haga sus veces, que por culpa realice las conductas descritas en el artículo anterior, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años.

Artículo 162. Avería o inutilización por otros miembros de la tripulación. Si los hechos a que se refieren los artículos 160 y 161 de este código son cometidos por otros miembros de la tripulación del buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública, incurrirán en las mismas penas disminuidas hasta en la tercera parte.

Artículo 163. Abandono del buque por el comandante. El comandante que en caso de naufragio abandone el buque en condiciones de flotabilidad y no agotare los recursos para salvar la tripulación, armas, pertrechos, bagajes o caudales del Estado que estén bajo su responsabilidad, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 164. Omisión en naufragio, catástrofe o siniestro. El comandante que en naufragio, catástrofe o siniestro, no agote los medios para conservar la disciplina o en caso de salvamento, no embarque a la tripulación y demás ocupantes, en las lanchas, botes o balsas disponibles, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Artículo 165. Operación indebida de nave o aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública. El que sin facultad legal o sin permiso de autoridad competente desatruque lanchas, botes, buques de guerra, o cualquier otra clase de medios de transporte marítimo o fluvial, al servicio de la fuerza pública, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

En las mismas sanciones incurrirá el que sin la debida autorización decolare aeronaves u operare carros de combate o medio de transporte colectivo al servicio de la fuerza pública.

Artículo 166. Cambio de derrotero. El comandante de una organización de tarea

naval o comandante subordinado de la misma o de buque, o el comandante de una formación aérea o aeronave, que sin justa causa se aparte del derrotero que expresamente designen las instrucciones del superior, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Si hubiere pérdida o apoderamiento de buques o aeronaves la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión.

Artículo 167. Omisión de auxilio. El que sin justa causa omita prestar auxilio pedido por buque, aeronave civil, militar o policial, nacional o de un país amigo, y aún de un país enemigo en los casos en que haya mediado promesa de rendición, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Si por falta del auxilio solicitado se perdiere el buque o aeronave militar, policial o mercante con matrícula nacional, la pena se aumentará hasta en la mitad.

Artículo 168. Omisión de inutilizar buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública. El comandante de un buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública que después de haber agotado los recursos para defenderlo o salvar a los tripulantes, no lo inutilice o destruya para impedir que caiga en poder del enemigo, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 169. Abandono indebido de tripulación. El comandante u oficial que en caso de catástrofe o siniestro, abandonare el buque o aeronave de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional que esté a su mando, dejando la tripulación y demás ocupantes a bordo, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 170. Ocultamiento de avería. El que ocultare avería que afectare la operabilidad del buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la fuerza pública, incurrirá en arresto de uno (1) a cuatro (4) años.

Si el autor del hecho fuere el comandante del mismo, la pena se aumentará hasta en la mitad.

Artículo 171. Abandono de escolta. El que estando encargado de la escolta de un buque, aeronave o convoy la abandone sin justa causa, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

Artículo 172. Inducción en error al comandante. El encargado de la derrota o navegador u operador de telecomunicaciones de un buque de la fuerza pública, que induzca en error al comandante, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Si los hechos se producen por culpa, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de arresto.

Artículo 173. Indicación de dirección diferente. El que prestando servicios de oficial de guardia en el puente, de práctico, navegante, piloto u operador de telecomunicaciones de buque o aeronave de la fuerza pública, indique una dirección distinta de la que debe seguir con arreglo a las instrucciones del comandante, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Si a consecuencia del hecho anterior sobreviene perjuicio a la expedición o a las operaciones, la pena se aumentará hasta la mitad.

Si los hechos se producen por culpa, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión.

TÍTULO SEXTO DELITOS CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL

CAPÍTULO I De la devastación

Artículo 174. Devastación. El que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años.

CAPÍTULO II Del saqueo y la requisición

Artículo 175. Saqueo. Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Artículo 176. Requisición arbitraria. El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Artículo 177. Requisición con omisión de formalidades. El que practicare requisición sin cumplir las formalidades y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

Artículo 178. Exacción. El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, o poner a su disposición, cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Artículo 179. Contribuciones ilegales. El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

TÍTULO SÉPTIMO DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I El peculado

Artículo 180. Peculado sobre bienes de dotación. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes de dotación que se le hayan confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años cuando el valor de lo apropiado no supere diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando el valor de lo apropiado supere los diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin exceder de veinte (20), la pena será de prisión de cinco (5) a ocho (8) años. Si el monto de lo apropiado excediere de los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena será de seis (6) a diez (10) años de prisión.

Las penas señaladas en este artículo, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando el hecho se cometiere:

1. Sobre armas de fuego, municiones o explosivos de uso exclusivo de la fuerza pública.
2. En caso de depósito necesario.

Artículo 181. Peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos. El que decomisare armas, municiones o explosivos, o las recibiere decomisadas o incautadas y sin justa causa no las entregare a la autoridad correspondiente dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha del decomiso o recibo, incurrirá por este sólo hecho en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

Artículo 182. Peculado culposo. El que respecto a bienes del Estado o empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, custodia o tenencia se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal impuesta.

Artículo 183. Peculado por extensión. Incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores y los pertinentes del Código Penal sobre la materia, el que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas, respecto de bienes o efectos, cuya administración, custodia o tenencia, se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones y que pertenezcan o se hayan destinado para los centros de recreación, casinos o tiendas de agentes o soldados, economatos de la fuerza pública, o de bienes de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro del ramo de defensa nacional.

CAPÍTULO II Del tráfico de influencias

Artículo 184. Tráfico de influencias para obtener ascensos, distinciones, traslados o comisiones. El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con el fin de obtener un ascenso, distinción, traslado o comisión del servicio, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.

CAPÍTULO III Del abuso de autoridad

Artículo 185. Abuso de autoridad especial. El que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, por medio de las armas o empleando la fuerza, con violencia sobre las personas o las cosas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá por ese sólo hecho en prisión de uno (1) a tres (3) años.

CAPÍTULO IV De la omisión de apoyo

Artículo 186. De la omisión de apoyo especial. El que sin justa causa rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido en la forma

establecida por la ley, reglamentos, directivas, planes, circulares u órdenes, por el comandante de una fuerza, unidad, buque o aeronave, para prestar auxilio en operaciones de campaña o de control del orden público, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

La pena prevista en el inciso anterior será de tres (3) a seis (6) años de prisión, si como consecuencia de la omisión de apoyo se produjeren perjuicios materiales para la fuerza pública, sin perjuicio de lo previsto para el caso del concurso de hechos punibles.

Si el apoyo de que trata el inciso 1º del presente artículo, se refiere a las solicitudes de las autoridades civiles, la pena imponible será prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

TÍTULO OCTAVO OTROS DELITOS

Artículo 187. Violación de habitación ajena. El miembro de la fuerza pública que abusando de sus funciones se introduzca o permanezca en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, por este solo hecho, incurrirá en arresto de seis (6) a dieciocho (18) meses.

(Nota: Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001, bajo el entendido que tipifican delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y que la relación con dicho servicio sea estrecha, directa y próxima)

Artículo 188. Lesiones personales dolosas. El que intencionalmente cause a otro daño en el cuerpo o en la salud que implique incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta (30) días, incurrirá en arresto de seis (6) a dieciocho (18) meses.

(Nota: Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001, bajo el entendido que tipifican delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y que la relación con dicho servicio sea estrecha, directa y próxima)

Artículo 189. Lesiones preterintencionales y culposas. Si las lesiones a que se refiere el artículo anterior fueren preterintencionales o culposas, la pena se reducirá a la mitad.

(Nota: Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001, bajo el entendido que tipifican delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y que la relación con dicho servicio sea estrecha, directa y próxima)

Artículo 190. Hurto simple. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales incurrirá en arresto de seis (6) a doce (12) meses.

(Nota: Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001, bajo el entendido que tipifican delitos cometidos por miembros de la fuerza pública

en servicio activo, y que la relación con dicho servicio sea estrecha, directa y próxima)

Artículo 191. Hurto de uso. Cuando el apoderamiento se cometiere con el fin de hacer uso de la cosa, y ésta se restituyere en término no mayor de veinticuatro (24) horas, la pena será de arresto de tres (3) a seis (6) meses.

Cuando la cosa se restituyere con daño o deterioro grave, la pena se aumentará hasta en la mitad.

(Nota: Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001, bajo el entendido que tipifican delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y que la relación con dicho servicio sea estrecha, directa y próxima)

Artículo 192. Estafa. El que induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, cuya cuantía no exceda de diez salarios mínimos legales mensuales, incurrirá en arresto de seis (6) a dieciocho (18) meses.

(Nota: Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001, bajo el entendido que tipifican delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y que la relación con dicho servicio sea estrecha, directa y próxima)

Artículo 193. Emisión y transferencia ilegal de cheque. El que emita o transfiera cheques sin tener suficiente provisión de fondos, o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales, incurrirá en arresto de seis (6) a doce (12) meses, siempre que el hecho no configure delito sancionado con pena mayor.

La acción penal cesará por pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia.

La emisión o transferencia de cheque posdatado o entregado en garantía no da lugar a acción penal.

(Nota: Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001, bajo el entendido que tipifican delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y que la relación con dicho servicio sea estrecha, directa y próxima)

Artículo 194. Daño en bien ajeno. El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble, cuando el monto del daño no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales, incurrirá en arresto de seis (6) a doce (12) meses, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

(Nota: Declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001, bajo el entendido que tipifican delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y que la relación con dicho servicio sea estrecha, directa y próxima)

TÍTULO NOVENO DELITOS COMUNES

Artículo 195. Delitos comunes. Cuando un miembro de la fuerza pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el Código Penal ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar.

(Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en los términos expuestos por la parte motiva de la Sentencia C-878 de 2000).

LIBRO TERCERO PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

TÍTULO PRIMERO NORMAS RECTORAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Artículo 196. Debido proceso y defensa técnica. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Quien sea imputado o procesado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado libremente escogido por él, de oficio o público, y a comunicarse libre y privadamente con él durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra y a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Artículo 197. Presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

Artículo 198. Reconocimiento de la dignidad humana. Toda persona a quien se atribuya la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Se respetarán las normas internacionales reconocidas sobre los derechos humanos y derecho internacional humanitario, y en ningún caso podrá haber violación de las mismas.

Artículo 199. Reconocimiento de la libertad. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Artículo 200. Hábeas corpus. Quien estuviere ilegalmente privado de su libertad, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el hábeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis (36) horas contadas desde el momento de la solicitud y sin tener en cuenta el número de retenidos.

Artículo 201. Imperio de la ley. Los funcionarios judiciales en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Artículo 202. Publicidad. Los procesos penales militares serán públicos, salvo lo previsto sobre reserva sumarial.

Artículo 203. Finalidad esencial del procedimiento. En la interpretación de este código, el funcionario judicial deberá tener en cuenta que la finalidad esencial del procedimiento es la efectividad del derecho sustancial y de las garantías debidas a quienes en él intervienen.

Artículo 204. Antecedentes penales y contravencionales. Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales definitivas tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales, en todos los órdenes legales.

Artículo 205. Corrección de actos irregulares. El funcionario judicial está en la obligación de corregir sus actos irregulares, con respecto de los derechos y garantías de los sujetos procesales, siempre que por disposición legal no esté obligado a decretar la nulidad.

Artículo 206. Restablecimiento del derecho. Las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y se restablezcan los derechos quebrantados.

Artículo 207. Dos instancias. El proceso penal militar tendrá dos instancias, salvo las excepciones legales.

Artículo 208. Non reformatio in pejus. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

Artículo 209. In dubio pro reo. Toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla.

Artículo 210. Lealtad. Las personas que intervienen en el proceso penal militar están en el deber de obrar con absoluta lealtad con los restantes sujetos procesales e intervinientes en el proceso.

Artículo 210. Imparcialidad. Los funcionarios judiciales actuarán con absoluta imparcialidad dentro del proceso.

Artículo 212. Gratuidad. La actuación judicial no causará erogación alguna a quienes en ella intervienen.

Artículo 213. Oficiosidad. La acción penal se iniciará y adelantará de oficio, salvo que la ley exija querrela o petición especial.

Artículo 214. Independencia y autonomía del juzgador. Los miembros de la fuerza pública en ningún caso podrán ejercer coetáneamente las funciones de comando con las de investigación, acusación y juzgamiento.

Artículo 215. Jerarquía. Ningún miembro de la fuerza pública podrá juzgar a un superior en grado o antigüedad.

Artículo 216. Real intervención en el proceso. Los sujetos procesales en el proceso penal militar tendrán derecho a controvertir los medios probatorios, a impugnar las decisiones y a realizar las demás actuaciones que en desarrollo de este principio autoriza la ley.

Artículo 217. Unidad procesal. Por cada hecho punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales. Los hechos punibles conexos, de competencia de la justicia penal militar, se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte los derechos y garantías fundamentales.

Cuando en la comisión del hecho punible intervenga una persona que deba ser juzgada por una jurisdicción diversa de la penal militar, se romperá la unidad procesal.

Artículo 218. Prevalencia de las normas rectoras. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código y serán utilizadas como fundamento de interpretación.

TÍTULO SEGUNDO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 219. Titularidad de la acción penal. La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por las autoridades judiciales de instrucción, acusación y de conocimiento, de oficio o a petición de parte en los términos establecidos en este código.

Artículo 220. Acciones derivadas del hecho punible. El hecho punible cometido por miembro de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio, genera acción penal, la que se ejercerá única y exclusivamente por las autoridades penales militares, conforme a las disposiciones de este código. El resarcimiento de los perjuicios a que hubiere lugar se obtendrá a través de la acción indemnizatoria que se ejercerá ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

NOTA: La Corte Constitucional declaró **INEXEQUIBLE** la expresión “el resarcimiento de los perjuicios a que hubiere lugar se obtendrá a través de la acción indemnizatoria que se ejercerá ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo” contenida en el artículo 220 de la Ley 522 de 1999 mediante Sentencia C-228 de marzo 18 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Artículo 221. Deber de denunciar. Salvo las excepciones establecidas en este código, quien tenga conocimiento de la ocurrencia de un delito que deba ser investigado por la justicia penal militar, debe denunciarlo inmediatamente a la autoridad.

El miembro de la fuerza pública que tenga conocimiento de un delito que deba investigarse

de oficio, iniciará sin tardanza la investigación, si tuviere competencia para ello; en caso contrario pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

Artículo 222. Exoneración del deber de denunciar. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente, o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni a denunciar delitos que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que impongan legalmente secreto profesional.

(Nota: Se declaran exequibles las expresiones “compañero permanente” y “compañero o compañera permanente” del presente artículo por la Corte Constitucional en Sentencia C-29 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.)

Artículo 223. Requisitos de la denuncia. La denuncia se hará bajo juramento o promesa de honor de decir la verdad y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante, por lo cual propenderá el funcionario que la recibe.

El denunciante deberá manifestar si los hechos han sido o no puestos en conocimiento de otra autoridad, si le consta y cómo los conoció.

Artículo 224. Querrela y petición. Cuando se den los casos especialmente previstos en este código, la querrela puede ser presentada únicamente por el sujeto pasivo del hecho punible. Si éste fuere incapaz o una persona jurídica, la querrela debe presentarla su representante legal. Cuando el incapaz carezca de representación legal, la querrela puede presentarla aquel con la coadyuvancia del defensor de menores o el respectivo agente del Ministerio Público.

Cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querrela, o el autor o partícipe del hecho fuere el representante legal del incapaz, los demás perjudicados directos estarán legitimados para formularla.

Artículo 225. Caducidad de la querrela. La querrela debe presentarse dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la comisión del hecho punible.

Artículo 226. Impulso del proceso por querrela. Cuando para investigar un delito se requiera querrela, ésta sólo es necesaria para iniciar la investigación. En la tramitación se procederá como si se tratara de delito perseguible de oficio.

Artículo 227. Desistimiento de la acción. Los querellantes podrán desistir en cualquier estado del proceso ante el juez que tenga en ese momento el conocimiento, con la observancia de los requisitos que la ley exija para el desistimiento judicial.

Artículo 228. Oportunidad e irretractabilidad. El desistimiento podrá presentarse en cualquier estado del proceso antes de proferirse sentencia de primera o única instancia y no admite retractación.

Artículo 229. Extinción de la acción penal. La acción penal se extingue en los casos previstos en este código.

Artículo 230. Renuncia a la prescripción. El procesado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal, antes de la ejecutoria de la decisión que la declare.

Artículo 231. Cesación de procedimiento. En cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido o que la conducta es atípica, o que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad o que el proceso no podía iniciarse, o no puede proseguirse, el juez mediante auto interlocutorio, así lo declarará.

Artículo 232. Prejudicialidad. La competencia del juez se extiende a las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso penal; pero si las cuestiones extrapenales que se juzguen en otro proceso, son a la vez constitutivas del hecho que se investiga, y sobre ellas estuviere pendiente decisión jurisdiccional al tiempo de cometerse, no se calificará la investigación mientras dicha decisión no se haya producido.

Con todo, si transcurrido un (1) año desde la oportunidad para la calificación de la investigación, no se hubieren decidido definitivamente las cuestiones que determinaron la suspensión, se reanudará la actuación procesal.

Artículo 233. Remisión a otros procedimientos. En todos los casos en que el juez deba decidir cuestiones extrapenales, apreciará las pruebas de acuerdo con la correspondiente legislación.

TÍTULO TERCERO DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA COMPETENCIA CAPÍTULO I Corte Suprema de Justicia

Artículo 234. Competencia de la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:

1. Del recurso extraordinario de casación.
2. De la acción de revisión cuando se trate de sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Superior Militar.
3. En única instancia y previa acusación del Fiscal General de la Nación, de los procesos penales que se adelanten contra los generales, almirantes, mayores generales, vicealmirantes, brigadieres generales, contralmirantes, contra los magistrados del Tribunal Superior Militar (y fiscales ante esta corporación)* por los hechos punibles que se les imputen.

***(Nota: La expresión “y fiscales ante esta corporación” del numeral 3 del presente artículo, fue declarada inexequible, por la Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001).**

4. En segunda instancia de los procesos que falle en primera el Tribunal Superior Militar.

5. De la consulta y de los recursos de apelación y de hecho en los procesos de que conocen en primera instancia tanto el Tribunal Superior Militar como los Fiscales ante esta corporación.

CAPÍTULO II

Tribunal Superior Militar

Artículo 235. Integración. El Tribunal Superior Militar estará integrado por su presidente, que será el Comandante General de las Fuerzas Militares, por el vicepresidente y por los magistrados de las salas de decisión.

El presidente tendrá las atribuciones que fija la ley para los presidentes de tribunales superiores de distrito judicial y dará posesión a los empleados que nombre el Tribunal Superior Militar.

El vicepresidente será un magistrado elegido por la Sala Plena, para período de un (1) año, y ejercerá las funciones que le delegue el presidente y lo reemplazará en las ausencias temporales del mismo.

La corporación tendrá además, el personal subalterno que determine la ley.

Artículo 236. Integración de las salas de decisión. Las salas de decisión del Tribunal Superior Militar estarán integradas por tres magistrados cada una, presididas por el ponente respectivo.

Las decisiones se tomarán por mayoría de votos; el disidente salvará el voto en forma motivada dentro de los dos (2) días siguientes a la decisión.

Cuando un magistrado se declare impedido o prospere recusación, se integrará la sala de decisión con un magistrado de las restantes salas, escogido por sorteo.

Artículo 237. Sala Plena. La Sala Plena del Tribunal Superior Militar, estará integrada por el Comandante General de las Fuerzas Militares, quien la presidirá y los magistrados de la corporación, sesionará una vez por mes de manera ordinaria y, extraordinariamente por convocatoria del presidente de la corporación. Las determinaciones de esta sala se tomarán por mayoría absoluta.

Corresponde a la Sala Plena nombrar al vicepresidente, a la sala de gobierno, a los empleados subalternos de la corporación, dictar el reglamento interno del tribunal y las demás funciones que le señale la ley y los reglamentos.

Artículo 238. Competencia del Tribunal Superior Militar. Las salas de decisión del Tribunal Superior Militar conocen:

1. En primera instancia de los procesos penales militares que se adelanten contra los jueces de conocimiento, salvo lo previsto en el numeral tercero del artículo 234 de este código, contra los fiscales ante los juzgados de primera instancia, auditores de guerra y jueces de instrucción penal militar, que sean miembros de la fuerza pública en servicio activo, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

2. De la acción de revisión de sentencias ejecutoriadas proferidas por los juzgados penales militares de primera instancia.

3. De la consulta y los recursos de apelación y de hecho, en los procesos penales militares.

4. De los conflictos de competencia que se susciten entre los juzgados penales militares de primera instancia.

5. De los impedimentos y recusaciones de los jueces militares de primera instancia y de instrucción penal militar.

6. De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales militares.

Artículo 239. Reparto. En el Tribunal Superior Militar las denuncias y procesos se repartirán por el presidente o vicepresidente, el primer día hábil de cada semana. Cada magistrado será ponente en los asuntos que le correspondan por reparto.

Los conflictos que se susciten por el reparto se resolverán de plano por el presidente de la corporación.

CAPÍTULO III

Juzgados de primera instancia del Comando General de las Fuerzas Militares

Artículo 240. Inspección general del Comando General de las Fuerzas Militares. La inspección general del Comando General de las Fuerzas Militares conoce en primera instancia, salvo lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 234 de este código, de los procesos penales militares contra el director, oficiales, alumnos, suboficiales y soldados de la Escuela Superior de Guerra; contra oficiales, suboficiales y soldados del despacho del Ministro y de la secretaría general del Ministerio de Defensa; oficiales, suboficiales y soldados del cuartel general del Comando General de las Fuerzas Militares, contra el jefe oficiales, suboficiales y soldados de la casa militar de palacio, cualquiera que sea la fuerza a que pertenezcan, y contra el personal de oficiales, suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares en comisión en otras dependencias del Estado.

CAPÍTULO IV

Juzgados de primera instancia para el Ejército Nacional

Artículo 241. Inspección general del ejército. Salvo lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 234 de este código, la inspección general del ejército conoce en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales y soldados del cuartel general del Comando del Ejército, contra comandantes de división, y contra oficiales, suboficiales y soldados del ejército cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juzgado.

Artículo 242. Juzgados militares de división. Los juzgados militares de división, salvo lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 234 de este código conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales y soldados del cuartel general del comando de división, contra los comandantes de brigada de la jurisdicción de la respectiva división, contra los comandantes, oficiales, suboficiales y soldados de los batallones y unidades divisionarias, y

contra los directores o comandantes, oficiales, suboficiales, alumnos y soldados de las escuelas de formación capacitación y técnicas ubicadas en la respectiva división.

Artículo 243. Juzgados militares de brigada. Los juzgados militares de brigada conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra los oficiales, suboficiales y soldados del cuartel general del comando de la brigada, y contra los comandantes, oficiales, suboficiales y soldados de los batallones de la brigada en donde ejercen sus funciones.

CAPÍTULO V

Juzgados de primera instancia para la Armada Nacional

Artículo 244. Inspección general de la Armada Nacional. La inspección general de la Armada Nacional, salvo lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 234 de este código, conoce en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales e infantes de Marina del cuartel general del comando de la Armada Nacional, comando de Infantería de Marina, comando Fuerza Naval Fluvial, la dirección marítima, Batallón Policía Naval número 27, Batallón Fluvial de Infantería número 51, comando de guardacostas, comando de aviación naval, flotilla fluvial del oriente, flotilla fluvial del Magdalena, y contra oficiales, suboficiales, e infantes de marina cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juzgado.

Artículo 245. Juzgados de Fuerza Naval del Atlántico. Los juzgados militares de la Fuerza Naval del Atlántico conocen en primera instancia, salvo lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 234 de este código, de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales e infantes de Marina del cuartel general del comando de la fuerza, bases navales, Escuela Naval de Cadetes, Escuela Naval de Suboficiales, flotillas de superficie, batallones de policía naval militar, batallones de fuerzas especiales de infantería de marina, batallones de infantería de marina, comandos de guardacostas, grupos aeronavales, y centros de investigaciones oceanográficas e hidrográficas ubicados en la jurisdicción de la fuerza.

Artículo 246. Juzgados de Fuerza Naval del Pacífico. Los juzgados militares de la Fuerza Naval del Pacífico conocen en primera instancia, salvo lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 234 de este código, de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales e infantes de Marina del cuartel general del comando de la fuerza, bases navales, flotillas de superficie, escuelas, bases o centros de entrenamiento, comandos guardacostas, grupos aeronavales, y centros de control de contaminación ubicados en la jurisdicción de la fuerza.

Artículo 247. Juzgados de Fuerza Naval del Sur. Los juzgados militares de la Fuerza Naval del Sur conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales e infantes de marina del cuartel general del comando de la fuerza, bases navales, apostaderos fluviales, y batallones de fusileros de infantería de marina, batallones de Policía Naval Militar,

batallones de fuerzas especiales de Infantería de Marina ubicados en la jurisdicción de la fuerza.

Artículo 248. Juzgados de brigada de Infantería de Marina. Los juzgados militares de brigada de Infantería de Marina, conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales e infantes de marina del cuartel general del comando de la brigada, batallones de Infantería de Marina, batallones de Policía Naval Militar, batallones de fuerzas especiales de Infantería de Marina, y escuelas, bases o centros de capacitación ubicados en la jurisdicción de la respectiva brigada.

Artículo 249. Juzgados del Comando Específico de San Andrés y Providencia. Los juzgados del Comando Específico de San Andrés y Providencia conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales e infantes de marina del cuartel general del comando, apostaderos navales, batallones de fusileros de Infantería de Marina, batallones de Policía Naval Militar, batallones de fuerzas especiales de Infantería de Marina, grupos aeronavales y estaciones de guardacostas ubicados en la jurisdicción del comando específico.

CAPÍTULO VI

Juzgados de primera instancia para la Fuerza Aérea

Artículo 250. Inspección general de la Fuerza Aérea. La inspección general de la Fuerza Aérea, conoce en primera instancia, salvo lo previsto en el numeral 3° del artículo 234 de este código, de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales y soldados del cuartel general del comando de la Fuerza Aérea, comandantes de comandos aéreos, bases aéreas, grupos aéreos, directores de escuelas de formación, capacitación o técnicas de la Fuerza Aérea y comandante de Infantería de Aviación.

Igualmente conoce en primera instancia de los procesos penales militares contra los oficiales, suboficiales y soldados de la misma fuerza, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juzgado.

Artículo 251. Juzgado militar de comando aéreo. Los juzgados militares de comando aéreo, conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales y soldados del respectivo comando aéreo.

Artículo 252. Juzgados militares de base aérea. Los juzgados militares de base aérea, conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales y soldados de la respectiva base aérea.

Artículo 253. Juzgado militar de grupo aéreo. Los juzgados militares de grupo aéreo conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales y soldados del respectivo grupo aéreo.

Artículo 254. Juzgado militar de escuelas de formación, capacitación y técnicas. Los juzgados militares de escuelas de formación o capacitación y técnicas conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra

oficiales, suboficiales, alumnos y soldados de las respectivas escuelas.

CAPÍTULO VII **Juzgados de primera instancia para** **la Policía Nacional**

Artículo 255. Juzgado de la Dirección General de la Policía Nacional. El juzgado de la Dirección General de la Policía Nacional conoce en primera instancia, salvo lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 234 de este código, de los procesos penales que se adelanten contra comandantes de departamentos de Policía, comandantes de policías metropolitanas, directores de escuelas de formación, capacitación y técnicas y contra oficiales superiores de la Policía Nacional.

Artículo 256. Inspección general de la Policía Nacional. La inspección general de la Policía Nacional, conoce en primera instancia de los procesos penales que se adelanten contra oficiales subalternos, suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes, y personal que preste el servicio militar orgánicos de la dirección general; así como contra los (alumnos)*, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Escuela Nacional de Policía General Santander, y centro de estudios superiores de la Policía Nacional; y, además, de los procesos contra el personal policial cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juzgado.

(Nota: La expresión “alumnos” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1214 de 2001).

Artículo 276. Juzgados de policías metropolitanas. Los juzgados de policías metropolitanas, conocerán en primera instancia de los procesos penales, contra suboficiales, personal de nivel ejecutivo, agentes de la Policía Nacional y personal que preste el servicio militar en la respectiva unidad metropolitana.

Artículo 258. Juzgados de departamento de policía. Los juzgados de departamento de policía, conocerán en primera instancia de los procesos penales que se adelanten contra, suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes de la Policía Nacional y personal que preste el servicio militar en las diversas unidades policiales que se les asigne territorialmente, así como de los procesos penales que se adelanten contra los (alumnos)*, suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes y personal que preste el servicio militar, orgánicos de las escuelas de formación, capacitación y técnicas que se encuentren en la jurisdicción, de conformidad con la organización administrativa que fije la ley.

***(Nota: La expresión “alumnos” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1214 de 2001).**

CAPÍTULO VIII **Otros juzgados de primera instancia**

Artículo 259. Juzgado de comando unificado. El juzgado militar de comando unificado, conoce en primera instancia de los procesos penales militares contra oficiales, suboficiales y soldados del cuartel general del comando unificado y contra los comandantes, oficiales, suboficiales

y soldados de los componentes orgánicos del mismo.

CAPÍTULO IX **Fiscales penales militares**

Artículo 260. Fiscales penales militares. Los fiscales penales militares ejercerán la función de calificación y acusación en el proceso penal militar, y ejercerán sus funciones ante el Tribunal Superior Militar y los juzgados de conocimiento de manera ordinaria y permanente en cada una de las instancias de conformidad con lo previsto en este código.

Artículo 261. Funciones de los fiscales penales militares ante el tribunal superior militar. Corresponde a los fiscales penales militares ante el tribunal superior militar:

1. Calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, por delitos cuyo juzgamiento esté atribuido en primera instancia al Tribunal Superior Militar.
2. Resolver los recursos de apelación y de hecho interpuestos contra las decisiones proferidas por los fiscales penales militares ante los juzgados de primera instancia y de la consulta de las cesaciones de procedimiento proferidas por los mismos fiscales.
3. Dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre los fiscales penales militares ante los juzgados de primera instancia.
4. Resolver los impedimentos y recusaciones de los fiscales penales militares ante los juzgados de primera instancia.

Artículo 262. Funciones de los fiscales penales militares ante los juzgados de primera instancia. Corresponde a los fiscales penales militares ante los juzgados de primera instancia, calificar y acusar si a ello hubiere lugar, por delitos cuyo juzgamiento esté atribuido a los jueces de conocimiento ante quienes ejercen su función, de conformidad con lo dispuesto en este código.

CAPÍTULO X **Funcionarios de instrucción**

Artículo 263. Quiénes son funcionarios de instrucción. Son funcionarios de instrucción penal militar:

1. Los magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
2. Los magistrados del Tribunal Superior Militar.
3. Los jueces de instrucción Penal Militar.
4. Los auditores de guerra, que en casos especiales sean designados por el respectivo juez de instancia.

(Nota: El numeral 4 del presente artículo fue declarado executable condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-182 de 2003, en el entendido de que cuando el auditor de guerra ha actuado en la etapa de instrucción no podrá ejercer funciones de asesoría ni elaborar proyectos de fallo durante la etapa de juzgamiento en el mismo proceso.)

Artículo 264. Competencia de los funcionarios de instrucción penal militar. Los jueces de instrucción penal militar tienen competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la justicia penal militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho.

Artículo 265. Medidas para evitar la evasión del imputado. Cuando los delitos se realicen durante la navegación o en desarrollo de operaciones en áreas inhóspitas o no existiendo juez competente en el lugar de los hechos, el superior al mando podrá únicamente tomar las medidas que sean estrictamente necesarias para evitar la evasión del imputado, mientras pueda ponerlo —a la mayor brevedad posible— a disposición del juez competente.

Artículo 266. Unidades de instrucción. Cuando la naturaleza y complejidad del hecho así lo exija, el Comandante General de las Fuerzas Militares o el Director General de la Policía Nacional, según el caso, podrán conformar unidades de instrucción integradas por varios jueces.

Sin embargo, uno de los jueces será designado como director de la unidad y suscribirá las providencias que se dicten bajo su responsabilidad.

CAPÍTULO XI **Audidores de guerra**

Artículo 267. Funciones. Los auditores de guerra, son asesores jurídicos de los juzgados de primera instancia; deben rendir los conceptos que se les requiera, elaborar los proyectos de decisión, asesorar las cortes marciales y los demás juzgamientos que aquellos realicen.

Todos los proyectos y conceptos de los auditores de guerra deben ser filmados por los mismos y no son de forzosa aceptación.

CAPÍTULO XII **Comisiones**

Artículo 268. Comisiones. Para la práctica de diligencias la Corte Suprema de Justicia podrá comisionar a cualquier funcionario judicial o a sus magistrados auxiliares.

El Tribunal Superior Militar y los jueces de primera instancia, podrán comisionar para la práctica de pruebas y diligencias, exclusivamente, a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría.

Los jueces de instrucción penal militar, podrán comisionar para los mismos fines, a funcionarios de inferior o igual categoría fuera de su sede.

El auto mediante el cual se comisiona establecerá con precisión las diligencias que deben practicarse y el término dentro del cual han de realizarse. En caso de indagatoria se anexará el cuestionario correspondiente.

En ningún caso la comisión implica facultad para resolver la situación jurídica del procesado.

CAPÍTULO XIII **Cambio de radicación**

Artículo 269. Finalidad y procedencia. El cambio de radicación podrá disponerse cuando, en el

territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal.

Artículo 270. Solicitud de cambio. Antes de proferirse el fallo de primera instancia, podrá solicitarse el cambio de radicación por cualquiera de los sujetos procesales, ante el juez que esté conociendo el proceso, quien enviará la solicitud con sus anexos al Tribunal Superior Militar.

Artículo 271. Trámite. La solicitud debe ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda. El superior tendrá tres (3) días para decidir, mediante auto contra el cual no procede recurso alguno.

Artículo 272. Fijación del sitio para continuar. El Tribunal Superior Militar, al disponer el cambio de radicación, señalará el juzgado del lugar donde deba continuar el proceso. Cuando el cambio obedezca a razones de orden público, se obtendrá del Comando General de las Fuerzas Militares o del Director General de la Policía Nacional a, según el caso, si fuere necesario, informe sobre los diferentes sitios donde no sea conveniente la radicación.

TÍTULO CUARTO **INCIDENTES** **CAPÍTULO I**

Colisión de competencias

Artículo 273. Noción. Hay colisión de competencias cuando dos (2) o más jueces de conocimiento o fiscales, reclaman que a cada uno de ellos corresponde exclusivamente el conocimiento o tramitación de un proceso penal, o cuando se niegan a conocer de él por estimar que no es de la competencia de ninguno de ellos.

Artículo 274. Procedimiento. La colisión puede ser provocada de oficio o a solicitud de parte. Quien la suscite se dirigirá al otro juez o fiscal, exponiendo los motivos que tiene para conocer o no. Si éste acepta, asumirá el conocimiento; en caso contrario, enviará el proceso al Tribunal Superior Militar, o al fiscal ante esta corporación o a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que allí se decida de plano, según el caso.

Artículo 275. Solicitud y trámite. Cualquiera de las partes puede solicitar que se suscite la colisión, por medio de memorial dirigido al juez o al fiscal que esté conociendo o tramitando, o al que considere competente para conocer o tramitar. Si el que recibe la solicitud la encuentra fundada, debe provocar la colisión.

Artículo 276. Colisión durante la investigación y el juzgamiento. Si la colisión de competencia se provoca durante la investigación, no se suspenderá ésta ni se anulará lo actuado, cualquiera que sea la decisión.

Si la colisión se provoca durante el juzgamiento, se suspenderá éste mientras se decide aquélla, pero las nulidades a que hubiere lugar sólo

podrán ser decretadas por el juez en quien quede radicada la competencia.

CAPÍTULO II **Impedimentos y recusaciones**

Artículo 277. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

1. Tener el juez, el fiscal o el magistrado, el cónyuge o compañero o compañera permanente o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés en el proceso.
2. Ser el juez, el fiscal o el magistrado, acreedor o deudor de alguna de las partes.
3. Ser el juez, el fiscal o el magistrado, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del apoderado o defensor de alguna de las partes.
4. Ser o haber sido el juez, el fiscal o el magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o ser o haber sido contraparte de cualquiera de ellos, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso, o haber sido perito o testigo en el mismo, o haber sido denunciante o querellante.
5. Existir enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes y el juez, fiscal o magistrado.
6. Ser o haber sido el juez fiscal o magistrado, tutor, curador o pupilo de alguna de las partes.
7. Haber dictado la providencia de cuya revisión se trata, o haber intervenido como integrante de corte marcial dentro de un mismo proceso o ser el juez, fiscal o magistrado pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del inferior que dictó la providencia que se va a revisar, o haber proferido la resolución acusatoria.
8. Dejar el juez, el fiscal o el magistrado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.
9. Ser alguna de las partes, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus hijos, dependientes del juez, el fiscal o el magistrado.
10. Ser el juez, el fiscal o el magistrado, su cónyuge, compañero o compañera permanente, socio de alguna de las partes en sociedad colectiva o de responsabilidad limitada, en comandita simple o de hecho.
11. Ser el juez, el fiscal o el magistrado heredero o legatario de alguno de los sujetos procesales o serlo su cónyuge, compañero o compañera permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
12. Haber estado el juez, fiscal o magistrado vinculado legalmente a una investigación penal o disciplinaria por denuncia o queja

formulada, antes de iniciarse el proceso, por alguna de las partes.

13. (Nota: Adicionado por la Ley 1765 de 2015 artículo 121)

Artículo 278. Impedimento o recusación de otros funcionarios y empleados. Las causales de impedimento de los jueces, fiscales o magistrados se refieren igualmente a los agentes del Ministerio Público, secretarios de los juzgados, fiscalías y tribunal quienes pondrán en conocimiento del respectivo procurador delegado, del juez, del fiscal o magistrado correspondiente el impedimento que existe, sin perjuicio que los interesados puedan recusarlos.

Artículo 279. Quiénes conocen. De los impedimentos y recusaciones de los jueces de instrucción penal militar y de los jueces de instancia, conoce el Tribunal Superior Militar. De los impedimentos y recusaciones de los secretarios, el respectivo juez o fiscal.

De los agentes del Ministerio Público el respectivo procurador delegado; los de los auditores de guerra el respectivo juez de instancia. Los de los fiscales ante los juzgados de primera instancia, conocerá el respectivo fiscal ante el Tribunal Superior Militar.

El competente resolverá de plano y contra la decisión que pronuncie no procede recurso alguno.

Cuando el impedido o recusado fuere un fiscal penal militar ante el Tribunal Superior Militar, resolverá de plano el fiscal, que le siga en orden alfabético de apellidos; si fuere aceptado el impedimento o prospera la recusación, continuará conociendo del proceso; en caso contrario devolverá la actuación al impedido o recusado.

Artículo 280. Comunicación y designación. Cuando se acepte el impedimento o recusación, quien resuelve sobre el incidente designa el reemplazo. Empero, tratándose de los impedimentos y recusaciones de los jueces de instrucción penal militar y de primera instancia, se comunicará al presidente del Tribunal Superior Militar, quien procederá a efectuar la designación.

Artículo 281. Trámite. Cuando sea un magistrado del Tribunal Superior Militar, el impedido o recusado manifestará esta circunstancia en el auto en que ordene pasar el proceso a quien en su sala le siga en orden alfabético de apellidos, para que decida el impedimento por auto interlocutorio. Si el magistrado hallare fundado el impedimento, continuará conociendo del asunto que se decidirá con la intervención de un magistrado de las otras salas, escogido a la suerte.

Si no se acepta, se le devolverá el proceso para que continúe conociendo.

De los impedimentos y recusaciones del secretario del Tribunal Superior Militar conocerá el magistrado ponente. Si se acepta, así lo declarará y será reemplazado por el oficial mayor de la corporación.

Artículo 282. Recusación y trámite. Al funcionario que no se declare impedido, las partes podrán

recusarlo en cualquier momento, antes de entrar al proceso al despacho para sentencia.

La recusación se propondrá por escrito, acompañado de las pruebas, en el que se expongan los motivos de acuerdo con la causal alegada.

Si el recusado acepta, pasará el expediente a quien corresponda para el fallo del proceso; en caso contrario se sigue el procedimiento señalado en las normas precedentes.

Artículo 283. Suspensión del juicio y continuación de la instrucción. Desde que se presente la recusación o se manifieste impedido el funcionario, hasta cuando se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso si estuviere en estado de calificación o de juicio. Si estuviere en instrucción, se continuará la actuación.

Artículo 284. Improcedencia del impedimento o recusación. No están impedidos ni son recusables en el trámite del incidente los funcionarios a quienes corresponda su decisión.

CAPÍTULO III Acumulaciones

Artículo 285. Procedencia. La acumulación procede en los procesos penales militares, cuando contra un sujeto se estuvieren siguiendo dos o más procesos, aunque en éstos figuren otros procesados.

Artículo 286. Oportunidad y competencia. En los procesos que se sigan por el procedimiento de cortes marciales es procedente la acumulación, desde la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la iniciación de la audiencia y será competente la corte marcial en que se haya proferido primero resolución de acusación.

En el procedimiento especial, desde el auto de iniciación del juicio hasta el auto de traslado a las partes para concepto y alegato y será competente el juez que primero haya dictado el auto de iniciación del juicio.

Si uno de los delitos materia de acumulación está sometido al procedimiento de las cortes marciales y otro u otros no, se seguirá el trámite correspondiente a aquéllos.

Artículo 287. Petición de informes. Si el juez que conoce de un proceso tiene noticias de que en otro despacho cursa otro proceso de aquellos que deben acumularse, pedirá informe al despacho respectivo y éste deberá contestar dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que recibió la petición. Dicho informe contendrá todos los datos necesarios para establecer la pertinencia de la acumulación.

Artículo 288. Decisión sobre acumulación. Recibido el informe o la propuesta de la acumulación, el juez resolverá de plano sobre su procedencia o improcedencia. Contra dicha decisión no procede recurso alguno. Actuará como fiscal el del proceso en que se haya proferido primero resolución de acusación.

Artículo 289. Suspensión de procesos. Decretada la acumulación, se suspenderá el proceso o procesos que se hallaren más adelantados, hasta

lograr la uniformidad en el estado procesal que permita continuarlo simultáneamente.

TÍTULO QUINTO SUJETOS PROCESALES CAPÍTULO I Ministerio Público

Artículo 290. Funciones especiales del Ministerio Público. Corresponde al agente del Ministerio Público en la organización de la justicia penal militar como sujeto procesal, sin perjuicio de las demás que le correspondan en el ejercicio de la función de control, las siguientes atribuciones:

1. Garantizar que en todas las actuaciones se respeten los derechos humanos y el cumplimiento de las garantías del debido proceso.
2. Velar porque en los casos de desistimiento, los sujetos procesales actúen libremente.
3. Solicitar la cesación de procedimiento cuando considere que se reúnan los presupuestos necesarios para adoptar esta decisión.
4. Intervenir en todos los juzgamientos que se realicen en el proceso Penal Militar, para solicitar la absolución o la condena de los procesados, según sea el caso.
5. Vigilar el cumplimiento de las diversas obligaciones y condiciones impuestas por los jueces en los casos de otorgamiento de beneficios, excarcelaciones, subrogados, cauciones, presentaciones y demás compromisos.
6. Controlar que se cumpla en todo momento con el principio general según el cual debe existir separación entre jurisdicción y comando para los jueces.
7. Velar por la debida garantía, a las víctimas, de su derecho de real acceso a la justicia.
8. Solicitar la práctica de pruebas o aportarlas cuando sean pertinentes o conducentes.

Las funciones previstas en los numerales 3º, 4º, y 8º de este artículo sólo procederán cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

Artículo 291. Quiénes ejercen el Ministerio Público. El Ministerio Público ante la justicia penal militar se ejerce por el Procurador General de la Nación y sus delegados o agentes.

CAPÍTULO II Fiscalía Penal Militar

Artículo 292. Fiscales penales militares. Los fiscales penales militares tendrán la calidad de sujetos procesales y ejercerán sus funciones ante el Tribunal Superior Militar y los jueces de conocimiento de manera ordinaria y permanente, de conformidad con lo previsto en este código.

CAPÍTULO III Procesado

Artículo 293. *Imputado y procesado. Quien haya rendido versión libre tendrá la calidad de imputado.*

La condición de procesado se adquiere a partir de la vinculación al proceso mediante indagatoria o declaración judicial de persona ausente.

Artículo 294. *Derecho a nombrar defensor. Desde el momento de la captura o desde que se inicie la indagación preliminar o formal investigación, el imputado o procesado tendrá derecho a designar un defensor que le asista en toda la actuación procesal, el recurso extraordinario de casación y la acción de revisión.*

El defensor que se designa se entenderá que tiene facultades de actuar como tal hasta la finalización del proceso, incluyendo los recursos extraordinarios.

Artículo 294. *Derecho del procesado a su defensa. El imputado o procesado, directamente, podrá solicitar la práctica de pruebas, interponer recursos, desistir, solicitar excarcelación, subrogados penales, actuar en las diligencias e intervenir en todos los casos autorizados por la ley.*

Cuando existan peticiones encontradas entre el procesado y su defensor, prevalecerán estas últimas, siempre y cuando no se quebranten los derechos y garantías fundamentales.

Artículo 296. *Deber de establecer la identidad del procesado. El juez está en la obligación de establecer plenamente la identidad de todo imputado o procesado, para lo cual practicará las pruebas que sean necesarias. Sin embargo, la imposibilidad de lograr la identificación con el verdadero nombre y apellido o con las restantes generalidades, no impedirá el que se adelante la instrucción, se califique o se produzca fallo definitivo, siempre y cuando no exista duda sobre su individualización física.*

CAPÍTULO IV Defensor

Artículo 297. *Abogado titulado. Salvo las excepciones legales, para intervenir como defensor, se requiere ser abogado titulado.*

Artículo 298. *Oportunidad del nombramiento de defensor. El miembro de la fuerza pública podrá designar su defensor en cualquier momento del proceso, mediante poder presentado personalmente ante autoridad competente y dirigido al funcionario respectivo, quien desplazará al que haya sido designado por el juez.*

Artículo 299. *Defensoría de oficio. Cuando en el lugar donde se adelante la actuación procesal no exista defensor público o el sindicado no lo designe defensor, se le nombrará de oficio.*

Artículo 300. *Incompatibilidades en la defensa. El defensor no podrá representar a dos o más imputados o sindicados cuando entre ellos existieren o sobrevinieren intereses contrarios o incompatibles. Cuando se presente la*

contradicción o incompatibilidad o el juez se entere de ella, procederá a declararla, mediante auto contra el cual procede recurso de reposición. La providencia se notificará personalmente a los imputados o sindicados capturados o privados de la libertad y al defensor.

Artículo 301. *Sustitución del poder. El defensor podrá sustituir el poder con expresa autorización del procesado. Pero, bajo su responsabilidad, podrá designar un abogado suplente.*

Artículo 302. *Obligatoriedad del cargo de defensor de oficio. El cargo de defensor de oficio es de forzosa aceptación. Sólo podrá excusarse por enfermedad grave o habitual, incompatibilidad de intereses o tener a su cargo tres o más defensas de oficio.*

Artículo 303. *Incumplimiento de deberes del defensor de oficio. El defensor de oficio que sin justa causa no cumpla con los deberes que el cargo le impone, será requerido por el juez para que lo ejerza o desempeñe cabalmente, conminándole con multa hasta de dos (2) salarios mínimos legales mensuales, que impondrá cada vez que se presente renuencia.*

Artículo 304. *Presentación de pruebas. El defensor, en ejercicio del cargo, podrá presentar directamente pruebas en las investigaciones y procesos penales, las que se incorporan mediante providencia de mera sustanciación, siempre y cuando sean conducentes y pertinentes.*

En caso de rechazo de la prueba aportada directamente, se determinará mediante providencia motivada, contra la cual proceden los recursos ordinarios.

CAPÍTULO V Parte civil

Artículo 305. *Constitución de parte civil. La constitución de parte civil en el proceso penal militar tiene por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos. Esta podrá constituirse por el perjudicado con el delito y por intermedio de abogado titulado, desde el momento de la apertura de la investigación hasta antes de que se dicte el auto que señala fecha y hora para la iniciación de la audiencia pública de juzgamiento.*

***{Nota: Declarado exequible condicionalmente el presente artículo por la Corte Constitucional en Sentencia C-1149 de 2001, bajo el entendido de que puede buscar otros fines como la justicia, el efectivo acceso a ella y la reparación del daño, salvo la expresión "exclusivo el impulso procesal para", que se declara inexecutable.}**

Artículo 306. *Requisitos de la demanda de parte civil. La demanda de constitución de parte civil, deberá contener:*

1. Nombre, domicilio, identidad de la persona que demanda.
2. Nombre, domicilio, grado e identificación del miembro de la fuerza pública procesado.
3. Relación de hechos que se consideren constitutivos del delito.

4. Fundamentos jurídicos de la demanda.

5. Solicitud de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes y presentación de las que se encuentren en su poder.

De no cumplirse los requisitos establecidos en el presente artículo, el juez señalará los defectos de que adolezca la demanda, para que el demandante los subsane en el término de diez (10) días. Si no lo hiciere, rechazará la demanda.

Contra el auto que inadmite la demanda, procede el recurso de reposición. Contra el auto que la rechaza, procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo. Si el rechazo se produce en la etapa del juicio, será en el efecto suspensivo.

Artículo 307. Rechazo de la demanda. La demanda sólo podrá ser rechazada en caso de ilegitimidad de personería del demandante.

Artículo 308. Actuación en cuaderno principal. Las pruebas aportadas o solicitadas por la parte civil, formarán parte del cuaderno principal.

Artículo 309. Facultades de la parte civil. Admitida la demanda de parte civil, ésta quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho punible, la identidad de los autores o partícipes, y su responsabilidad. Podrá igualmente interponer recursos contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata este artículo.

Artículo 310. Limitaciones procesales de la parte civil. Para los efectos del artículo 74 de la Constitución Política, los documentos clasificados o reservados de la fuerza pública que se requieran para un proceso penal militar, se llevarán en cuaderno separado *(y éstos no podrán ser conocidos por la parte civil)*.

NOTA: La Corte Constitucional en Sentencia C-228 de marzo 18 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán, declaró INEXEQUIBLE la expresión “y estos no podrán ser conocidos por la parte civil” del presente artículo.

TÍTULO SEXTO

ACTUACIÓN PROCESAL

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 311. Utilización de medios técnicos. En la actuación procesal se podrán utilizar medios científicos y técnicos en general, que la ciencia ofrezca a la investigación y que no atenten contra la dignidad humana ni menoscaben las garantías fundamentales del debido proceso.

Artículo 312. Ininterrupción de la actuación sumaria. Todos los días y horas son hábiles para practicar diligencias en la investigación sumaria, y los términos legales y judiciales no se suspenden por la interposición de día feriado durante ella.

Cuando el juez determine realizar diligencias o practicar pruebas en horas diferentes a las ordinarias o en días feriados, deberá notificar este hecho personalmente a los sujetos procesales.

Artículo 313. Actuación escrita y en castellano. Toda actuación debe extenderse por escrito, en duplicado y en idioma castellano. La persona que no supiere expresarse en dicho idioma, lo hará por medio de intérprete. Lo anterior no obsta para que las diligencias puedan ser recogidas y conservadas en sistemas de audio y/o video; si fuere necesario, el contenido de ellas se llevará por escrito al proceso previa certificación del juez.

Artículo 314. Oralidad. La persona a quien interroge el juez, bien sea como procesado o como testigo, debe responder oralmente, sin leer ni dictar declaraciones escritas. Con todo, el juez le puede permitir, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos y las circunstancias de la investigación y haciendo de ello mención en el acta, que antes de contestar verbalmente, consulte documentos que puedan facilitar la evocación y narración de los hechos.

Artículo 315. Firma de las actas o documentos. Toda actuación judicial debe quedar consignada en actas o documentos con las firmas autógrafas de las personas que hayan intervenido. Si la persona no sabe, no puede, o no quiere firmar, se le tomará impresión digital, y en todo caso firmará por ella un testigo, de lo cual se dejará constancia si la diligencia fuere grabada, se levantará acta en la que conste fecha y hora de su realización, la cual será suscrita por quienes tomaron parte en la diligencia.

Artículo 316. Requisitos formales de la actuación. Toda actuación en el proceso penal debe empezar con el nombre de la entidad que la practica, con indicación de lugar, hora, día, mes y año en que se realice y debe ser firmada por el correspondiente titular.

Si se trata de resolución, auto o sentencia deberá llevar la firma del juez y su secretario.

Artículo 317. Actas. De todo acto procesal se extenderá acta que se escribirá a medida que se vaya practicando, salvo las previsiones especiales.

Antes de firmar la diligencia, será leída por las personas que deben suscribirla y por el secretario en voz alta, si alguna de ellas no supiere leer.

Si se observare inexactitud, oscuridad, adición o deficiencia, se hará constar, con las rectificaciones y aclaraciones pertinentes.

En las actuaciones escritas no deberá dejarse espacio, ni hacerse enmiendas, abreviaturas o raspaduras. Los errores o faltas que se observen se salvarán al terminarlas.

Artículo 318. Reconstrucción de expedientes perdidos o destruidos. Establecida la pérdida o destrucción de un expediente en curso, el juez que estuviere conociendo de él, inmediatamente deberá practicar todas las diligencias necesarias para su reconstrucción.

Los sujetos procesales, previa orden del juez correspondiente, están en la obligación de entregar sin dilación, las diligencias y providencias que tuvieren en su poder.

Con base en los datos obtenidos y copias del archivo del despacho, se practicarán las diligencias indispensables para su reconstrucción.

Artículo 319. Copias auténticas. La copia auténtica de acto procesal o la que careciendo de esta formalidad no fuere objetada, será idónea para la reconstrucción del expediente.

Artículo 320. Presunción. Las copias de las providencias judiciales hacen presumir la existencia de la actuación a que ellas se refieren y de las pruebas en que se fundan.

Artículo 321. Proceso con detenido. Quien estuviere privado de la libertad, en proceso perdido o destruido, continuará en tal situación con fundamento en la providencia que así lo hubiere dispuesto.

Artículo 322. Imposibilidad de reconstrucción. El proceso que no pudiese ser reconstruido, podrá ser reiniciado oficiosamente o a petición del querellante, quien deberá aportar copia de la querrela.

Artículo 323. Excarcelación. Cuando se requiera la reconstrucción del expediente, los procesados podrán solicitar su excarcelación, si pasados ciento veinte (120) días de la privación efectiva de su libertad, no se hubiere proferido resolución de acusación o auto de iniciación del juicio, según el caso.

Artículo 324. Actuación posterior a la reconstrucción. El juez que adelante la reconstrucción, dará noticia a las autoridades correspondientes para el inicio de las respectivas acciones disciplinarias y penales a que hubiere lugar por la pérdida o destrucción del expediente, si no fuere el competente para iniciarlas.

Artículo 325. Suspensión de la actuación procesal. Cuando haya causa que lo justifique, el juez podrá suspender el desarrollo de la actuación procesal ordenando el día y la hora en que deba continuarse.

Artículo 326. Inexistencia de diligencias. Para todos los efectos procesales se considerará inexistente la diligencia practicada con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor. El juez le comunicará a éste oportunamente el día y hora de las diligencias, y si no compareciere, le designará defensor de oficio.

Cuando esté en peligro de muerte el imputado o procesado y sea indispensable realizar diligencia con su intervención, el juez puede omitir la comunicación a su apoderado o defensor y nombrar de oficio a cualquier otro.

Artículo 327. Obligación de comparecer. Salvo las excepciones legales, toda persona citada tiene la obligación de comparecer ante el juez. En caso de desobediencia, el juez ordenará a la autoridad correspondiente la conducción del renuente, para realizar el acto procesal y le impondrá, si no justifica su incumplimiento, arresto inmutable hasta por diez (10) días.

Artículo 328. Forma de las citaciones. Las citaciones podrán hacerse por los medios y en la forma que el juez considere eficaces, siempre que no se menoscaben los derechos y garantías fundamentales.

Artículo 329. Otras obligaciones. Toda persona que con cualquier carácter comparezca al

proceso penal, está en la obligación de indicar el lugar a donde se le puedan dirigir las citaciones si nuevamente se requiere su comparecencia y dar aviso de cualquier cambio al respecto. La renuencia a declarar el lugar o la inexactitud al respecto se sancionará con arresto inmutable hasta por diez (10) días.

Artículo 330. Imposición de sanciones. Las sanciones a que se refieren los artículos anteriores serán impuestas por el juez que adelanta el proceso o cumpla la comisión, mediante providencia motivada, contra la cual sólo procede el recurso de reposición y con fundamento en informe juramentado del funcionario o empleado del despacho a quien le consten los hechos.

Artículo 331. Amonestación previa a la promesa o juramento. Toda autoridad a quien corresponda tomar promesa o juramento, amonestará previamente a quien deba prestarlo, acerca de la importancia legal y moral del acto, de las sanciones establecidas contra los que declaren falsamente, leyéndole los artículos correspondientes y la fórmula respectiva. El juramento o promesa se prestará con las palabras "lo juro" o "lo prometo", según el caso.

Artículo 332. Fórmulas de la promesa o juramento. La fórmula de la promesa o juramento, según los casos, será la siguiente:

Para los oficiales testigos: "¿Promete usted, por su honor militar (o policial), decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir?".

Para los peritos: "¿Promete usted, por su honor o jura según el caso, proceder fielmente en las investigaciones que se le confíen, hacer lo posible para llegar al conocimiento de la verdad y para declarar ésta sin exageraciones ni reticencias, sin ambigüedades ni eufemismos?".

Para otros testigos: "¿A sabiendas de la responsabilidad que asume con el juramento, jura decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir?".

Para los intérpretes: "¿A sabiendas de la responsabilidad que asume con el juramento o promesa, jura o promete explicar y traducir fielmente las preguntas a la persona que va a ser interrogada por su conducto y transmitir exactamente las respuestas?".

Para los defensores: "¿A sabiendas de la responsabilidad que asume con el juramento, jura cumplir bien y fielmente con los deberes de su cargo?".

CAPÍTULO II Resoluciones, autos y sentencias

Artículo 333. Clasificación. Las providencias que se dictan en el proceso penal militar se denominan:

1. Sentencias, si deciden el objeto del proceso, previo el agotamiento del trámite de la instancia o de la casación.
2. Autos o resoluciones interlocutorias, si resuelven un incidente o cuestión de fondo en el curso de la actuación procesal, de modo tal

que nieguen, reconozcan, alteren o modifiquen un derecho de los sujetos procesales.

Autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los previstos por la ley para dar curso a la actuación procesal.

Artículo 334. Requisitos de la sentencia. La sentencia debe contener:

1. Un resumen de los hechos investigados.
2. Identificación o individualización del procesado o procesados.
3. Un resumen de los alegatos presentados por las partes con el correspondiente análisis valorativo.
4. Análisis y valoración jurídica de las pruebas que sirvan de fundamento a la decisión.
5. Los fundamentos jurídicos de la imputación que se haga al procesado o a cada uno de los procesados.
6. Los fundamentos jurídicos del fallo absolutorio, en su caso.
7. Resolución de condena a la pena principal y a las accesorias que correspondan en cada caso.
8. La suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, cuando a ello hubiere lugar.
9. La especificación concreta y clara de los factores de dosimetría penal.

La parte resolutive de la sentencia estará precedida de las siguientes palabras: "Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley".

Artículo 335. Irreformabilidad de la sentencia. La sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, salvo en caso de error aritmético, o sobre el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive. En cualquiera de estos casos el juez, de oficio o a petición de parte, dentro del término de ejecutoria procederá a efectuar las correcciones, aclaraciones o adiciones pertinentes.

Artículo 336. Contenido de los autos interlocutorios. Los autos interlocutorios contendrán una síntesis de los hechos, las consideraciones jurídicas, el análisis de las pruebas, los fundamentos legales concretos que sustentan la decisión y la resolución que corresponda.

Artículo 337. Providencias del Tribunal Superior Militar. Los autos de sustanciación serán proferidos por el magistrado ponente. Las sentencias y los autos interlocutorios por la respectiva sala de decisión.

Las decisiones se tomarán por mayoría de votos. El magistrado disidente, sea de la parte motiva o resolutive, tiene la obligación de salvar su voto, dentro de los dos (2) días siguientes a la firma de la providencia.

Si el proyecto del ponente no fuere acogido, la parte motiva del mismo se constituirá en salvamento de voto.

Artículo 338. Prohibición de calificaciones ofensivas a los intervinientes en el proceso. En ningún caso le será permitido al juez, al agente del Ministerio Público o a cualquier persona que intervenga en el proceso hacer calificaciones ofensivas respecto de los sujetos procesales y demás personas intervinientes en el mismo.

Artículo 339. Copia auténtica de providencia para archivo. De todas las sentencias y de los autos interlocutorios que se dicten en el proceso, se dejará copia o duplicado auténtico en el respectivo despacho judicial.

CAPÍTULO III Notificaciones

Artículo 340. Providencias judiciales que se notifican. Se notificarán las siguientes providencias, además de las expresamente señaladas en este código:

1. Las sentencias, autos de cesación de procedimiento, autos interlocutorios y resoluciones.
2. Los siguientes autos de sustanciación: el que ordena la práctica de la inspección judicial y de la prueba pericial, el que ordena poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial, el que ordena la práctica de pruebas en el juicio, el que señala la fecha y hora para la audiencia de la corte marcial, el que deniegue la concesión de un recurso, el que pone en conocimiento de las partes la prueba trasladada, los que denieguen los recursos de apelación y casación y el que declara la iniciación del juicio en el procedimiento especial.

Los autos de sustanciación no enumerados en el numeral anterior serán de cumplimiento inmediato y contra ellos no procede recurso alguno.

Artículo 341. Formas de notificación. Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado.

Artículo 342. Manera de practicarlas. La notificación personal se practicará leyendo íntegramente el auto, la resolución o la sentencia a la persona a quien se notifique o permitiendo que ésta lo haga.

Artículo 343. Notificaciones por edicto. El edicto se fijará en lugar visible de la secretaría y deberá contener:

1. La palabra *EDICTO*, en letras mayúsculas en su parte superior.
2. La designación del procesado.
3. El encabezamiento y la parte resolutive de la providencia.
4. La fecha y la hora en que se fije y la firma del secretario.

El edicto permanecerá fijado por cinco (5) días hábiles, al término de los cuales se entenderá surtida la notificación.

Artículo 344. *Notificaciones por estado.* Los demás autos se notificarán por medio de anotaciones en estado los cuales elaborará el secretario. La inserción en el estado, igualmente se hará pasados dos (2) días de la fecha del auto y en ella debe constar:

1. La indicación del proceso.
2. La identificación del procesado. Si fueren varios procesados bastará la designación del primero de ellos añadiendo la expresión "y otros".
3. La fecha del auto y el cuaderno y folio en que se halla.
4. La fecha del estado y la firma del secretario.

El estado se fijará en un lugar visible de la secretaría y permanecerá allí durante las horas de trabajo del respectivo día, si es auto de sustanciación; si es auto interlocutorio durará fijado durante las horas de trabajo del día respectivo y del día siguiente.

De las notificaciones se dejará un duplicado autorizado por el secretario; ambos ejemplares se coleccionarán por separado en orden riguroso de fechas, para su conservación en el archivo, y podrán ser examinados por las partes.

Artículo 345. *Notificación por conducta concluyente.* Cuando se hubiere omitido notificación a persona a quien debió hacerse, se entenderá cumplida para todos los efectos, si ésta hubiere interpuesto recurso contra la respectiva providencia o actuado en diligencia o trámite a que se refiere la decisión no notificada.

Artículo 346. *Notificación en estrados.* Las providencias que se dicten en el curso de las audiencias o diligencias se considerarán notificadas en ellas, aun cuando no hayan concurrido las partes, siempre que no se quebranten los derechos y garantías fundamentales.

Artículo 347. *Notificación en establecimiento carcelario.* La notificación de todo auto, resolución o sentencia a persona que se halle detenida o esté cumpliendo condena se realizará en el respectivo establecimiento de detención o pena, de lo cual se dejará constancia en la dirección o asesoría jurídica y en el proceso.

CAPÍTULO IV **Términos**

Artículo 348. *Duración.* Los términos procesales serán de horas, días, meses y años.

Artículo 349. *Prórroga.* Los términos legales o judiciales no pueden ser prorrogados, sino a petición de parte hecha antes del vencimiento, por causa grave y justificada. El juez por una sola ocasión, concederá la prórroga, que en ningún caso puede exceder de otro tanto al término ordinario.

El secretario del despacho anotará en el respectivo expediente el día en que hubiere comenzado la prórroga y el día en que termine.

Artículo 350. *Término judicial.* El juez señalará término en los casos en que la ley no lo haya hecho.

Los jueces no podrán modificar los términos legales.

Por término de la distancia se entenderá el normalmente necesario para la movilización o traslado de personas o cosas, de acuerdo con la situación y recursos disponibles.

Artículo 351. *Suspensión de términos.* Los términos se suspenderán, salvo disposiciones en contrario:

1. Durante las vacaciones colectivas.
2. Durante los días sábados, domingos, festivos y de Semana Santa, y
3. Cuando no haya despacho al público por fuerza mayor o caso fortuito.

Artículo 352. *Renuncia a términos.* Las partes en cuyo favor se consagren términos para el ejercicio de un derecho, podrán renunciar a ellos.

CAPÍTULO V **De los recursos**

Artículo 353. *Recursos ordinarios.* Contra las providencias proferidas en el proceso penal militar, proceden los recursos de reposición, apelación y de hecho, que se interpondrán por escrito, salvo disposición en contrario.

Artículo 354. *Oportunidad para interponerlos.* Salvo los casos en que la impugnación deba hacerse en estrados, los recursos podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días contados a partir de la última notificación.

Artículo 355. *Cumplimiento inmediato.* Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas de seguridad, se cumplirán de inmediato.

Si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación.

Recurso de reposición

Artículo 356. *Procedencia.* Salvo las excepciones legales el recurso de reposición procede contra las providencias de sustanciación que deban

notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instancia.

Artículo 357. Trámite. El recurso de reposición se interpondrá y sustentará por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación y se tramitará así:

1. Si el auto es de sustanciación, se resolverá de plano dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Si el auto es interlocutorio, se ordenará que la solicitud permanezca en la secretaría por el término de tres (3) días a disposición de las partes; transcurrido éste, se resolverá en los tres (3) días siguientes.

Artículo 358. Inimpugnabilidad. La providencia que decide la reposición no es susceptible de recurso alguno salvo que contenga puntos que no hayan sido decididos en la anterior, caso en el cual podrá interponerse recurso respecto de los puntos nuevos, o cuando alguno de los sujetos procesales, a consecuencia de la reposición, adquiera interés jurídico para recurrir.

Recurso de apelación

Artículo 359. Formas de interposición. El recurso de apelación puede interponerse como principal o como subsidiario del de reposición.

Artículo 360. Procedencia. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. En la audiencia, no procederá en ningún caso el recurso de apelación. Las decisiones que en ella se adopten, sólo son susceptibles del recursos de reposición.

Artículo 361. Efectos en que se concede. La apelación en el efecto devolutivo no suspende la ejecución de la providencia apelada ni la competencia del juez. El superior decide sobre el duplicado del proceso.

La apelación en el efecto suspensivo, suspende el procedimiento ante el inferior, quien debe remitir el original de todo lo actuado.

La sentencia de primera instancia, los autos de cesación de procedimiento y las resoluciones de acusación son apelables en el efecto suspensivo.

Artículo 362. Oportunidad y modo de interponerla. Las apelaciones se interpondrán así:

Contra los autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes.

Artículo 363. Sustentación. Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. En caso contrario no se concederá.

Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, se entenderá sustentado con los argumentos que se presentaron para la reposición.

El trámite del recurso en segunda instancia se surtirá en el original, cuando el expediente sea enviado por apelación o consulta de la providencia con la cual culmine la primera instancia.

Recurso de hecho

Artículo 364. Procedencia y trámite. Siempre que se deniegue el recurso de apelación, puede la parte agraviada recurrir de hecho al superior.

El que pretenda recurrir de hecho, pide reposición del auto que deniega la apelación, y en subsidio, copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su notificación y del auto que deniegue la apelación.

El secretario las expide anotando la fecha en que las entrega al solicitante.

Para admitir el recurso de hecho, se requiere que la apelación sea procedente conforme a la ley, que haya sido interpuesta en tiempo y que en tiempo también se haya pedido la reposición e interpuesto éste.

Artículo 365. Presentación ante el superior y decisión. El recurrente debe presentar al superior, dentro del término de los tres (3) días siguientes, más el de la distancia, con la copia, un escrito en el que expondrá los fundamentos que se invoquen para que se conceda la apelación denegada y el superior decidirá.

Si se estima bien denegada la apelación, enviará la actuación al inferior para que forme parte del expediente. Si concede la apelación, determinará el efecto que le corresponda y comunicará su decisión al inferior, quien deberá enviar el expediente o las copias, según el caso, para que se surta el recurso.

Artículo 366. Desistimiento de los recursos. El recurrente podrá desistir de los recursos, antes que se profiera la providencia correspondiente.

CAPÍTULO VI Consulta

Artículo 367. (Modificado).* Procedencia. La consulta procede en las siguientes providencias:

1. Sentencias absolutorias de primera instancia.
2. Autos que decreten cesación de procedimiento.

*(Nota: Modificado por la Ley 1058 de 2006 artículo 3º)

CAPÍTULO VII Recurso extraordinario de casación

Artículo 368. Procedencia. Habrá recurso de casación, contra las sentencias de segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años aun cuando la sanción impuesta sea una medida de seguridad.

El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior.

De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente puede aceptar un recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, a solicitud del Procurador General de la Nación o su delegado, o del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Artículo 369. Titulares del recurso de casación. El recurso de casación podrá ser interpuesto por el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil, el agente del Ministerio Público, y el fiscal respectivo. El procesado no puede sustentar el recurso de casación, salvo que sea abogado titulado.

Artículo 370. Oportunidad para interponer recurso. El recurso de casación podrá interponerse en el acto de la notificación personal de la sentencia o por escrito presentado ante el tribunal dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de aquélla.

Artículo 371. Concesión del recurso y traslado a los sujetos procesales. Vencido el término para recurrir e interpuesto oportunamente el recurso por quien tenga derecho a ello, quien haya proferido la sentencia decidirá dentro de los tres (3) días siguientes si lo concede, mediante auto de sustanciación. Si fuese concedido ordenará el traslado al recurrente o recurrentes por treinta (30) días a cada uno, para que dentro de este término presenten la demanda de casación. Vencido el término anterior, se ordenará correr traslado por quince (15) días comunes a los demás sujetos procesales para alegar.

Si se presenta demanda, al día siguiente de vencido el término de los traslados, se enviará el expediente a la Corte. Si ninguno lo sustenta, el magistrado declarará desierto el recurso.

Artículo 372. Trámite. En el trámite subsiguiente a la concesión del recurso, se observará el procedimiento previsto para tal efecto en el Código de Procedimiento Civil Penal.

CAPÍTULO VIII

Acción de revisión ante el Tribunal Superior Militar

Artículo 373. Procedencia y causales. Hay lugar a la acción de revisión contra las sentencias condenatorias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.
2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada o por cualquier otra causal de extinción de la acción.
3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que

establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad.

4. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero.

5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa.

6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte o el tribunal haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

Artículo 374. Titulares de la acción de revisión. La acción de revisión podrá ser promovida por el defensor, por los titulares de la acción civil dentro del proceso penal militar o por el agente del Ministerio Público y por el fiscal penal militar respectivo.

Artículo 375. Instauración de la acción. La acción se promoverá por medio de escrito dirigido al funcionario competente y deberá contener:

1. La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo.
2. El delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión.
3. La causal que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.
4. La relación de las pruebas que se aporten para demostrar los hechos básicos de la petición.

Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de primera instancia y constancia de su ejecutoria, proferida en la actuación cuya revisión se demanda.

Artículo 376. Trámite. Repartida la demanda, el magistrado ponente examinará si reúne los requisitos exigidos en el artículo anterior; en caso afirmativo, la admitirá dentro de los cinco (5) días siguientes mediante auto de sustanciación que se notificará, en el cual también dispondrá solicitar el proceso objeto de la revisión. Este auto será notificado personalmente a los no demandantes; de no ser posible, se les notificará por estado.

Si la demanda fuere inadmitida, la decisión se tomará mediante auto interlocutorio.

Artículo 377. Impedimento especial. No podrá intervenir en el trámite y decisión de esta acción ningún magistrado que haya suscrito la decisión objeto de la misma.

Artículo 378. Apertura a pruebas. Recibido el proceso, se abrirá a pruebas por el término de quince (15) días para que las partes soliciten las que estimen conducentes.

Una vez decretadas las pruebas, se practicarán dentro de los treinta (30) días siguientes.

Artículo 379. *Traslado.* Vencido el término probatorio, se dará traslado común de quince

(15) días a las partes para que aleguen, siendo obligatorio para el demandante hacerlo, so pena de que se declare desierta la acción.

Artículo 380. *Término para decidir.* Vencido el término previsto en el artículo anterior, se decidirá dentro de los treinta (30) días siguientes.

Artículo 381. *Revisión de la sentencia.* Si la sala encuentra fundada la causal invocada, procederá de la siguiente forma:

1. Declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda, cuando se trate de la prescripción de la acción penal, de ilegitimidad o caducidad de la querrela o cualquier otra causal de extinción de la acción penal, y en el evento previsto en el numeral sexto del artículo 373 del Código Penal Militar.

2. En los demás casos, la acción será devuelta al despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquél que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique.

Si la revisión fuere negada, se devolverá el proceso al juzgado que corresponda, dejando en la sala copia de la actuación.

Artículo 382. *Libertad del procesado.* En el fallo en que ordene la revisión, la sala decretará la libertad provisional del procesado, mediante caución. No se impondrá caución cuando la acción de revisión se refiera al numeral segundo del artículo 373 de este código.

Artículo 383. *Consecuencias de la decisión que exonera de responsabilidad.* Si la decisión que se dictare en la actuación fuere cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, el sindicado o sus herederos podrán ejercer las acciones que se deriven del acto injusto.

CAPÍTULO IX

Disposiciones comunes al recurso de casación y a la acción de revisión

Artículo 384. *Aplicación extensiva.* La decisión de la acción de revisión se extenderá a los no accionantes.

Artículo 385. *Desistimiento.* No se podrá desistir de la acción cuando el expediente ya esté al despacho para decidir.

Artículo 386. *Notificación a los no accionantes.* Los no accionantes serán notificados personalmente del auto admisorio de la demanda, de no ser posible, se les notificará por estado.

CAPÍTULO X

Incidentes procesales

Artículo 387. *Incidentes procesales.* Los incidentes procesales a que hubiere lugar se tramitarán y decidirán conforme a las previsiones pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

CAPÍTULO XI

Nulidad e inexistencia de los actos procesales

Artículo 388. *Causales de nulidad.* Son causales de nulidad en el proceso penal militar:

1. La falta de competencia del juez o del fiscal durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.

2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

3. La violación del derecho a la defensa.

Artículo 389. *Oportunidad para decretar la nulidad.* En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara.

Artículo 390. *Oportunidad para alegarla.* Salvo las disposiciones en contrario, las causales de nulidad podrán alegarse en cualquier estado del proceso.

La parte que alegue una nulidad deberá determinar la causal que invoca y las razones en que se funda.

Cuando la nulidad alegada se refiera exclusivamente a un auto, sólo podrá decretarse si no es procedente su revocatoria.

Artículo 391. *Oportunidad para invocar nulidades originadas en la etapa de instrucción.* Las nulidades que no sean invocadas hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación, sólo podrán ser debatidas en el recurso de casación.

Artículo 392. *Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y la convalidación de actos irregulares.*

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

6. No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 388 de este código.

Artículo 393. *Inexistencia del acto procesal. Cuando la ley exija expresamente para la validez de determinado acto que se llenen ciertas formalidades y éstas no se observaren, se considerará que tal acto no se ha verificado.*

No es necesaria providencia especial para declarar la inexistencia del acto en los casos a que se refiere este artículo.

TÍTULO SÉPTIMO

PRUEBAS

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 394. *Legalidad de la prueba. Ninguna prueba podrá ser apreciada sin que haya sido ordenada, admitida o producida de acuerdo con las formalidades legales.*

Artículo 395. *Necesidad de la prueba. Toda decisión debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso.*

Artículo 396. *Prueba para condenar. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.*

Artículo 397. *Petición de pruebas y términos para decidir. Las partes podrán pedir la práctica de las pruebas que estimen conducentes, y el juez resolverá lo que sea del caso dentro de los dos (2) días siguientes.*

Las partes tienen derecho a intervenir en la práctica de todas las pruebas.

Artículo 398. *Controversia. Las partes tienen el derecho a controvertir todas las pruebas.*

Artículo 399. *Reserva. La investigación sólo podrá ser conocida por los funcionarios y empleados que la adelanten, los peritos cuando lo necesitan para rendir su dictamen y las partes que intervengan en el proceso, para cumplimiento de sus deberes.*

Artículo 400. *Pruebas pertinentes. No se admitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos que sean materia de investigación.*

Artículo 401. *Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.*

Artículo 402. *Libertad de prueba. Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este código.*

Artículo 403. *Utilización de medios técnicos. Los funcionarios del cuerpo técnico de policía judicial, de instrucción y de conocimiento, para la práctica de cualquier prueba, podrán utilizar los medios técnicos y científicos adecuados, dejando constancia de haber sido recibida por ellos.*

Dichas pruebas serán valoradas por el juez en la misma forma que las de carácter documental.

Artículo 404. *Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país,*

podrán trasladarse en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código para la naturaleza de cada medio.

Si se hubieren producido en otro idioma, deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial.

Artículo 405. *Validez de la prueba practicada en el exterior. Salvo lo previsto en los tratados internacionales, las pruebas consagradas en este título pueden practicarse en el exterior, pero sólo tendrán validez cuando en su producción y aducción se hayan respetado los principios de legalidad, publicidad y contradicción.*

Artículo 406. *Medios de prueba. Son medios probatorios, entre otros, la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión y los indicios.*

Artículo 407. *Aseguramiento de la prueba. En el desarrollo de la actividad probatoria, el juez deberá tomar las medidas tendientes a garantizar que los elementos materiales de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos, para lo cual podrá ordenar vigilancia especial de las personas o los inmuebles, el sellamiento de éstos, la retención de medios de transporte, la incautación de papeles, libros y otros documentos y efectuar todas las actuaciones que considere necesarias para el aseguramiento de las pruebas.*

Artículo 408. *Asesores especializados. El juez podrá solicitar, de entidades oficiales, la designación de expertos en determinada ciencia o técnica, cuando quiera que la naturaleza de los hechos que se investigan requiera la ilustración de tales expertos. Los asesores designados tomarán posesión como los peritos y tendrán acceso al expediente en la medida en que su función lo exija.*

Artículo 409. *Sanciones. A quien sin justa causa impida, o no preste colaboración para la práctica de cualquier prueba en el proceso, el juez le impondrá, por resolución motivada, arresto inmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba. La decisión será susceptible de recurso de reposición, resuelto el cual tendrá cumplimiento inmediato.*

CAPÍTULO II

Inspección judicial

Artículo 410. *Procedimiento. Cuando fuere necesario, el juez procederá a examinar los hechos, materia de inspección, con todas sus circunstancias.*

Simultáneamente extenderá el acta correspondiente, en la que se relacionarán las cosas, los hechos examinados y las manifestaciones que sobre ellos hagan las personas que intervengan en la diligencia.

Si el juez lo considera conveniente, podrá ordenar la reconstrucción de los hechos para determinar con exactitud las circunstancias modales, temporales y espaciales en que aquellos tuvieron ocurrencia. Esta diligencia se realizará siempre con personas técnicas en materias relacionadas con lo que se pretende reconstruir, quienes

rendirán un dictamen dentro del plazo que el funcionario les señale.

Artículo 411. *Requisitos.* La inspección se decretará por auto que exprese con claridad los puntos, materia de la diligencia, el lugar, la fecha y la hora.

Cuando fuere necesario, el juez designará perito en el mismo auto o en el momento de realizarla.

Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá ampliar en el momento de la diligencia los puntos que han de ser objeto de la inspección.

Artículo 412. *Diligencias científicas y técnicas.* Para mayor eficacia de la inspección, requisa o registro, se pueden ordenar por parte del juez las diligencias técnicas o científicas pertinentes.

CAPÍTULO III Prueba pericial

Artículo 413. *Procedencia.* Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes o exija avalúos, el juez decretará la prueba pericial.

Artículo 414. *Prestación de servicios de peritos.* Cuando sea solicitado judicialmente el servicio de peritos, se prestará por los expertos de la Policía Judicial de la Policía Nacional, del cuerpo técnico de la Policía Judicial, medicina legal y demás funcionarios de la administración pública que no tengan interés en el proceso.

Artículo 415. *Nombramiento especial de peritos.* Cuando no sea posible utilizar el servicio de peritos previsto en el artículo anterior, el juez designará al perito o peritos que deban intervenir, de las listas auxiliares de la justicia elaboradas para la actuación en los procesos civiles. La no prestación del servicio demandado lo hará acreedor a las sanciones previstas en el artículo 409 de este código y al retiro definitivo de las listas en que aparezca.

Artículo 416. *Quiénes no pueden ser peritos.* No pueden desempeñar las funciones de peritos:

1. El menor de dieciséis (16) años, el interdicto y el enfermo de la mente.
2. Los que tienen derecho a abstenerse de declarar, quienes como testigos han declarado en el proceso, y los citados para tal fin.
3. Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delito doloso.

Artículo 417. *Impedimentos y recusaciones.* Respecto de los peritos, serán aplicables las mismas causales de impedimento y recusación señaladas para los jueces.

Del impedimento o recusación conocerá el juez que haya dispuesto la prueba y resolverá de plano.

Artículo 418. *Posesión de peritos no oficiales.* El perito designado por nombramiento especial,

tomará posesión del cargo prestando el juramento legal.

Artículo 419. *Dictamen.* El dictamen de los peritos ha de expresar clara y precisamente las razones en que se funda.

Cuando haya más de un perito, juntos practicarán las diligencias y harán los estudios o investigaciones conducentes para emitir el dictamen. Cuando hubiere discrepancia, cada uno extenderá su dictamen por separado. En todos los casos, a los peritos se les advertirá sobre la prohibición absoluta de emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal.

Artículo 420. *Cuestionario.* El juez, en el auto que decreta la práctica de la prueba pericial, formulará los cuestionarios que hayan de ser absueltos por el perito. Antes de practicarse la prueba pericial, también propondrá el juez al perito los cuestionarios que con el mismo fin hayan presentado las partes y que el juez considere conducentes.

Artículo 421. *Examen del procesado.* Cuando se trate de exámenes en la persona del procesado, el juez puede ordenar que éste sea colocado con las seguridades debidas en un establecimiento que facilite las investigaciones del perito, por el tiempo que estime necesario.

Artículo 422. *Término para rendir el dictamen.* El perito presentará su dictamen por escrito dentro del término que el juez le haya fijado, el cual puede ser prorrogado a petición del mismo perito.

Si no presentare su dictamen dentro del término respectivo, se le reemplazará y se le aplicarán las sanciones previstas en el artículo 409 de este código.

Artículo 423. *Conocimiento del dictamen.* El dictamen del perito se pondrá en conocimiento de las partes por el término de tres (3) días para que, durante él, puedan pedir que lo amplíe, lo complete o lo aclare, lo cual se hará dentro del término que prudencialmente fije el juez.

Oficiosamente el juez podrá ordenar cosa igual, en cualquier momento, antes de que el proceso entre al despacho para dictar sentencia.

Artículo 424. *Objeción.* En cualquier tiempo, antes de que el proceso entre al despacho del juez para proferir sentencia, cualquiera de las partes puede objetar el dictamen por error, violencia o dolo.

Artículo 425. *Procedimiento.* La objeción se tramitará conforme a lo dispuesto en las normas previstas en este código para el trámite de los incidentes procesales.

Si se declarare fundada, el juez designará otro perito para que rinda el respectivo dictamen y compulsará las copias con destino a la autoridad correspondiente.

Artículo 426. *Apreciación del dictamen.* Al apreciar el dictamen se tendrán especialmente

en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y la idoneidad de los peritos.

CAPÍTULO IV Documentos

Artículo 427. Aporte de documentos. Los documentos se aportarán en original o copia auténtica. En caso de no ser posible, se reconocerán en inspección, dentro de la cual se obtendrá copia. Si fuere indispensable para la investigación, se tomará el original y se dejará copia auténtica.

Artículo 428. Obligación de entregar documentos. Quien tenga en su poder documentos que se requieran en una investigación penal, tiene la obligación de entregarlos o permitir su conocimiento al juez que lo solicite, salvo las excepciones legales.

El juez decomisará los documentos cuya entrega o conocimiento le fuere negado, e impondrá las mismas sanciones previstas en este título para quien obstaculice la práctica de pruebas.

No están sujetas a las sanciones previstas en el inciso anterior las personas exentas del deber de denunciar o de declarar.

Artículo 429. Autenticidad. El documento público es auténtico mientras no se demuestre su falsedad.

Se presumen auténticos los documentos escritos, las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas, las fotocopias, los documentos remitidos por télex o telefax y, en general cualquier otra declaración o representación mecánica o técnica de hechos o cosas, siempre que el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifieste su inconformidad con los hechos o las cosas que en ellos se expresan antes de que el proceso entre al despacho para dictar sentencia.

La autenticidad del documento privado se establecerá por los medios legales.

CAPÍTULO V Testimonio

Artículo 430. Deber de rendir testimonio. Toda persona está en la obligación de rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el proceso, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia.

Artículo 431. Excepción al deber de declarar. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Este derecho se le hará conocer por el juez respectivo a todo imputado que vaya a ser interrogado y a toda persona que vaya a rendir testimonio.

(Nota: Se declaran exequibles las expresiones “compañero permanente” y “compañero o compañera permanente” del presente artículo por la Corte Constitucional en Sentencia C-29 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.)

Artículo 432. Excepciones por ministerio, oficio o profesión. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio:

1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.
2. Los abogados.

Cualquier otra persona que por disposición legal deba guardar secreto.

Artículo 433. Testigo impedido para concurrir. Si el testigo estuviere físicamente impedido para concurrir al despacho del juez, será interrogado en el lugar en que se encuentre.

Artículo 434. Testimonio por certificación jurada. El Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, los ministros del despacho, los senadores y representantes a la cámara, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado del Consejo Superior de la Judicatura y los miembros del Consejo Nacional Electoral, el Fiscal General de la Nación y sus delegados, el Procurador General de la Nación y sus delegados, el Defensor del Pueblo, el Registrador Nacional del Estado Civil, los directores de departamentos administrativos, el Contralor General de la Nación, el Gerente y los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, los magistrados de los tribunales, los gobernadores de departamento, cardenales, obispos de la iglesia católica, o ministros de igual jerarquía que pertenezcan a otras religiones, jueces de la República, el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, los alcaldes municipales, oficiales generales o de insignia de la fuerza pública en servicio activo, los comandantes de brigada o sus equivalentes en las diferentes fuerzas, los comandantes de batallón o sus equivalentes en las diferentes fuerzas, los agentes diplomáticos y consulares de Colombia en el exterior, rendirán su testimonio por medio de certificación jurada, y con este objeto se les formulará un cuestionario y se les pasará copia de lo pertinente.

La certificación jurada debe remitirse dentro de los ocho (8) días siguientes a su notificación.

Quien se abstenga de dar la certificación a que está obligado o la demore, incurrirá en falta por incumplimiento de sus deberes. El juez que haya requerido la certificación pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad encargada de juzgar al renuente.

El derecho a rendir certificación jurada es renunciable.

Artículo 435. Testimonio de agente diplomático. Cuando se requiera el testimonio de un ministro o agente diplomático de nación extranjera acreditada en Colombia, o de una persona de su comitiva o familia, se le pasará al embajador o

agente, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, nota suplicatoria con copia de lo conducente para que, si tiene a bien, declare por medio de certificación jurada o permita declarar en la misma forma a la persona solicitada.

Artículo 436. Amonestación previa a la promesa o juramento. Toda autoridad a quien corresponda tomar promesa o juramento procederá conforme a lo dispuesto, en lo pertinente, en los artículos 331 y 332 de este código.

Artículo 437. Examen separado de testigos. Los testigos serán interrogados separadamente, de tal manera que no puedan saber ni escuchar las declaraciones de quienes les hayan precedido.

Artículo 438. Prohibición. El juez se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo.

Artículo 439. Práctica del interrogatorio. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas:

1. El juez interrogará al testigo, en primer lugar, acerca de su nombre, apellido, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios que haya cursado y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha; a continuación ordenará al testigo que haga un relato de los hechos, objeto de la declaración.

2. El juez exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez le ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance.

3. El juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo. No se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella.

4. A continuación del juez, las partes podrán interrogar al testigo, comenzando por quien solicitó la prueba. El juez podrá en cualquier momento ampliar los interrogatorios y exigir al testigo aclaraciones y explicaciones.

5. El testigo no podrá leer notas o apuntes, a menos que el juez lo autorice cuando se trate de cifras, fechas, hechos antiguos y en los demás que considere justificados. Si el testigo solicitare plazo para consultar documentos y el juez lo considera procedente, se continuará la recepción del testimonio en cuanto a tales preguntas en otra audiencia que se señalará en el acto, o en la misma si fuere posible.

6. Las preguntas orales y las respuestas se consignarán en el acta en sus términos originales.

7. El testigo que sin causa legal rehusare prestar juramento o declarar y al que diere respuestas evasivas a pesar de ser requerido por el juez para que conteste categóricamente, se le aplicarán las sanciones previstas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil. Esto no

se opone a que el testigo pueda decir que no recuerda los hechos interrogados.

8. Concluida la declaración, el testigo sólo podrá ausentarse cuando el juez lo autorice para ello.

9. De todo lo ocurrido se dejará constancia en el acta, que deberá firmar el testigo, previa lectura y aprobación de su dicho.

Quando el acta haya sido grabada o tomada en taquigrafía, el testigo deberá firmar el acta escrita que registre la versión correspondiente, para lo cual se le citará. Su renuncia a firmar no hará ineficaz el testimonio, sino que dará lugar a la multa de que trata el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de que pueda ordenarse su conducción por la policía para dicho fin.

Artículo 440. Testimonios en audiencia pública. Los testimonios que deban ser recibidos en audiencia pública lo serán oralmente, pudiendo ser recogidos por cualquier medio electrónico, mecánico o técnico en general, de tal manera que facilite su examen cuantas veces sea necesario, todo lo cual se hará constar en el acta.

Artículo 441. Criterios para la apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y especialmente lo relacionado con las circunstancias en que se llevó a cabo la percepción, la capacidad del testigo para la conservación del recuerdo, el transcurso del tiempo y las demás circunstancias que afecten la evocación de lo percibido, así como la personalidad del declarante y la forma en que hubiere declarado.

Artículo 442. Interrogatorio sobre la identidad del imputado. Cuando el testigo incrimine a una persona deberá describirla, con el mayor número de detalles, principalmente en lo relativo a su edad aproximada, estatura, color de la piel y señales particulares.

También se le preguntará si la conocía con anterioridad y por qué motivo, si la ha vuelto a ver con posterioridad a los hechos, dónde y cuándo, si la ha visto en retrato o imagen en algún medio de comunicación.

CAPÍTULO VI Confesión

Artículo 443. Requisitos. La confesión deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Que sea hecha ante juez.
2. Que la persona esté asistida por defensor.
3. Que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma.
4. Que se haga en forma consciente y libre.

Artículo 444. Procedimiento en caso de confesión. Si se produjere confesión, el juez competente practicará las diligencias pertinentes para determinar la veracidad de la misma y averiguar las circunstancias del hecho.

Artículo 445. *Criterios para apreciar la confesión. Para apreciar la confesión, el juez tendrá en cuenta las mismas reglas previstas para la apreciación del testimonio.*

Artículo 446. *Reducción de pena en caso de confesión. A quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión ante el juez que conoce de la actuación procesal confesare el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una sexta parte, si dicha confesión fuere fundamento de la sentencia.*

CAPÍTULO VII Indicios

Artículo 447. *Elementos. Todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone la existencia de un hecho indicador, a partir del cual el juez infiere lógicamente la existencia de otro hecho.*

Artículo 448. *Prueba del hecho indicador. El hecho indicador debe estar probado.*

Artículo 449. *Unidad de hechos indicadores. El hecho indicador es indivisible. Sus elementos constitutivos no pueden tomarse separadamente como diferentes hechos indicadores.*

Artículo 450. *Apreciación de los indicios. El funcionario otorgará valor a cada indicio que construya, pero para adoptar cualquier determinación deberá apreciarlos en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.*

TÍTULO OCTAVO INVESTIGACIÓN CAPÍTULO I De la indagación preliminar

Artículo 451. *Finalidades de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la investigación, la indagación preliminar tendrá como finalidad la de determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal. Pretenderá adelantar las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades; si está descrito en la ley penal como punible; la procedibilidad de la acción penal y practicar y recaudar las pruebas indispensables con relación a la identidad o la individualización de los autores o partícipes del hecho.*

Artículo 452. *Funcionarios que intervienen en la indagación preliminar. Es competente para realizar indagación preliminar el juez que haya tenido conocimiento de la comisión del delito o aquel a quien se reparten las diligencias practicadas.*

Artículo 453. *Reserva de las diligencias preliminares. Las diligencias de indagación preliminar son reservadas, pero posesionado legalmente el defensor, podrá conocerlas, cuando se le haya recibido versión al imputado.*

(Nota: El presente artículo fue declarado exequible en Sentencia C-928 de 2007 de la Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio

Sierra Porto, en el entendido de que antes de la recepción de la versión preliminar debe informarse al investigado sobre el delito que se le imputa, así como permitirle conocer los fundamentos probatorios de dicha imputación específica).

Artículo 454. *Versión del imputado en indagación preliminar. Cuando sea indispensable, el funcionario tomará versión al imputado durante la indagación preliminar, con asistencia de su defensor.*

Si el imputado no quiere o no tiene a quien nombrar, se le designará defensor de oficio.

La versión rendida durante la indagación preliminar se analizará en conjunto con las demás pruebas, otorgándole el valor probatorio que corresponda, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Artículo 455. *Término de la indagación preliminar. Cuando exista persona identificada, la indagación preliminar sólo podrá extenderse por un término máximo de dos (2) meses, vencido el cual el juez determinará, si es el caso, abrir investigación o dictar auto inhibitorio.*

Cuando no exista prueba de identificación o de individualización del posible autor y partícipe del hecho, el término máximo será de ciento ochenta (180) días.

Artículo 456. *Validez de la actuación cuando haya cambio de competencia. Las diligencias practicadas por cualquier juez son válidas aunque se produzca el cambio de competencia.*

Artículo 457. *Terminación de la indagación preliminar. La indagación preliminar se dará por terminada con el auto cabeza de proceso o con el auto inhibitorio dictado por el funcionario que practicó las respectivas diligencias, siempre y cuando que el hecho punible no sea de competencia exclusiva de otra autoridad, caso en el cual se efectuara el envío correspondiente.*

Artículo 458. *Auto inhibitorio. El funcionario se abstendrá de iniciar el proceso cuando de las diligencias practicadas apareciere que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse.*

Tal decisión se tomará en auto interlocutorio, contra el cual proceden los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público y del denunciante o querellante.

La persona en cuyo favor se haya dictado auto inhibitorio o el denunciante o querellante, podrán designar abogado que los represente en el trámite de los recursos que se hayan interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas.

Artículo 459. *Revocación del auto inhibitorio. El auto inhibitorio podrá ser revocado de oficio o a petición del denunciante o querellante, aunque se encuentre ejecutoriado.*

El denunciante o querellante podrá insistir en la investigación solamente ante el despacho que profirió el auto inhibitorio, siempre que desvirtúe probatoriamente los fundamentos que sirvieron de base para proferirlo.

CAPÍTULO II

Formación del sumario

Artículo 460. *Finalidad.* El sumario tiene por objeto la recaudación de las pruebas tendientes a la comprobación del delito y a la individualización de los autores o partícipes del mismo, o al establecimiento de la falta de responsabilidad de aquéllos y éstos.

Artículo 461. *Reserva del sumario.* El sumario es reservado en su instrucción. Solamente podrán intervenir el funcionario de instrucción, el juez del conocimiento, el fiscal, los secretarios, el agente del Ministerio Público, el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil, los peritos y sus asesores.

Artículo 462. *Prohibición de expedir copias.* Durante la investigación ningún funcionario puede expedir copia de las diligencias practicadas, salvo que las solicite autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios o para dar trámite al recurso de hecho.

Los sujetos procesales, tienen derecho a que se les expida copia autorizada de la actuación para su uso exclusivo y para el cumplimiento de sus funciones.

El hecho de ser sujeto procesal impone la obligación de guardar la reserva sumarial, sin necesidad de diligencia especial.

Artículo 463. *Sanciones por violaciones a la reserva del sumario.* El que revele en todo o en parte el contenido del sumario a personas no autorizadas, mientras no se hubiere iniciado el juicio, incurrirá en multa de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes impuesta por el juez que conoce el proceso.

Si del hecho fuere responsable algunos de los empleados que han conocido del sumario en ejercicio de su cargo, incurrirá, además, en la pena de suspensión del empleo que ejerza por un período de ocho (8) días a dos (2) meses.

De estos hechos conocerá el juez de la causa mediante el procedimiento del artículo 258 del Código de Procedimiento Penal y normas que lo modifiquen.

Artículo 464. *Aviso de iniciación de formal investigación.* Los jueces darán cuenta, de manera inmediata de la iniciación del sumario al juez de primera instancia, al Ministerio Público y con fines estrictamente administrativos al comandante de la fuerza a que pertenece el procesado.

Artículo 465. *Término de instrucción.* El término para perfeccionar el sumario será hasta de sesenta (60) días, pero podrá ampliarse hasta ciento ochenta (180) días, cuando fueren más de dos (2) los procesados o los delitos.

Artículo 466. *Iniciación oficiosa.* Salvo los casos en que sea procedente la indagación preliminar o la emisión de auto inhibitorio, el funcionario deberá iniciar sumario siempre que por informe, denuncia, querrela, notoriedad pública o por cualquier otro medio serio de información,

llegare a su conocimiento la realización de un delito investigable de oficio.

Artículo 467. *Auto de formal iniciación de investigación.* Para iniciar el sumario el funcionario dictará un auto en el que con fundamento en el conocimiento que ha tenido del hecho y de los elementos probatorios que puedan haberse aportado, precise las diligencias, pruebas, actuaciones, comunicaciones, que habrán de producirse para cumplir con los fines del proceso.

En este auto se ordenará siempre que se establezca la calidad de miembro activo de la fuerza pública del imputado al tiempo de los hechos y la relación de éstos con el servicio.

También ordenará la práctica de todas las pruebas que sean indispensables para que se hagan viables los subrogados, beneficios y demás garantías a que tiene derecho el procesado.

Así mismo, debe ordenarse que de manera inmediata se establezcan los antecedentes judiciales que pueda tener el procesado.

Artículo 468. *Sanciones.* Al funcionario de instrucción que no dé cuenta de la iniciación del sumario o que no se ajuste a los términos señalados para su perfeccionamiento o que no practique las comisiones que se le den, dentro del término, se le sancionará con multa de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales, imponible por el Procurador General de la Nación.

En la misma sanción incurrirá el funcionario instructor que omita negligentemente la práctica de diligencias necesarias o no deje las constancias pertinentes relativas a la imposibilidad de practicarlas.

CAPÍTULO III

Investigación de los hechos

Artículo 469. *Investigación integral.* El juez debe investigar con igual esmero no sólo los hechos y circunstancias que establezcan la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la atenúen y las que puedan dar lugar a la extinción o cesación de la acción.

Artículo 470. *Práctica inmediata de inspección.* Cuando la naturaleza de los hechos lo imponga, el juez decretará de inmediato la práctica de inspección judicial, para buscar y asegurar pruebas que puedan servir para los fines del proceso.

Artículo 471. *Aporte y valoración de la prueba.* El aporte y valoración de la prueba conforme a lo previsto en el artículo 402 de este código se efectuará en orden a la plena demostración de cada uno de los elementos constitutivos del hecho punible, respetando los derechos y garantías constitucionales.

Artículo 472. *Levantamiento del cadáver.* En caso de homicidio o de hecho que se presuma tal, no podrá ser movido el cadáver mientras el juez no lo permita. Antes de dar este permiso, el funcionario de instrucción practicará una inspección judicial para examinar detenidamente el cadáver, la situación en que se encuentre, las heridas,

contusiones y demás signos externos que presente. En seguida procederá a identificarlo y ordenará que se practique la necropsia para que se determine la causa de la muerte.

Artículo 473. Necropsia. La diligencia de necropsia debe reunir las exigencias de todo peritazgo.

Sin haberse practicado la necropsia no se inhumará el cadáver y si se hubiere inhumado, se exhumará para realizarla.

El juez tomará todas las medidas legales pertinentes para que no exista duda sobre la identidad del cadáver.

Artículo 474. Reconocimiento en caso de lesiones. Al iniciarse la investigación por el delito de lesiones personales, el funcionario de instrucción ordenará de inmediato el reconocimiento médico del lesionado junto con la historia clínica si la hubiere, para determinar la naturaleza de aquéllas, el instrumento con que fueron causadas, pronóstico de duración de enfermedad y de incapacidad médico-legal y secuelas que se generen.

En el curso de la investigación se ordenará la práctica de tantos reconocimientos cuantos fueren necesarios para establecer las consecuencias definitivas.

Las decisiones judiciales se tomarán con base en el último reconocimiento que obre en el proceso en el momento de proferirlas. Cuando los exámenes, diagnósticos e intervenciones médicas se hayan practicado en centros médicos u hospitalarios particulares u oficiales, el funcionario procederá a solicitar la documentación de manera inmediata, para aportarla al expediente y dichos documentos servirán de prueba para los fines del proceso, a menos que hayan sido tachados de falsos.

Artículo 475. Restitución de bienes por petición directa. El dueño, poseedor o tenedor legítimo de los bienes aprehendidos durante la investigación y que no deban pasar a poder del Estado o ser destruidos, tiene derecho a solicitar, por sí mismo, su restitución ante el juez, quien comprobada la legitimidad de la petición, ordenará la entrega previo avalúo o peritaje técnico si fuere necesario. De tal entrega se levantará acta en que así conste y en la que aparezca la advertencia de presentación de los bienes en cualquier momento en que fueren necesarios para el éxito de la investigación.

Artículo 476. Providencias reservadas. Los autos motivados mediante los cuales se dispongan allanamientos y registros, retenciones de correspondencia, interceptaciones de comunicaciones, no se darán a conocer a las partes mientras el funcionario considere que ello puede interferir el desarrollo de la respectiva diligencia. Contra dichos autos no procede recurso alguno.

Artículo 477. Allanamiento, procedencia y requisitos. Cuando haya serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave, se encuentre alguna persona contra quien obre orden de captura o que habiendo sido víctima de un delito deba ser rescatada, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción o que provengan de su

ejecución, el juez ordenará en auto motivado, que no requiere notificación, el correspondiente allanamiento.

Artículo 478. Allanamientos especiales. Para el allanamiento y registro de las casas y naves que conforme al derecho internacional gozan de inmunidad diplomática, el juez pedirá su venia al respectivo agente diplomático, mediante oficio, que se remitirá por el conducto regular diplomático, en el que rogará que conteste dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes.

En caso de registro de residencia u oficinas de los cónsules, se dará aviso al cónsul respectivo y, en su defecto, a la persona a cuyo cargo estuviere el inmueble objeto de registro.

Artículo 479. Acta de la diligencia. En la diligencia de allanamiento y registro debe levantarse siempre un acta en la que se identifiquen y describan todos los bienes y objetos examinados o incautados. Se dejarán las constancias hechas por las personas que en ellas intervienen. El juez deberá dejar copia del acta a los propietarios, poseedores o tenedores de los bienes incautados o examinados.

Artículo 480. Comunicación del allanamiento al ocupante. Antes de proceder al allanamiento y registro, el juez deberá leer el auto en que esta diligencia se ordena, al dueño del bien, al arrendatario o al encargado de su custodia.

Sólo en el caso de que el notificado se negare a entregar la persona que se busca o la cosa objeto de la pesquisa, o cuando no se desvirtuaren los motivos que hayan aconsejado la medida, se procederá a hacer el allanamiento, aún por medio de la fuerza, si fuere necesario.

Artículo 481. Casos en que se puede omitir la comunicación. Si el juez no encontrare a ninguna de las personas de que habla el artículo anterior, para comunicarle el allanamiento, lo practicará, si es preciso, por medio de la fuerza, siempre tratando de evitar daño en las cosas.

Artículo 482. Horas dentro de las cuales se practica. Cuando la diligencia debe efectuarse en un lugar habitado o en dependencias cerradas, sólo podrá llevarse a cabo entre las seis de la mañana y las seis de la tarde. Pero podrá realizarse en horas de la noche si el morador o representante lo consiente, o cuando se trate de casas de juego o de prostitución o de lugar abierto al público, o cuando peligre el orden público, o cuando se trate de flagrante delito.

En los demás lugares, la diligencia podrá realizarse en cualquier momento.

Artículo 483. Quiénes concurren. En el allanamiento intervendrán el juez, su secretario y las partes que quieran hacerlo.

El juez podrá, además, asesorarse de peritos y miembros de la policía judicial.

El propietario, arrendatario o encargado de la custodia del inmueble tendrá derecho a asistir por sí o por medio de su representante y dejar constancia en el acta.

En ningún caso el juez podrá permitir la participación de personas diferentes a las que legalmente pueden intervenir en el proceso.

Artículo 484. Procedimiento de allanamiento y registro. En los registros deben evitarse las inspecciones inútiles; en ningún caso se podrá perjudicar ni molestar al interesado con actuaciones distintas de las estrictamente necesarias para la diligencia. El juez que los practique adoptará las precauciones convenientes para no comprometer la reputación de las personas en cuya casa o establecimiento se verifique el allanamiento, y por ningún motivo tomará nota de los asuntos que no conciernen a la investigación.

La inobservancia de esta disposición hará acreedor al juez a multa o pérdida del puesto, sin perjuicio de la acción penal.

Artículo 485. Numeración y rubricación de folios, guarda de objetos. Los papeles o documentos se numerarán y rubricarán en todas sus hojas por el juez, su secretario y la persona en cuyo poder se encuentren o su representante. Cuando no se afecte la investigación el funcionario deberá entregar por lo menos, fotocopia de los documentos a los interesados cuando ellos sean necesarios para el normal desarrollo de las distintas actividades de los interesados.

Los demás efectos se guardarán de modo que no puedan ser extraídos sino por orden y en presencia de dicho funcionario y su secretario.

Artículo 486. Retención de correspondencia. El juez podrá ordenar la retención de la correspondencia privada, postal o telegráfica que el procesado reciba o remita, excepto la que envíe a su defensor o reciba de éste.

La decisión del juez se hará saber en forma reservada a los jefes de las oficinas de correos y telégrafos y a los directores de establecimientos carcelarios, para que lleven a efecto la retención de la correspondencia y la entreguen bajo recibo al investigador.

Artículo 487. Solicitud de comunicaciones telegráficas. El juez podrá así mismo ordenar que en las oficinas de telecomunicaciones se le faciliten copias de los mensajes transmitidos o recibidos, si fueren conducentes al descubrimiento o comprobación de los hechos que se investigan.

Artículo 488. Apertura de correspondencia. La apertura de la correspondencia interceptada se dispondrá por medio de auto motivado y se practicará ante la presencia del sindicado o su defensor.

Artículo 489. Devolución de la correspondencia. El juez abrirá por sí mismo la correspondencia y, después de leerla, aportará al proceso lo referente a los hechos que se investigan y cuya conservación considere necesaria, de todo lo cual se levantará un acta.

La correspondencia que no se relacione con los hechos que se investigan, será entregada o enviada en el acto a la persona a quien corresponda.

Artículo 490. Interceptación de comunicaciones. El juez podrá ordenar, con el único objeto de buscar

pruebas judiciales, que se intercepten, mediante grabación magnetofónica, las comunicaciones que se hagan o reciban en determinado teléfono y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

El juez dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso de grabación.

Tales grabaciones se trasladarán al expediente mediante escrito certificado por el funcionario.

CAPÍTULO IV

Investigación de autores y partícipes

Artículo 491. A quién se recibe indagatoria. Se recibirá declaración de indagatoria al que en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso, o por haber sido sorprendido en flagrante delito, considere el juez autor o partícipe.

Artículo 492. Derecho a solicitar indagatoria. Quien tenga conocimiento de la existencia de un proceso en el que obren imputaciones penales contra él, tiene derecho a solicitar al correspondiente juez que se le reciba indagatoria.

El juez, si acepta la vinculación, procederá a fijar día y hora para su recepción mediante auto de mero trámite. La negativa deberá resolverse mediante providencia debidamente motivada y contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

Artículo 493. Emplazamiento para indagatoria. Cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que deba rendir indagatoria, se le emplazará por edicto, que permanecerá fijado durante cinco (5) días en lugar visible del despacho. Si vencido este plazo no hubiese comparecido, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.

Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta mediante orden de captura, vencidos diez (10) días, contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin obtener respuesta, se procederá conforme al inciso anterior.

Artículo 494. Prohibición de juramentar al indagado, excepciones. La indagatoria no podrá recibirse bajo juramento. El funcionario se limitará a exhortar al imputado a responder de una manera clara y precisa a las preguntas que se le hagan. Pero si el procesado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento como si se tratara de un testigo.

Artículo 495. Advertencias previas al indagado. Previamente al interrogatorio previsto en los artículos siguientes, se le advertirá al indagado que se le va a recibir una declaración sin juramento; que es voluntaria y libre de todo apremio; que no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil o segundo de afinidad, ni contra su cónyuge, o

compañero o compañera permanente; que tiene derecho a nombrar un defensor que lo asista procesalmente y que en caso de no hacerlo, se le designará de oficio.

Si la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud afecta los fines de la diligencia como medio de defensa.

De todo esto se dejará expresa y clara constancia desde el comienzo de la diligencia.

(Nota: Se declaran exequibles las expresiones “compañero permanente” y “compañero o compañera permanente” del presente artículo por la Corte Constitucional en Sentencia C-29 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.)

Artículo 496. Reglas para la recepción de indagatoria. En la iniciación de la indagatoria se interrogará al sindicado por su nombre y apellidos, apodos si los tuviere, los nombres de sus padres, edad, lugar de nacimiento, documentos de identificación y su origen; establecimientos donde ha estudiado y duración de los respectivos cursos; lugares o establecimientos donde ha trabajado con identificación de las épocas respectivas y el sueldo o salario que devenga actualmente; qué obligaciones patrimoniales tiene; si es casado o hace vida marital, debe informar el nombre de su cónyuge o compañera o compañera permanente y de sus hijos, suministrando la edad de ellos y su ocupación; los bienes muebles e inmuebles que posea; sus antecedentes judiciales o de policía, con indicación del despacho que conoció o conoce del proceso, el estado en que se encuentra, y si en éste se impuso medida de aseguramiento o terminó con cesación de procedimiento o sentencia.

Igualmente, el juez dejará constancia de las características morfológicas del indagado.

Artículo 497. Preguntas al indagado en relación con los hechos. Una vez cumplidos los requisitos del artículo anterior el juez interrogará al procesado respecto a los hechos que originaron su vinculación.

Artículo 498. Ampliación de indagatoria. De oficio o a solicitud del sindicado o de su defensor el juez podrá ampliar la diligencia de indagatoria, cuando lo considere necesario para aclarar o complementar hechos ya referidos o para vincularlo por hechos nuevos que hayan surgido después de la primera diligencia indagatoria.

La calificación del mérito del proceso sólo podrá hacerse con relación a los hechos por los que se haya producido vinculación.

Artículo 499. Constancias y verificación de citas al indagado. No podrá limitarse al procesado el derecho que le asiste para relatar cuanto tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos, y se verificarán con prevalencia y en el menor tiempo posible las citas que hiciera y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones.

Artículo 500. Interrogatorio al indagado. En la diligencia de indagatoria solamente el juez podrá

dirigirle preguntas al indagado. El abogado defensor no podrá insinuar las respuestas, pero puede objetar las preguntas que no se hayan formulado en forma legal y correcta.

Artículo 501. Examen de imputado y del testigo en el lugar de los hechos. El juez podrá ordenar que se conduzca al imputado o al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos, a fin de examinarlos allí y poner en su presencia los objetos sobre los cuales hubiere de versar la declaración.

Podrá también hacer que el testigo describa detalladamente dichos objetos y que los reconozca entre otros semejantes o adoptar los medios que su prudencia le sugiera para asegurarse de la exactitud de la declaración.

Artículo 502. Reconocimiento de objetos por el indagado. Durante la indagatoria, se le mostrarán al imputado los objetos aprehendidos durante la investigación y que provengan de la realización del hecho punible o hayan servido para su ejecución. Se le interrogará sobre si los ha visto antes y por qué razón. En caso de haberlos encontrado en su poder, se le solicitará una explicación sobre el particular.

Artículo 503. Procedimiento en caso de falsedad en documentos. Cuando se trate de una investigación por falsedad material en documentos, se solicitará al procesado, si el juez lo considera necesario, que escriba dentro de la misma diligencia las palabras o textos que el funcionario judicial considere necesarios para la posterior práctica del dictamen pericial.

En este caso, a los peritos grafólogos sólo se les enviarán los documentos originales cuya falsedad se investiga y aquellos con los cuales se hará el cotejo grafológico.

En los casos en que sea necesario, hacer estudio sobre la voz del imputado, se le tomarán las pruebas técnicas pertinentes en la misma diligencia de indagatoria.

Artículo 504. Reconocimiento en fila de personas. Todo aquel que incrimine a una persona determinada deberá reconocerla judicialmente cuando ello sea necesario, de tal suerte que no quede duda de que es a ella a quien se refiere.

Artículo 505. Cómo se hace el reconocimiento. Previamente a la formación de la fila quien haya de practicarle será interrogado para que describa la persona de quien se trata y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen, el reconocimiento deberá hacerse a la mayor brevedad posible aun dentro de la misma declaración del testigo, y a tal acto asistirá el defensor del sindicado quien podrá dejar constancia de lo ocurrido en la diligencia. Si aquél no se hallare en ese momento o no concurriere oportunamente, se nombrará un apoderado de oficio para el reconocimiento.

Se le advertirá al imputado el derecho que tiene a escoger el lugar que quiera dentro de la fila.

Inmediatamente se practicará la diligencia poniendo a la vista del testigo la persona que haya de ser reconocida, vestida si fuere posible con el mismo traje que llevaba en el momento en que se dice fue cometido el delito, y acompañada

de seis (6) o más personas de características morfológicas semejantes.

Desde un punto en que no pueda ser visto, el que fuere a hacer el reconocimiento, juramentado de antemano, manifestará si se encuentra entre las personas que forman el grupo, aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y la señalará.

En la diligencia se dejarán los nombres de las demás personas integrantes de la fila y de quien hubiere sido reconocido.

Por ningún motivo, se podrán hacer dos reconocimientos en una sola diligencia.

Artículo 506. Reconocimiento mediante fotografías. Cuando fuere el caso de un reconocimiento por medio de fotografías, por no estar capturada la persona que debe ser sometida a reconocimiento, la diligencia se hará sobre un número no inferior a seis

(6) fotografías, cuando se trate de un solo sindicado, y en lo posible, se aumentarán en la misma proporción según el número de personas para reconocer. En la diligencia se tendrán las mismas precauciones de los reconocimientos en fila de personas, de todo lo cual se dejará expresa constancia.

Si de la diligencia resultare algún reconocimiento las fotografías que sirvieron para la diligencia se agregarán al proceso.

CAPÍTULO V Captura

Artículo 507. Derechos del capturado. A toda persona capturada se le hará saber en forma inmediata y se dejará constancia escrita:

1. Sobre los motivos de la captura y el juez que la ordenó.
2. El derecho a entrevistarse inmediatamente con un defensor.
3. El derecho a indicar la persona a quien se le deba comunicar su aprehensión. Quien esté responsabilizado de la captura, inmediatamente procederá a comunicar sobre la detención a la persona que se le indique.
4. El derecho que tiene, cuando se trate de investigación previa, de rendir versión espontánea sobre los hechos que se le imputan con la advertencia de que puede guardar silencio sobre la incriminación hecha. La versión sólo podrá rendirse en presencia de un defensor.
5. El derecho a no ser incomunicado.

Artículo 508. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un delito o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, en forma tal que aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad o cuando por voces de auxilio se pide su captura.

Artículo 509. Captura en flagrancia. Quien sea capturado en flagrancia, será conducido en el acto o a más tardar en el término de la distancia, ante el juez para iniciar la investigación.

Si la captura la realizare la autoridad, dicho empleado está obligado a rendir informe relacionado con todas las circunstancias en que se produjo la aprehensión, que será ratificado, si fuere necesario, ante el juez que haya recibido la persona privada de libertad.

Si la captura la efectuare un particular, está en la obligación de rendir testimonio bajo juramento, para efecto de determinar las circunstancias en que se cumplió la privación de la libertad.

Cuando por cualquier circunstancia, no atribuida a quien hubiere realizado la captura, el aprehendido no pudiere ser conducido inmediatamente ante el juez, será recluso en el batallón o cuartel del lugar o en otro establecimiento oficial destinado a la retención de personas y se pondrá a disposición del juez dentro de la primera hora hábil del día siguiente, con el informe o declaración de que trata el inciso anterior. Cuando el aprehensor sea particular, podrá entregar al capturado ante cualquier autoridad militar, policial o judicial.

Cuando el hecho punible tenga señalada pena no privativa de la libertad, arresto o prisión que sea inferior a dos (2) años y no exista prohibición para otorgar el beneficio de la libertad provisional, una vez el capturado haya rendido indagatoria se le dejará en libertad, previa suscripción de un acta en la que se comprometa a presentarse al despacho cuando se le solicite.

Si la captura la lleva a cabo juez que tenga competencia para investigar el hecho punible, dará comienzo inmediatamente a la indagación preliminar o sumario, dejando constancia de las circunstancias en que se produjo la aprehensión.

Artículo 510. Suspensión del estado de captura. La persona sorprendida en flagrancia será oída inmediatamente en indagatoria, y si no fuere posible, se le citará para practicar la diligencia en fecha posterior.

Recibida la diligencia de indagatoria, será puesta inmediatamente en libertad y se tomarán las medidas necesarias para impedir que se eluda la acción de la justicia.

Lo previsto en los incisos anteriores sólo se aplicará cuando la privación de la libertad del procesado afecte el desarrollo normal de las actividades de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, lo cual será analizado por el juez a cuya disposición haya sido puesto el aprehendido.

En caso de no darse las condiciones descritas en el inciso anterior, el juez dispondrá de los términos legales para recibir indagatoria y resolver la situación jurídica.

Artículo 511. Captura facultativa. En los procesos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, podrá librarse orden escrita de captura contra el imputado para efectos de la indagatoria.

De la misma manera se procederá cuando se investiguen delitos que atenten contra el

servicio, la disciplina, el honor, o cuando se haya proferido en contra de la persona que deba ser indagada medida de aseguramiento, de caución o detención en otro proceso.

Artículo 512. *Citación para indagatoria. El imputado será citado para indagatoria en los siguientes casos:*

1. *Cuando el delito por el que se procede tenga señalada pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años y el funcionario considere que no es necesaria la orden de captura.*
2. *Cuando el delito por el que se procede tenga pena no privativa de la libertad, pena de arresto o pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, siempre que no implique detención preventiva.*
3. *Cuando la prueba indique que el imputado actuó, en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad, de este código.*
4. *Cuando quien realizó el ilícito sea persona que ejerza actividad que impida privarla inmediatamente de libertad, por el perjuicio que pueda acarrear en el desarrollo normal de las actividades militares o policiales.*

Si en cualquiera de los casos anteriores el imputado no compareciere a pesar de la debida citación, será capturado para el cumplimiento de dicha diligencia.

Recibida la indagatoria, en el caso de los numerales 2º, 3º y 4º de este artículo, será puesto inmediatamente en libertad por auto de sustanciación.

Artículo 513. *Orden escrita de captura. El oficio de captura que se libre a las autoridades deberá contener los datos necesarios para la identificación o individualización del imputado y el motivo de la captura.*

La persona capturada será puesta a disposición inmediatamente del juez que ordenó la aprehensión.

De no ser posible, se pondrá a su disposición en el cuartel o batallón más cercano o en el lugar destinado para estos efectos, pero siempre teniendo especial precaución por la integridad física del miembro de la fuerza pública.

Artículo 514. *Legalización de la captura. El juez a cuyas órdenes se encuentre la persona capturada, dispondrá de un plazo máximo de treinta y seis (36) horas para legalizar dicha situación, contados a partir del momento en que tenga noticia de la referida captura. Deberá expedir mandamiento escrito al comandante de la unidad a la que pertenezca el infractor o al director del centro de reclusión militar o policial para que en dicho lugar se le mantenga privado de la libertad. En la orden se expresará el motivo de la captura y la fecha en que ésta se hubiere producido.*

Vencido el término anterior sin que el comandante de la unidad hubiere recibido la orden de encarcelación, procederá a poner en

libertad al capturado, bajo la responsabilidad del funcionario que debió impartirla.

El incumplimiento de la obligación prevista en el inciso anterior dará lugar a la responsabilidad penal correspondiente.

Artículo 515. *Presentación voluntaria a rendir indagatoria. Si el juez considera necesario vincular a quien se ha presentado voluntariamente a rendir indagatoria y no existiere orden de captura, le recibirá inmediatamente la indagatoria, y si no es posible hacerlo, lo citará para tal efecto en fecha posterior. Si existiere orden de captura en contra del imputado, podrá hacerla efectiva o revocarla para que en su lugar se practique inmediatamente la diligencia o se fije día y hora para hacerlo.*

Artículo 516. *Privación de la libertad para resolver situación jurídica. Cuando la persona se presente voluntariamente por citación que le haya hecho el juez para rendir indagatoria y, después de recibida ésta, surgiere prueba para dictar auto de detención sin que concorra causal de libertad provisional, el funcionario podrá privarla de su libertad para resolver la situación jurídica.*

Artículo 517. *Libertad inmediata por captura o prolongación ilegal de privación de la libertad. Cuando la captura se produzca o se prolongue con violación de las garantías constitucionales o legales, el funcionario a cuya disposición se encuentre el capturado ordenará inmediatamente su libertad.*

La persona liberada deberá firmar un acta de compromiso en la que conste nombre, domicilio, lugar de trabajo y la obligación de concurrir ante la autoridad que la requiera.

Artículo 518. *Cancelación de las órdenes de captura. El juez que haya impartido la orden de captura, la cancelará inmediatamente cesen los motivos que dieron lugar a ella, so pena de incurrir en causal de mala conducta, sancionable con suspensión hasta de treinta (30) días, impuesta por el respectivo superior, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar.*

De la misma manera se procederá en caso de que el imputado haya sido declarado persona ausente por delito que no amerite detención preventiva o que siendo viable dicha medida de aseguramiento concorra causal de libertad provisional.

Si la pena mínima del delito investigado es o excede de dos (2) años de prisión, se cancelarán las órdenes de captura cuando el juez no profiera auto de detención o no resuelva la situación jurídica dentro del término legal.

Para la imposición de la sanción, la autoridad competente inspeccionará el proceso en el cual no se cancelaron las órdenes de captura, oírá en descargos al infractor dentro de los tres (3) días siguientes, mediante auto contra el cual sólo procede el recurso de reposición y, si es del caso, determinará imponer sanción.

Las pruebas mencionadas en el inciso anterior se practicarán en el término improrrogable de cinco (5) días.

CAPÍTULO VI

Medidas de aseguramiento

Artículo 519. Vinculación previa a la resolución de la situación jurídica. No podrá resolverse situación jurídica sin que previamente se haya recibido indagatoria al imputado o se le haya declarado persona ausente.

Artículo 520. Términos para recibir indagatoria. La indagatoria deberá recibirse a la mayor brevedad posible dentro de los tres (3) días siguientes a aquel en que el capturado haya sido puesto a disposición del juez. Este término se duplicará si hubiere más de dos capturados en el mismo proceso y si la aprehensión se hubiere realizado en la misma fecha.

Artículo 521. Definición de la situación jurídica. Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria o vencido el término anterior, la situación jurídica deberá definirse por auto interlocutorio, dentro de los cinco (5) días siguientes, con medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique u ordenando su libertad inmediata. En este último caso, el procesado suscribirá un acta en la que se comprometa a presentarse ante el despacho cuando se le solicite.

Si el sindicado no estuviere privado de la libertad, el plazo para resolver situación jurídica será de diez (10) días contados a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente. El funcionario dispondrá del mismo término cuando fueren cinco (5) o más las personas aprehendidas, siempre que la captura de todas ellas se hubiere realizado el mismo día.

Artículo 522. Medidas de aseguramiento y requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

Artículo 523. Requisitos formales. Las medidas de aseguramiento se dictarán en virtud de auto interlocutorio en que se exprese:

1. Los hechos que se investigan, su calificación provisional y la pena correspondiente.
2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad como autor o partícipe.
3. Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.

Artículo 524. Conminación. La conminación consiste en el compromiso del procesado de cumplir las obligaciones que le imponga el juez al resolver su situación jurídica. Sólo procede para delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad.

Artículo 525. Sanción por renuencia. El juez podrá:

1. Sancionar con arresto inconmutable hasta por treinta (30) días al sindicado que se negare a suscribir diligencia de conminación. El

arresto cesará cuando el sindicado suscriba la diligencia.

2. Sancionar con arresto inconmutable hasta por treinta (30) días al procesado que injustificadamente incumpla las obligaciones impuestas en el acta de conminación.

Las sanciones de que trata este artículo podrán imponerse sucesivamente por nuevos incumplimientos del procesado.

Artículo 526. Procedimiento en caso de renuencia. Rendido el informe secretarial, el juez podrá disponer la conducción de la persona para que presente los descargos. Seguidamente el funcionario en auto motivado, contra el que sólo procede el recurso de reposición, decidirá.

Artículo 527. Caución. La caución es juratoria o prendaria y se aplica con relación a los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos (2) años de prisión, excepto lo previsto en el artículo que regula la detención.

La caución juratoria constará en acta, en la cual el procesado bajo juramento promete cumplir las obligaciones que se le hayan impuesto. Procederá cuando, a juicio del funcionario, el procesado carezca de recursos económicos para constituir caución prendaria.

La caución prendaria consiste en el depósito de dinero, en cuantía de cinco mil pesos (\$ 5.000) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, y se fijará teniendo en cuenta las condiciones económicas del procesado y la gravedad del hecho.

Artículo 528. Contenido del acta. En el acta de conminación o de cauciones juratoria y prendaria se consignarán las obligaciones que el procesado debe cumplir, de conformidad con el artículo 541 de este código, dentro del término señalado por el funcionario y con la advertencia expresa de las consecuencias legales de su incumplimiento.

Artículo 529. Detención preventiva. La detención preventiva procede en los siguientes casos:

1. Cuando se proceda por delitos que tengan prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años.
2. Cuando se trate de delitos que atenten contra el servicio o la disciplina, cualquiera que sea la sanción privativa de la libertad.
3. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.
4. Cuando el procesado, injustificadamente, se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga,

o del que resuelva el recurso de reposición, o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.

Artículo 530. Formalización de la detención preventiva. Cuando transcurridos ocho (8) días de privación de libertad no hubiere llegado la orden

de libertad o detención, quien tenga la custodia del capturado lo reclamará al funcionario encargado de resolver la situación jurídica. Este término se duplicará cuando hubiere más de cinco (5) capturados en el mismo proceso y la aprehensión se hubiere realizado en la misma fecha.

Si dentro de las doce (12) horas siguientes no llegare el orden de detención con la indicación de la fecha del auto y del hecho punible que la motivó, se pondrá en libertad al encarcelado si no existe orden de captura o detención proferida en otra actuación. Si quien tenga su custodia no lo hiciere así, incurrirá en la sanción penal a que haya lugar.

Artículo 531. Suspensión de funciones para hacer efectivo el auto de detención. Proferido el auto de detención, se solicitará a la respectiva autoridad que proceda a suspender al procesado en el ejercicio de sus funciones y atribuciones. Mientras se cumple la suspensión, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el imputado eluda la acción de la justicia.

Si pasados cinco (5) días desde la fecha en que se solicite la suspensión ésta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del imputado.

Igualmente se procederá para hacer efectiva la sentencia condenatoria.

Artículo 532. Lugar de detención para los miembros de la fuerza pública. Los miembros de la fuerza pública cumplirán la medida de privación de la libertad en los centros de reclusión establecidos para ellos, y a falta de éstos, en las instalaciones de la unidad a que pertenezcan, con las restricciones y limitaciones legales pertinentes.

Artículo 533. Traslado de la persona privada de la libertad. En cualquier estado del proceso el juez podrá ordenar el traslado de la persona privada de la libertad a lugar diferente de aquel en que esté detenida, cuando corra peligro la integridad del procesado o cuando su estado de salud física o mental así lo requiera, previo dictamen de perito de medicina legal o, en su defecto, de médico oficial.

La anterior decisión deberá comunicarse a los sujetos procesales y al superior jerárquico del procesado.

Artículo 534. Cómputo de la detención preventiva en otro proceso penal. Cuando simultáneamente se sigan dos o más procesos penales contra una misma persona, el tiempo de detención preventiva cumplido en uno de ellos y en el que se hubiere absuelto o decretado cesación de procedimiento, se tendrá como parte de la pena cumplida en cualquiera de los otros procesos en que se le condene a pena privativa de la libertad.

Artículo 535. Suspensión de la detención preventiva. La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos:

1. Cuando el procesado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad o la naturaleza y modalidad del hecho punible hagan aconsejable la medida.

2. Cuando a la procesada le falten menos de dos (2) meses para el parto o cuando no han transcurrido seis (6) meses desde la fecha en que dio a luz.

3. Cuando el procesado sufiere grave enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales.

En estos casos, el juez determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital, lugar de trabajo o en el de estudio. El beneficiado suscribirá un acta en la cual se comprometa a permanecer en el lugar o lugares indicados, que no podrá cambiar sin previa autorización y a presentarse al juzgado cuando fuere requerido.

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

Su incumplimiento dará lugar a la revocatoria de la medida y a la pérdida de la caución.

El enfermo grave será sometido a exámenes médicos en períodos que no excedan de treinta (30) días, para mantener o revocar la suspensión.

Artículo 536. Derechos del aprehendido o detenido. Todo sindicado privado de la libertad recibirá en el lugar de reclusión, un tratamiento acorde con el respeto a la dignidad humana; tendrá derecho a no ser víctima de tratos crueles, degradantes o inhumanos; a ser visitado por un médico oficial y en su defecto por un particular, cuando lo necesite; a tener una adecuada alimentación; a que se le faciliten todos los medios y oportunidades de ocuparse en el trabajo y el estudio; a tener un intérprete si lo necesitare al momento de recibir notificación personal de toda providencia y en general al ejercicio de todos los derechos y garantías que no sean incompatibles con su calidad de aprehendido o detenido.

Artículo 537. Improcedencia de medida de aseguramiento. No procede medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el procesado pudo haber actuado en cualquiera de las circunstancias de ausencia de responsabilidad.

Artículo 538. Sustitución o revocación de medidas de aseguramiento. Cuando la nueva prueba aportada al proceso imponga la necesidad de variar o sustituir la clase de medida de aseguramiento que se haya proferido, así procederá el juez de oficio o a solicitud de cualquiera de los sujetos procesales.

Se revocará la medida de aseguramiento si las pruebas que sobrevengan desvirtúan las exigencias para mantenerla.

CAPÍTULO VII Libertad del procesado

Artículo 539. Causales de la libertad provisional. Además de lo establecido en otras disposiciones, el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria para asegurar su eventual comparecencia al proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella:

1. Cuando se profiera auto de detención con base en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 529 de este código, siempre que estén demostrados todos los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia.

En los demás casos, bastará con demostrar el requisito previsto en el numeral 1º del artículo 71 de este código.

2. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, de conformidad con la calificación provisional que debe dársele a los hechos.

Se considerará que ha cumplido la pena el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción.

La libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista.

3. Cuando se dicte en primera instancia cesación de procedimiento o sentencia absolutoria.

4. Cuando vencido el término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de la libertad, no se hubiere dictado resolución de acusación.

Este término se ampliará a ciento ochenta (180) días cuando sean tres (3) o más los procesados contra quienes estuviere vigente medida de aseguramiento, de detención preventiva. Proferida la resolución de acusación, se revocará la libertad provisional, salvo que proceda causal diferente.

Cuando se trate del procedimiento especial y no se hubiere dictado el auto de iniciación del juicio, los términos previstos en el presente numeral se reducirán a la mitad.

5. Cuando haya transcurrido más de un (1) año a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la respectiva audiencia.

No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa y cuando, habiéndose fijado fecha para su celebración, no se hubiere podido realizar por causa atribuida al procesado o a su defensor.

6. Cuando el hecho punible se hubiere realizado en exceso de las causales de justificación.

7. En los delitos contra el patrimonio económico, cuando el procesado, antes de dictarse sentencia, restituya el objeto material del delito o su valor.

CAPÍTULO VIII Revocación de la libertad provisional

Artículo 540. Causales. En cualquier momento se podrá revocar la libertad provisional, de oficio o a petición de cualquiera de los sujetos procesales, cuando el procesado incumpliere alguna de las obligaciones contraídas en la diligencia que le imponga la caución.

En este caso no podrá otorgarse nuevamente en el mismo proceso, salvo que ocurriera alguna de las situaciones previstas en los numerales 2º y 3º del artículo 539 de este código.

CAPÍTULO IX Disposiciones comunes

Artículo 541. Obligaciones del procesado. En los casos de conminación, caución y libertad provisional, se le impondrán al procesado las siguientes obligaciones:

1. Presentarse cuando el funcionario judicial lo solicite.
2. Observar buena conducta profesional, individual, familiar y social.
3. Informar todo cambio de residencia.
4. No salir del país sin previa autorización del funcionario.

Artículo 542. Cancelación de las cauciones. La caución se cancelará al cumplir el procesado las obligaciones impuestas o cuando se revoque la medida que la originó o cuando termine el proceso. Cancelada la caución, se devolverá la prenda.

Artículo 543. Pago de cauciones y multas. Las cauciones que deben hacerse efectivas y las multas que se impongan en el proceso penal militar se depositarán en dinero a órdenes del correspondiente despacho, en el Banco Popular o la Caja de Crédito Agrario del respectivo municipio, dentro del plazo fijado por el funcionario.

Artículo 544. Destino de las cauciones y multas. El valor de las cauciones y multas ingresará al fondo interno de la unidad correspondiente y se destinará exclusivamente al mantenimiento de los despachos de la justicia penal militar.

Artículo 545. Procedimiento para el cobro de las multas. El cobro de las multas se hará por el procedimiento previsto en los artículos 50 y siguientes de este código.

CAPÍTULO X Medidas de aseguramiento y libertad para inimputables

Artículo 546. Internación preventiva. Cuando estén demostrados los presupuestos probatorios, sustanciales y formales para dictar medidas de aseguramiento, el funcionario ordenará la internación preventiva del inimputable.

Artículo 547. Lugar de internación. La internación se cumplirá en los establecimientos mencionados en los artículos 95 y siguientes de este código.

Artículo 548. *Internamiento en establecimientos privados.* Cuando los peritos oficiales lo aconsejen, el juez podrá disponer que el inimputable sea trasladado a establecimiento adecuado, siempre y cuando la persona de la cual dependa se comprometa a ejercer la vigilancia correspondiente y a rendir los informes que solicite el funcionario.

Artículo 549. *Cómputo de detención.* El tiempo que haya permanecido el inimputable detenido en establecimiento carcelario, se le computará como parte del tiempo requerido para el cumplimiento y suspensión de la medida de seguridad.

Artículo 550. *Medida de aseguramiento para inimputables por trastorno mental transitorio sin secuelas.* Cuando se trate de la situación prevista en el artículo 38, inciso segundo de este código, el funcionario proferirá medida de aseguramiento de conminación, siempre y cuando concurren los presupuestos probatorios y formales para tomarla.

Artículo 551. *Libertad vigilada.* Para los inimputables con trastorno mental permanente o transitorio, el funcionario, previo concepto de perito, podrá sustituir el internamiento por libertad vigilada.

TÍTULO NOVENO CALIFICACIÓN CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 552. *Término de instrucción.* Perfeccionada la investigación, o vencido el término de instrucción, el funcionario de instrucción penal militar remitirá el proceso al fiscal respectivo.

Artículo 553. *Cierre de la investigación y calificación del mérito del sumario.* Recibido el proceso por el respectivo fiscal procederá a su estudio. Si encuentra que el funcionario de instrucción dejó de practicar pruebas, devolverá al mismo el proceso para que las practique en el término de quince (15) días. Término que se ampliará hasta otro tanto, si se tratare de delitos conexos o fueren más de dos (2) los procesados.

Si no hubiere pruebas para practicar o practicadas las faltantes, cerrará la investigación mediante auto de sustanciación contra el que solo procede el recurso de reposición. No obstante, en ningún caso podrá decretarse el cierre si no se ha resuelto la situación jurídica del procesado.

Ejecutoriado el auto de cierre de investigación, se ordenará traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales para presentar las solicitudes que consideren necesarias con relación a las pretensiones sobre calificación.

Vencido el término anterior, el fiscal calificará el mérito del sumario, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.

Artículo 554. *Formas de calificación.* El fiscal calificará el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación o disponiendo la cesación de procedimiento.

Artículo 555. *Notificación de la providencia calificatoria.* La resolución de acusación se notificará de la siguiente manera:

1. Si el procesado estuviere en libertad, se citará por el medio más eficaz a su última dirección conocida en el proceso. Transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación, sin que compareciere, se hará personalmente al defensor y con éste se continuará la actuación; pero en caso de excusa válida o renuencia a comparecer se le reemplazará por un defensor de oficio.

2. Notificada personalmente la resolución de acusación al procesado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado.

3. Si la resolución calificatoria contiene acusación y cesación, se notificará en la forma prevista para la resolución de acusación. La sola resolución de cesación se notificará en la forma prevista para los autos interlocutorios. Contra la providencia calificatoria proceden los recursos ordinarios.

Artículo 556. *Requisitos sustanciales de la resolución de acusación.* El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho, su tipicidad y, además, existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del procesado, como autor o partícipe.

Artículo 557. *Requisitos formales de la resolución de acusación.* La resolución de acusación debe contener:

1. La narración sucinta de los hechos investigados, con la especificación de todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.

3. Las razones por las cuales comparte o no los alegatos de las partes.

4. La calificación jurídica en que fundamenta su acusación, con señalamiento expreso del delito o delitos y de sus circunstancias específicas.

Artículo 558. *Requisitos sustanciales y formales de la cesación de procedimiento.* La resolución por medio de la cual se disponga la cesación del procedimiento, deberá contener los siguientes requisitos:

1. Narración sucinta de los hechos.

2. Indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.

3. Análisis completo de la causal que origina la cesación, especificando en forma clara los motivos de su existencia.

4. Las razones por las cuales comparte o no los alegatos de las partes.

TÍTULO DÉCIMO

CAPÍTULO I

Corte Marcial

Artículo 559. *Delitos que se juzgan. Por este procedimiento se juzgarán los delitos cometidos por inimputables y aquéllos para los cuales no esté previsto procedimiento especial.*

Artículo 560. *Integración de la corte marcial. La corte marcial estará integrada por el juez de primera instancia que la presidirá y un secretario designado por aquél.*

Artículo 561. *Asesoría jurídica. Si se requiere, la corte marcial podrá estar asesorada por un auditor de guerra designado por su presidente.*

Artículo 562. *Impedimento o excusa del secretario. En caso de impedimento o excusa del secretario, resolverá el juez de primera instancia como presidente de la corte marcial.*

CAPÍTULO II

El juicio

Artículo 563. *Control de legalidad y apertura del juicio a pruebas. Recibido el proceso por el juez de conocimiento por ejecutoria de la resolución de acusación procederá a realizar un control de legalidad para establecer si existen o no causales de nulidad. A partir de este momento, el fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal.*

Si encuentra causal de nulidad, así lo declarará y ordenará reponer la actuación viciada desde el momento en que ocurrió, devolviendo el proceso al funcionario de instrucción o al fiscal, según el caso. Esta providencia tendrá naturaleza interlocutoria y contra ella proceden los recursos ordinarios.

Si no existe causal de nulidad, decretará la iniciación del juicio y ordenará correr traslado común a los sujetos procesales por el término de tres (3) días para solicitar pruebas. El juez ordenará las pruebas que estime conducentes que se practicarán en la audiencia, salvo las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos, que se practicarán en el término que fije el juez, que no podrá exceder de quince (15) días hábiles.

Artículo 564. *Fecha de iniciación de la audiencia corte marcial. Cumplido lo establecido en el artículo anterior, se fijará fecha y hora para la audiencia la cual no podrá exceder de diez (10) días hábiles.*

Artículo 565. *Iniciación y publicidad de la audiencia. En el día y hora señalados el presidente declarará formalmente iniciada la audiencia de la corte marcial. Las sesiones serán públicas.*

Artículo 566. *Dirección de las audiencias. Corresponde al presidente de la corte marcial la dirección de la audiencia y tendrá las siguientes atribuciones:*

1. Hacer guardar el orden.
2. Resolver la procedencia e improcedencia de las interpelaciones que se hagan en el desarrollo del debate.

3. Advertir a los presentes al momento de la instalación de la corte marcial, sobre el comportamiento que deben observar en su desarrollo, con la advertencia de las sanciones pertinentes.

4. Ordenar los recesos que considere oportunos.

5. Además, las que para el juez contempla el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal y normas que lo adicionen o reformen.

Artículo 567. *Designación de defensores. El presidente hará comparecer a los procesados presentes y ordenará leer la resolución de acusación, con la advertencia que deben designar un defensor, y si no lo hicieren se les nombrará de oficio.*

Designado el defensor de oficio y notificado para que comparezca, deberá presentarse en el término de dos (2) horas. En caso de renuencia, el presidente de la corte marcial lo apremiará para que se presente, con multas sucesivas hasta de un salario mínimo mensual vigente. A los defensores nombrados por los procesados se les dará un término igual para que comparezcan.

Artículo 568. *Declaratoria de ausencia. Cumplidas las anteriores formalidades, el presidente declarará ausente a quienes figuren en la resolución de acusación cuya comparecencia no se haya obtenido, y si tampoco comparece el defensor que ha venido actuando, hará los respectivos nombramientos de defensores de oficio, les dará posesión y con ellos se continuará el juicio.*

Artículo 569. *Presencia de las partes en la audiencia. La ausencia del procesado que no estuviere privado de la libertad no impedirá la realización de la audiencia, pero la asistencia e intervención oral del fiscal, del agente del Ministerio Público, y del defensor son obligatorias. El procesado privado de la libertad debe concurrir a la audiencia, salvo enfermedad u otra causa grave comprobada, o renuencia. La audiencia continuará con su defensor.*

Artículo 570. *Lectura del proceso. Se dará lectura al proceso. Sin embargo, las partes podrán solicitar al presidente que se lean únicamente las piezas procesales que cada una de ellas señale, y el presidente decidirá.*

Concluida la lectura, se procederá a la práctica de las pruebas conducentes ordenadas.

Artículo 571. *Interrogatorios. Los testigos y los procesados serán interrogados por el presidente. El fiscal, el agente del Ministerio Público, el representante de la parte civil y los defensores, en su orden, podrán formular las preguntas que estimen convenientes. Cada deponente se interrogará por separado, impidiendo que los otros oigan sus declaraciones.*

Artículo 572. *Intervención de las partes. Cumplido lo anterior, el presidente suspenderá la sesión y correrá traslado del expediente a los sujetos procesales, en su orden, al fiscal, al agente del Ministerio Público, al representante de la parte civil y a los defensores, por término de tres horas, cada uno, renunciables, para que preparen sus alegaciones.*

Si fueren varios los procesados, o el defensor representa a dos o más de ellos, el traslado se aumentará en otro tanto.

Al reanudar la sesión, el presidente concederá la palabra por una sola vez, en su orden, al fiscal, al agente del Ministerio Público, al representante de la parte civil que así lo solicite y a los defensores. También oír a los procesados si así lo solicitan.

El procesado tiene derecho a nombrar un vocero, cuando personalmente no quiera hacer uso de la palabra. El vocero debe ser abogado titulado.

Artículo 573. Lectura y notificación de la sentencia. La audiencia se suspenderá y el presidente de la corte marcial, dentro de los ocho (8) días siguientes, dictará la sentencia que se notificará en sesión plena.

Artículo 574. Acta de la corte marcial. El secretario sentará un acta del resumen de la actuación.

El acta será suscrita por el presidente de la corte marcial, el fiscal, el agente del Ministerio Público, los defensores, los procesados, la parte civil, y el secretario. Si alguna de las partes no concurre a la sesión final o no quisiere firmar, el secretario dejará constancia de este hecho.

Artículo 575. Oralidad. Todo el procedimiento de la corte marcial es oral y sólo deben quedar por escrito el acta, y la respectiva sentencia; se agregarán los documentos que sean conducentes y las síntesis de las alegaciones que presenten las partes.

Artículo 576. Límite de interrupción de la audiencia. La audiencia no podrá interrumpirse por términos mayores de dos (2) días, salvo para la lectura de la sentencia, siempre y cuando existan razones jurídicas o de fuerza mayor.

Artículo 577. Decisiones finales. Al terminar sus labores la corte marcial, no debe quedar sin resolver ninguna situación.

CAPÍTULO III Procedimiento especial

(Nota: Modificado por la Ley 1058 de 2006 artículo 1°)

Artículo 578. (Inexequible).* Delitos que se juzgan. Los delitos contra el servicio, de la fuga de presos, el uso indebido de uniformes e insignias de la fuerza pública y los contemplados en el título octavo, del libro segundo del presente estatuto, denominados otros delitos, se investigarán y fallarán por este procedimiento.

***(Nota: Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-178 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda).**

(Nota: Modificado por la Ley 1058 de 2006 artículo 1°)

Artículo 579. (Inexequible).* Trámite. El juez adelantará y perfeccionará la investigación en el término de quince (15) días. Se oír en indagatoria al procesado y se le resolverá su situación jurídica dentro de los dos (2) días siguientes. Si no fuere posible recibir la indagatoria dentro del término de instrucción señalado anteriormente, se le

emplazará por dos (2) días, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.

Perfeccionada la investigación, el juez de primera instancia por auto de sustanciación, declarará la iniciación del juicio y dará traslado a las partes por dos (2) días para que soliciten las pruebas que estimen necesarias; si fueren conducentes las decretará. También podrá de oficio ordenar la práctica de pruebas.

Las pruebas se practicarán dentro de los cinco (5) días siguientes.

Vencido el término anterior, se dará traslado al Ministerio Público para concepto por cinco (5) días y al defensor por igual término para alegar. Se pronunciará fallo dentro de los cinco (5) días siguientes.

(Nota: El inciso final del presente artículo fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-740 de 2001, en el entendido que deberá darse traslado para alegar a la parte civil, en caso de que ésta se hubiere constituido en el respectivo proceso.)

***(Nota: Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-178 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda).**

(Nota: Modificado por la Ley 1058 de 2006 artículo 1°).

Artículo 579A. (Nota: Adicionado por la Ley 1058 de 2006 artículo 2°).

CAPÍTULO IV Procedimiento para el juzgamiento en primera instancia por el Tribunal Superior Militar

Artículo 580. Procedimiento. En los procesos por delitos que conoce en primera instancia el Tribunal Superior Militar, se aplicará el procedimiento de la corte marcial.

La instrucción, será realizada por el juez de instrucción penal militar que se designe.

La calificación y acusación, cuando a ello hubiere lugar, la realizará el fiscal ante la corporación a quien corresponda por reparto, de conformidad con lo previsto en este código.

El Ministerio Público estará representado por el procurador judicial ante el tribunal, sorteado por reparto, y actuará como secretario el que designe la sala.

El magistrado ponente dictará los autos de sustanciación, dirigirá las audiencias y elaborará los proyectos de autos interlocutorios y sentencias, los cuales serán adoptados en la forma establecida en este código.

CAPÍTULO V Procedimiento en la segunda instancia

Artículo 581. Trámite. La apelación o consulta de las sentencias en el Tribunal Superior Militar se surtirá así: repartido el expediente, el magistrado a quien le corresponda dará traslado al agente del Ministerio Público por el término de tres (3)

días, y luego se fijará en lista por igual término para que las demás partes presenten sus alegatos. Vencidos los términos de traslado y fijación en lista, se resolverán dentro de los diez (10) días siguientes.

Cuando se trate de autos interlocutorios, el magistrado dará traslado al agente del Ministerio Público por el término de tres (3) días. Se fijará en lista por tres (3) días y se resolverá dentro de los tres (3) días siguientes.

El mismo procedimiento se observará, en lo pertinente, cuando se trate de decisiones que deban conocer los fiscales penales militares ante el Tribunal Superior Militar.

Artículo 582. *Apelación contra las providencias que deciden sobre la detención o libertad del procesado. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, se tramitará así: interpuesto el recurso, se concederá a más tardar al día siguiente a la ejecutoria formal del auto impugnado y se enviará al superior la copia de lo conducente. El reparto, cuando hubiere lugar, se verificará el mismo día en que se reciba el expediente, que se pondrá a disposición de las partes por tres (3) días, vencidos los cuales se dará traslado al agente del Ministerio Público por igual término. El tribunal resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes.*

Los autos que se dicten para conceder y tramitar el recurso no se notificarán y serán de cumplimiento inmediato.

Artículo 583. *Competencia del superior. La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia respectiva. La apelación le permite revisar únicamente los aspectos impugnados. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta, cuando el condenado sea apelante único.*

TÍTULO UNDÉCIMO EJECUCION DE LAS SENTENCIAS

CAPÍTULO I Disposiciones generales

Artículo 584. *Ejecución de la sentencia. La ejecución de la sentencia definitiva corresponde al juez militar que conoció del proceso en primera o única instancia mediante orden comunicada a los funcionarios administrativos encargados del cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad.*

Artículo 585. *Copias de la sentencia. Ejecutoriada la sentencia que imponga una sanción privativa de la libertad, el juez enviará copia auténtica al director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, al comandante o director de la fuerza a que pertenezca el condenado y al Ministerio Público.*

Artículo 586. *Creación de cárceles militares o policiales. Para el cumplimiento de las penas privativas de la libertad impuestas al personal militar o de la Policía Nacional, el Gobierno Nacional creará los establecimientos carcelarios*

militares o policiales necesarios, de conformidad con los planes y reglamentos que presenten los ministerios de Defensa Nacional y de Justicia y del Derecho.

Artículo 587. *Aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena. El juez militar podrá aplazar o suspender, previa caución, la ejecución de la pena, en los casos previstos en este código para la suspensión de la detención preventiva.*

Artículo 588. *Aplicación de las penas accesorias. Cuando se trate de las penas establecidas como accesorias en este código, se procederá de acuerdo con las siguientes normas:*

1. *Si se tratare de restricción domiciliaria, se enviará copia de la sentencia a la autoridad judicial y policiva del lugar en donde la residencia se prohíba o donde el sentenciado debe residir. También se oficiará al agente del Ministerio Público respectivo para su control.*

2. *Cuando se trate de sentencias en las cuales se decrete la interdicción de derechos y funciones públicas, se remitirán a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Procuraduría General de la Nación copia de la sentencia ejecutoriada.*

3. *Si se trata de la pérdida del empleo público u oficial, se comunicará a quien haya hecho el nombramiento y a la Procuraduría General de la Nación.*

4. *Si se trata de la prohibición de ejercer una industria, arte, profesión u oficio, se ordenará la cancelación del documento que lo autoriza para ejercerlo y se oficiará a la autoridad que lo expidió.*

5. *Si se trata de la suspensión de la patria potestad, se oficiará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al agente del Ministerio Público.*

Artículo 589. *Amortización de la multa mediante trabajo. Cuando se imponga como sanción principal y única la pena de multa, deberá hacerse efectiva dentro del plazo que la providencia indique, o en su defecto, dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria. Dentro del mismo término podrá solicitar el condenado su amortización mediante trabajo, conforme a lo dispuesto en este código, para lo cual deberá pedir al juez su aprobación, respecto de la actividad no remunerada escogida para tal fin.*

El juez señalará la forma de comprobación y control, calculando además el tiempo que habrá de prestar ese servicio, de acuerdo con el valor asignado a esa actividad en el lugar donde se realice. En caso de que no la pague o amortizare, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 53 de este código.

Artículo 590. *Autoridad que concede la rebaja de la pena. La providencia que haga cesar o que rebaje con arreglo a la ley nueva una pena o medida de seguridad impuesta de acuerdo con las leyes anteriores, se dictará por el juez que conoció del proceso en primera instancia, de oficio o a solicitud de parte, a no ser que exista cambio de la jurisdicción especial a la ordinaria, en cuyo caso esta última será la competente.*

CAPÍTULO II

Ejecución de las medidas de seguridad

Artículo 591. *Internación de inimputables.* Cuando se imponga la medida de seguridad correspondiente a un inimputable por enfermedad mental permanente o transitoria, el juez oficiará al director del establecimiento psiquiátrico, para que se proceda al tratamiento adecuado.

Artículo 592. *Libertad vigilada.* Cuando se imponga la libertad vigilada, deberá el juez comunicar esta decisión a las autoridades policivas del lugar, para el cumplimiento de lo dispuesto en este código.

Artículo 593. *Suspensión o cesación de la medida de seguridad.* El juez que haya impuesto en primera o única instancia una medida de seguridad, podrá, de oficio o a solicitud de parte, previo concepto de los peritos de medicina legal y de conformidad con lo dispuesto en este código:

1. Suspender condicionalmente la medida de seguridad.
2. Sustituirla por otra más adecuada, si así lo estimare conveniente.
3. Ordenar la cesación de tal medida.

La persona beneficiada con la suspensión condicional o con su cambio por una libertad vigilada deberá constituir, personalmente o por intermedio de su representante legal, caución en la forma prevista en este código.

Artículo 594. *Revocatoria de la suspensión condicional.* En cualquier momento podrá el juez revocar la suspensión condicional de la medida de seguridad o la medida sustitutiva, cuando se incumplan las obligaciones fijadas en la correspondiente diligencia garantizada con caución o cuando los peritos conceptúen que es necesaria la continuación de la medida.

CAPÍTULO III

Condena de ejecución condicional

Artículo 595. *Extinción de la condena y cancelación de la caución.* Cuando se declare la extinción de la condena conforme al artículo 74 de este código, se cancelará la caución.

Artículo 596. *Comunicación sobre extinción de la condena.* La providencia que declare extinguida la condena se comunicará a las mismas personas o entidades a quienes se comunicó la sentencia de condena condicional.

CAPÍTULO IV

Libertad condicional

Artículo 597. *Solicitud.* El condenado que se hallare en las circunstancias previstas en el artículo 75 de este código, podrá solicitar al juez que profirió sentencia de primera o única instancia la libertad condicional.

Artículo 598. *Anexos a la solicitud.* La solicitud de libertad condicional debe ir acompañada de la resolución favorable del consejo de disciplina, o en su defecto de la proferida por el director

del establecimiento carcelario, de la copia de la cartilla biográfica y de los demás documentos que prueben los requisitos exigidos por este código.

Artículo 599. *Decisión.* Recibida la solicitud, el juez resolverá dentro de los tres (3) días siguientes, por auto interlocutorio, en el cual impondrá las obligaciones a que se refiere el artículo 76 de este código, las cuales se garantizarán mediante caución.

El tiempo necesario para otorgar la libertad condicional se determinará con base en la pena impuesta en la sentencia.

La reducción de las penas por trabajo y estudio, lo mismo que cualquiera otra rebaja de pena que establezca la ley, se tendrá en cuenta como parte cumplida de la pena impuesta o que pudiere imponerse.

Artículo 600. *Prueba de la comisión de un nuevo delito.* Para los efectos del artículo 77 de este código, se considerará que el liberado condicionalmente ha cometido un nuevo delito, una vez que se encuentre en firme la sentencia que lo declare responsable.

La revocación podrá decretarse de oficio, a petición del Ministerio Público o a petición de los encargados de la vigilancia.

CAPÍTULO V

De la rehabilitación

Artículo 601. *Concesión.* La rehabilitación de derechos y funciones públicas la concederá el Tribunal Superior Militar, previa solicitud del condenado hecha de acuerdo con las normas del presente capítulo y dentro de los plazos determinados por el artículo 94 de este código.

Artículo 602. *Anexos a la solicitud de rehabilitación.* Con la solicitud de rehabilitación se presentará:

1. Copias de las sentencias de primera, única y segunda instancia, y de casación, si fuere el caso.
2. Copia de la cartilla biográfica.
3. Dos declaraciones, por lo menos, de personas de reconocida honorabilidad, sobre la conducta observada después de la condena.
4. Certificado de la entidad bajo cuya vigilancia hubiere estado el peticionario en el período de prueba de la libertad condicional o vigilada, si fuere el caso.

Artículo 603. *Comunicaciones.* La providencia que conceda la rehabilitación de derechos y funciones públicas se comunicará a las mismas entidades a quienes se comunicó la sentencia y, especialmente, al alcalde del domicilio del rehabilitado y a los registradores municipal, departamental y nacional del estado civil, para que hagan las anotaciones del caso.

Artículo 604. *Ampliación de pruebas.* La entidad que debe resolver la solicitud de rehabilitación puede, dentro de un plazo no mayor de diez

(10) días, pedir ampliación o ratificación de las pruebas acompañadas al memorial respectivo.

Artículo 605. *Aplazamiento.* Si la conducta del solicitante no lo hubiere acreedor a la rehabilitación, según los documentos presentados, se aplazará la concesión de ella por un período no mayor del determinado en el artículo 94 de este código. La providencia respectiva será comunicada a las mismas entidades mencionadas en este código.

TÍTULO DUODÉCIMO

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 606. *Derogatoria.* Derógase el Decreto 2550 de 1988 y las disposiciones que sean contrarias a la presente ley.

Artículo 607. *Procesos en curso.* Los procesos en los que se hubiese iniciado el juicio se continuarán rituando hasta su culminación por las normas de competencia y procedimiento establecidas para

ello en el Decreto 2550 de 1988 y las normas que lo complementan.

Artículo 608. *Vigencia.* Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, la presente ley registrará un

(1) año después de su expedición, (siempre y cuando se halle en vigencia la respectiva ley estatutaria que define la estructura de la administración de la justicia penal militar)*.

(Nota: La Corte Constitucional en Sentencia C-368 de 2000 declaró inexecutable la expresión: "... siempre y cuando se halle en vigencia la respectiva ley estatutaria que define la estructura de la administración de la justicia penal militar").

Publíquese y ejecútese.

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., a 12 de agosto de 1999.

(Nota: Modificado en lo pertinente por la Ley 1765 de 2015 artículo 96)

LEY 1765 DE 2015

TÍTULO I.
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO ÚNICO.
Principios y ámbito
de aplicación.

Artículo. 1º Principios de la administración de justicia. *Las normas y principios rectores de la administración de justicia prevalecen y serán de obligatoria aplicación en la jurisdicción penal militar y policial.*

Artículo. 2º. Ámbito de aplicación. *La presente ley se aplicará en lo pertinente, a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro, así como al personal civil o no uniformado que desempeñe cargos en la justicia penal militar y policial.*

Los artículos que modifican, adicionan o derogan disposiciones de carácter penal militar, se aplicarán exclusivamente a miembros de la Fuerza Pública en los términos del artículo 221 de la Constitución Política. En ningún caso se aplicarán a los civiles.

(Nota: La expresión “La presente ley se aplicará en lo pertinente, a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro, así como al personal civil o no uniformado que desempeñe cargos en la Justicia Penal Militar y Policial”, del presente artículo fue se declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 2016, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en el entendido que la competencia de la justicia penal militar y policial se circunscribe únicamente al juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio . no obstante que con posterioridad se hayan retirado del servicio . , con lo cual, la Ley 1765 de 2015 aplica a los miembros de la Fuerza Pública en retiro y al personal civil o no uniformado solo en relación con las medidas de carácter laboral y administrativo en ella previstas, en cuanto las mismas les sean exigibles por razón de su vinculación a la planta de personal de los órganos de la Justicia Penal Militar y Policial.)

TÍTULO II.
ESTRUCTURA DE LA JUSTICIA
PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO 1.
Integración.

Artículo. 3º. Integración. *La justicia penal militar y policial estará integrada por: Órganos jurisdiccionales y de investigación*

1. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.

2. Tribunal Superior Militar y Policial.

3. Jueces penales militares y policiales de conocimiento especializado y de conocimiento.

4. Jueces penales militares y policiales de control de garantías.

5. Jueces penales militares y policiales de ejecución de penas y medidas de seguridad.

6. Fiscalía General Penal Militar y Policial y Cuerpo Técnico de Investigación.

Órganos de dirección y administración de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, de que trata la presente ley:

1. Consejo directivo.

2. Director ejecutivo.

CAPÍTULO II.
Órganos jurisdiccionales.

Artículo. 4º. Corte Suprema de Justicia. *La Corte Suprema de Justicia ejerce sus funciones en la justicia penal militar y policial a través de la Sala de Casación Penal, según sus competencias constitucionales y legales.*

Artículo. 5º. Tribunal Superior Militar y Policial. *Sede e integración. El Tribunal Superior Militar y Policial tendrá su sede en Bogotá, D. C., y estará conformado por magistrados que integrarán salas de decisión militar, policial o mixtas que ejercerán la función jurisdiccional. El tribunal o sus salas de decisión podrán sesionar en cualquier lugar del país. Las salas de decisión del Tribunal Superior Militar y Policial estarán integradas por tres magistrados cada una, presidida por el ponente respectivo.*

Las salas de decisión contarán con representación de cada una de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los términos que establezca el reglamento interno de la corporación.

Además de las salas de decisión, al interior del tribunal funcionarán la Sala Plena, la Sala de Gobierno, la secretaría, la relatoría y el personal subalterno. Las salas Plena y de Gobierno siempre serán presididas por el presidente de la corporación o en ausencia temporal de este por el vicepresidente.

El tribunal tendrá un presidente que lo presidirá y un vicepresidente que lo reemplazará en sus ausencias temporales. El presidente, el vicepresidente y la Sala de Gobierno, serán elegidos por la Sala Plena del tribunal.

Artículo. 6º . *Adiciónase el artículo 203 de la Ley 1407 de 2010 con el siguiente párrafo: “*

Artículo. 203. (...)

Parágrafo. *Cuando sobre un mismo asunto existan discrepancias entre diferentes salas de decisión, la Sala Plena del Tribunal se constituirá en Sala Única de Decisión asumiendo la función jurisdiccional a efectos de unificar el criterio,*

conforme al procedimiento que disponga el reglamento interno de la corporación”.

Artículo 7°. Juzgados penales militares y policiales de conocimiento especializado y de conocimiento. Créanse los juzgados penales militares y policiales de conocimiento especializado y de conocimiento, que conocerán de los delitos a que hace referencia la presente ley. Estos, tendrán jurisdicción en todo el territorio nacional.

Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional contarán con el número de juzgados necesarios que les permita garantizar la pronta y efectiva administración de justicia, cuyos titulares serán miembros activos o retirados de la respectiva fuerza.

Parágrafo. La competencia territorial de cada despacho se definirá por acto administrativo emitido por la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 7°. De los juzgados penales militares y policiales de conocimiento especializado. Los juzgados penales militares y policiales de conocimiento especializado continuarán haciendo de los delitos previstos en los artículos 20 y 171 de la Ley 1407 de 2010, pero de conformidad con la nueva asignación de competencia que aquí se prevé así:

1. Homicidio.
2. Delitos contra la protección de la información y de los datos.
3. Delitos contra la fe pública.
4. Delitos contra la administración pública, con excepción de los delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo.
5. Delitos contra la seguridad pública.
6. Delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública.
7. Delitos contra la población civil.
8. Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado.
9. Delitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea superior a tres (3) años de prisión.

Artículo 9°. De los juzgados penales militares y policiales de conocimiento. Los juzgados penales militares y policiales de conocimiento, continuarán conociendo de los delitos previstos en los artículos 20 y 171 de la Ley 1407 de 2010, pero de conformidad con la nueva asignación de competencia que aquí se prevé, así:

1. Delitos contra la disciplina.
2. Delitos contra el servicio.
3. Delitos contra los intereses de la Fuerza Pública.

4. Delitos contra el honor.

5. Lesiones personales.

6. Delitos contra el patrimonio económico.

7. De los siguientes delitos contra la administración pública: delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo.

8. Delitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea igual o inferior a tres (3) años de prisión.

Artículo 10. Concurrencia de jueces. Cuando se presente concurrencia entre un juez penal militar y policial de conocimiento especializado y un juez penal militar y policial de conocimiento, en razón de los factores en que estriba la competencia, será competente el primero de estos.

TÍTULO III.

REQUISITOS PARA EL DESEMPEÑO DE CARGOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO I.

Requisitos generales.

Artículo 11. Requisitos generales. Para acceder a los cargos de magistrado del Tribunal Superior Militar y Policial, Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado, Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento, Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías y Juez Penal Militar y Policial de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se requiere acreditar como requisitos generales los siguientes:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Ser oficial en servicio activo o en retiro de la Fuerza Pública.
3. Acreditar título profesional de abogado.
4. Tener título de posgrado en una de las siguientes áreas: ciencias penales y criminológicas, derecho penal militar o policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.

Parágrafo 1°. No obstante lo dispuesto en este artículo, los cargos de Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías y Juez Penal Militar y Policial de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrán ser desempeñados por civiles y no uniformados, siempre que acrediten los demás requisitos para el desempeño del cargo.

Parágrafo 2°. Su selección será por meritocracia mediante evaluación de sus competencias por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), la Escuela de Administración Pública (ESAP), o cualquier otra entidad que pueda adelantar dicha evaluación.

Artículo 12. Inhabilidades. No podrán desempeñar los cargos señalados en el artículo anterior:

1. Quien haya sido condenado penalmente en cualquier tiempo, excepto por delitos culposos.
2. Quien se halle en interdicción judicial.
3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad.
4. Quien haya sido excluido de la profesión de abogado o esté suspendido.
5. Quien haya sido destituido en cualquier tiempo de un cargo público.
6. Las demás que establezca la Constitución y la ley.

Artículo 13. Faltas absolutas y temporales. Son faltas absolutas la muerte real o presunta, la renuncia aceptada, la separación definitiva del cargo ordenada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, la destitución o separación como consecuencia de un proceso disciplinario, la incapacidad física o mental permanente una vez se reconozca la pensión de invalidez en el caso de los civiles, por invalidez e incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez en el caso de los uniformados, la declaratoria de vacancia del empleo en caso de abandono del mismo o inasistencia al servicio sin causa justificada, la edad de retiro forzoso, el vencimiento del periodo y las demás que determine la Constitución Política y la ley.

Son faltas temporales las licencias, las incapacidades por enfermedad, la suspensión por medida penal o disciplinaria, los permisos y vacaciones y las demás que determine la Constitución Política y la ley.

CAPÍTULO II. Requisitos especiales.

Artículo 14. Magistrados del Tribunal Superior Militar y Policial. Para ser magistrado del Tribunal Superior Militar y Policial será necesario, además de los requisitos generales consignados en la presente ley, ostentar grado no inferior a teniente coronel o capitán de fragata en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años en el desempeño de cargos como funcionario judicial en la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 15. Cargos de período. Los cargos de magistrado del Tribunal Superior Militar y Policial serán provistos por el Presidente de la República para un período fijo e individual, de ocho (8) años no prorrogable, de lista de candidatos conformada por miembros activos o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública que cumplan los requisitos generales y especiales establecidos en esta ley. El procedimiento para conformar la lista será reglamentado por el Gobierno Nacional.

Los magistrados del Tribunal Superior Militar y Policial no son reelegibles y permanecerán en sus cargos durante todo el período, salvo que antes de su vencimiento incurran en una falta absoluta. Los uniformados que sean designados para ocupar estos cargos, permanecerán en servicio activo hasta concluir el período.

Parágrafo Transitorio. Los magistrados del Tribunal Superior Militar nombrados en vigencia de la Ley 940 de 2005, continuarán en sus cargos hasta cuando cumplan el período para el cual fueron nombrados, con la denominación de magistrados del Tribunal Superior Militar y Policial.

Artículo 16. Jueces de conocimiento. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado y Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento, se requiere además de los requisitos generales consignados en la presente ley, ostentar el grado que en cada caso se indica y la experiencia señalada, así:

1. Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado se requiere ostentar grado no inferior al de oficial superior en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de cinco (5) años, en el desempeño de cargos como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial.

2. Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento se requiere ostentar grado no inferior al de capitán o teniente de navío en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de cuatro (4) años en el desempeño de cargos como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 17. Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, se requiere además de los requisitos generales señalados en la presente ley, ostentar grado no inferior al de oficial superior en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de cuatro (4) años en el desempeño de cargos como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial.

Parágrafo. Si este cargo es desempeñado por un civil o no uniformado con el fin de preservar la especialidad de la Justicia Penal Militar y Policial, este deberá tener como mínimo una experiencia profesional de ocho (8) años relacionada con derecho penal militar, salvo que acredite la experiencia mínima de cuatro (4) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 18. Juez Penal Militar y Policial de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Para desempeñar el cargo de Juez Penal Militar y Policial de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se requiere además de los requisitos generales señalados en la presente ley ostentar grado no inferior al de capitán o teniente de navío en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública y acreditar una experiencia mínima de dos (2) años en el desempeño de cargos como funcionario en la justicia penal militar y policial.

Parágrafo. Si el cargo es desempeñado por un civil o no uniformado, con el fin de preservar la especialidad de la justicia penal militar y policial, este deberá tener como mínimo una experiencia profesional de ocho (8) años relacionada con

derecho penal militar, salvo que acredite la experiencia mínima de cuatro (4) años en el desempeño de cargos como funcionario de la justicia penal militar y policial.

TÍTULO IV. FISCALÍA GENERAL PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO I. Estructura de la fiscalía general penal militar y policial.

Artículo 19. Estructura. Para el cumplimiento de las funciones legales, la Fiscalía General Penal Militar y Policial tendrá la siguiente estructura:

1. Fiscal General Penal Militar y Policial.
2. Fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial.
3. Fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales.
4. Coordinador nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar y policial.
5. Coordinadores regionales del Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar y policial.

CAPÍTULO II Desempeño de funciones y competencia

Artículo 20. Desempeño de funciones. Las funciones de la Fiscalía General Penal Militar y Policial se cumplen a través del Fiscal General Penal Militar y Policial, de los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

Los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales se ubicarán por la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, atendiendo sus atribuciones y las necesidades judiciales presentadas por el Fiscal General Penal Militar y Policial.

Corresponde a la Fiscalía General Penal Militar y Policial, en desarrollo de atribuciones constitucionales y legales, la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial en los términos previstos en el Código Penal Militar.

Artículo 21. Competencia. El Fiscal General Penal Militar y Policial, los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y los fiscales penales militares y policiales delegados, tienen competencia en todo el territorio nacional.

CAPÍTULO III Fiscal General Penal Militar y Policial

Artículo 22. Periodo. El Fiscal General Penal Militar y Policial será nombrado por el Presidente de la República, para un periodo institucional de cuatro (4) años no prorrogable, de lista de candidatos que cumplan los siguientes requisitos:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Acreditar título profesional de abogado.
3. Tener título de posgrado en una de las siguientes áreas: ciencias penales y criminológicas, derecho penal militar o policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.
4. Acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años como funcionario de la justicia penal militar y policial.
5. Ser oficial en servicio activo de la Fuerza Pública o en uso de buen retiro, con grado no inferior al de teniente coronel o capitán de fragata.

El procedimiento para conformar la lista será reglamentado por el Gobierno Nacional teniendo en cuenta la selección por meritocracia.

Parágrafo 1º. No obstante lo dispuesto en este artículo, el cargo de Fiscal General Penal Militar y Policial podrá ser desempeñado por un civil o no uniformado, siempre que acredite los requisitos 1 a 4 del presente artículo para el desempeño del cargo.

Parágrafo 2º. El Fiscal General Penal Militar y Policial no será reelegible, tendrá el mismo nivel jerárquico de Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia y su sede estará en Bogotá, D. C.

Artículo 23. Funciones del Fiscal General Penal Militar y Policial. El Fiscal General Penal Militar y Policial tiene la representación de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y además de las funciones especiales otorgadas por el Código Penal Militar, ejercerá las siguientes:

1. Asumir las investigaciones y formular las acusaciones que dispone el Código Penal Militar y aquellas que en razón de su naturaleza, importancia o gravedad, lo ameriten.
2. Coordinar dentro del ámbito de su competencia con la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la creación de unidades especializadas cuando la necesidad del servicio lo exija o la gravedad o complejidad del asunto lo requiera y asignar a ellas fiscales especiales.
3. Dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria contra los presuntos infractores de la ley penal de conformidad con el ámbito de su competencia, directamente o a través de sus delegados, para lo cual deberá tener en cuenta la especificidad

dentro de lo militar o policial del miembro de la Fuerza Pública investigado.

4. Coordinar con otros organismos que ejerzan funciones de policía judicial, la definición e implementación de mecanismos que racionalicen y eviten la duplicidad de esfuerzos en el desarrollo de las investigaciones.

5. Hacer parte del Consejo Nacional de Policía Judicial, función que podrá delegar en el coordinador nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

6. Hacer parte del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria.

7. Crear comisiones especiales de fiscales delegados de conformidad con las atribuciones de estos, designando un coordinador, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, para lo cual podrá desplazar del conocimiento al Fiscal Penal Militar y Policial Delegado. En este evento el fiscal coordinador de la comisión será quien actúe ante el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías y ante el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento.

8. Elaborar el manual de funciones de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, para su respectivo trámite de adopción ante la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial.

9. Proponer a la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la reglamentación de los Centros de Servicios Judiciales, dentro del ámbito de su competencia.

10. Expedir los reglamentos, órdenes, circulares y manuales de procedimiento y de normas técnicas conducentes al eficaz desempeño de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, en materias de su competencia.

11. Presentar al director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, las necesidades y requerimientos de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

12. Ser el vocero de la Fiscalía General Penal Militar y Policial ante los estamentos del Estado y la sociedad.

13. Diseñar y coordinar con el director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la implementación de un sistema de gestión y control de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

14. Proponer a la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, estímulos para los servidores de la Fiscalía General Penal Militar

y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

15. Coordinar con el director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, el apoyo logístico requerido para el funcionamiento de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

16. Adelantar las gestiones para lograr cooperación internacional en materia de investigación criminal con sus pares.

17. Las demás funciones que le señale la ley o los reglamentos.

Artículo 24. Inhabilidades. No podrá ejercer el cargo de Fiscal General Penal Militar y Policial, de Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, ni de Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante los Jueces Penales Militares y Policiales:

1. Quien haya sido condenado penalmente en cualquier tiempo, excepto por delitos culposos.

2. Quien se halle en interdicción judicial.

3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad.

4. Quien haya sido excluido de la profesión de abogado o esté suspendido.

5. Quien haya sido destituido en cualquier tiempo de un cargo público.

6. Las demás que establezca la Constitución y la ley.

Artículo 25. Faltas absolutas y temporales. Son faltas absolutas del Fiscal General Penal Militar y Policial, de los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, y de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales, la muerte real o presunta, la renuncia aceptada, la separación definitiva del cargo ordenada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, la destitución o separación como consecuencia de un proceso disciplinario, la incapacidad física o mental permanente una vez se reconozca la pensión de invalidez en el caso de los civiles, por invalidez e incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez en el caso de los uniformados, la declaratoria de vacancia del empleo en caso de abandono del mismo o inasistencia al servicio sin causa justificada, la edad de retiro forzoso, el vencimiento del periodo y las demás que determine la Constitución Política y la ley.

Son faltas temporales las licencias, las incapacidades por enfermedad, la suspensión por medida penal o disciplinaria, los permisos y vacaciones y las demás que determine la Constitución Política y la ley.

En caso de falta absoluta o temporal del Fiscal General Penal Militar y Policial, sus funciones las ejercerá uno de los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, designado por el Ministro

de Defensa Nacional por la duración de la falta temporal, si la falta es absoluta, hasta la terminación del período si faltaren menos de seis (6) meses para concluir el mismo. Si faltaren seis (6) meses o más para el vencimiento del período, la designación le corresponde al Presidente de la República.

CAPÍTULO IV

Fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales

Artículo 26. Requisitos generales. Para acceder a los cargos de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante el Tribunal Superior Militar y Policial y de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante los jueces penales militares y policiales, se requiere acreditar los siguientes requisitos generales:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Acreditar título profesional de abogado.
3. Tener título de posgrado en una de las siguientes áreas: ciencias penales y criminológicas, derecho penal militar o policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.

Parágrafo. Su selección será por meritocracia mediante evaluación de sus competencias por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), la Escuela de Administración Pública (ESAP), o cualquier otra entidad que pueda adelantar dicha evaluación.

Artículo 27. Requisitos especiales. Para ser Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante el Tribunal Superior Militar y Policial se requiere, además de los requisitos generales consignados en la presente ley, acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial y ostentar grado no inferior al de teniente coronel o capitán de fragata en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública.

Parágrafo. Si el cargo es desempeñado por un civil o no uniformado, con el fin de preservar la especialidad de la Justicia Penal Militar y Policial, este deberá tener como mínimo una experiencia profesional de diez (10) años en derecho penal militar, salvo que acredite la experiencia mínima de ocho (8) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 28. Cargos de período. Los cargos de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante el Tribunal Superior Militar y Policial serán provistos por el Presidente de la República para un período fijo e individual de ocho (8) años no prorrogable, de lista de candidatos conformada por quienes cumplan los requisitos generales y especiales establecidos en este capítulo. El procedimiento para conformar la lista será reglamentado por el Gobierno Nacional.

Los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, no son reelegibles y permanecerán en sus cargos durante todo el período, salvo que antes de su vencimiento incurran en una falta absoluta. Los uniformados que sean designados para ocupar estos cargos, permanecerán en servicio activo hasta concluir el período.

Parágrafo Transitorio. Los fiscales penales militares ante el Tribunal Superior Militar nombrados en vigencia de la Ley 940 de 2005, continuarán en sus cargos hasta cuando cumplan el período para el cual fueron nombrados, con la denominación de fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial.

Artículo 29. Fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales. Para desempeñar el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante los jueces penales militares y policiales de conocimiento especializado y de conocimiento, se requiere además de los requisitos generales consignados en la presente ley, acreditar la experiencia señalada para cada cargo, así:

1. Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado. Para desempeñar el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado, se requiere acreditar una experiencia mínima de cinco (5) años, en el desempeño de cargos como funcionario en la Justicia Penal Militar y Policial y ostentar grado no inferior al de oficial superior en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública.

Parágrafo. No obstante lo dispuesto en este artículo, el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado podrá ser desempeñado por un civil o no uniformado, siempre que acredite los requisitos generales para el desempeño del cargo y una experiencia profesional como asesor jurídico de la Fuerza Pública mínima de diez (10) años, salvo que acredite la experiencia mínima de cinco (5) años en el desempeño de cargos como funcionario de la justicia penal militar y policial.

2. Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento. Para desempeñar el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento, se requiere acreditar una experiencia mínima de tres (3) años en el ejercicio profesional de abogado y ostentar grado no inferior al de capitán o teniente de navío en servicio activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública. (sic) Parágrafo. No obstante lo dispuesto en este artículo, el cargo de Fiscal Penal Militar y Policial Delegado ante Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento podrá ser desempeñado por un civil o no uniformado, siempre que acredite los requisitos generales para el desempeño del cargo y una experiencia profesional como asesor jurídico de la Fuerza Pública mínima de ocho (8) años, salvo que acredite la experiencia mínima de tres (3) años en el desempeño de

cargos como funcionario de la justicia penal militar y policial.

Artículo. 30. . Funciones generales de los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y ante los jueces penales militares y policiales de conocimiento especializado y de conocimiento. *Los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y ante los jueces penales militares y policiales de conocimiento especializado y de conocimiento, entre otras, tienen las siguientes funciones:*

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito de conocimiento de la justicia penal militar y policial.
2. Adelantar previa autorización del magistrado o juez penal militar y policial de control de garantías, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y poner a su disposición los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos, para su control de legalidad dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes.
3. Asegurar en cada caso particular los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización del juez penal militar y policial de garantías para poder proceder a ello.
4. Dirigir, coordinar y controlar en cada caso particular las actividades de policía judicial que en forma permanente ejerce el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial y los demás organismos de policía judicial que señale la ley.
5. Solicitar capturas ante el magistrado o juez penal militar y policial de control de garantías y poner al capturado a su disposición, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
6. Solicitar al magistrado o juez penal militar y policial de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal militar o policial, la conservación de la prueba, la integridad de la Fuerza Pública, la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.
7. Presentar solicitud de preclusión de la investigación ante la Sala del Tribunal Superior Militar y Policial o juez penal militar y policial de conocimiento especializado y de conocimiento.
8. Celebrar preacuerdos con los imputados.
9. Presentar la acusación ante el magistrado del Tribunal Superior Militar y Policial o juez penal militar y policial de control de garantías.
10. Intervenir en la etapa del juicio.

11. Solicitar ante la Sala del Tribunal Superior Militar y Policial o juez penal militar y policial de conocimiento o ante el magistrado o juez penal militar y policial de control de garantías, las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

12. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos en el Código Penal Militar.

13. Solicitar las nulidades y demás actuaciones procesales de su competencia y disponer las que le señale la ley.

14. (Inexequible).* Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

***(Nota: Declarado inexequible por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

15. Las demás que le señale la ley.

Artículo. 31. . Funciones especiales de los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial. *Los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial tendrán su sede en Bogotá, D. C., y además de las funciones señaladas en el artículo anterior y la ley, tienen las siguientes:*

1. Investigar y acusar si a ello hubiere lugar a los servidores de la justicia penal militar y policial con fuero legal, cuyo juzgamiento esté atribuido en primera instancia al Tribunal Superior Militar y Policial.
2. Cumplir las funciones que le asigne el Fiscal General Penal Militar y Policial de conformidad con sus atribuciones y representarlo en las actuaciones que le delegue.
3. Reemplazar al Fiscal General Penal Militar y Policial en sus ausencias temporales o absolutas, cuando sea designado.
4. Reemplazar al Fiscal General Penal Militar y Policial en caso de impedimento o recusación, cuando sea designado.
5. Formular recomendaciones al Fiscal General Penal Militar y Policial en materia de políticas de investigación y acusación.
6. Diseñar y recomendar acciones orientadas a mejorar la gestión de los despachos de las fiscalías penales militares y policiales delegadas.
7. Presentar postulaciones para proveer los cargos de empleados subalternos asignados a sus despachos, a la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.
8. Las demás que les sean asignadas por la ley.

CAPÍTULO V**Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, composición, requisitos y funciones**

Artículo 32. *Composición del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. El Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar y policial estará integrado por el coordinador nacional, los coordinadores regionales y el personal profesional, tecnólogo, técnico y de investigación que lo conforme, nombrados por el director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial previa selección por meritocracia mediante evaluación de sus competencias por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), la Escuela de Administración Pública (ESAP), o cualquier otra entidad que pueda adelantar dicha evaluación.*

Artículo 33. Funciones. *El Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar y Policial tiene las siguientes funciones generales:*

1. Ejercer funciones de policía judicial en la justicia penal militar y policial.
2. Recibir las denuncias o querellas de los delitos de conocimiento de la justicia penal militar y policial y adelantar los actos urgentes conforme a lo dispuesto en el Código Penal Militar.
3. Realizar las investigaciones de los delitos de acuerdo con lo establecido en el Código Penal Militar y bajo la dirección del fiscal penal militar y policial delegado.
4. Adelantar con estricta sujeción a las normas y al respeto de los derechos humanos todas las actividades inherentes a la investigación de las conductas punibles.
5. Dar cumplimiento de conformidad con las normas vigentes a las órdenes de captura, allanamiento, intervención telefónica, registro de correspondencia, vigilancia electrónica y demás actuaciones inherentes requeridas en las investigaciones que se adelanten, previa decisión judicial del magistrado o juez penal militar y policial de control de garantías o disposición del fiscal penal militar y policial delegado en los casos que determine la ley.
6. Dar cumplimiento a las órdenes de captura que emita la Sala de Decisión o los jueces penales militares y policiales de conocimiento especializado o de conocimiento.
7. Garantizar la cadena de custodia de los elementos materiales de prueba y de la evidencia física.
8. Las demás que le señale la ley o le asigne el Fiscal General Penal Militar y Policial que guarden relación con la naturaleza de la dependencia.

Artículo 34. *Coordinador nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. Para ser coordinador nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial se requiere:*

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Acreditar título profesional de abogado.
3. Tener posgrado en ciencias penales y criminológicas, derecho penal militar o policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.
4. Acreditar experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo de cuatro (4) años.
5. Aprobar la selección por meritocracia.

Parágrafo. *Si el cargo fuere desempeñado por un miembro activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública, deberá ostentar un grado no inferior al de oficial superior.*

Artículo 35. Coordinación nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. *La coordinación nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial tiene las siguientes funciones:*

1. Recomendar al Fiscal General Penal Militar y Policial la definición de políticas y estrategias asociadas con las funciones de investigación, criminalística y administración de información técnica y judicial, útiles para la investigación.
2. Desarrollar actividades de planeación, organización, ejecución y control de las funciones del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.
3. Orientar el apoyo a las actividades forenses que desarrollen las coordinaciones regionales.
4. Cumplir y hacer cumplir la cadena de custodia.
5. Coordinar el apoyo técnico-científico con los demás organismos nacionales de policía judicial.
6. Responder por el control estadístico en los aspectos relativos al desarrollo de las investigaciones adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.
7. Coordinar con la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial la creación e integración de unidades de investigación para optimizar la actividad investigativa y operativa del cuerpo técnico de investigación, previa autorización del Fiscal General Penal Militar y Policial.
8. Realizar el seguimiento a la gestión de las coordinaciones regionales y tomar las medidas necesarias para su efectivo funcionamiento.
9. Por delegación del Fiscal General Penal Militar y Policial, hacer parte del Consejo Nacional de Policía Judicial.
10. Elaborar el manual de funciones del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial y presentarlo al Fiscal General Penal Militar y Policial para su respectivo

trámite de adopción ante la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

11. Las demás que le señale la ley o le asigne el Fiscal General Penal Militar y Policial que guarden relación con la naturaleza de la dependencia.

Artículo 36. Coordinador regional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. Para ser coordinador regional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, se requiere:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Acreditar título profesional de abogado.
3. Tener posgrado en ciencias penales y criminológicas, derecho penal militar o policial, criminalística, derecho constitucional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho probatorio, derecho procesal penal o derecho operacional.
4. Acreditar experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo, de dos (2) años.
5. Aprobar la selección por meritocracia.

Parágrafo. Si el cargo fuere desempeñado por un miembro activo o en uso de buen retiro de la Fuerza Pública, deberá ostentar un grado no inferior al de capitán o teniente de navío.

Artículo 37. Coordinación regional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. Las coordinaciones regionales del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial tendrán las siguientes funciones a dicho nivel:

1. Desarrollar actividades de planeación, organización, ejecución y control de las funciones del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.
2. Orientar el apoyo a las actividades forenses.
3. Coordinar las actividades investigativas y de servicios forenses.
4. Coordinar el apoyo técnico-científico con los demás organismos regionales de policía judicial.
5. Cumplir y hacer cumplir la cadena de custodia.
6. Asistir en representación del coordinador nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial a los comités, juntas, sesiones y demás reuniones interinstitucionales en su respectiva jurisdicción relacionadas con el ejercicio de la función de policía judicial.
7. Responder por el control estadístico de los aspectos relativos al desarrollo de las investigaciones adelantadas.
8. Las demás funciones que le señale la ley y el coordinador nacional del Cuerpo Técnico

de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, relacionadas con el cargo.

Artículo 38. Requisitos del personal profesional y técnico del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. Para integrar el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, se requiere acreditar como mínimo:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Título profesional, tecnológico o técnico de centro académico universitario o instituto legalmente reconocido.
3. Acreditar experiencia mínima de un (1) año con posterioridad a la obtención del título.
4. Aprobar la selección por meritocracia.

Artículo 39. Apoyo a la justicia penal militar y policial. Los organismos que ejerzan de manera permanente o transitoria funciones de policía judicial en otras instituciones del Estado, deberán apoyar cuando sea necesario las investigaciones de la justicia penal militar y Policial. En estos casos, la dirección y control de la investigación será del fiscal penal militar y policial delegado.

Artículo 40. Apoyo técnico-científico. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley, prestará apoyo técnico-científico en las investigaciones desarrolladas por la justicia penal militar y policial. Igualmente lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten.

La Fiscalía General Penal Militar y Policial, el imputado o su defensor se apoyarán cuando fuere necesario, en laboratorios privados nacionales o extranjeros o en los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras debidamente acreditados ante la autoridad competente. También prestarán apoyo técnico-científico los laboratorios forenses de los organismos de policía judicial.

Artículo 41. Conformación de grupos especiales de investigación. Cuando por la particular complejidad de la investigación sea necesario conformar un grupo especial en la regional respectiva, el Fiscal Penal Militar y Policial Delegado lo solicitará al coordinador regional del cuerpo técnico, previa autorización del Fiscal General Penal Militar y Policial.

CAPÍTULO VI

Organización del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial

Artículo 42. Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial es una dependencia especializada de la Fiscalía General Penal Militar y Policial que tiene por objeto desarrollar la investigación judicial, criminalística, criminológica y el manejo de la información, orientada a brindar apoyo a la administración de la justicia penal militar y policial en los casos de su competencia, incluyendo las investigaciones que se adelanten en vigencia de la Ley 522 de 1999.

Artículo 43. Estructura. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial tiene competencia investigativa en todo el territorio nacional dentro de la jurisdicción penal militar y policial y su organización tendrá dos niveles: central y desconcentrado.

Parágrafo. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial hace parte de la estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y por consiguiente el Gobierno Nacional desarrollará la misma y establecerá su planta de personal.

TÍTULO V.

ADMINISTRACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO I.

Unidad administrativa especial de la justicia penal militar y policial.

Artículo 44. Transformación de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar en Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. Transformase la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar del Ministerio de Defensa Nacional de que trata el artículo 26 del Decreto 1512 de 2000, la cual cuenta con autonomía administrativa y financiera, en una unidad administrativa especial con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, cuyo domicilio principal está en la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá contar con dependencias desconcentradas territorialmente, la cual se denominará Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y hará parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Artículo 45. Objetivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, tendrá como objetivo fundamental la organización, funcionamiento y administración de la jurisdicción especializada.

Artículo 46. Patrimonio. El patrimonio de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial estará constituido por:

1. Las partidas que se le asignen en el Presupuesto General de la Nación.
2. Los recursos que reciba a título de donaciones, legados y asignaciones de personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, gobiernos o entidades gubernamentales extranjeros, organismos internacionales u organizaciones de cualquier naturaleza local, nacional o internacional.
3. Los recursos que a través de convenios reciba de entidades públicas o privadas para el desarrollo de sus planes y programas o para su funcionamiento.
4. Los recursos provenientes del fondo cuenta de la jurisdicción penal militar y policial que se crea en la presente ley.
5. Los bienes que se encuentren asignados a la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

6. Los demás bienes, rentas y recursos que adquiera o reciba a cualquier título.

Artículo 47. Fondo cuenta. Créase el Fondo Cuenta de la Justicia Penal Militar y Policial, el cual será administrado por la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial; el fondo no tendrá personería jurídica, a través del mismo se manejarán los recursos por concepto de multas, cauciones, bienes y recursos provenientes de las declaratorias de comiso que se hagan efectivas, de los títulos de depósito judicial constituidos en la jurisdicción especializada en los que se declare su prescripción y del valor reembolsable de las fotocopias que se expidan; los recursos que ingresen al fondo se destinarán a la adecuación, mantenimiento y adquisición de elementos y equipos de los despachos de la justicia penal militar y policial e insumos necesarios para la práctica de diligencias judiciales e investigativas.

Artículo 48. Funciones de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial tendrá las siguientes funciones:

1. Administrar la jurisdicción especializada.
2. Llevar el control y gestión de rendimiento de los funcionarios y empleados de la jurisdicción penal militar y policial.
3. Implementar las políticas, planes, programas y proyectos de la jurisdicción especializada.
4. Administrar y conservar el archivo de la jurisdicción especializada.
5. Las demás que le señale la ley.

Artículo 49. Órganos de dirección y administración. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial tendrá como órganos de dirección y administración el consejo directivo y el director ejecutivo.

Artículo 50. Integración. El consejo directivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial estará integrado por:

1. El Ministro de Defensa Nacional quien lo presidirá.
2. El Ministro de Justicia y del Derecho.
3. El Comandante General de las Fuerzas Militares.
4. El Director General de la Policía Nacional.
5. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo 1°. Los ministros solo podrán delegar su participación en los viceministros, el Comandante General de las Fuerzas Militares podrá delegarla en el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares, el Director General de la Policía Nacional de Colombia en el Subdirector General de la Policía Nacional, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el Vicepresidente de la corporación.

Parágrafo 2°. Al consejo directivo asistirá el director ejecutivo de la Unidad Administrativa

Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, el Presidente del Tribunal Superior Militar y Policial y el Fiscal General Penal Militar y Policial con voz pero sin voto. El órgano directivo podrá invitar a otros servidores públicos y personas que considere importante escuchar sobre determinados asuntos de interés para la entidad, quienes asistirán con derecho a voz pero sin voto. El Consejo sesionará con la periodicidad que determinen los estatutos.

La secretaría técnica del consejo estará a cargo de la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y sus actas serán reservadas.

Parágrafo 3°. En ningún caso los miembros del consejo directivo ni el director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, podrán interferir en las decisiones judiciales de los funcionarios de la jurisdicción.

Artículo 51. Funciones del consejo directivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. El consejo directivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, tendrá las siguientes funciones:

1. Definir las políticas, planes, programas y proyectos de la unidad.
2. Conocer de los informes de gestión presentados por el director ejecutivo.
3. Aprobar el proyecto de presupuesto anual de la unidad.
4. Aprobar el plan de desarrollo y su correspondiente plan de inversiones.
5. Evaluar y recomendar al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura orgánica y de la planta de personal que considere pertinentes.
6. Adoptar sus estatutos y cualquier reforma que a ellos se introduzca.
7. Recomendar modificaciones al mapa judicial.
8. Las demás que le señalen la ley y sus estatutos.

Artículo 52. Director ejecutivo y subdirector general de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial tendrá un director ejecutivo de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y un subdirector general nombrado por el director, uno de los cuales será oficial en servicio activo de la Fuerza Pública o en uso de buen retiro, de grado no inferior al de brigadier general o su equivalente en la Armada Nacional.

El director y el subdirector serán independientes de la línea de mando, así uno de ellos ostente la condición de oficial en servicio activo de la Fuerza Pública.

Parágrafo. El oficial podrá solicitar por una sola vez la terminación de su designación y el regreso

a su fuerza de procedencia. Esta podrá aceptar o rechazar su solicitud.

En caso de ser aceptado no podrá regresar a la Justicia Penal Militar y Policial mientras esté en servicio activo.

Artículo 53. Requisitos para ocupar el cargo de director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Para ocupar el cargo de director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial se requiere acreditar los siguientes requisitos:

1. Ser colombiano por nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Acreditar título profesional de abogado y posgrado en área jurídica o administrativa.
3. Acreditar como mínimo ocho (8) años de experiencia profesional.

Artículo 54. Funciones de la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial tendrá las siguientes funciones:

1. Implementar las políticas y ejecutar los planes, programas, proyectos y decisiones adoptadas por el consejo directivo.
2. Adoptar y proponer según su competencia, las decisiones necesarias para que la justicia penal militar y policial se imparta oportuna y eficazmente.
3. Administrar de conformidad con las normas vigentes el talento humano, y los bienes y recursos destinados para el funcionamiento de la justicia penal militar y policial, desarrollando adecuados sistemas de información y control.
4. Impartir las directrices para mantener actualizada la plataforma tecnológica y de comunicaciones de la unidad.
5. Elaborar y presentar al consejo directivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial el informe de gestión anual y los que este solicite.
6. Diseñar planes, programas y proyectos que propendan por el comportamiento ético del personal de la justicia penal militar y policial.
7. Elaborar e impulsar programas de capacitación y formación del personal de la justicia penal militar y policial.
8. Adoptar los mecanismos de control de rendimiento y gestión de los funcionarios y empleados de la justicia penal militar y policial y tomar las decisiones necesarias para su buen funcionamiento y descongestión.
9. Determinar la distribución, ubicación territorial y lugar de funcionamiento de los despachos judiciales de acuerdo con las necesidades del servicio.
10. Presentar al consejo directivo el mapa judicial y sus modificaciones.

11. Crear y organizar los grupos internos de trabajo necesarios para el funcionamiento de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y designar sus coordinadores.

12. Expedir manuales, de funciones y requisitos, procesos y procedimientos, circulares, directivas, instructivos, reglamentos, resoluciones y demás actos administrativos necesarios para el adecuado funcionamiento de la Justicia Penal Militar y Policial.

13. Regular los trámites de los títulos judiciales y demás aspectos administrativos que se adelanten en los despachos judiciales y cuando lo considere necesario establecer servicios administrativos comunes para ellos.

14. Conceder estímulos, reconocer los méritos y otorgar las menciones honoríficas al personal que se distinga por los servicios prestados a la justicia penal militar y policial.

15. Ejercer la facultad nominadora de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, salvo de los de periodo.

16. Designar y terminar la designación de los miembros de la Fuerza Pública del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.

17. Definir las situaciones administrativas de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y de los miembros de la Fuerza Pública del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, de acuerdo con la Constitución y la ley.

18. Ubicar y distribuir los servidores públicos de la justicia penal militar y policial de acuerdo con la planta disponible y las necesidades del servicio.

19. Celebrar los contratos, convenios y acuerdos que se requieran para el eficaz funcionamiento de la justicia penal militar y policial.

20. Ser ordenador del gasto para el cumplimiento de las funciones que le correspondan.

21. Representar a la entidad judicial y extrajudicialmente y nombrar los apoderados especiales que demande la mejor defensa de los intereses de la entidad.

22. Ejercer la función de control disciplinario en los términos de ley, sobre los servidores públicos que ejerzan funciones administrativas y de apoyo a los despachos judiciales, así como sobre los jueces de conocimiento especializado; conocimiento, garantías, ejecución de penas y medidas de seguridad, fiscales delegados ante los jueces de conocimiento especializado, conocimiento y servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, en relación con conductas distintas a las derivadas de su función judicial y de policía judicial.

23. Presentar el proyecto de presupuesto al consejo directivo para su aprobación.

24. Elaborar el proyecto de plan de desarrollo de la justicia penal militar y policial con

su correspondiente plan de inversiones y someterlo a la aprobación del consejo directivo.

25. Suscribir convenios y acuerdos institucionales con entidades nacionales e internacionales.

26. Administrar la Escuela de Justicia Penal Militar y Policial que por esta ley se crea, presidir su consejo directivo y nombrar su director.

27. Las demás que le asigne la ley y los estatutos.

Parágrafo. Para todos efectos, la representación legal de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial estará en cabeza de su director ejecutivo.

Artículo 55. Inhabilidades. No podrán desempeñar cargos en la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, los servidores públicos que incurran en alguna de las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución Política y en la ley.

Artículo 56. Causales de impedimento, recusación y trámite de las mismas. A los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y; (sic) Policial, se les aplicarán las causales de impedimento y recusación establecidas en la ley y se tramitarán de conformidad con los procedimientos allí establecidos.

Artículo 57. Faltas absolutas y temporales. Las faltas absolutas y temporales establecidas en la Constitución Política y en la ley, se aplicarán a los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 58. Autoridad disciplinaria. Los servidores públicos que desempeñen cargos de jueces y fiscales de la Justicia Penal Militar y Policial, serán investigados disciplinariamente por conductas derivadas del ejercicio de sus funciones por la Procuraduría General de la Nación y, los demás servidores por la oficina de control disciplinario interno de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial; sin perjuicio en este último caso, del ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación.

Artículo 59. Estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial. La estructura interna de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial será establecida por el Gobierno Nacional, de acuerdo con sus facultades constitucionales y legales.

Parágrafo Transitorio. Hasta tanto entre en funcionamiento la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar como dependencia interna del Ministerio de Defensa Nacional, continuará con la administración y dirección de la justicia penal militar.

CAPÍTULO II

Escuela de Justicia Penal Militar y Policial

Artículo 60. Objeto. Créase la Escuela de Justicia Penal Militar y Policial, como un centro de formación inicial y continuada de funcionarios y empleados al servicio de la justicia penal militar y policial, con el objeto de ofrecer a sus

servidores de manera permanente, inducción y reinducción judicial en administración de justicia tanto teórica como práctica, formación en temas académicos buscando el continuo mejoramiento de su función misional de operador judicial, capacitación y actualización en técnicas de administración, gestión judicial e investigativa, entre otros.

Artículo 61. Estructura. La Escuela de Justicia Penal Militar y Policial hace parte de la estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y por consiguiente el Gobierno Nacional desarrollará la misma y establecerá su planta de personal.

TÍTULO VI. INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL.

CAPÍTULO I. Independencia de la justicia penal militar y policial.

Artículo 62. Independencia del mando institucional de la Fuerza Pública. La justicia penal militar y policial será independiente del mando institucional de la Fuerza Pública. Su función exclusiva será la de administrar justicia conforme a la Constitución y la ley. Los funcionarios y empleados de la justicia penal militar y policial no podrán buscar o recibir instrucciones del mando de la Fuerza Pública, respecto del cumplimiento de su función judicial.

Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que hacen parte de la línea de mando, no podrán ejercer funciones en la justicia penal militar y policial.

Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que hacen parte de la jurisdicción penal militar y policial, no podrán participar en el ejercicio del mando.

CAPÍTULO II Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial

Artículo 63. Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. Créase el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, conformado por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que desempeñen cargos judiciales, investigativos, o de apoyo judicial o investigativo en la Justicia Penal Militar y Policial; con un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional y bajo la dependencia de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Parágrafo. La pertenencia al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, genera dependencia administrativa de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que lo integran de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, y por tanto estarán a disposición de la citada entidad.

Artículo 64. Incorporación de los miembros de la Fuerza Pública al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. En virtud de la entrada en vigencia de la presente ley, los oficiales en servicio activo que desempeñen cargos en la jurisdicción,

se incorporarán al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y no tendrán que acreditar los requisitos especiales establecidos en la presente ley para ocupar el cargo en el cual queden incorporados. Los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes en servicio activo, que a la entrada en vigencia de la presente ley desempeñen cargos en la jurisdicción, se incorporarán al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y no tendrán que acreditar los requisitos establecidos en la presente ley para ocupar el cargo en el cual queden incorporados.

Artículo 65. Integración de los miembros de la Fuerza Pública al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. Para integrar el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, solicitará a las fuerzas de acuerdo con las necesidades del servicio, el envío de listas de candidatos de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y patrulleros de la Policía Nacional, para desempeñar cargos en la jurisdicción especializada, listas de las cuales la dirección de la unidad seleccionará de acuerdo con el procedimiento interno y designará a los funcionarios y empleados judiciales e investigativos requeridos para el servicio.

Artículo 66. Determinación de la planta militar y policial. La planta militar y policial de los miembros de la Fuerza Pública que integren el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, será fijada por el Gobierno Nacional, con base en las necesidades que presente la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, quien la manejará.

La planta determinará el número de miembros de la Fuerza Pública por grado.

CAPÍTULO III Procedencia y cambio de cuerpo de los miembros de la Fuerza Pública al cuerpo autónomo de la justicia penal militar y policial

Artículo 67. Procedencia de la Fuerza Pública. Quien aspire a pertenecer al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, deberá estar previamente escalafonado en la Fuerza Pública de acuerdo con los procedimientos legales establecidos en los respectivos estatutos.

Artículo 68. Cambio de cuerpo o especialidad. Para pertenecer al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Capacidad psicofísica.
2. Acreditar como mínimo el grado de capitán o teniente de navío.
3. No haber sido sancionado penal o disciplinariamente y durante los tres (3) últimos años estar clasificado en lista 1, 2 o 3 en las evaluaciones de las Fuerzas Militares o en las escalas de medición excepcional, superior o satisfactoria de la Policía Nacional.

4. Concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa o del respectivo comandante de fuerza o del Director General de la Policía Nacional de Colombia, según corresponda.

Parágrafo 1°. Los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y patrulleros, no requieren acreditar grado militar o policial mínimo.

Parágrafo 1°. Los folios de vida de los miembros de la Fuerza Pública pasarán a la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, mientras se encuentren desempeñando un cargo judicial o investigativo de su planta de personal.

CAPÍTULO IV

Régimen de personal aplicable a los miembros de la Fuerza Pública que integran el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial

Artículo 69. Ascenso militar o policial. Se entiende como ascenso militar o policial el cambio de jerarquía al grado superior en su carrera militar o policial de los miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 70. Envío a curso de ascenso. Transcurrido el tiempo mínimo reglamentario para ascender en grado militar o policial y cumplidos los demás requisitos establecidos en las normas especiales de cada fuerza, la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial a través de su dependencia de talento humano, verificará las anotaciones en el folio de vida durante dicho período y su clasificación o escala y la evaluación en el desempeño judicial, de gestión investigativa o de apoyo judicial o investigativo, y someterá a decisión del comité de ascensos los nombres de los miembros de la Fuerza Pública que deberán ser enviados a curso de ascenso a la fuerza a la que pertenezcan.

Artículo 71. Condiciones para ascenso del personal del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. Los miembros de la Fuerza Pública pertenecientes al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, para ascender dentro de la jerarquía militar y policial, deberán acreditar además de las condiciones y requisitos comunes establecidos en los estatutos de carrera militar o policial, los siguientes:

1. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en los estatutos de carrera del personal de la Fuerza Pública.
2. Capacidad profesional acreditada con las evaluaciones anuales de desempeño en el cargo, realizadas conforme a lo previsto en la presente ley.
3. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.
4. Acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.
5. Concepto favorable del comité de ascensos del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.
6. Tener la clasificación para ascenso.

Artículo 72. Autoridad competente para conceder ascensos. El ascenso de los oficiales hasta el grado de coronel o capitán de navío será dispuesto por el Gobierno Nacional, y el de los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y patrulleros por el Ministro de Defensa Nacional previa recomendación del comité de ascensos del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo 73. Ascenso de oficiales generales y de insignia. Para los ascensos de oficiales generales y de insignia, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los oficiales que hayan cumplido los requisitos establecidos en los respectivos estatutos de carrera de la Fuerza Pública.

Artículo 74. Comité de ascensos del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. El Comité de Ascensos del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial estará conformado por:

1. El Ministro de Defensa Nacional o su delegado.
2. El director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.
3. El Presidente del Tribunal Superior Militar y Policial.
4. El Fiscal General Penal Militar y Policial.
5. El funcionario judicial de mayor antigüedad y grado de las Fuerzas Militares, integrante del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, cuando se trate de ascensos de las Fuerzas Militares.
6. El funcionario judicial de mayor antigüedad y grado de la Policía Nacional, integrante del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, cuando se trate de ascensos de la Policía Nacional.

Artículo 75. Funciones del comité de ascensos de la Justicia Penal Militar y Policial. Son funciones del Comité de Ascensos de la Justicia Penal Militar y Policial las siguientes:

1. Evaluar las anotaciones existentes en el folio de vida y su respectiva clasificación o escala y la calificación de la evaluación judicial, de gestión investigativa o de apoyo judicial o investigativo de los miembros de la Fuerza Pública y de acuerdo con ello decidir quiénes deben ser enviados a curso de ascenso a la fuerza a la que pertenecen.
2. Emitir concepto para ascenso.
3. Clasificar al personal de la Fuerza Pública miembro del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.
4. Ratificar o modificar la lista de precedencia de clasificación o escala para ascensos.
5. Seleccionar y recomendar al Gobierno Nacional por intermedio del Ministro de Defensa Nacional, los ascensos dentro de la jerarquía militar y policial del personal del

Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.

6. Aplicar los reglamentos de evaluación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para la calificación y clasificación del desempeño militar y policial.

7. Darse, su propio reglamento.

Artículo 76. Parámetros para la recomendación de ascensos. El comité fundamentará su recomendación de ascenso en la antigüedad, las anotaciones existentes en el folio de vida y su respectiva clasificación o escala para ascenso y en la calificación de la evaluación judicial, de gestión investigativa o de apoyo judicial o investigativo y el resultado obtenido en el curso de ascenso, información que será consolidada en orden de precedencia por el responsable de talento humano de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

El comité seleccionará y recomendará al Gobierno Nacional los nombres de los oficiales que considere merecen el ascenso por tener el mejor perfil militar o policial y desempeño judicial o de gestión investigativa.

En el caso de los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y patrulleros de la Fuerza Pública, el comité sesionará sin la presencia del Ministro de Defensa Nacional o su delegado y seleccionará y recomendará al Ministro los nombres de los que considere merecen el ascenso por tener el mejor perfil militar o policial y desempeño en cargos de apoyo judicial o investigativo.

Artículo 77. Requisitos especiales para ascenso. A los miembros de la Fuerza Pública que se incorporen al Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, no se les exigirá a partir de la vigencia de la presente ley, los requisitos especiales establecidos en los estatutos sobre el cumplimiento de tiempos mínimos en el desempeño de cargos en la justicia penal militar, para ascender.

Artículo 78. Situaciones administrativas de personal. A los miembros de la Fuerza Pública del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, que desempeñen cargos en la jurisdicción penal militar y policial, les serán aplicables por el director ejecutivo (sic) la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, las situaciones administrativas de personal previstas en los estatutos de carrera especial del personal civil y no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional y sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas.

CAPÍTULO V

Formación y capacitación

Artículo 79. Formación. Los miembros de la Fuerza Pública que integren el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, deberán recibir la formación militar o policial impartida por su respectiva fuerza.

Artículo 80. Capacitación. La capacitación de los miembros de la Fuerza Pública que integren el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal

Militar y Policial, será continua y estará bajo la coordinación de la Escuela de Justicia Penal Militar y Policial, con el objeto de ofrecer a quienes administran justicia y realizan funciones de investigación y de apoyo judicial e investigativo, permanente actualización práctica y teórica en temas jurídicos, militares y policiales, técnicas de investigación, gestión judicial y en todas aquellas áreas relacionadas con el desempeño de sus funciones.

CAPÍTULO VI

Terminación de la designación a los miembros de la Fuerza Pública que integren el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y retiro del servicio activo

Artículo 81. Terminación de la designación por solicitud propia del miembro de la Fuerza Pública. El miembro de la Fuerza Pública integrante del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, podrá solicitar por una sola vez la terminación de su designación y el regreso a su fuerza de procedencia. Esta podrá aceptar o rechazar su solicitud.

En caso de ser aceptado no podrá regresar a la justicia penal militar y policial mientras esté en servicio activo.

Artículo 82. Causales de terminación de la designación en el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y retiro de la Fuerza Pública. Son causales de terminación de la designación en el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y de retiro de la Fuerza Pública las siguientes:

1. Ser condenado penal mente por sentencia debidamente ejecutoriada, excepto por delitos culposos, siempre que en este último caso la pena impuesta no implique privación de la libertad.
2. Ser destituido o separado del cargo por decisión debidamente ejecutoriada, como resultado de proceso disciplinario.
3. Obtener resultado regular o deficiente de acuerdo con los reglamentos de evaluación y clasificación de la Fuerza Pública.
4. Incurrir en cualquiera de las causales de retiro consignadas en los reglamentos de la institución militar o policial a la cual pertenece.

Artículo 83. Retiro del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. El retiro del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial se configura cuando se termina la designación del miembro de la Fuerza Pública en un cargo de la Justicia Penal Militar y Policial.

Parágrafo. Incurrir en cualquiera de las causales de terminación de la designación del artículo anterior conlleva igualmente el retiro de la Fuerza Pública. La dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, tramitará el retiro del servicio activo del miembro de la Fuerza Pública ante el Gobierno Nacional o el Ministro de Defensa, según corresponda.

Artículo 84. Efectos de la terminación de la designación. *El personal militar o policial al que se le haya terminado la designación, no podrá volver a ocupar cargos en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, excepto si la misma fue por solicitud propia, caso en el cual el director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial podrá nombrarlo en calidad de retirado, de acuerdo con las necesidades del servicio, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para un cargo vacante y supere el proceso de vinculación.*

CAPÍTULO VII

Evaluación y clasificación de los miembros de la Fuerza Pública del cuerpo autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial

Artículo 85. Autoridad evaluadora y revisora. *La autoridad evaluadora y revisora del personal de la Fuerza Pública miembro del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, será ejercida por oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional integrantes de dicho cuerpo u orgánicos de la Unidad Administrativa Especial, que no intervengan en la evaluación de desempeño judicial.*

La evaluación y revisión se efectuará conforme a los reglamentos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para la calificación y clasificación del desempeño Militar y Policial.

CAPÍTULO VIII

Régimen disciplinario de los miembros del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial

Artículo 86. Titularidad de la acción disciplinaria. *Los miembros del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial solo podrán ser disciplinados por la Procuraduría General de la Nación por faltas en el ejercicio de sus funciones judiciales.*

Cuando se trate de faltas distintas a las cometidas en el ejercicio de la función judicial, será competente para conocer y decidir las faltas leves en única instancia y en primera instancia las faltas graves y gravísimas, un oficial de grado coronel o capitán de navío y en segunda instancia para estas dos últimas, un oficial de mayor antigüedad, miembros del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial u orgánicos de la Unidad Administrativa Especial, designados por su dirección ejecutiva.

Artículo 87. Faltas disciplinarias, procedimiento y sanciones. *A los miembros del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial se les aplicarán las normas establecidas en los respectivos estatutos disciplinarios tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional en materia de faltas disciplinarias, procedimiento y sanciones, así como las establecidas en el régimen disciplinario para servidores públicos.*

Artículo 88. Normas de remisión. *En todo lo no regulado en el presente título, relacionado con los miembros de la Fuerza Pública que integren el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, se les aplicará lo establecido en los regímenes especiales respectivos.*

TÍTULO VII. EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO.

CAPÍTULO ÚNICO.

Artículo 89. Evaluación de desempeño de los jueces penales militares y policiales. *La evaluación de desempeño de los jueces penales militares y policiales corresponde al director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial y al Tribunal Superior Militar y Policial, de conformidad con los siguientes criterios:*

- 1. El director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, evaluará el rendimiento estadístico de los jueces penales militares y policiales de acuerdo con la validación de los informes de cada despacho.*
- 2. El Tribunal Superior Militar y Policial evaluará la estructura formal y la construcción material de las providencias de los jueces penales militares y policiales.*

Parágrafo. *La consolidación de las evaluaciones establecidas en los numerales anteriores, permitirá determinar el rendimiento anual de los jueces penales militares y policiales, la cual constituirá para el personal militar y policial el indicador de desempeño en el cargo.*

Artículo 90. . Evaluación de desempeño de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales y de los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. *La evaluación de desempeño de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales y de los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, corresponde al director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, al Fiscal General Penal Militar y Policial y a los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, de conformidad con los siguientes criterios:*

- 1. El director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial evaluará el rendimiento estadístico de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales y de los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, de acuerdo con la validación de los informes de cada despacho y el informe estadístico consolidado presentado por el coordinador nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.*
- 2. El Fiscal General Penal Militar y Policial y los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, evaluarán la gestión investigativa, el diseño del programa metodológico, la estructura de la teoría del caso, la actuación y argumentación en estrados judiciales y su efectividad en el resultado de la acción penal de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policial (sic). Así mismo evaluarán a los coordinadores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia*

Penal Militar y Policial, con fundamento en la eficaz planeación, organización y control de las misiones asignadas a los servidores.

3. El Fiscal General Penal Militar y Policial y el coordinador nacional del Cuerpo Técnico de Investigación evaluarán la gestión desarrollada en las misiones de trabajo, la efectividad de los informes periciales, técnicos y los resultados de la actividad investigativa de los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial.

Parágrafo. La consolidación de las evaluaciones establecidas en los numerales anteriores permitirá determinar el rendimiento anual de los fiscales penales militares y policiales delegados ante los jueces penales militares y policiales, y de los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, la cual constituirá para el personal militar y policial el indicador de desempeño en el cargo.

Artículo 91. Evaluación de desempeño de secretarios y asistentes judiciales. La evaluación de estos servidores públicos suboficiales, miembros del nivel ejecutivo, patrulleros y civiles que realicen labores de apoyo a la gestión judicial e investigativa, corresponderá al titular o encargado del respectivo despacho.

Artículo 92. Sistema de evaluación. Los indicadores aplicables a las evaluaciones de rendimiento, serán diseñados por los evaluadores y expedidos mediante acto administrativo por la dirección ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial.

Artículo 93. Recursos. Contra el resultado de la evaluación de rendimiento de gestión judicial e investigativa y de apoyo judicial e investigativo, procede solo el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal o desfijación del edicto.

TÍTULO VIII.

DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA PARA EL TRÁNSITO AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y PARA GARANTIZAR SU PLENA OPERATIVIDAD EN LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA.

CAPÍTULO I.

Disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio.

Artículo 94. Procesos en curso. Los procesos en los que a la entrada en vigencia de la presente ley no se hubiese decretado el inicio del juicio, se regirán por las nuevas normas de competencia aquí establecidas siempre y cuando se hayan implementado los nuevos juzgados de conocimiento. En caso contrario continuarán su trámite por las reglas de competencia establecidas en la Ley 522 de 1999.

Artículo 95. Competencia de los juzgados de instrucción penal militar. Para garantizar la transición al sistema penal acusatorio y facilitar el proceso de descongestión judicial con la distribución equilibrada de la carga laboral, las investigaciones por hechos ocurridos en vigencia de la Ley 522 de 1999, podrán ser asumidas por un juez de instrucción penal militar, para lo cual deberá tenerse en cuenta la especificidad dentro

de lo militar o policial del miembro de la Fuerza Pública investigado, independientemente del lugar donde hayan ocurrido los hechos. Para tal efecto el director ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, podrá redistribuir la carga laboral.

Artículo 96. Competencia de los juzgados de primera instancia y fiscalías. Para garantizar la transición al sistema penal acusatorio y facilitar el proceso de descongestión judicial con la distribución equilibrada de la carga laboral, a partir de la vigencia de la presente ley se modifican las competencias establecidas en la Ley 522 de 1999, así:

1. El Juzgado de Inspección General del Comando General de las Fuerzas Militares y el Juzgado de Inspección General del Ejército, además de la competencia a ellos atribuida por la Ley 522 de 1999, podrán conocer de los procesos de competencia de los juzgados militares de división y de brigada.

2. El Juzgado de Inspección General de la Armada Nacional, además de la competencia a él atribuida por la Ley 522 de 1999, podrá conocer de los procesos de competencia de los juzgados de Fuerza Naval del Atlántico, Fuerza Naval del Pacífico, Fuerza Naval del Sur, Brigada de Infantería de Marina y Comando Específico de San Andrés y Providencia.

3. El Juzgado de Inspección General de la Fuerza Aérea, además de la competencia a él atribuida por la Ley 522 de 1999, podrá conocer de los procesos de competencia de los juzgados militares de comando aéreo, de base aérea, de grupo aéreo y de escuelas de formación, capacitación y técnicas.

4. El Juzgado de la Dirección General de la Policía Nacional, además de la competencia a él atribuida por la Ley 522 de 1999, podrá conocer de los procesos de competencia del Juzgado de la Inspección General de la Policía Nacional, de los juzgados de policía metropolitana y de los juzgados de departamento de policía. De igual forma, el Juzgado de Inspección General de la Policía Nacional podrá conocer de los procesos de competencia de los juzgados de policía metropolitana y de los juzgados de departamento de policía.

Parágrafo. Del mismo modo las fiscalías penales militares ejercerán sus funciones de calificación y acusación ante los juzgados instancia.

CAPÍTULO II

Disposiciones para garantizar la plena operatividad del sistema penal acusatorio en la jurisdicción especializada

Artículo 97. Aceptación de cargos. Cuando durante la investigación el procesado sea escuchado en indagatoria, y dentro de esta diligencia aceptare los cargos que le impute el juez de instrucción, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible. Para tal efecto, el juez de instrucción procederá a levantar acta que suscribirá con el sindicado y su defensor, en la que consten los cargos aceptados por el procesado, la cual equivaldrá a la resolución de acusación y, remitirá de forma inmediata todo lo

actuado al juez de conocimiento quien verificará si se imputaron adecuadamente los cargos, si su aceptación fue libre, voluntaria, espontánea y procederá a aceptarla, sin que a partir de allí sea posible retractación alguna; seguidamente dictará sentencia.

En este evento no será necesario resolver la situación jurídica.

Parágrafo. Este procedimiento será aplicable únicamente para las conductas punibles establecidas en la Ley 1058 de 2006.

Artículo 98. Modifíquese el artículo 24 de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“Artículo 24. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

Artículo 99. Modifíquese el artículo 27 de la Ley 1407 de 2010 el cual quedará así:

“Artículo. 27. . Acción u omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.

El miembro de la Fuerza Pública que en razón de su competencia funcional y teniendo el control efectivo, tenga el deber jurídico de evitar un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo hiciere, disponiendo de los recursos y medios, siempre que las circunstancias fácticas se lo permitan, quedará sujeto a la pena prevista en la respectiva norma penal.

A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos”.

Artículo 100. . Modifíquese el título VIII de la Ley 1407 de 2010 “Otros delitos”, en sus artículos 168 y 169, los cuales pasan al título V capítulo VII de la citada ley “Otros delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública”, con el siguiente texto:

“Artículo. 154A. Hurto de armas y bienes de defensa. El que se apodere de armas, municiones, material de guerra o efectos o bienes destinados a la seguridad o defensa nacional, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de siete (7) a quince (15) años”.

“Artículo. 154B. Hurto de uso. Cuando el apoderamiento de que trata el artículo anterior se cometiere con el fin de hacer uso de la cosa, y esta se restituyere en término no mayor de veinticuatro (24) horas, la pena será de prisión de dos (2) a seis (6) años.

Cuando la cosa se restituyere con daño o deterioro grave, la pena se aumentará hasta en la mitad”.

Artículo 101. . Modifíquese el numeral cuarto (4º) del artículo 199 de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“Artículo. 199 . (...)

4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los generales y a almirantes de la Fuerza Pública, a los magistrados del Tribunal Superior Militar y Policial, al Fiscal General Penal Militar y Policial y a los fiscales penales militares y policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, por las conductas punibles que se les atribuyan”.

Artículo 102. Modifíquese el artículo 338 “Duración de los procedimientos” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“Artículo. 338. . Duración de los procedimientos. El término de que dispone la Fiscalía Penal Militar y Policial para formular la acusación o solicitar la preclusión, no podrá exceder de noventa (90) días contados a partir del día siguiente de la formulación de la imputación y, de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos o sean tres o más los imputados.

Formulada la acusación, la audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez penal militar y policial de conocimiento y de conocimiento especializado dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria del auto de apertura a juicio y la audiencia de Corte Marcial dentro de igual término, contado a partir del día siguiente a la conclusión de la audiencia preparatoria.

Parágrafo. La Fiscalía General Penal Militar y Policial tendrá un término máximo de dos (2) años, contados a partir de la recepción de la noticia criminal para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término será de máximo tres (3) años cuando se presente concurso de delitos o sean tres o más los imputados.

Quando se trate de delitos de competencia del juez penal militar y policial de conocimiento estos términos se reducirán a la mitad”.

Artículo 103. . Modifíquese el inciso 1º del artículo 452 “Vencimiento del término” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“Artículo 452. Vencimiento de términos. Vencidos los términos previstos en el inciso 1º del artículo 338, el fiscal penal militar y policial delegado deberá solicitar la preclusión, o formular la acusación ante el juez penal militar y policial de garantías. De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando, de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.

(...).”

Artículo 104. . Modifíquese el inciso 1º del artículo 479 “Presentación de la acusación” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“Artículo 479. Presentación de la acusación. El fiscal penal militar y policial delegado presentará el escrito de acusación ante el juez penal militar y policial de control de garantías, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”.

Artículo 105. Modifíquese el artículo 481 “Citación” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“Artículo 481. Citación para audiencia de acusación. Presentado por el fiscal penal militar y policial delegado el escrito de acusación, el juez penal militar y policial de garantías dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del mismo, señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación.

La Fiscalía Penal Militar y Policial entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al defensor, al Ministerio Público y a las víctimas”.

Artículo 106. Modifícase el artículo 482 “Trámite” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“Artículo 482 Trámite. Abierta por el juez penal militar y policial de control de garantías la audiencia de acusación, ordenará el traslado del escrito de acusación a las partes y concederá la palabra en su orden a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la defensa, para que expresen oralmente las causales de nulidad si las hubiere y efectúen las observaciones sobre el escrito de acusación, tanto de orden formal como material.

Finalizada la audiencia de formulación de acusación, 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 esta ley, decisión contra la cual procede el recurso de apelación.

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”.

Artículo 107. Adiciónase el artículo 483A a la Ley 1407 de 2010, el cual será del siguiente tenor:

“Artículo 483A. Audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial. 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, dentro de la cual resolverá las solicitudes de impedimentos, recusaciones, impugnación de competencia, medidas de protección, descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión y fijará fecha y hora para la audiencia preparatoria. A partir de este momento se entenderá iniciada la etapa de juicio”.

Artículo 108. Modifícase el artículo 486 “Fecha de la audiencia preparatoria” de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“Artículo 486. Fecha de la audiencia preparatoria. Agotados los trámites de la audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial, el juez penal militar y policial de conocimiento o conocimiento especializado, fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a treinta (30) días siguientes a su señalamiento”.

Artículo 109. . Adiciónase el artículo 491A a la Ley 1407 de 2010, el cual será del siguiente tenor:

“Artículo 491A. Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de

ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal penal militar y policial delegado lo presentará ante el juez penal militar y policial de conocimiento o de conocimiento especializado como escrito de acusación.

El fiscal penal militar y policial delegado y el imputado, a través de su defensor podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal penal militar y policial delegado:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”.

(Nota: El presente artículo fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 2016, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía Penal Militar y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal, y oída por el juez encargado de aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías tanto del imputado o acusado, como de las víctimas.)

Artículo 110. . Modifícase el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así:

“Artículo 493. . Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

También podrán el fiscal penal militar y policial delegado y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

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.

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.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal penal militar y policial delegado e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

Parágrafo. Cuando el acusado, previo acuerdo con la Fiscalía colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer.

El mismo beneficio será concedido cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes”.

(Nota: El presente artículo fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 2016, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía Penal Militar y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal, y oída por el juez encargado de aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías tanto del imputado o acusado, como de las víctimas.)

Artículo. 111. (Inexequible).* Principio de oportunidad y política criminal. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

***(Nota: Declarado inexequible por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo 112. Legalidad. La Fiscalía General Penal Militar y Policial está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, (excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en esta ley.)*

***(Nota: Declarada inexequible la expresión entre paréntesis, por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo. 113. (Inexequible).* Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General Penal Militar y Policial, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de Corte Marcial podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece esta ley.

***(Nota: Declarado inexequible por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo 114. (Inexequible).* Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable igualmente en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

3. Cuando el ejercicio de la acción penal implique riesgo o amenaza grave a la seguridad del Estado.

4. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

5. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

6. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando que se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

7. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

8. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

Parágrafo 1°. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión, será proferida por el Fiscal General Penal Militar y Policial o por quien él delegue de manera especial para tal efecto.

Parágrafo 2°. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por delitos contra la disciplina, el servicio, intereses de la Fuerza Pública, la seguridad de la Fuerza Pública, el honor, los delitos contra el derecho internacional humanitario, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

***(Nota: Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo 115. (Inexecutable)* Suspensión del procedimiento a prueba. El imputado o acusado hasta antes de la audiencia de Corte Marcial podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en forma inmediata o a plazos.

Presentada la solicitud, el fiscal penal militar y policial delegado consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspenderá el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en la ley.

Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

Parágrafo. El fiscal penal militar y policial delegado podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad, estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia del ejercicio de la acción penal.

***(Nota: Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo 116. (Inexecutable)* Condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. El fiscal penal militar y policial delegado fijará el periodo de prueba, que no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de Corte Marcial, entre las siguientes:

1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal penal militar y policial delegado ante el juez de conocimiento o conocimiento especializado cualquier cambio del mismo.
2. Participar en programas especiales de rehabilitación.
3. Prestar servicios o trabajo social en su institución militar o policial.
4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
5. No poseer o portar armas de fuego.
6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.

8. La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.

9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.

10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

Durante el periodo de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de Corte Marcial, deberá someterse a la vigilancia que el fiscal penal militar y policial delegado determine sin menoscabo de su dignidad.

Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal penal militar y policial delegado solicitará el archivo definitivo de la actuación, conforme al procedimiento establecido para el control judicial en la aplicación del principio de oportunidad.

***(Nota: Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo 117. (Inexecutable)* Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez penal militar y policial de control de garantías deberá efectuar el control respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía Penal Militar y Policial de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía Penal Militar y Policial para sustentar la decisión. El juez penal militar y policial resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía Penal Militar y Policial, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

***(Nota: Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo 118. (Inexecutable)* La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal penal militar y policial delegado deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

***(Nota: Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo 119 (Inexecutable)* Efectos de la aplicación del principio de oportunidad. La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor

se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderá a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

***(Nota: Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo 120. . (Inexecutable)* Reglamentación. El Fiscal General Penal Militar y Policial deberá expedir el reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y a la ley.

***(Nota: Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sala Plena en Sentencia C-326 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)**

Artículo 121. Causales de impedimento. Adiciónase al artículo 277 de la Ley 522 de 1999 la causal número 13 y al artículo 231 de la Ley 1407 del 2010 la causal número 17 del siguiente tenor:

Ley 522 de 1999

“Artículo. 277. . (...)

13. Que el juez o fiscal haya intervenido en la acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública en desarrollo de la cual haya ocurrido la conducta bajo investigación o juzgamiento”.

Ley 1407 de 2010

“Artículo. 231. (...)

17. Que el juez o fiscal haya intervenido en la acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública en desarrollo de la cual haya ocurrido la conducta bajo investigación o juzgamiento”.

TÍTULO IX.

OTRAS DISPOSICIONES FINALES.

Artículo. 122. . Adopción de plantas de personal. El Gobierno Nacional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales procederá a adoptar las plantas de personal de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, de conformidad con la estructura que él establezca, de acuerdo con la presente ley.

Parágrafo. . En los empleos creados en la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial será incorporado el personal que viene prestando sus servicios en la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

Artículo. 123. . Régimen salarial y prestacional. Los servidores públicos civiles que desempeñen cargos en la planta de personal de la actual dirección ejecutiva d (sic) la Justicia Penal Militar y que se incorporen a cargos de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial

en la que se transforma, conservarán el régimen salarial y prestacional que se les viene aplicando.

Artículo. 124. . Sistema especial de carrera y clasificación de empleos. La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial en materia de carrera y clasificación de empleos se regirá por lo señalado en el Decreto-Ley 91 de 2007 y los que lo modifiquen o sustituyan.

Continuarán clasificándose como empleos de periodo los señalados en el Decreto-Ley 91 de 2007 y los señalados en la presente ley.

Artículo 125. Contratos y convenios vigentes. Los contratos y convenios actualmente vigentes, celebrados por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, se entienden subrogados a la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la cual continuará con su ejecución en los términos de los mismos, sin que para ello sea necesaria su modificación.

Artículo 126. Procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios en curso. Los procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios en curso y los que se asuman mientras se organiza la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, continuarán siendo atendidos por la dirección de asuntos legales y la oficina de control disciplinario interno del Ministerio de Defensa Nacional, hasta su terminación.

La Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial asumirá la atención de los nuevos procesos judiciales, de cobro coactivo y disciplinarios, transcurridos seis (6) meses de la organización de su estructura y aprobación de su planta de personal o sus plantas de personal por el Gobierno Nacional.

Artículo 127. Transferencia de bienes, derechos y obligaciones. A partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se entienden transferidos a título gratuito por ministerio de la ley, todos los bienes muebles e inmuebles, derechos y obligaciones de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar a la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, que tengan relación con las funciones establecidas para esta unidad.

Los bienes estarán identificados en las actas que para el efecto suscriba el representante legal de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial o su delegado, las cuales serán registradas en la respectiva oficina de registro, cuando a ello hubiere lugar.

Artículo 128. Entrega de archivos. Los archivos de los cuales sea titular la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y la jurisdicción especializada administrada y dirigida por ella, por ministerio de la presente ley una vez entre en vigencia, pasarán a la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Artículo. 129. Vigencia y derogatorias. La presente ley entra en vigencia a partir de su promulgación, modifica y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias en especial las contenidas en los numerales 1º a 15 del artículo 26, artículos 61 y 62 del Decreto 1512 de 2000 y el artículo 3º de la Ley 940 de 2005.

LEY 1058 DE 2006

Artículo 1º. El título décimo, capítulo III "Procedimiento especial", del libro tercero, de la Ley 522 de 1999, quedará así:

Artículo 578. Delitos que se juzgan. Los delitos de desobediencia, abandono del puesto, abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, deserción, del centinela, violación de habitación ajena, ataque al centinela, peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos, abuso de autoridad especial, lesiones personales cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin secuelas, hurto simple cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales, hurto de uso, daño en bien ajeno, abuso de confianza, se investigarán, calificarán y fallarán por el procedimiento especial, que a continuación se establece, así:

Para la investigación de los delitos de lesiones personales, hurto, abuso de confianza y daño en bien ajeno de los que trata este artículo, se procederá mediante querrela de parte y se requerirá agotar la audiencia de conciliación que se tramitará según el estado del proceso ante el juez de instrucción penal militar o juez de instancia, salvo en los casos de concurso con delitos contra la disciplina y el servicio en los que se procederá de oficio.

En caso de no poderse llegar a un acuerdo dentro de los tres días siguientes a la citación de las partes, surtida a través de medio idóneo, se entenderá que no hay ánimo conciliatorio y se continuará con el trámite establecido en la presente normatividad.

Artículo 579 Trámite. El juez adelantará y perfeccionará la investigación en el término máximo de treinta (30) días, se oír en indagatoria al procesado y se le resolverá su situación jurídica dentro de los tres (3) días siguientes, siempre que el delito por el cual se procede tenga prevista medida de aseguramiento consistente en detención preventiva; en caso contrario, no procederá tal pronunciamiento. Si no fuere posible oír en indagatoria al sindicado se le declarará persona ausente de acuerdo a las disposiciones contenidas en el artículo 493 de esta ley.

Estos términos se ampliarán hasta en otro tanto, si fueren tres (3) o más procesados o en el evento de delitos conexos que deban tramitarse bajo este mismo procedimiento.

Concluida la instrucción y recibido el proceso, el fiscal lo estudiará dentro del término máximo de tres (3) días y si no existiere prueba suficiente para calificar, podrá devolverlo por una sola vez al juez de instrucción para que practique las pruebas indispensables en el término perentorio de diez (10) días. Cumplido lo anterior, el fiscal dentro de los dos (2) días siguientes cerrará la investigación mediante auto de sustanciación contra el cual solo procede el recurso de reposición.

Las solicitudes relativas a la práctica de pruebas presentadas por los sujetos procesales, antes de producirse el cierre de la investigación por parte del fiscal, serán decididas por el respectivo juez de instrucción para lo cual se remitirá la actuación.

Producida tal determinación, si encuentra mérito para acusar, formulará dentro de los cinco (5) días siguientes la respectiva resolución, que contendrá una exposición fáctica y descripción jurídica de los cargos, de la cual entregará copia a los sujetos procesales y solicitará al juez de conocimiento fije fecha y hora para celebración de audiencia de acusación y aceptación de cargos, quienes dispondrán de los términos consagrados en el artículo 354 del Código Penal Militar. Contra esta resolución solo procede el recurso de reposición. En firme esta decisión el fiscal adquiere la calidad de parte, y se remitirá el proceso al juzgado de instancia, para que convoque a audiencia, la cual se celebrará dentro de los ocho (8) días siguientes, término dentro del cual deberán reunirse el fiscal y el procesado, acompañado por su defensor, con el propósito de acordar si hay posibilidad de aceptar o no los cargos y las consecuencias que de ello se deriven.

Llegados el día y la hora, el juez de conocimiento instalará la audiencia de corte marcial, advirtiendo al sindicado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si ha llegado a un acuerdo con el fiscal y en qué consiste este, o si se declara inocente o culpable.

En caso de declararse culpable, el juez procederá a anunciar el sentido del fallo y dictará sentencia para los cargos aceptados dentro de los dos (2) días siguientes. Si se declara inocente, o se ha abstenido de expresarlo o de comparecer, una vez agotados los medios para lograr su presencia en la diligencia, primará la presunción de inocencia, eventos en los cuales se surtirán los trámites propios de la audiencia de corte marcial con la presencia de un profesional del derecho, previamente designado por el ausente, o nombrado con tal propósito por el juez.

La declaración podrá ser mixta, o sea de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros, evento en el cual se diferirá el pronunciamiento sobre los cargos aceptados al momento de emitir sentencia.

La declaratoria de culpabilidad otorgará derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.

Reunidas las condiciones para iniciar la audiencia de corte marcial, se correrá traslado a las partes por el término de dos (2) horas reuñables para que aporten o soliciten las pruebas que consideren pertinentes y conducentes, que el juez resolverá de plano acogiéndolas o rechazándolas, explicando los motivos por los cuales adopta su determinación. El rechazo será susceptible del recurso de reposición, que se resolverá en la audiencia. Seguidamente, se procederá a su aceptación y práctica. Agotada tal etapa, se concederá un breve receso que no podrá exceder de una hora, para que las partes preparen sus alegaciones finales.

Si las partes de común acuerdo deciden prescindir de esta suspensión, el juez de conocimiento podrá

continuar con la ritualidad de la corte marcial, que a continuación se establece:

El juez concederá el uso de la palabra por una sola vez a las partes en el orden señalado en el artículo 572 de esta ley. Agotadas las intervenciones, el juez declarará que el debate ha terminado, anunciará el sentido del fallo, adoptará las previsiones derivadas de su decisión en cuanto a la afectación y preservación de derechos fundamentales y proferirá la sentencia dentro de los dos (2) días siguientes, levantándose el acta respectiva. De la actuación se recogerá registro electromagnético que pueda ser utilizado por las partes o el juez de segunda instancia.

Las decisiones proferidas en este procedimiento especial no serán susceptibles del grado jurisdiccional de consulta.

Parágrafo. *Los aspectos procesales no previstos en este procedimiento especial se regularán de conformidad con lo normado en este código.*

Artículo 2°. *La Ley 522 de 1999 tendrá un artículo nuevo de carácter transitorio, distinguido con el número 579A, con el siguiente contenido:*

Artículo 579A. *Procesos en curso. Los procesos que deban tramitarse por el procedimiento especial a la entrada en vigencia de esta ley, en donde se hubiese iniciado el juicio, se continuarán tramitando hasta su culminación por las normas de procedimiento de corte marcial, salvo lo relacionado con el principio de favorabilidad.*

Artículo 3°. *El artículo 367 de la Ley 522 de 1999 quedara así:*

Artículo 367. Procedencia. *La consulta procede en las siguientes providencias:*

- 1. Sentencias absolutorias de primera instancia.*
- 2. Autos que decreten cesación de procedimiento.*

Parágrafo. *Las decisiones proferidas en el procedimiento especial regulado en este código, no serán susceptibles del grado jurisdiccional de consulta.*

Artículo 4°. **Vigencia y derogatorias.** *La presente ley rige a partir de la fecha de su expedición y deroga todas aquellas disposiciones que le resulten contrarias.*



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia