

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Magistrado Ponente

AP2748-2023

Radicación 64233

(Aprobado Acta No. 167)

Bogotá D.C., seis (6) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Se dispone la Sala a resolver sobre la admisión de la demanda formulada por la defensa del Sargento Segundo NELSON ENRIQUE CÁCERES PINTO, contra la sentencia del Tribunal Superior Penal Militar y Policial, emitida el 17 de marzo de 2023, confirmando la que produjo el Juzgado Primero de Brigada del Ejército Nacional el 25 de agosto de 2020, que condenó por el delito de ataque al inferior, previsto en el artículo 100 de la Ley 1407 de 2010.

HECHOS

En la actuación de primera y segunda instancia se ha mantenido la misma narrativa en los términos que a continuación se reproducen:

Dan cuenta las diligencias que el día 05 de enero de 2017 aprox. a las 18:38 horas y mientras controlaba el paso del personal a comer y del aseo del rancho de tropa del Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No 11 ubicado Fresquilla (Córdoba) el SS CÁCERES PINTO NELSON ENRIQUE quien fungía como suboficial de administración increpa al

SLR ORTIZ GUZMÁN JOHINER por ensuciar el piso, razón por la cual le ordena trapear ante lo cual el soldado responde de mala manera y murmulla obscenidades contra el suboficial quien arremete contra él bajo filas propinándole una patada en la escoba(o traperero) aunque el soldado señala que recibió un puño en su cara que le originaron lesiones en su labio superior.

ANTECEDENTES

Del 17 de abril al 29 de julio de 2017 se llevó a cabo indagación preliminar, y partir de la última fecha se inició la correspondiente investigación formal, en cuyo desarrollo se vinculó al procesado mediante diligencia de indagatoria el 21 de septiembre de 2017. La situación jurídica fue resuelta el 10 de noviembre de ese mismo año.

Remitida la actuación a la Fiscalía Penal Militar para determinar la clausura de la instrucción, hubo lugar a una primera declaración de nulidad el 2 de marzo de 2018, fundamentada en no haberse notificado la decisión que definió la situación jurídica, ni haber puesto en conocimiento la pruebas trasladadas del proceso disciplinario al penal, adelantado contra el mismo funcionario y por los mismos hechos. No obstante, mediante decisión del 12 de septiembre de 2018, nuevamente se decretó la nulidad de la actuación, al advertir que persistía el vicio en cuanto a la prueba trasladada.

En esta decisión se especificó su alcance,

(...) nulidad que se lleva de contera todos los actos sobrevinientes a tal proveído, dejando a salvo las demás diligencias, en especial de notificación personal del tan citado auto de fecha 15 de diciembre de 2017, y pruebas recaudadas, pues en ello no se advierte violación alguna de derechos fundamentales del procesado, ni irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Con ocasión de haberse clausurado la investigación el 2 de noviembre de 2018, la defensa

presentó alegaciones pre-calificadorias en cuyo sustento invocó la declaración del Sargento Segundo NELSON ENRIQUE CÁCERES PINTO, en favor de una decisión de preclusión, sin que objetara absolutamente nada acerca de su ritualidad.

El 6 de noviembre del mismo año se calificó la investigación acusando formalmente al procesado. En dicha decisión se refirieron las pruebas documentales y testimoniales, y se observó que la versión libre rendida por el procesado el 31 de mayo de 2017, en el proceso disciplinario que paralelamente le fue adelantado y de donde se trasladó al penal, no sería valorada por cuanto se realizó sin la asistencia de su abogado.

La Fiscalía consideró tanto la versión libre rendida por el Sargento Segundo NELSON ENRIQUE CÁCERES PINTO el día 10 de mayo de 2017, ante el Juzgado 29 de Instrucción, como también su indagatoria del día 21 de septiembre de 2017 ante el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar. De cuyo análisis concluyó en la demostración de las condiciones para acusar, pues no solo existe en respaldo de ello la confesión del mismo procesado conforme ya se explicó y transcribió .

Sin embargo, al analizar la prueba de antijuridicidad, sostuvo que,

se encuentra que CÁCERES PINTO, en sus diferentes versiones de los sucesos, léase versión libre rendida en el proceso penal, sumada a la indagatoria recibida dentro de este sumario, manifestó que él actuó, porque se sintió amenazado por la forma en que supuestamente el procesado tenía en su mano una escoba y que reaccionó pateando la misma, sin causarle daño alguno al soldado ORTÍZ GUZMÁN JOHINER, fuera de hacerle perder el equilibrio y que este terminara en el suelo.

Y sin embargo al analizarla consideró que dicha hipótesis “se cae como un castillo de naipes, ante el peso de la prueba recaudada”.

El 11 de febrero de 2019 se inició el juicio, cumplidos los traslados, y el 12 de agosto de

2020 se efectuó la audiencia de corte marcial. El 25 de agosto de 2020 se produjo sentencia de primer grado, providencia en la cual se concluyó que el procesado había confesado y, consecuencia de ello redujo la sanción en una sexta parte.

Dicha providencia fue confirmada por el Tribunal Penal Militar, mediante la sentencia del pasado 17 de marzo.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Con base en un análisis de estirpe hermenéutico concluyó que la vía de hecho constitutiva de abuso de poder, elemento normativo del tipo penal del artículo 100 de la Ley 1407 de 2010, no implicaba necesariamente una agresión contra la integridad física de la persona contra quien estaba dirigida, sino un atentado contra su dignidad.

Al analizar las pruebas encontró demostrado que al momento de suceder los hechos objeto de la actuación, el procesado se encontraba en servicio y que se dirigió mediante vías de hecho contra el soldado Ortiz Guzmán, quien también se encontraba en servicio, y estaba observando un comportamiento irregular. De tal manera consideró que se daban por verificados los extremos subjetivos del tipo, la relación jerárquica y la actividad de servicio.

En respuesta al argumento de una supuesta duda en relación con el elemento del tipo “ataque por vía de hecho”, se refirió a los testimonios de ST. Julián Enrique Suárez Montoya, del soldado Johiner Ortiz Guzmán, del soldado Rober Andrés López Solera, todo para concluir que los hechos sí sucedieron y que la reacción del Sargento Segundo CÁCERES PINTO fue,

“desproporcional, injusta, violenta y atentatoria a la dignidad humana y aunque en desarrollo de los hechos y de ello debemos dejar constancia, no se pueden concebir de legítimas las manifestaciones indebidas y provocadoras del SLR. ORTIZ GUZMAN a su inmediato comandante, este, debió encauzar la disciplina con otros mecanismos de orden legal y reglamentario, como parte de un ejercicio racional de liderazgo, en su competencia

funcional.

Esta postulación, se concreta en el análisis de la prueba testimonial, con base en las reglas de la lógica, experiencia y la sana crítica, que conducen a decantar responsabilidad penal del SS. CÁCERES PINTO NELSON ENRIQUE, en calidad de autor, por el punible de Ataque al Inferior.

Esto para mostrar lo que consideró subjetivo y parcializado, conforme su criterio, según lo halló acreditado mediante “el ejercicio integral de la valoración probatoria,” y retomar las múltiples declaraciones vertidas por los testigos ya mencionados, agregando las de SLR Omar Andrés Teherán Durán y del C3 Vargas Naranjo Herman Albert.

Súmese a ello, lo preceptuado en los artículos 401 y 402 ibidem, según los cuales “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica” y “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”, por cuanto en el desarrollo del procedimiento castrense no tiene cabida el sistema de tarifa legal probatoria que imperaba en otrora oportunidad, sino el de la sana crítica racional.

Con respecto a la crítica de la defensa sobre la legalidad de la versión libre y la indagatoria, concluyó,

Cuando revisamos esta actuación, registrada a folio 27 del primer cuaderno original, se destacan las siguientes características de la diligencia:

2. Se le da a conocer al versionado que tiene derecho a designar un abogado y en caso de no hacerlo advierte que se le designará uno de oficio, para lo cual designa con amplias facultades a la doctora OMAIRA LUZ HENRIQUEZ

MORALES.

3. Se procedió a informarle de las formalidades de la diligencia de conformidad a los artículos 494 y 495 del Código Penal Militar que indican: que la diligencia de indagatoria se le tomará libre, sin juramento y de manera voluntaria, pero que se le exhorta para que responda en forma clara y precisa a las preguntas que se le hagan;

- 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, compañera o compañero permanente de conformidad con el artículo 33 de la [Constitución Política](#);
- Que, si se niega a rendir la indagatoria, se tendrá por vinculado procesalmente y se le advertirá que su actitud afecta los fines de la diligencia como medio de defensa;
- Se le indica igualmente, que dispone del tiempo que considere necesario para que redacte sus respuestas y que puede hacer uso del silencio ante cualquier pregunta.
- Acto seguido y hechas las anteriores advertencias el despacho procede a dejar constancia acerca de sus anotaciones generales de ley."

Y completó su respuesta argumentando que el derecho de guardar silencio se encuentra en los artículos 494 y 495 del Código Penal Militar, que al exhortársele al procesado a responder se le reiteró que podía guardar silencio, que dicha diligencia fue rendida ante su abogada defensora, que en el proceso hubo otros medios de prueba con suficiencia para derivar la responsabilidad.

Así mismo, que la nulidad es una medida extrema gobernada por unos principios que ha venido decantando la jurisprudencia de la Corte Suprema, acogidas por la Sala del Tribunal, la cual ha agregado que la declaratoria de nulidad tiene revertir en alguna ventaja para la

persona procesada, aspecto no detectado a propósito de la solicitud y, que si hubo irregularidad alguna el hecho de esperar a aducirla después de la producción de la sentencia revelaba su convalidación al no alegarse con anterioridad.

También indicó la decisión que, de haber habido alguna irregularidad, no se acreditó su trascendencia ni cuanto tiene que ver con el principio de instrumentalidad de las formas procesales, es decir, no se evidenció afectación real al debido proceso, ni que el acto procesal señalado como irregular haya dejado de alcanzar su propósito.

Luego a juicio del ad quem no pasa de ser una conjetura postular como irregularidad sustancial, el hecho de no haberse pormenorizado en qué consiste el derecho de guardar silencio.

Acentuó así mismo que la presunta nulidad alegada habría sucedido en estadio preliminar de la investigación, así que halló precluida la oportunidad para alegarla, en la medida que la misma jurisprudencia de la Corte Suprema ha previsto el deber de invocarlas en la oportunidad legal.

En cuanto a la presunta irregularidad con respecto a la prueba trasladada, hizo referencia el Tribunal Penal Militar a la existencia del auto del 15 de diciembre de 2017, mediante el cual dispuso poner en conocimiento de las partes la prueba trasladada.

DEMANDA

Tras identificar a los sujetos, referir el contenido de la sentencia contra la cual procede, sintetizar los hechos y la actuación procesal, la defensora del procesado planteó dos cargos.

El primero, con base en la causal 3 del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, basada en que no se informó de manera inequívoca el derecho a guardar silencio. Específicamente señaló

que en la diligencia de indagatoria rendida el 21 de septiembre de 2017, pese haberse informado de los demás derechos, al procesado no se le indicó que podía abstenerse de rendir la indagatoria, es decir, guardar silencio.

A su juicio no es igual el derecho a no autoincriminarse que guardar silencio,

Afirmación del inculpado que, de haber sabido que podía simplemente no contestar nada ante las preguntas, no se hubiera producido. No se tendría esa llamada “confesión” en la que de hecho sustentan atenuante, e haber confesado, y las dudas que arrojan las otras pruebas se hubieran resuelto, como debieron ser, a favor del procesado.

Es tan relevante su dicho que se llenan los vacíos probatorios con su “confesión”.

Se basó en que la indagatoria no evidencia la constancia sobre haber preguntado acerca de si es no deseo rendir la diligencia, que el yerro no se subsana acudiendo a equivalencias entre la versión libre y la indagatoria; que no puede concluirse que es deber exclusivo de la defensa informar al procesado de sus derechos, sino que la administración de justicia debe,

cerciorarse y dejar constancia de que el procesado entienda la totalidad de los derechos que se le explican. Cualquier violación mínima de estas garantías son violaciones al debido proceso porque esta indagatoria es principalmente medio de defensa.

Por lo anterior requirió declarar la nulidad de la instrucción.

El segundo cargo lo fundamentó como violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 100 de la Ley 1407 de 2010. Consideró que no cualquier acción de hecho, contrario a lo afirmado por los jueces de instancias, resultan típicas. Y que no se consideró que el procesado en su indagatoria mantuvo que consciente como era que no podría agredir al soldado, se dirigió contra el objeto que tenía en sus manos.

A su juicio se acreditó un error de tipo excluyente del dolo y, en consecuencia, no era viable la aplicación de la norma, en cuya virtud invocó el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal.

Por consiguiente, solicitó como corolario de este cargo, la absolución basada en la ausencia de culpabilidad.

CONSIDERACIONES

Siendo competente la Corte conforme indica el artículo 75.1 de la Ley 600 de 2000, el artículo 234.1 de la Ley 522 de 1999 concordante con el 199 de la Ley 1407 de 2010, en consideración a las condiciones de admisibilidad previstas en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, se procede a analizarlas.

Como marco de referencia la Corte se permite reiterar que toda demanda de casación debe corresponder con los principios de claridad y precisión, sustentación suficiente, autonomía de las causales, y corrección material. Entendiendo la necesidad de inteligibilidad y concreción del problema jurídico. Así como la suficiencia del contenido de la demanda para alcanzar sus objetivos con respecto al fallo contra el cual se orienta el recurso extraordinario, lo cual se traduce en derribar la presunción de legalidad y acierto que las cobija. Cada una de las causales invocadas debe argumentarse suficientemente de manera independiente y conforme a la lógica intrínseca al recurso. Y, también, el principio de certeza señala una estricta sujeción argumentativa a la realidad de la actuación procesal.¹

1. Primer cargo

Hechas las anteriores aclaraciones procede la Corte a abordar la primera censura basada, esencialmente, en que se vulneró el debido proceso a consecuencia de no haber sido

informado pormenorizadamente el Sargento Segundo NELSON ENRIQUE CÁCERES PINTO durante la diligencia de indagatoria cumplida el 21 de septiembre de 2017, acerca del derecho que lo asistía para guardar silencio, esto es, la posibilidad de no rendir la diligencia de indagatoria.

A efecto de abordar el problema jurídico planteado, conviene reiterar que la posibilidad de nulitar un proceso o alguna actuación en particular, conforme la jurisprudencia de la Corte en consulta con el régimen legal, existen unos criterios fundamentales, reconocidos como principios específicos, que demarcan el cauce a seguir para poder arribar objetivamente a una declaratoria de tal naturaleza. A saber,

Estos principios han sido definidos por la jurisprudencia de esta Sala, de la siguiente manera: Taxatividad: significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. Acreditación: que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. Protección: la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. Convalidación: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. Instrumentalidad: la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. Trascendencia: quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Residualidad: solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular».2

Entendiendo que la falta o irregularidad debe ser fruto de una verificada y evidente oposición entre la ley -regla del debido proceso, y la actuación concreta, se ha venido sosteniendo que pese a verificarse la diferencia entre lo actuado y lo mandado por la ley, no cualquier evento de esta naturaleza activa el instituto de las nulidades, salvo, claro está que la oposición actuación-ley por sí misma constituya un quebranto irreparable a un derecho o garantía fundamental.

Precisamente, una declaratoria de nulidad está supeditada a que la oposición señalada trascienda de tal suerte cause un efecto material, real o sustancial que de no removerse la actuación tildada como irregular, resulte causalmente en la existencia de un auténtico daño a un derecho o garantía fundamental.

No basta, lo sabe la defensa, la demostración de las faltas cometidas por el juzgador, asunto en el cual fue bastante acuciosa, pues no debe olvidarse que el recurso extraordinario es rogado y el tribunal de casación se rige por el principio de limitación, desde donde el postulante tiene la carga adicional de probar más allá de cualquier duda razonable que las irregularidades verificadas tuvieron un efecto real, efectivo, material, en contra de los intereses de su asistido.³

Teniendo en cuenta este trasfondo de análisis material acerca de la estructuración del cargo, se verificó que la regulación de la diligencia señalada como irregular por la demandante, corresponde al artículo 495 de la Ley 522 de 1999:

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.

Esto para evidenciar que no existe una condición que indique de qué forma (pormenorizada

o no) deba hacerse saber al indagado sobre su derecho a guardar silencio. Lo cual no implica la negación de ese derecho.

Tampoco se desconoce que la norma análoga de la Ley 600 de 2000 -artículo 337, hizo referencia concreta a informar al indagado acerca del derecho que le asiste a guardar silencio, más no por ello indicó que deba hacerse de alguna forma en particular, o servirse de alguna maqueta preestablecida.

Una y otra disposición se fundamentan en la norma constitucional del artículo 33, conforme con la cual, Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil., proyección del artículo 8.g de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Mientras que el artículo 55.2.g del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, distinguió expresamente el derecho a guardar silencio sin que ello implique ser interpretado como prueba en contra del procesado, paralelo a no ser obligado a declarar contra sí mismo. Y lo ha reafirmado, entre otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴ En todo caso, tampoco aparece un formato particular que deba seguirse para garantizar el ejercicio del derecho.

Esto simplemente para denotar que el derecho a guardar silencio siendo fundamental y, por ello mismo, un principio del debido proceso no siempre aparece enunciado en la normativa, lo cual no permite predicar su inexistencia mucho menos su i-reconocimiento, y que definitivamente el derecho internacional ni el nacional concibieron alguna forma preestablecida de garantizarlo. Entre otros, porque no parece apropiado a su naturaleza de principio y derecho fundamental, que cada vez que aparezca la forma tenga que presumirse de derecho su efectiva garantía.

Precisamente, derechos fundamentales como el de guardar silencio, no forzar la

autoincriminación o a declarar contra ciertas personas, implica que el procesado es su titular, por tanto, puede administrarlos conforme haya dispuesto su defensa material, llegar incluso a renunciarlos, dado que no son absolutos. Por ello vale tanto la confesión como la decisión de declarar bajo juramento contra personas vinculados por consanguinidad hasta el cuarto grado, guardar silencio o decidir no hacerlo, siempre y cuando sea fruto de una decisión libre, consentida o, como se ha dicho en la jurisprudencia, espontánea.

De donde su núcleo esencial no consista en observar alguna formalidad que, se repite, no existe, o de la manera como se le haga saber al procesado de dicha titularidad, sino que la decisión de expresar su propia versión o de mantenerse en silencio, sea fruto de una decisión libre y espontánea, esto es, que no provenga de haber sido forzado, engañado o inducido, en fin, violentada su voluntad. Lo cual adquiere particular trascendencia cuando el procesado opta por hacer alguna manifestación autoincriminatoria.⁵

Por ello mismo se ha mantenido que la indagatoria es un medio de prueba y simultáneamente un medio de defensa. Es decir, el desenvolvimiento libre y espontáneo de la persona procesada durante la diligencia, debe ser fruto de una decisión informada por la manera como ejerce su derecho de defensa material. De donde la importancia que en muchas legislaciones se otorga a la presencia de la defensa técnica.

Precisamente, cuando la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la indagatoria en el Decreto 2700 de 1991, mantuvo que el derecho a guardar silencio es una forma de ejercer el derecho de defensa y, que sea guardando silencio o, todo lo contrario, lo esencial es que la persona lo haga voluntariamente,⁶

Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.

(...)

Las expresiones demandadas no vulneran la Constitución, pues no obligan a la persona a rendir indagatoria, ni la presionan para que deje de prestarla. Simplemente buscan, por pedagogía procesal, hacer que el llamado a la indicada diligencia comprenda claramente sus alcances y el papel que cumple dentro del proceso. La observación que en virtud del precepto debe formular la autoridad que toma la indagatoria, que debe ser prudente y no transformarse en amenaza, tiene el objeto exclusivo de que el imputado tome cabal conciencia acerca del verdadero sentido de la diligencia a la cual ha sido convocado, la que constituye valiosa ocasión para sentar las bases iniciales de su defensa, sin detrimento de la opción que el propio sistema le brinda en el sentido de hablar en ese momento o abstenerse de hacerlo.

La misma Corte ha venido resaltado de la indagatoria que lo importante, lo esencial o lo fundamental es la espontaneidad de la decisión de hablar o callar,

así como la espontaneidad de la indagatoria es valiosa desde el punto de vista del indagado, en garantía de su derecho constitucional a la no autoincriminación, también lo es para la administración de justicia, evitando que la libre exposición del que declara pueda verse interferida, distorsionada u obscurecida como consecuencia de preguntas concebidas por su defensor, de lo cual se infiere que la limitación que contempla el inciso impugnado no disminuye las garantías procesales y en cambio asegura que cuanto diga el indagado sea el fruto de su libre exposición, ajena a toda influencia externa, en cualquier sentido.”

Si bien la alta Corporación hizo esta manifestación en relación con una norma a la fecha derogada, en tratándose de la misma diligencia o audiencia de indagatoria, le son aplicables dichos presupuestos respecto de leyes vigentes como la 522 de 1999 o la 600 de 2000. Más aún, ha habido pronunciamientos donde reiteró el mismo criterio con respecto a disposiciones como la Ley 906 de 2004, en que no se registra dicha diligencia,⁷

El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no autoincriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no autoincriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía, constituye como lo ha señalado la jurisprudencia, “[u]na forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.

Entonces, teniendo claro que el derecho a guardar silencio o a dar su propia versión es un ejercicio del derecho de defensa y, que junto con el de no autoincriminarse o declarar contra ciertas personas, son derechos fundamentales cuya titularidad se encuentra en cabeza de la persona procesada, lo identitario de ese ejercicio es que sea fruto de una decisión voluntaria, libre y se haga espontáneamente.

Otro aspecto es la forma procesal en que se hace manifiesta su garantía o se pretende probar que se garantizó, dejando claro que no se identifican, puesto que la titularidad del derecho no depende de la forma procesal, ni ésta es en sí el derecho, nada más un instrumento favorable a su realización. Al respecto, la postura de la jurisprudencia es clara,⁸

Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas.

Teniendo este trasfondo jurídico de lo que constituyen los derechos, se puede apreciar que el referente normativo ya indicado de la Ley 522 de 1999, no fijó una forma preestablecida e inamovible para informar los derechos al procesado, particularmente en cuanto tiene que ver con el derecho a guardar silencio, lo cual se reitera en que las normas análogas, pese a

hacer mención expresa del derecho, en paralelo a los de no autoincriminación y no ser obligado a declarar contra ciertas personas, tampoco refieren alguna forma en particular.

De cara a ello, lo sucedido conforme pudo verificarse en el proceso, y consultada el acta correspondiente a la diligencia de indagatoria ejecutada el 21 de septiembre de 2017, por el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar, comisionado para tal fin, que el Sargento Segundo NELSON ENRIQUE CÁCERES PINTO fue informado de sus derechos siguiendo al pie de la letra el artículo 495 de la Ley 522 de 1999.

Una vez fue informado sobre el delito y los hechos, se lee su manifestación:

No acepto el cargo, soy inocente porque los hechos no fueron así como lo denunciaron (folio 126 cuaderno de primera instancia)

Y a continuación dio su propia versión claramente orientada a formular la hipótesis de lesiones autoinfligidas.

Si bien el acta no tiene un registro expreso asociado al derecho a guardar silencio, cuanto puede concluirse es:

a. No existe ningún rastro, registro o demostración conforme con lo cual pueda siquiera considerarse como probable que el procesado, Sargento Segundo NELSON ENRIQUE CÁCERES PINTO, ignorara que estaba asistido de ese derecho;

b. Por el contrario, de las circunstancias objetivas surge que lo más probable es que lo tenía claro: había rendido una versión libre -diligencia análoga en un momento pre-procesal, en donde se hizo la manifestación concreta de dicho derecho; fue asistido por un defensor técnico; decidió dar su propia versión orientada claramente a

constituir un mecanismo de defensa; de lo que dijo y que resultó interpretado por las instancias como confesión, nunca hubo manifestación posterior de retracto como para suponer que recapacitó o adquirió posteriormente conocimiento certero acerca de lo que podía o no hacer en la diligencia de indagatoria;

c. No existe el más mínimo vestigio para siquiera suponer que la versión que dio fue efecto de haberle ocultado, negado o tergiversado su derecho al silencio, como tampoco que sea producto de un error, fuerza o cualquier otro vicio de su voluntad.

En otros términos, cuanto hizo fue un ejercicio libre, consentido, espontáneo y sin vicios de su derecho de defensa. Lo que equivale a afirmar que dispuso de su derecho a guardar silencio prefiriendo dar su versión en busca de una decisión favorable. Cosa que de una u otra forma ocurrió, puesto que le redujeron la pena a causa de lo que manifestó. Y de haber guardado silencio, lo más probable es la condena sin la reducción de la pena, como quiera que las instancias invocaron abundante prueba testimonial y documental diferente para fundamentar la condena.

Por conclusión no encuentra la Corte que el cargo cumpla con la obligación de evidenciar una irregularidad sustancial que habiendo trascendido contra el debido proceso deba entrar a corregirse por la ruta de las nulidades.

Por otra parte, la conclusión de haber habido o no una confesión, no entra la Corte a considerarlo, toda vez que no es objeto del cargo, pese a que la demandante en ocasiones coloca la palabra confesión entre comillas, no pasa de ser una sugerencia acerca de la consistencia que pueda tener la conclusión que así lo consideró. Y al contrastar la actuación de cara a las disposiciones contenidas en los artículos 433 y ss., de la Ley 522 de 1999, observa que, tal y como lo verificó la segunda instancia, la versión en indagatoria fue apenas una de las piezas probatorias que permitió arribar a la conclusión de condena y, que en todo caso le fue aplicada la reducción del artículo 446 ib.

Por lo que no se halló presupuesto alguno que sugiera proceder por vía oficiosa (artículo 216 de la Ley 600 de 2000).

En definitiva, no existen los presupuestos de admisibilidad mínimamente necesarios para este cargo.

1. Segundo cargo

La aplicación indebida del artículo 100 de la Ley 1407 de 2010, lo fundamentó en que a su juicio operó una condición excluyente de culpabilidad, específicamente un error de tipo.

Por una parte, el planteamiento es por sí mismo contradictorio pues al tiempo que afirmó no ser aplicable el tipo subjetivo, estaría admitiendo que sí lo es el tipo objetivo. Significando que no hubo un error en la selección y aplicación de la norma, sino en la derivación de responsabilidad que correspondería.

Por otra parte, un debate en torno a la viabilidad de reconocer una causal de exclusión de responsabilidad que no sólo no fue requerida en primera ni segunda instancia, y que por tanto no fue objeto de análisis, se orienta no a enmendar un yerro proveniente de la sentencia de segunda instancia, como que no identificó alguna vulneración producida u originada a propósito de la sentencia impugnada, sino a cuestionar la apreciación de los hechos y de la prueba.

La Corte ha sido reiterativa en que un cargo basado en violación directa, como el aquí planteado, no es camino idóneo para formular disputas sobre valoración probatoria o los hechos.⁹

En suma, con total ajenidad a la pertinencia de la norma seleccionada la demandante

pretende inaugurar un debate en sede de casación, desconociendo que al respecto nada hay que verificar en las decisiones de instancia en busca de alguna deficiencia proyectada en el régimen de casación.

Por lo que no puede haber otra decisión de inadmitir el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero: INADMITIR la demanda de casación presentada por el apoderado judicial del procesado.

Segundo: Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNAN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 AP 3439 del 25 de junio de 2014, radicado 41752 y AP4322 del 2 de octubre de 2019, entre otros.

2 CSJ Radicación N° 48965, auto del 18/04/2017

3 CSJ Radicación N° 38020, 18/04/2012

4 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 8 de febrero de 1996 (conocida como el caso Murray)

5 CSJ SC, Radicación N° 46814, 27/06/2018, SI, Radicado No 27608, 27/10/2007

6 Sentencia C-621/98

7 Sentencia C-782/05. Cfr. sentencia C-537/06

8 Sentencia T-268/10

9 CSJ Radicación N° 59679. 25/ 01/2023.