



La seguridad
es de todos

Mindefensa



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

**BOLETÍN
JURISPRUDENCIAL Y OTROS ASUNTOS
DE INTERÉS PARA LA J.P.M.P**

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL AGOSTO 2019

1. **PENA: Principio de legalidad.** El proceso de justificación de la decisión judicial no sólo debe abarcar las categorías jurídicas propias que integran el delito, como lo son tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino que también ha de comprender en la fase de declaratoria de responsabilidad penal una clara motivación respecto de la naturaleza, modalidad y duración de la pena a imponer al condenado. Se constituye en referente obligatorio para el juzgador cuando debe proceder a la fijación de los ámbitos de punibilidad sobre los cuales realizará el proceso de dosificación punitivo. 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. **PECULADO: Atenuación punitiva por reintegro. Dosificación punitiva.** En tratándose de la reducción de pena por reintegro en los delitos cometidos contra la administración pública la rebaja de pena procede siempre y cuando se haga cesar el mal uso, se repare o reintegre lo apropiado, perdido o extraviado hasta antes de iniciarse la investigación o antes de dictarse la sentencia de segunda instancia. Si bien los beneficios operan en dos distintas fases, variando el monto de la proporción a reducir, la rebaja procede sobre la pena debidamente dosificada en forma individual y no sobre los límites

determinados en abstracto dentro de los cuartos de movilidad establecidos, en tanto que el acto de reintegro ocurre con posterioridad a la consumación de la conducta. La atenuación punitiva es de diferentes proporciones, según el momento del reintegro y el monto de lo restituido. **REDOSIFICACIÓN PUNITIVA.** Para tener en cuenta la atenuación por reintegro.

RAD. 159007-AGOSTO-2019 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

2. **IN DUBIO PRO REO: Alcance.** La tradición jurídica impone al juzgador el deber de resolver las dudas existentes en beneficio del sujeto pasivo de la acción penal, sin embargo, tal mandato es condicionado, toda vez que ello debe hacerse siempre y cuando la incertidumbre sea insalvable, esto es, que no haya modo de eliminarla, tal como lo establece el artículo 209 de la Ley 522 de 1999 y se infiere del artículo 178 de la Ley 1407 de 2010, dejando claro que aunque esta última codificación no regló ese condicionamiento, en modo alguno comporta que el mismo no sea aplicable. Si el juzgador cuenta con oportunidades y elementos para dilucidar la incertidumbre debe aprovecharlas, pues, en últimas, la absolución por duda en estricto sentido no equivale a justicia, dado que ello impide conocer lo realmente acaecido y, por tanto, únicamente debe ser aplicada como remedio extremo, último, en la medida que ni la víctima ni el procesado pueden quedar plenamente satisfechos, ya que la declaración así hecha no se fundamenta en la certeza o en la plena convicción. La duda como

fundamento de la absolución es admisible única y exclusivamente cuando al juez le es imposible dilucidar probatoriamente lo realmente acaecido, siendo en consecuencia importante resaltar que tal exoneración de responsabilidad -el Estado no pudo probarla- no equivale, en sentido estricto, a la declaración de inocencia. Es factible pregonar el principio de duda a favor del procesado cuando, de una parte, la actividad probatoria demuestra la ocurrencia de los sucesos y el eventual compromiso del sindicado en los mismos, pero de otro lado, existen pruebas que pueden llegar a desvirtuarlo.

TESTIMONIO: Valoración probatoria (contradicción). La contradicción en que incurran dos personas no es suficiente para restarle credibilidad total al testimonio, pues es al funcionario judicial a quien le compete establecer, conforme a las reglas de la sana crítica, cuáles contenidos de las distintas declaraciones merecen credibilidad y cuáles no.

ABANDONO DEL PUESTO: Antijuridicidad.

El abandono del puesto crea un peligro al bien jurídico protegido, porque la ausencia intempestiva e inconsulta del militar de un sitio fijo que se le ha designado compromete la eficacia del servicio por cuanto se ve menguada la capacidad de reacción de los efectivos de la unidad, sobre los cuales recaen funciones de control y deberes de protección y seguridad en sectores determinados; ello, claro está, en tanto esa distancia material le impida prestar la función en las condiciones de seguridad, vigilancia y permanencia exigidas por el servicio. PENA. FINES. i) preventivo, que se cumple esencialmente al imponer la sanción, frente a la amenaza que representa la violación de las prohibiciones; ii) retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena y, iii) resocializador, que orienta el cumplimiento de esta de conformidad con

los principios humanistas y las normas de derecho internacional acogidas. **NOTIFICACIÓN SUPLETORIA.** Únicamente debe realizarse con posterioridad a la última notificación personal que fue posible realizar.

RAD. 159017 -AGOSTO-2019 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

3. ACCIÓN DE REVISIÓN: Propósito. Es un instrumento procesal de carácter excepcional, en la medida en que con ella se busca remover los efectos de cosa juzgada que tienen los fallos judiciales, esto es, los de inmutabilidad, definitorios y vinculantes que, por contera, huelga precisar, amparan la garantía a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. No se trata de permitir, con este instrumento, revisar la legalidad de la sentencia, sino la justicia en su dimensión positiva contenida en la decisión, por ello, la acción no puede soportarse en las mismas pruebas que fueron objeto de controversia en el trámite del proceso, sino en hechos o pruebas nuevas. **ACCIÓN DE REVISIÓN: Prueba nueva.** Las pruebas que se aporten deben cumplir con los requisitos de novedad y trascendencia, capaces de destruir el sentido final del fallo, pues no se trata de una alternativa procesal con la cual se busque revivir debates ya superados y cobijados con los efectos de la cosa juzgada. Las nuevas probanzas deben tener una contundencia demostrativa capaz de acreditar, en grado de certeza, la inocencia del condenado o su inimputabilidad o cuando menos poner en tela de juicio la conclusión judicial.

RAD. 159148AGOSTO-2019 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

4. DETENCIÓN PREVENTIVA: Propósito. 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. **DETENCIÓN PREVENTIVA.** No pueden cumplirse dos simultáneamente. Los lapsos se cumplen de manera independiente cuando en contra de este sumariado se adelanta dos o más procesos. **DETENCIÓN PREVENTIVA: Cómputo del tiempo de detención en otro proceso.** 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 libertad. Implica que el proceso dentro del cual se haya producido la restricción haya sido fallado a favor del procesado. **LIBERTAD PROVISIONAL: Causales.** las causales de libertad provisional se encuentran taxativamente descritas en el artículo 539 de la Ley 522 de 1999, 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. **LLAMADO DE ATENCIÓN.** Falta de cuidado y diligencia.

RAD. 159164-AGOSTO-2019 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

5. **LEY 1407 DE 2010. Vigencia.** El legislador condicionó la aplicación de la ritualidad oral prevista en la Ley 1407 de 2010 a su implementación, lo que coetáneamente prolongó la vigencia del procedimiento escritural previsto en la Ley 522 de 1999 hasta el cumplimiento de la misma condición, esto es, hasta que se ponga en funcionamiento el nuevo sistema procesal y se designen los nuevos funcionarios creados en la nova sistemática (esto es igual a otra. Copiarla).

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: Naturaleza. La medida de aseguramiento impuesta al momento de resolver la situación jurídica no constituye un juicio de responsabilidad definitivo como tampoco una pena, su aplicación es compatible con el respeto por el principio de presunción de inocencia y en consecuencia no comporta una suposición de culpabilidad, se trata de una decisión de carácter provisional con connotación de ejecutoria formal, por tanto, no quebranta de suyo aspectos que únicamente son del resorte de las sentencias condenatorias ejecutoriadas. **MEDIDA ASEGURAMIENTO: Fin peligro para la comunidad: Reiteración de la conducta.** No es necesario que las circunstancias sean concomitantes. Cuando se analiza el peligro para la comunidad no se hace referencia al carácter riesgoso del imputado en cuanto autor, sino a sus actos y a lo que éstos pueden representar para la comunidad.

RAD. 159172-AGOSTO-2019. MP CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

6. CAMBIO DE RADICACIÓN: Propósito. El cambio de radicación es un mecanismo procesal no sólo extremo, sino además residual, a través del cual se pretende garantizar un ambiente adecuado para la investigación y el juzgamiento, es decir, para la impartición de justicia; de suerte que una comprobación cierta de un entorno insano que comprometa la ecuanimidad del funcionario conduce a reconocer la necesidad de aceptar el cambio de radicación. Teleológicamente la figura lo que busca proteger es la imparcialidad e independencia del funcionario judicial, bajo cuya dirección esté la investigación, y no la de otro sujeto interviniente o externo al proceso.

CAMBIO DE RADICACIÓN: Mecanismo residual. la residualidad, que inspira esta institución tiene que ver con la inexistencia de otros mecanismos o alternativas procesales a través de las cuales se pueda neutralizar las causas generadoras de los factores externos que impactan la debida administración de justicia.

RAD. 159180-AGOSTO-2019. MP CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

7. ESTADO DE NECESIDAD: Requisitos. El estado de necesidad previsto en Código Penal Militar será excluyente de responsabilidad penal en la medida que el mismo afecte la antijuridicidad del injusto y para ello es preciso que cumpla con ciertos requisitos de orden sustancial, como corresponde a la existencia de un peligro para un bien jurídico del cual se pregone su actualidad y, a la vez, que sea inminente e inevitable. El estado de necesidad implica una situación de peligro para un bien jurídico que solo puede conjurarse mediante la violación o lesión a otro bien jurídico. Igualmente requiere que la vulneración a un bien jurídico para proteger otro sea “inevitable de otra manera”. **ACTO ADMINISTRATIVO DE**

INCORPORACION: Presunción de legalidad. el acto administrativo de incorporación al servicio militar obligatorio le impone al policial todos los derechos y deberes para con la institución haciéndolo objeto de la ley disciplinaria y penal militar, teniendo en cuenta que el mismo goza de presunción de legalidad hasta que sea revocado por la autoridad administrativa que lo profirió o por la autoridad administrativa judicial correspondiente.

NULIDADES: Oportunidad para invocarlas. La oportunidad procesal para invocar las nulidades originadas en la etapa de instrucción solo puede hacerse hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación. **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE EJECUCIÓN DE LA PENA.** No procede contra los delitos que atenten contra el bien jurídico del servicio.

RAD.159060-AGOSTO-2019 MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

8. RECUSACIÓN: Propósito. Tienen por objeto materializar la independencia y la imparcialidad de los funcionarios judiciales, cuyo propósito es conservar la integridad en el ejercicio judicial como garantía procesal de una recta administración de justicia, función que no puede verse menoscabada por circunstancias distintas a la interpretación de la ley. **RECUSACION: Origen.** El incidente de recusación tiene origen en una petición de parte, ante la renuencia del servidor de justicia de apartarse del conocimiento de un asunto judicial cuando existe alguna circunstancia que pueda comprometer su objetividad, que tiene como propósito la protección y seguridad que debe darse a los sujetos procesales en relación con la imparcialidad y transparencia de quien le corresponde administrar justicia, por lo que se faculta a éstos para recusar al

funcionario que se niegue a reconocer que se encuentra incurso en una de las causales que taxativamente prevé la norma penal para declararse impedido.

RECUSACIÓN. Emitido concepto o dado su opinión sobre el asunto particular materia del proceso. No toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso origina causal impediente, sino que corresponde a aquella que adquiere relevancia jurídica, en otras palabras, el consejo o la opinión previa puede generar un impedimento para conocer un asunto particular cuando tiene tal entidad o naturaleza que vincula al funcionario frente a aspectos sobre los cuales debe versar la decisión, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, el consejo u opinión dado debe ser sustancial, vinculante y traducir una motivación profunda con un compromiso que enlace a los hechos que son materia del juzgamiento.

RECUSACIÓN: Amistad íntima. El motivo de la amistad íntima alude a una relación entre personas que, además de dispensar trato y confianza recíprocos, comparten sentimientos y pensamientos que hacen parte del fuero interno de los implicados, razón por la cual se maneja con cierta flexibilidad en virtud del marcado raigambre subjetivo.

RAD.159156-AGOSTO-2019 MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

9. ATAQUE AL SUPERIOR: Elementos estructurantes. i) que el sujeto activo ostente la condición de inferior jerárquico dentro de la organización militar, ii) que el sujeto objeto de ataque sea superior al sujeto activo de acuerdo con la organización y jerarquía militar, iii) que el ataque se haya producido por vías de hecho y, por último, iv) que aquella conducta naturalmente se produzca en el marco de actos relacionados con el servicio. **ATAQUE AL SUPERIOR: No es aplicable la legítima defensa. Aplicación.** La legítima defensa solo tiene lugar

cuando se incurre en un actuar típico por la urgencia de proteger un derecho propio o ajeno cuya titularidad está en cabeza de una persona natural o jurídica, premisa que no tiene aplicación cuando se trata de la sociedad o la entidad estatal (Fuerza Pública). El bien jurídico de carácter institucional como la Disciplina no cumple la condición de aquellos defendibles por un individuo que permita predicar en su favor la legítima defensa.

DESOBEDIENCIA. Ingrediente descriptivo “orden legítima del servicio”. Este ingrediente debe ser entendido conforme al Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, como aquella manifestación expresa de un superior con autoridad que debe ser obedecido, observado y ejecutado por el subalterno, señalando, además, que esta debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa, concisa y relacionada con el servicio o función y ha de cumplirse dentro del tiempo y modo indicado por el superior.

AUTO DEFINE SITUACIÓN JURIDICA PROVISIONAL. Obligación

de pronunciarse sobre todos los delitos imputados. el juez de instrucción penal militar al definir la situación jurídica debe pronunciarse frente a todos los delitos conexos, con el propósito de establecer si se estructuran los requisitos de orden sustancial, objetivo y constitucional para determinar la procedencia de la medida de aseguramiento correspondiente. Caso en el cual, si las diversas infracciones permiten la detención preventiva debe imponerse una sola para todos los delitos en procura de conservar las consecuencias propias de la unidad procesal que entrañan la unidad de imputación.

LESIONES PERSONALES. No amerita resolverse situación jurídica provisional conforme al procedimiento especial.

NULIDAD: Por falta de motivación de las decisiones. MEDIDA ASEGURAMIENTO.

Obligación de verificarse los fines

constitucionales. En la justicia penal militar el operador judicial debe verificar si la imposición de la medida de aseguramiento, particularmente la detención preventiva, cumple con los fines constitucionales que persigue puesto que, si bien no se encuentran consagrados en la ritualidad procedimental militar de corte inquisitivo (Ley 522,1999), están contemplados en la ley procesal militar de corte acusatorio (Ley 1407,2010), circunstancia que analizada a la luz de una interpretación sistemática desde el ordenamiento constitucional (CSJ.SP.Rad.22188.abr.2004), impone aquella constatación conforme los requisitos dispuestos en la ley para su imposición. **MEDIDA ASEGURAMIENTO: Peligro para la comunidad.** Como quiera que el nuevo Código Penal Militar no estableció normativamente las circunstancias que permitan entender cuando el procesado se constituye en un peligro para la comunidad, en virtud del principio de integración es preciso acudir al desarrollo legal que dicho instituto tiene en la norma penal ordinaria.

RAD. 159165-AGOSTO-2019 MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

10 IMPEDIMENTO: Haber participado en el proceso. La Corte Suprema de Justicia señaló que la expresión “que el funcionario judicial... hubiere participado en el proceso”, no puede asumirse de forma literal a su redacción en la norma penal como circunstancia de impedimento, sino que ello implica analizar el contexto de cada caso en particular, puesto que de lo contrario se propendería por una práctica totalmente ajena a la finalidad de los impedimentos y recusaciones como lo es imparcialidad, ecuanimidad e independencia judicial. La participación dentro del proceso comprende la realización de juicios de valor y análisis probatorio por parte de

quien invoca la causal, siempre y cuando tal labor judicial haya sido agotada dentro del mismo escenario de la actuación o en actuaciones derivadas de esta, es decir, que el funcionario judicial se haya ocupado de aspectos sustanciales dentro del proceso en cuestión en una anterior oportunidad.

IMPEDIMENTO: Las causales aplicables dependen de la fecha de los hechos.

La aplicación de las causales contenidas sea en la Ley 522 de 1999 o en la Ley 1407 de 2010 se encuentran circunscritas a la fecha en que acaecieron los hechos, es decir, que para aquellos ocurridos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, en los que se invoquen causales constitutivas de impedimento o recusación la norma adjetiva aplicable será la Ley 522 de 1999. Por el contrario, aquellos eventos que se den con posterioridad a la aludida fecha en los que se invoque causal impeditiva deberán regirse por lo dispuesto en la Ley 1407 de 2010.

RAD.159166-AGOSTO-2019 MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

11. PROVIDENCIA QUE RESUELVE SITUACIÓN JURIDICA PROVISIONAL:

Naturaleza. La providencia a través de la cual se resuelve la situación jurídica corresponde a una decisión interlocutoria donde deben valorarse los distintos medios de prueba recaudados, asignándoles un determinado grado de persuasión frente al compromiso penal que pueda tener el sindicado en la comisión de los hechos que se le endilgan, para luego y, llegado el caso, resolver si debe imponerse o no medida de aseguramiento o de seguridad, según se trate de persona imputable o inimputable. Debe entenderse que cuando la ley dispone que se deban expresar los hechos que se investigan y su calificación provisional, lo que determina es que se debe precisar los hechos jurídicamente

relevantes, la imputación de los comportamientos delictivos de manera fáctica y jurídica, lo cual implica, de una parte, un adecuado señalamiento de todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se investigan, así como un juicioso proceso de adecuación típica que agrupe los aspectos típicos objetivos que integran la infracción penal y aquellos subjetivos propios del tipo penal, según sea doloso, culposo o preterintencional. **SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL: Se deben verificar los requisitos objetivos.** situación jurídica igualmente comprende la verificación de requisitos objetivos respecto de los delitos que se investigan, esto es, los que trae el artículo 529 de la Ley 522 de 1999 y el artículo 467 de la Ley 1407 de 2010 según el caso, así: i) cuando el delito tenga pena prevista de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años; ii) cuando el delito atente contra el Servicio o la Disciplina; iii) cuando se haya realizado captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión o iv) en aquellos casos en que el procesado se abstenga de otorgar caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes; condicionamientos que limitan la facultad del funcionario judicial para restringir la libertad de los procesados. **VIAS DE HECHO: Concepto.** Figura que puede ser definida como la trasgresión manifiesta, evidente y grosera de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en las leyes. Actuar que en el ámbito castrense tiene lugar cuando el superior o subalterno obran de manera arbitraria e injusta según su antojo, vulnerando los derechos básicos de otro militar o policial, en otras palabras, las vías de hecho corresponden a una actuación violenta que se exterioriza a través de acciones verbales o físicas que tienen como objetivo agredir a otro uniformado en su dignidad, desconociendo las normas de

respeto que regulan las relaciones entre militares y policiales, sin que importe que se produzca afectación a la integridad física o moral de quien fue objeto del ataque. **ATAQUE AL SUPERIOR: Relación con el servicio.** Para considerar estructurado ese elemento esencial del delito de ataque al superior, se hace necesario precisar que, en la conformación del contenido dogmático de este tipo penal, la relación con el servicio como ingrediente normativo se predica respecto de una conducta activa desarrollada por el agente que tiene origen, conexión o correspondencia con el servicio. En otras palabras, el ataque por vías de hecho ha de producirse como consecuencia del servicio que desarrolla el sujeto activo de la conducta punible. **ACTOS DEL SERVICIO: Alcance.** Cuando la ley señala que la conducta debe producirse en el marco del servicio, se refiere a las tareas operativas, de instrucción y entrenamiento, al igual que aquellas actividades administrativas y logísticas que al interactuar permiten cumplir los fines constitucionales asignados en la Carta Política como lo son la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y la vigencia de un orden constitucional, al igual que el mantenimiento de las condiciones para que el ciudadano ejerza sus derechos y libertades públicas. **DELITO DISPARO DE ARMA DE FUEGO: Finalidad.** El delito de disparo de arma de fuego afecta el bien jurídico de la seguridad pública, su finalidad es castigar a aquellas personas que irresponsablemente realizan disparos indiscriminados al aire y que muchas veces terminan dando muerte a personas inocentes, en su mayoría menores de edad por causa de las denominadas “balas perdidas”. En la exposición de motivos para la regulación del precitado tipo penal igualmente se sustentó en el hecho que

un disparo al aire puede ser lesivo para aquellas personas que están cerca al radio de acción de tirador, dado que científicamente se ha logrado demostrar que una bala disparada desde un ángulo de 90 grados, a pesar de que regresa en caída libre a una velocidad menor a la inicial, sigue siendo mortal en el evento de impactar a un ser vivo. **MEDIDA ASEGURAMIENTO: Requisitos.** Tanto la Ley 522 de 1999 como la Ley 1407 de 2010, establecieron una serie de requisitos que debe reunir la decisión judicial por medio de la cual se establece la medida de aseguramiento dentro del proceso penal militar. Exigencias formales, sustanciales, objetivas y subjetivas que deben congregarse para que la imposición de la correspondiente medida de aseguramiento, en particular la restrictiva de la libertad, guarde armonía con los preceptos constitucionales. **MEDIDA ASEGURAMIENTO: Fin peligro para la comunidad. AUTO DEFINE SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL.** En caso de concurso el operador judicial analizar separadamente cada uno de ellos respecto a la procedencia de la medida de aseguramiento en todos sus aspectos, en especial frente a los fines que persigue la misma

RAD.159175-AGOSTO-2019 MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

12. DOBLE INSTANCIA: Alcance. La doble instancia, como medio ordinario y eficaz para controvertir la legalidad o el acierto de las decisiones judiciales, debe ocuparse de revisar los problemas jurídicos propuestos por el recurrente en tanto se corresponden con la conducta punible objeto de acción penal y los que tengan una conexidad con éstos, además de los que oficiosamente deban ser asumidos para la protección de derechos y garantías fundamentales y la realización de los fines esenciales de la justicia material en el caso

concreto, situaciones que han de ser resueltas antes de que la providencia adquiera la condición de cosa juzgada.

RECURSO DE APELACIÓN: Carga argumentativa del impugnante. Quien acuda al ejercicio del derecho a la doble instancia no sólo lo haga en tiempo, sino que además establezca por vía de una dialéctica argumentativa lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, con exposición de premisas fácticas y jurídicas, el yerro en el que incurrió el funcionario autor de la decisión confutada y su trascendencia, atacando los planteamientos enarbolados por aquel y, de contera, el contenido retórico de la decisión, determinando -en el interregno- una mejor solución a la planteada por aquel dispensador de justicia en tanto resulta acorde con el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, la doctrina y/o el acervo probatorio propio de la respectiva causa penal, esto al punto que en realidad de verdad el recurso, por un lado, apareje una disconformidad con la providencia judicial objeto de ataque y, por otra parte, determine los linderos por los que ha de discurrir el razonamiento jurídico racional del administrador de justicia -singular o plural- llamado a resolver la impugnación sometida a su conocimiento, derruyendo de paso la presunción de acierto y legalidad que acompaña a aquella, imponiéndose -se itera- su necesaria revocatoria y reemplazo o su anulación según el caso.

RECURSO DE APELACIÓN: Eventos en que se incumple la carga argumentativa. Se presenta cuando el reproche ínsito a la apelación: i) se circunscribe a disentir de la motivación que condujo a adoptar la decisión pero definitivamente se comparte esta última; ii) no comporta, más allá de un disenso genérico y subjetivo, razones de hecho o de derecho que conduzcan a esta instancia a la constatación de la necesidad de

enmendar lo dispuesto por la providencia apelada, ello al punto que se deba romper la doble presunción que cobija a la decisión de primer grado recurrida; iii) contiene argumentos dilógicos, anfibológicos, genéricos, vagos o imprecisos; iv) recurre a argumentos que desbordan el marco dialéctico de la providencia recurrida, es decir, sus fundamentos de hecho y de Derecho; v) no va más allá de constituir una extensión o repetición de los alegatos que el demandante planteó ante la primera instancia y que fueron resueltos en legal forma pero en sentido adverso a sus pretensiones, sin que se aborde la demostración del porqué el funcionario judicial cometió un yerro in iudicando, o de juicio, al resolver aquellas como lo hizo; o vi) incumple la carga argumentativa que incumbe al discrepante por cuanto no se demuestra que de no haber ocurrido las falencias valorativas que se acusan, otro habría sido -o podido ser- el sentido de lo sustancialmente decidido.

**RAD.157953-AGO-2019 MP. CN (RA)
JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

13. PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM:

Contenido y alcance. Impide, con su categorización como principio supra legal y con su estricta sujeción, que una persona pasible de acción penal sea sometida a una doble valoración, agravación, imputación, investigación o juzgamiento por un mismo hecho, siendo palmar, en consecuencia, el estrecho ligamen que guarda con el principio de la cosa juzgada. 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, aparejaría que algunos acontecimientos no tuvieren material operancia y dejaría huérfanos de acción estatal aquellos casos en que un mismo comportamiento puede dar paso a fenómenos concursales en los que meridiana resulta la afectación de diversos bienes jurídicos.

PECULADO POR APROPIACIÓN: Naturaleza. Reiteración de argumentos Radicado 158203 de julio 15 de 2015. **AUTO QUE DEFINE SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL:**

Naturaleza. No es de libre confección del operador judicial, pues expresos y explícitos son los requisitos, unos de índole sustancial y otros de naturaleza formal, que al tenor de lo normado en la codificación penal militar de 1999 debe reunir aquel. El acto procesal por medio del cual se define en materia penal la situación jurídica del procesado, como igual acontece con toda decisión interlocutoria y con las sentencias, se erige en el escenario por excelencia de la argumentación (motivación) judicial, entendida esta como el adecuado ejercicio dialéctico argumentativo de índole jurídico que lleva a cabo el operador de justicia, partiendo del análisis sopesado y racional del acervo de probatorio propio de la causa penal en curso, en aras de detallar de manera elucubrada, discernida y asertiva las razones por las cuales su criterio se inclina a la resolución del asunto sometido a su conocimiento en un determinado sentido. Ello es lo que genera la fuerza vinculante de las decisiones judiciales y permite, además, el control social de las mismas, control que sólo se explica a partir de que la decisión sea razonada, comprensible e inteligible, en la medida que ello permite entender el porqué de la determinación en un

concreto sentido. **INDICIO: Connotación.** Tiene doble connotación, la primera atañe a que no debe comprenderse como de posible autoría o participación, sino de posible responsabilidad penal, lo que irrefragablemente comporta un discernimiento lógico jurídico con base en las pruebas legalmente recaudadas sobre las categorías dogmáticas del injusto penal en grado de posibilidad, no de probabilidad, ni de certeza racional, pues estos dos últimos grados del conocimiento pertenecen a otros estadios del proceso penal. La segunda dimensión en que debe interpretarse la exigencia del indicio en un esquema dogmático procesal como el que orienta esta codificación, es como un referente probatorio mínimo para la imposición de cualquier medida de aseguramiento, no como que en todo caso debe existir una prueba indiciaria de responsabilidad penal, pues bien puede darse respecto de esta última la conjunción de la mencionada prueba de talante indirecto con otras directas o bien puede ser que sólo existan pruebas directas del compromiso penal del procesado en la comisión de la conducta que se le espeta. **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: Presupuestos para su imposición. Reiteración de argumentos. NULIDAD.** Irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso. Se presenta si i) se omite la imputación subjetiva, es decir, cuando dentro de la atribución jurídica que se realice al procesado no se especifica la forma de la misma y se deja dicho aspecto esencial de la conducta punible en la indeterminación; o si ii) ello se hace pero en forma contradictoria, pues en algunos apartes de la decisión se hace alusión a una conducta dolosa y en otros a una culposa o preterintencional, o se entremezclan estas modalidades de la conducta; o si iii) por un lado se le espeta la comisión de un determinado injusto pero en otro aparte

de la providencia se hace alusión a uno distinto; o si iv) se imputa la comisión de unos específicos reatos pero la definición correspondiente lo es sólo respecto de alguno o algunos de ellos dejando por fuera los restantes, es prístino que ello se constituye en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y que por ende generan nulidad, pues el procesado por virtud del principio constitucional de publicidad del artículo 29 tiene derecho a saber de forma precisa y clara cuál es la conducta por la cual se le endilga responsabilidad penal, entendiéndose esta no sólo en cuanto a los aspectos de la imputación objetiva sino también de la imputación subjetiva. **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: Fin peligro para la comunidad.** Deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias. i) la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; ii) el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; iii) el hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; iv) la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional; v) el que se hayan utilizado armas de fuego o armas blancas; y vi) el que el imputado haga parte o pertenezca a un grupo de delincuencia organizada.

RAD. 158884- AGO-2019 MP. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.

14. PROCESO PENAL: Verdad histórica. La búsqueda la verdad histórica, demanda que el operador de justicia penal procure por todos los medios a su alcance, pero siempre con respeto a las garantías fundamentales de los sujetos procesales, reconstruir de la forma más fidedigna posible el cómo, el cuándo, el dónde y el porqué de los hechos sometidos a su escrutinio, al igual que determine quién

o quiénes los cometieron o participaron en su realización, y asimismo establezca las condiciones particulares, endógenas y exógenas, que influyeron en autor y partícipe en punto a la materialización de la conducta reprochada. La verdad que busca el proceso penal, como reiteradamente han decantado jurisprudencia y doctrina nacionales, es una verdad aproximativa o relativo-objetiva, es decir, es una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones (*nulla accusatio sine probatione*) y condicionada en sí misma, se itera, por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa (*nulla probatio sine defensione*). DEFENSA. Material. La legislación adjetiva da prelación a este tipo de defrensal, en tanto lo que se procura es que el procesado tanto formal como materialmente en realidad de verdad haga suyo el derecho de acceder a la administración de justicia propio de una democracia participativa y, como consecuencia de ello, brinde las explicaciones del caso frente a los hechos delictivos que se le atribuyen, ello con preciso señalamiento de todos los motivos y factores que influyeron en la violación de la ley sustantiva y de las circunstancias modales y temporales en que ello tuvo lugar. El acto procesal en que ello tiene lugar, es la diligencia de indagatoria, en la que se le deben de brindar al sindicado todas y cada una de las prebendas tendientes a evitar que se vulnere, entre otras, la garantía de no incriminación prevista en el artículo 33 de la Carta Política, misma que constituye un componente esencial del derecho de defensa, en tanto blindada a la persona cuya responsabilidad penal es objeto de auscultación judicial, de la posibilidad de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo. **NULIDAD.** Pretermitir poner de presente el artículo 33

constitucional. **VINCULACIÓN COMO PERSONA AUSENTE: Procedencia (carácter residual).** Sólo es viable cuando pese a haberse llevado a cabo todas las diligencias necesarias y agotado todos los medios de que razonablemente dispone el administrador de justicia para obtener la comparecencia del procesado, esta no fue posible bien porque no se logró ubicar al mismo, ora porque habiéndolo localizado su renuencia al efecto fue manifiesta, vinculación procesal que opera única y exclusivamente bajo estas circunstancias y de manera residual. **NULIDAD:**

Motivación de las providencias. Toda providencia judicial requiere, de una arquitectura de construcción argumentativa excelsa, ello en tanto se torna en la principal muestra de lealtad del juez hacia la comunidad y hacia los sujetos procesales. Tal es la importancia de la adecuada motivación y de la correcta confección de las providencias judiciales en tanto expresiones del denominado "principio de motivación de las decisiones judiciales", mismo que se erige en derecho y garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, pues aquel a quien incumbe la decisión debe conocer y entender los argumentos que sirven de sustento a la misma para poder ejercer sus derechos de defensa y contradicción - bien sea controvirtiendo la prueba que le sirvió de soporte, ora allegando nuevos elementos de juicio que la desvirtúen o, en últimas, por vía de la construcción de una antítesis jurídica que infirme la inmersa en aquella-, que incluso han llegado a catalogarse como vías de hecho judiciales, susceptibles de ser atacadas por vía de la acción de tutela.

RAD. 159012-AGO-2019 MP. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.

15. IMPEDIMENTOS: El trámite depende de la fecha de los hechos. La Corte Suprema de Justicia sentó precedente

unificador en el sentido de que en materia del trámite anejo al incidente derivado de manifestaciones de impedimento o de propuestas de recusación, se aplica el regulado en la Ley 1407 de 2010 si ello tiene lugar al interior de procesos adelantados a raíz de hechos delictivos ocurridos a partir del 17 de agosto de 2010 en que entrare en vigencia, lo cual significa, que si los hechos objeto de pesquisa judicial tuvieron acaecimiento antes de esa data, el procedimiento a seguir es el contemplado en la Ley 522 de 1999. **IMPEDIMENTO: Propósito.** Se instituyó con el propósito de asegurar al conglomerado social que el funcionario judicial llamado a resolver un determinado conflicto jurídico sea ajeno a cualquier interés distinto al de impartir una recta justicia, habida cuenta que a la Administración de Justicia como función pública le corresponde garantizar la independencia, autonomía, imparcialidad y soberanía del juez en la aplicación del derecho sustancial, como “valor superior” orientado a hacer efectivos los derechos fundamentales dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho. **IMPEDIMENTO: Carga argumentativa de quien lo propone.** En tratándose de la declaratoria de impedimento quien lo propone debe señalar con precisión, no sólo la causal en que funda su manifestación sobre la necesidad o conveniencia de separarse del asunto sometido a su conocimiento, precisando el alcance y contenido de ello, sino además porqué su concurrencia perturba la ecuanimidad de su ánimo y de su criterio al punto que es manifiesta la afectación

del principio de imparcialidad y cómo ello incide en el caso concreto, esto so pena que una motivación insuficiente en tales aspectos conlleve al rechazo o desestimación de la pretensión de aquel, rechazo que encuentra explicación, en que el superior funcional del dispensador de justicia que se declara impedido, carecería de elementos de juicio para verificar si en realidad la imparcialidad de este se halla, o no, real o potencialmente comprometida. La solicitud de impedimento debe (i) expresar en forma clara y concreta la causal o causales que se invoca para separarse del conocimiento de un asunto so pena de comprometerse, según el caso, la independencia y/o la imparcialidad de la administración de justicia quebrantándose, de paso, el derecho fundamental de los coasociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial¹; (ii) corresponderse de manera unívoca con la causal o causales diseñadas de manera taxativa y ex profeso por el legislador, y (iii) brindar las pruebas y los motivos que sustentan una petición tal, sólo así esta puede estimarse como razonada, ponderada y fundada en hechos comprobables compadeciéndose con la seriedad del instituto procesal objeto de análisis. **IMPEDIMENTO.** Haber sido denunciante y ser parte en el proceso. Compulsa de copias-acto de jurisdicción. compulsa de copias en ordenadas por el funcionario judicial en cumplimiento del deber funcional de denunciar conductas con características de delito que lleguen a su conocimiento-, ni el de estimar haber participado en un proceso penal que ni siquiera había tenido formal iniciación, se

¹Auto de 19 de octubre de 2006, Radicado N° 26.246.

erigen por sí solas en circunstancias determinantes de impedimento o de recusación, pues en uno y otro evento han de ser de tal entidad que, en tanto sustanciales, tengan la potencialidad de perturbar la imparcialidad, la transparencia, la ecuanimidad y la objetividad del recusado o declarado impedido. Trátese de denuncia o de una verdadera participación en el trámite procesal, deben estar involucrados conceptos anticipados o juicios de valor sobre las categorías dogmáticas del injusto

penal sobre el cual gravita la actuación o sobre el compromiso penal del sujeto a acción penal, ello con una trascendencia tal que prístina resulte la afectación de la imparcialidad del funcionario judicial y evidente la incidencia subjetiva en el raciocinio jurídico y judicial del mismo, al igual que palmar la existencia de un riesgo serio, cierto e inmediato de aquel atributo anejo a la función pública esencial de administrar justicia.

**RAD. 159162-AGO-2019 MP. CN (RA)
JULIÁN ORDUZ PERALTA.**



Berledis Banquez Herazo

Relatora

relatoriatribunalipm@justiciamilitar.gov.co

Tel: 60(1) 3150111 Ext 42006

Carrera 46 No. 20C-01

Cantón Militar Occidental

“Coronel Francisco José de Caldas”

Palacio de Justicia Penal Militar y Policial

“T.F. Laura Rocío Prieto Forero”

Bogotá, Colombia