

Revista Judicial Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Edición No. 002 Febrero 2014

Compilación jurisprudencia [Incluye CD con sentencias]



"Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente".

Sócrates



Tabla de Contenido



Vista anterior



Página anterior



Página siguiente



Cerrar



Ver Providencia completa

Revista **Judicial**

Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo
Coordinadora Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar
Fiscal 1° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

TC. (R) Rubén Orlando Vargas
Fiscal 2° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar
Desde el 12 de diciembre de 2005 hasta 12 de diciembre de 2013

Dr. Neil Oswaldo Rodríguez Morales
Fiscal 3° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

Dra. Clara Cecilia Mosquera Paz
Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

Jennyfer Molina Sánchez
Dirección de Arte

Ministerio de Defensa Nacional
Policía Nacional de Colombia
Registro fotográfico

Imprenta Nacional de Colombia
Diseño e impresión



Editorial

Con gran orgullo y complacencia, los Fiscales ante la Segunda Instancia, presentamos ante el foro académico y comunidad jurídica –operadores judiciales y usuarios– el segundo volumen de la publicación especializada "Revista Judicial de las Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar".

Este logro fue alcanzado gracias al apoyo de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, liderada por la doctora Clara Cecilia Mosquera Paz, quien ha permitido que los pronunciamientos sean divulgados por medio de la revista; con las providencias se proyecta propender a garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso al personal vinculado a una causa penal; esta instancia tiene claro la importancia que tiene para el Estado colombiano, sus Fuerzas Militares y Policía Nacional. El contar con una justicia penal militar y policial, constitucional legalmente legitimada y fortalecida, que sea garante con transparencia, autonomía e independencia de la salvaguarda y respeto a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Es la tarea que se han propuesto los Fiscales ante la Segunda Instancia.

Los fines propuestos con esta herramienta de orientación y consulta, explicados en nuestro primer editorial, gracias a los positivos comentarios y retroalimentación de nuestros colegas, pares y homólogos de primera instancia, nos permiten inferir que se ha logrado el objetivo de decantar las diversas inquietudes en torno a los temas jurídicos sustanciales y procesales que, permanentemente, debemos resolver en acatamiento a lo preceptuado en las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010.

En esta ocasión, evidenciarán en el contenido de este volumen, algunas providencias con temáticas variadas con análisis de circunstancias probatorias y tempoespaciales, que son el

producto de un responsable proceso de permanente capacitación y actualización, este conlleva sacrificio y mística pero, por sobre todo, respeto y amor por nuestro servicio en pro de una recta y cumplida administración de justicia.

Consideramos que en estas actuaciones evidenciarán la importancia y trascendencia que le hemos dado al acatamiento y respeto a los términos procesales, a la argumentación y valoración probatoria, por cuanto somos conocedores de los retos que se aproximan para nuestra justicia especializada con el advenimiento del sistema penal acusatorio. Este implicará una profunda transformación, como lo ha venido realizando la jurisdicción ordinaria, a la que no seremos inferiores, por cuanto, por encima de cualquier escenario, sobresalen el acatamiento de nuestro deber y el cumplimiento de las obligaciones que hemos contraído con la sociedad colombiana y la comunidad internacional.

Como Fiscales ante la segunda instancia, somos conscientes de que sobre nosotros recae la máxima responsabilidad a la que cualquier ciudadano aspire, el velar con objetividad y razón, por que se respete y cumplan la Constitución y la ley, compromiso compartido con los señores Magistrados y Jueces, quienes en sus sentencias definen el futuro de la vida, libertad, honor y patrimonio de seres humanos y sus familias; estos motivos fundantes son para tener presente la tolerancia y el respeto por los derechos civiles y libertades individuales.

Reiteramos nuestros sinceros agradecimientos por todos sus aportes y comentarios, estos enriquecen el debate y nos permiten el mejoramiento continuo, el que esperamos constaten en esta nueva selección que con humildad y respeto por sus análisis sometemos a su estudio y discusión.

Sea esta la oportunidad para hacer un reconocimiento al gran compañero y profesional señor TC (r) Rubén Orlando Vargas, quien terminó su período como Fiscal, dejando en esta segunda recopilación interesantes providencias; a él todo nuestro agradecimiento.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO
Coordinadora Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar
Fiscal 1° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

Índice de Providencias de las Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Abandono del puesto

Indicio que quiso conciliar el sueño.

Rad. 14041, 25 de enero de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 15

Acto Relacionado con el Servicio

Una actividad deportiva organizada por la comunidad en la que participa un miembro de la Fuerza Pública representando la Unidad de la cual forma parte, se considera un acto relacionado con el servicio.

Rad. 14329, 8 de abril de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 15

Antijuridicidad material

En el delito de peculado por apropiación para que este elemento se estructure, la cosa pública tiene que ser dispuesta y utilizada en beneficio del interés oficial y general.

Rad. 14367, 8 de julio de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 18

Antijuridicidad material en el delito de desobediencia

Derecho a la no autoincriminación.

Rad. 11569, 10 de junio de 2009.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 19

Apelación

Su falta de sustentación conlleva a que sea declarado desierto ante la imposibilidad para la segunda instancia de conocer sobre qué aspectos se estructura el eventual agravio.

Rad. 14429, 22 de octubre de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 20

Ataque al inferior

Límites en el ejercicio de la autoridad y el respeto de la dignidad humana en el militar.

Rad. 14341, 26 de abril de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar. 23

Ataque al superior

La conducta deviene atípica ante la ausencia del “ataque por vías de hecho” como ingrediente normativo del tipo.

Rad. 14419, 27 de septiembre de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 24

Atipicidad de la conducta

Comportamiento donde hay ausencia del elemento subjetivo del dolo.

Rad. 14425, 13 de diciembre de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 25

Ausencia de dolo en la juez de instrucción penal militar frente a la mora en la tramitación de las actuaciones a su cargo.

Rad. 14065, 30 de agosto de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 26

Ausencia de dolo - inexistencia de Inhabilidad para contratar

Rad. 7983, 18 de marzo de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 26

Cesación de procedimiento

La providencia en la que se adopta esta forma de calificación del mérito del sumario por parte de la Fiscalía aquo, no es de libre formulación y para su validez debe cumplir como mínimo con los requisitos sustanciales y formales consagrados en el artículo 558 de la Ley 522 de 1999.

Rad. 14380, 27 de junio de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 29

Cierre de investigación

Esta decisión es procedente cuando se cuenta con la prueba necesaria para calificar o se encuentra vencido el término de instrucción.

Rad. 14368, 26 de julio de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 31

Colisión de competencias

Cuando una de las partes solicita que se suscite una colisión, el tema de la duda que plantea debe limitarse al aspecto de si los hechos, al parecer delictuales, sucedieron dentro de una actividad que guarda o no relación directa con el servicio militar o policial.

Rad. 14372, 20 de agosto de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 33

Concurso aparente entre privación ilegal de libertad y detención arbitraria especial. Atipicidad de la conducta por ausencia del ingrediente normativo

Rad. 8250, 15 de febrero de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 34

Conclusión

Las actividades administrativas, que realiza un militar están cobijadas determinadas por el fuero.

Rad. 14217, 31 de enero de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 34

Confirma cesación, legítima defensa que hiere a quien no disparó

Carga dinámica de la prueba.

Rad. 14252, 24 de julio de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 38

Debe primero estudiarse la forma de participación antes de emprender el estudio para el reconocimiento de la causal relevante de genérica responsabilidad

Rad. 14235, 22 de junio de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 38

Deserción

Alcance y fines del Concepto Jurídico 0018 de 1983 relativo al desacuarteramiento temporal de los soldados desertores.

Rad. 14379, 13 de junio de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 39

Determinador en el delito de lesiones personales

Rad. 14299, 22 de marzo de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 40

Dictamen pericial

Para que se disponga el trámite incidental establecido para la objeción de un dictamen pericial, se hace necesario precisar el error, esto es, el falso concepto que se tenga sobre el objeto o los fenómenos científicos, técnicos o artísticos materia de la pericia.

Rad. 14354, 29 de mayo de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 41

Dolo eventual

Teorías del consentimiento, la indiferencia y la probabilidad

Rad. 14080, 29 de abril de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 43

Error de prohibición invencible

Circunstancias que hacen que los militares creen que se encontraban frente a miembros de grupos armados al margen de la ley al observar que el occiso tenía uniforme, lo que los hizo incurrir en el error.

Rad. 14401, 23 de octubre de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 43

Error de prohibición invencible

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.

Rad. 14398, 30 de agosto de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 46

Error indirecto de prohibición en el delito de abuso de autoridad

Rad. 14327, 18 de julio de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 47

Falsa alarma. Atipicidad por ausencia del ingrediente subjetivo

Rad. 9761, 4 de agosto de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 48

Falsedad documental, no personal, aunque inocua por ausencia de antijuridicidad material

Rad. 14264, 13 de febrero de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 48

Falsedad ideológica en documento público

Ausencia de dolo.

Rad. 14292, 24 de enero de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 48

Falsedad material en documento público

Para que el documento espurio tenga potencialidad de engaño, debe elaborarse de tal manera que no pueda ser descubierto prima facie, pues de no ser así, podemos hablar de la existencia de una falsedad inocua que por lo rústica no produce el engaño pretendido y resulta desprovista de antijuridicidad material.

Rad. 14352, 24 de mayo de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 48

Favorecimiento de la fuga, modalidad culposa

Principio de confianza.

Rad. 14376, 23 de agosto de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 53

Fraude procesal

Para su estructuración se requiere la idoneidad del medio utilizado para inducir en error.

Rad. 14336, 20 de mayo de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 54

Fraude procesal y peculado por apropiación. Definición de acto administrativo verbal frente al que se induce al error

Rad. 10885, 5 de mayo de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 57

Fuero militar

No existe relación directa y próxima de la conducta punible con el servicio, cuando el autor de la misma tuvo “ab initio” propósitos criminales.

Rad. 14300, 5 de febrero de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 57

Homicidio

Atipicidad de la conducta por falta de los elementos estructurales del tipo.

Rad. 14390, 28 de octubre de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 58

Homicidio

Circunstancias fácticas dan lugar a aplicar la causal del caso fortuito.

Rad. 14364, 16 de septiembre de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 60

Homicidio culposo

Faltó al deber objetivo de cuidado en cuanto a la negligencia sobre el manejo de las armas.

Rad. 14430, 19 de diciembre de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 61

Homicidio culposo

Nueva concepción dogmática del delito culposo o imprudente.

Rad. 14361, 19 de junio de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 62

Homicidio culposo a título de comisión por omisión

Presupuestos que deben reunirse para poder delimitar los ámbitos de responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, a fin de establecer su Posición de garantes respecto de la evitación del resultado típico producido.
 Rad. 14410, 23 de septiembre de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 64

Impedimento

Se declara infundado el impedimento, por cuanto la denuncia o querrela debe presentarse dentro del proceso adelantado por el funcionario en su despacho, para que proceda la causal.

Rad. 14383, 28 de junio de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 68

Impedimento

Se acepta el impedimento, art 277, numeral 1º, que trata de tener interés en el proceso.

Rad. 14400, 19 de julio de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 69

Impedimento

Causal Cuarta, artículo 277 Ley 522 de 1999.- La condición o estatus de quejoso en materia disciplinaria, también debe ser admitida para su estructuración.

Rad. 14387, 11 de junio de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 71

impedimento por ser el funcionario denunciante o querellante

Rad. 14393, 27 de junio de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 72

Improcedencia de la apelación frente a estrictos temas de competencia

Rad. 14106, 30 de mayo de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 73

Inducción o ayuda al suicidio

Esta conducta requiere de un dolo específico encaminado a querer provocar el suicidio en la otra persona, y saber que con los actos que realiza puede desencadenarse dicho tipo penal.

Rad. 14321, 30 de abril de 2013.

TC. (r) RUBEN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar..... 73

Inimputabilidad

La inimputabilidad no implica necesariamente inocencia o ausencia de responsabilidad.

Rad. 14360, 6 de septiembre de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 74

Inutilización voluntaria. Atipicidad por ausencia del ingrediente subjetivo

Rad. 10055, 11 de marzo de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 76

Inutilización voluntaria. Atipicidad por ausencia del ingrediente subjetivo

Rad. 11767, 23 de marzo de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 76

Investigación integral

Vulneración al principio de Investigación integral como expresión del debido proceso.

Rad. 14348, 30 de agosto de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 77

Investigación integral

Solo se conculca dicho principio, cuando se niega la práctica de pruebas útiles y pertinentes.

Rad. 14417, 31 de octubre de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 77

Las manifestaciones del testigo de referencia constituyen un verdadero indicio. Coautoría en el delito de concusión

Rad. 12247, 26 de julio de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 80

Legítima defensa. Se revoca la resolución de acusación y se cesa, incluso, para no apelante por inescindibilidad del hecho

Rad. 14225, 21 de agosto de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar. 81

Lesiones personales

Error de prohibición invencible.

Rad. 14332, 29 de abril de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar. 81

Lesiones y hurto. Confirma cesación. Valoración del testigo de cargo, se desacredita por contradicciones

Rad. 13630, 9 de marzo de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 83

Limitación de la segunda instancia para decidir sobre el no apelante

Rad. 14331, 21 de octubre de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 83

Limitante para el estudio de una coautoría porque solo un procesado viene acusado y a los demás se les privilegia con cesación procedimental

Rad. 13035, 30 de abril de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 83

No peculado sobre bienes de dotación, no falsedad persona sino material en documento público

Rad. 14269, 30 de septiembre de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 84

No procede la nulidad por el simple hecho de no poner a disposición de las partes la prueba trasladada

Rad. 14196, 07 de marzo de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar. 84

Nulidad

Se niega declarar la nulidad por no afectación al derecho de defensa.

Rad. 14406, 30 de agosto de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar. 85

Nulidad

Se decreta la nulidad parcial por ausencia de una investigación integral.

Rad. 14418, 24 de octubre de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar. 86

Nulidad por ausencia de un verdadero análisis de las pruebas

Rad. 14245, 17 de febrero de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 88

Nulidad por falta de sustentación frente al instituto de la complicidad

Rad. 14081, 24 de junio de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar..... 88

Peculado culposo

Se confirma la cesación de procedimiento por la causal del caso fortuito.

Rad. 14355, 24 de septiembre de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar. 88

Peculado culposo

Faltó al deber objetivo de cuidado, al no observar precaución al momento de entregar y recibir de servicio los elementos dejados a su disposición.

Rad. 14428, 29 de noviembre de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar. 92

Peculado por apropiación

Se puede estructurar no solo por vía de la disponibilidad material que se ejerce sobre las clases de bienes a los que alude el legislador, que es a la que refiere de manera insular el apelante, sino también por vía de la disponibilidad jurídica sobre los mismos.

Rad. 14409, 21 de octubre de 2013.

TC. (R) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 94

Peculado por apropiación. Prevaricato por omisión

La disponibilidad jurídica hace relación a que para la comisión del peculado no es necesario que el servidor público tenga directamente la tenencia material del bien, si no que en razón de sus funciones tenga la facultad de disponer jurídicamente del mismo.

Rad. 14382, 17 de junio de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar. 95

Prescripción de la acción penal

Para el delito de Deserción sigue siendo de dos (2) años, no obstante la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010.

Rad. 14413, 4 de octubre de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 97

Privación ilegal de libertad

Se revoca resolución de acusación, se profiere cesación de procedimiento por ausencia de dolo, se hace extensiva decisión favorable a los no apelantes.

Rad. 14296, 30 de enero de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar. 98

Privación ilegal de la libertad. Prolongación ilícita de la libertad

Se varía la calificación jurídica de privación ilegal de la libertad a prolongación ilícita de privación de la libertad.

Rad. 14289, 27 de mayo de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 100

Providencias de cumplimiento inmediato

Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas de seguridad, se cumplirán de inmediato.

Rad. 14309, 23 de enero de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 103

Resolución de acusación

Contra la resolución de acusación proferida en una Investigación adelantada por el denominado procedimiento especial, solo procede el recurso ordinario de reposición.

Rad. 14345, 26 de febrero de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 104

Ruptura de la unidad procesal en la exigencia de los tipos penales con sujeto activo calificado por ausencia de competencia de la Justicia Penal Militar

Rad. 11471, 27 de septiembre de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar. 105

Se decreta nulidad

Fiscalía a quo, no resuelve recurso de reposición contra auto de cierre de investigación y envía la apelación a la Fiscalía ad quem.

Rad. 14394, 18 de julio de 2013.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar. 105

Testimonio

Su credibilidad no se deriva de su absoluta concordancia con otro, sino de coincidencias en aspectos sustanciales.

Rad. 14391, 22 de julio de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 106

Unidad procesal

La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte los derechos y garantías fundamentales.

Rad. 14359, 27 de mayo de 2013.

TC. (r) RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar. 108

Unidad procesal. Su ruptura no genera nulidad aunque ya se hubiera determinado adelantar la investigación bajo una misma cuerda

Rad. 10406, 27 de mayo de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar. 110

Valoración probatoria. Se revoca acusación porque aparece tatuaje y el procesado nunca estuvo cerca a la víctima.

Rad. 14308, 30 de septiembre de 2013.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar. 111

Extractos Providencias Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Abandono del puesto. Indicio de que quiso conciliar el sueño

“Y es que no resulta afortunada una argumentación soportada en supuestos que a toda costa quieren alejar cualquier reproche de responsabilidad en A.F.C. al indicar la recurrida pieza calificatoria que pudo el vinculado haber experimentado tal vez un estado de inimputabilidad que lo condujo a comportarse de la relatada manera, debido a la adicción a sustancias estupeficientes propugnado así constituir un duda sobre tal estado, pues de ello ningún medio de convicción se allega para respaldar tal prerrogativa y sí más bien se cuenta con la calificada confesión de quien sostiene que durante el término de su descanso se dedicó a libar algunas cervezas, ingrediente este que subyace como integral a su posterior deliberada conducta si se atiende que una simple regla de experiencia enseña que proceder a ello posteriormente lo haría sentir sueño...”. (Rad. 14041 de 25 de enero de 2012, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Acto relacionado con el servicio

Una actividad deportiva organizada por la comunidad en la que participa un miembro de la Fuerza Pública representando la Unidad de la cual forma parte, se considera un acto relacionado con el servicio.

“...Ubicados en este punto, no debe perderse de vista por parte de la distinguida representante del Ministerio Público, que dentro de la organización de las Fuerzas Militares existen unas jefaturas y unas Direcciones, a las que se les asignan unas funciones, y tienen una misión y una visión específica, encontrando dentro de ellas la denominada **Dirección de Acción Integral**, concepto este que fue definido por el Comando General de las Fuerzas Militares desde el año 2001, como “Desarrollo y coordinación permanente de acciones políticas, económicas, **sociales** y militares, encaminadas a fortalecer las estructuras básicas del Estado y garantizar la defensa, la protección de los derechos y libertades de la sociedad para que los habitantes de Colombia, haciendo uso de la libertad y dentro de los derechos y deberes constitucionales, alcance el goce de una paz justa, digna y duradera que permita un adecuado desarrollo y progreso”.

Y fue precisamente el Maestro Sun Tzu, en su reconocida obra “El Arte de la Guerra”, quien acuñó aquella famosa frase que desde ese entonces ya esbozaba lo que ahora conocemos como Acción Integral, al decir que “... Como norma general, en la batalla, recurra a la fuerza normal para el enfrentamiento (enfoque directo), recurra a la fuerza extraordinaria para vencer (enfoque indirecto/no militar)...”, siendo justamente en este último enfoque para ganar la guerra, en que podemos ubicar la constante realización de las denominadas **jornadas cívico militares** por parte de las tropas, especialmente en aquellas áreas de influencia de los grupos al margen de la ley, buscando con ellas beneficiar a la mayor cantidad posible de la población, brindándoles por ejemplo atención médica y odontológica, vacunaciones, entrega de mercados, peluquería, asesoría jurídica y **recreación y deporte**, llevando así una mano amiga y esperanzadora, lo cual se traduce en el agradecimiento y el aumento de la confianza de nuestros nacionales hacia sus Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

En ese marco conceptual, cuando una comunidad, cualquiera que ella sea, invita a los integrantes de una Unidad Militar a participar en un campeonato como del que dan cuenta los autos, se traduce en que esas actividades de Acción Integral están dando sus frutos y que existe un ánimo incuestionable por parte de la población civil de fortalecer esos lazos con el estamento militar, a través de una actividad tan sana como lo es el deporte, y por ello, ante una invitación de esa naturaleza, los Comandos de esas Unidades no pueden sustraerse a la misma, y buscan enviar sus mejores hombres para no solo participar en ella, sino para cumplir con el mejor papel posible, y de ahí que completa razón le asiste al señor **TC. AEC**, en su condición de Comandante del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases, cuando al ser interrogado acerca de si la actividad en la que se encontraba el Mayor **RC** era de carácter oficial, respondió lo siguiente:

“... Es un campeonato al que fue invitada la base aérea y en el cual la Unidad **designó un personal para que la representara, entonces en ese orden de ideas considero que era una actividad oficial por cuanto estaba en representación de CAMAN...**”.

Con este testimonio queda por completo sin sustento alguno la tesis de la señora Procuradora cuando aduce que la actividad desplegada por el en-

cartado para la fecha de autos no era oficial y no tenía ninguna relación con el quehacer militar, pues como se viene explicando, si tanto él, como los demás integrantes del equipo fueron **designados** para participar en ese campeonato en nombre o representación de CAMAN, esa designación hace que el acto adquiera la connotación de “servicio”, y que en consecuencia la Justicia Penal Militar mantenga la competencia para seguir conociendo de estas sumarias en sede de calificación y eventual juzgamiento.

Conveniente, entonces, resulta citar en este punto lo dicho en reiteradas oportunidades por el Tribunal Superior Militar y por estas Fiscalías ante esa misma Corporación, en el sentido de que los actos relacionados con el servicio, no solo comprenden las actividades operacionales, como parece que muchos lo siguen entendiendo. Veamos lo dicho en una de esas decisiones:

“... Esta pasmosa atestación de la defensa y los infundados argumentos en que quiméricamente a renglón seguido sustenta, riñen ostensiblemente con cualquier lógica jurídica, puesto que olvida que el servicio y todas las actividades operacionales, logísticas y administrativas que lo integran, enervan uno de los pilares fundamentales de cualquier institución castrense, y que para el caso de las Fuerzas Militares, se orientan al cabal cumplimiento de la misión constitucional.

(...) 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 Nacional–, 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 desde luego determina sus servicios para el cabal cumplimiento de la misión asignada para ese escalón del mando.

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...”¹.

Como se ve, el concepto de “actos relacionados con el servicio” no es tan restringido como algunos parecen entenderlo, sino que abarca toda esa serie de ámbitos a los se hace referencia en la sentencia traída a colación, debiéndose igualmente aclarar que también las actividades realizadas en el cumplimiento de las tareas confiadas a las Direcciones de Acción Integral, pueden ser consideradas como operacionales, en el entendido que se busca también por esos medios el ganar la guerra, esto es, buscando que la población civil sienta afecto por sus tropas y por su Policía Nacional, siendo conveniente citar en este punto lo dicho por el General Álvaro Valencia Tovar, reconocido catedrático y excomandante del Ejército Nacional...”. (Rad. 14329 de 8 de abril de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Antijuridicidad material

En el delito de peculado por apropiación para que este elemento se estructure, la cosa pública tiene que ser dispuesta y utilizada en beneficio del interés oficial y general.

“...De acuerdo con lo anterior y como bien se sabe, el bien jurídico que se protege en esta clase de reatos, es el de la **administración pública** y de manera específica su componente “Instituto real”, que es el patrimonio del Estado, y por ende, para que en esta clase de peculados se estructure esa antijuridicidad material, la cosa pública tiene que ser dispuesta y utilizada en beneficio del interés oficial y general, y ya demostramos que en este proceso ello en realidad no sucedió, pues ya vimos cual era el tratamiento intrascendente que se daba a esos bultos de documentos que se apilaban de cualquier manera y sin siquiera verificar su contenido, y por ello en el caso de marras, bajo ninguna circunstancia puede argüirse, que por el hecho de habérselos entregado a un reciclador para que dispusiera de ellos como a

1 Radicación 156054, 26 de julio de 2010, M. P. CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Sala Segunda de Decisión.

bien tuviera, **se haya alterado de manera grave el funcionamiento del Estado**, pues no existe ninguna evidencia procesal que así lo demuestre.

Sobre este tema de la **antijuridicidad material** en el delito de **peculado por apropiación**, se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“... Se altera de manera grave el funcionamiento del sistema, **en tanto afectan el desenvolvimiento normal de las actividades del Estado**, bien sea porque este las asuma de manera directa a través de sus funcionarios, bien porque delegue o autorice que los particulares en casos específicos las realicen (...) (es) el componente social del modelo de Estado aquel que explica esa mayor cobertura, y explica, en el momento de hoy, que el concepto de corrupción tenga como punto de partida la contraposición de intereses y de fines, para evaluar los constitucionalmente declarados y los que se propone el realizador de la conducta objeto de enjuiciamiento...”².

(Rad. 14367 de 8 de julio de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Antijuridicidad material en el delito de desobediencia. Derecho a la no autoincriminación

¿El estricto sentido que encerraba la orden se desdibujaba de alguna manera si se omitía tal consignación en su contenido?, o, ¿acaso el determinar allí, como debe entenderse no solo en ese específico servicio, sino en muchos de los que a diario dispone el ejercicio institucional del ente policial, que previo cualquier desplazamiento por fuera de los límites fijados se considerará desobedecer una orden en los términos que interesan al derecho penal como la última ratio para la solución de los conflictos sociales?

“...no siempre alcanza a abarcar los conceptos que encierra el principio de antijuridicidad material exigible en un arduo estudio de la dogmática

2 C.S.J. Sala de Casación Penal, decisión del 3 de noviembre de 1999, M. P. Carlos Mejía Escobar.

contemporánea, pues a veces ello comprende exclusivamente los canales propios del derecho administrativo sancionatorio como en este caso acontece, siempre y cuando, iteramos hasta la saciedad, ello no se constituya en la “ratio esencial” de aquella orden con sus consabidas características, esto es, que sea legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y concisa³”.

“...y decimos que ni por lo menos en esa última modalidad, que sería la única estructurante de un eventual compromiso, porque al intentar hacerlo habría de probarse aquella contribución o prestación de ayuda posterior, sin que ello pueda confundirse, de ninguna manera, con la omisión de delatar al autor, pues ello encajaría más bien en un delito de favorecimiento; sin embargo, intentar imputación alguna por ese conducto se constituiría en una afrenta al principio de no autoincriminación, pues téngase en cuenta que la defensa de este descansa en su negativa de aceptar la presencia en el lugar y de consuno descartando cualquier delictiva actividad allí practicada, como para pretender esperar que revele la acción de su superior y compañero de andanzas, pues esto sería tanto como obligar su delación”. **(Rad. 11569 de 10 de junio de 2009, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Apelación

Su falta de sustentación conlleva a que sea declarado desierto ante la imposibilidad para la segunda instancia de conocer sobre qué aspectos se estructura el eventual agravio.

“...Determina el artículo 363 del Código Penal Militar que...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...”.

El contenido de la norma que acaba de citarse, se explica, como bien lo sostiene la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en que:

3 Ley 836 de 2003.

“...Como viene en juzgarlo la Corte, se trata de un acto trascendente en la composición del rito, ya que no es suficiente que el impugnante declare inconformidad general con el pronunciamiento del Juzgador, sino que es imperativo, además, que concrete los aspectos de los que disiente, postulando los argumentos que lo llevan a cuestionar la determinación. Si no sustenta debidamente **se declara desierto el recurso** y la segunda instancia no abre a trámite, pues en tal evento **el Juzgador estaría en imposibilidad de conocer sobre qué aspectos de la providencia se predica el agravio...**”⁴.

Y esos argumentos fácticos y jurídicos que permitan establecer **vacíos protuberantes o errores de apreciación de las pruebas en la calificación de primer grado**, definitivamente no aparecen concretados en el memorial del aparente recurso, en el que solo aparece una simple voluntad de controvertir con base en fundamentos inciertos y muy genéricos, que entre otras cosas fueron resueltos por el calificador de instancia en la calificación que antecede, no siendo labor oficiosa del ad quem perfeccionar el libelo agregando lo que su autor omitió según las exigencias técnicas que imponen el recurso de apelación, máxime cuando no se advierte en la pretendida aparente motivación del recurso, fundamento o causa grave y seria que implique error in iudicando en la valoración probatoria que compete al *a quo*, y, además de ello, como fácil resulta advertirlo de la simple comparación entre sus alegaciones precalificadorias, y el memorial con el que ahora pretende cumplir con la sustentación del recurso de apelación, las controversias que quiere nuevamente plantear la representante del Ministerio Público, se repite, fueron plenamente respondidas y resueltas en el acto de calificación...”.

(...)

Y ello es exactamente lo que ocurre en el caso de autos, pues como ya se había expuesto, basta con comparar el memorial contentivo de los alegatos precalificadorios de la Representante del Ministerio Público⁵, con el que supuestamente pretende sustentar el recurso de apelación contra la cesación de procedimiento proferida por el *a quo*, para darnos cuenta que tienen

4 Sentencia del 24 de junio de 2003, radicado 19.413, M. P. Mauro Solarte Portilla.

5 Folios 249 y ss. del c.o.

esencialmente el mismo contenido, pues en los dos, y de manera genérica, refiere que no se han agotado todas las etapas del proceso para hablar de duda en favor de los procesados, y que entre las declaraciones del IJ. RG y PT. MS, existen inconsistencias que no ofrecerían certeza de que los acriminados no hayan participado en el delito de lesiones personales dolosas que aquí se investigan, sin especificar, en sede de probabilidad, cuáles son los medios que convergen entre sí y que dan ese grado de convicción que le permiten, según su criterio, acusar a los procesados en contraposición con lo decidido por el calificador de instancia, por manera que en tales circunstancias, definitivamente la representación del Ministerio Público apelante, no cumplió a cabalidad con el requisito de la sustentación del recurso de alzada, lo que implica que el mismo se declarará desierto, al no advertirse la existencia de los argumentos fácticos y jurídicos de inconformidad con la providencia atacada, punto sobre el que igualmente ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“... Así pues, el derecho de acceder a la segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal exige, además de la interposición oportuna del recurso, que sea adecuadamente sustentado, en el sentido de que el impugnante presente los argumentos fácticos y jurídicos de inconformidad con la providencia atacada, so pena de atraer para sí la **declaratoria de deserción del recurso**, en cuanto imposibilitaría al superior conocer con exactitud los motivos de cuestionamiento de la providencia objeto de impugnación.

De tal manera, la sustentación del recurso constituye carga ineludible del apelante, e irrumpe como presupuesto imprescindible para acceder a la segunda instancia, pero a su vez se erige en límite de la competencia del ad quem, el cual solo puede revisar y pronunciarse acerca de los aspectos reprochados “salvo la nulidad (por su naturaleza oficiosa) y los aspectos inescindiblemente vinculados a la impugnación...”⁶.

(Rad. 14429 de 22 de octubre de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

⁶ Sentencia del 3 de marzo de 2004, radicado 21.580, MM. PP. Marina Pulido de Barón y Jorge Luis Quintero Milanés.

Ataque al inferior

Límites en el ejercicio de la autoridad y el respeto de la dignidad humana en el militar.

“La relación con el servicio en el acontecer fáctico que nos ocupa, es a la luz de la Jurisprudencia del Honorable Tribunal Superior Militar muy clara; los militares dentro del ámbito de sus funciones realizan multiplicidad de actividades que tienen que ver con su misión y que son indispensables para que puedan cumplir con todo lo que la organización exige; por ello, las facultades que tiene el régimen interno de una guarnición militar no son contrarias a la misión institucional.”

Es por lo anterior que siendo coherentes con el pronunciamiento del Tribunal, lo aportado al proceso y analizando minuciosamente el hecho, se encuentra más que probada la relación con el servicio; pues los tablazos ocasionados a los soldados se generaban de diversas actividades, hay relación con el servicio para este específico caso cuando este atañe con firmar el libro de salidas, ejerciendo como encargado de régimen interno, y supe- dita su deber a actos que atentan contra la dignidad humana e integridad física so pena de no dar cumplimiento a sus funciones y por ende afectar el beneficio o permiso otorgado por superiores a los soldados.

Este Despacho se pronuncia indicando que es ético, moral y obligante de las fuerzas militares proteger la dignidad del soldado y por lo tanto 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. 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.

Si se otorga el poder al mando es preciso limitarlo, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los militares, en relación de los cuales se ejerza 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”. (Rad. 14341 del 26 de abril de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Ataque al superior

La conducta deviene atípica ante la ausencia del “ataque por vías de hecho” como ingrediente normativo del tipo.

“...Se traduce lo anterior, y desde ya debemos decirlo, en que la conducta por la cual se vinculara al aquí procesado, deviene ATÍPICA frente al presunto punible de **ataque al superior**, y ello justamente ante la ausencia de ese ingrediente normativo del tipo, vale decir, el ataque por vías de hecho, que como ya quedara dicho, y como lo ha señalado el Tribunal Superior Militar en varios de sus pronunciamientos:

“... Puede tratarse de **cualquier agresión o violencia física** sin que sea necesario para su consumación que se produzca afectación en la integridad personal del subordinado, pues si esto último ocurre se presenta un concurso material de tipos penales entre lesiones personales y ataque al inferior (en nuestro caso al caso al superior, comoquiera que es un ingrediente común a los dos tipos penales). En efecto, dicho reato es de mera actividad o formal, pues para su consumación basta el ataque por vías de hecho...”⁷.

En otra de sus decisiones y frente al análisis del señalado ingrediente normativo, había dicho esa misma Corporación lo siguiente:

“... 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...”

La vía de hecho, definida como una actividad violenta contraria a la disciplina y por ende a la ley, es decir, implica abandonar el ámbito de respeto para superior o subalterno, contrariando las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y específicamente de las órdenes que consagran el

⁷ Radicación 155250, 16 de marzo de 2009, M.P. TC. Jacqueline Rubio Barrera, Sala Cuarta de Decisión.

deber profesional, que es precisamente el bien jurídico tutelado por el estatuto Punitivo Militar, al posicionar el ataque por vías de hecho dentro de los delitos típicamente militares, pilar fundamental para el sostenimiento de las instituciones castrenses como organizaciones jerarquizadas, donde ya sea hacia superiores o subalternos, se sancionan comportamientos de esta naturaleza, repetimos, por atentar contra la disciplina...”⁸. (Rad. 14419 de 27 de septiembre de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Atipicidad de la conducta

Comportamiento donde hay ausencia del elemento subjetivo del dolo.

“Es indiscutible que la conducta humana es la base sobre la cual se cimienta toda la estructura del delito, si bien se indica que el policial aquí cuestionado xxx no actuó con dolo, habría que señalar que entendiendo el mismo con sus dos elementos característicos como son el elemento cognoscitivo es decir el conocimiento de realizar el punible, y el volitivo como la voluntad de realizar un delito es decir el querer la realización de la conducta; lo cual evidentemente no se presenta en el actuar del miembro de la Fuerza Pública. De conformidad a las probanzas allegadas es indiscutible que no se actuó con este elemento de culpabilidad por ello y al estar ausente se presenta el fenómeno de la atipicidad.

Por otro lado si viéramos desde otra óptica jurídica el comportamiento de haber actuado con negligencia, lo cual implicaría un actuar culposo, el tipo penal atribuido no está descrito de tal manera en el ordenamiento penal; por lo tanto, si bien en el error de tipo cuando es vencible puede subsistir el elemento subjetivo de la culpa, en este caso en particular aunque el error sea vencible porque se pudo actualizar el conocimiento, **resulta atípico porque no existe el tipo penal culposo. Luego analizada la conducta desde estas dos perspectivas la solución sería la misma, es decir atipicidad”**. (Rad. 14425 del 13 de diciembre de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

⁸ Radicación 152644, 26 de abril de 2007, M. P. CN. (r) Germán Prieto Navarro, Sala Cuarta de Decisión.

Ausencia de dolo en la juez de instrucción penal militar frente a la mora en la tramitación de las actuaciones a su cargo

“Así las cosas, habrá de manifestarse que el panorama que nos esgrime el cúmulo de probanzas al dossier arrimadas conduce a la narradas consideraciones, pues no puede en las condiciones que se advierten resultar atinado indicar que en Puentes López se engendró una deliberada intencionalidad de omitir o retardar el trámite en cada uno de los procesos a su cargo, de lo cual se debe concretar que lo que se constituye en el aspecto generador de ello son las razones antes esbozadas, adviniendo cierto que frente a ninguno de los procesos a su cargo se estructura aquel dolo de ineluctable exigencia en esta tipología”. **(Rad. 14065 de 30 de agosto de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Ausencia de dolo - Inexistencia de inhabilidad para contratar

Es importante señalar que en el convenio que se encuentra en el cuaderno No. 9, folio 2238 dentro de su cláusula quinta, Disponibilidad Presupuestal, señala expresamente: “El aporte que realiza Fonade se encuentra garantizado con el certificado de asignación presupuestal No. 2059 del 30 de julio de 2002 expedido por el grupo de presupuesto *de Fonade*. “ Este requisito expreso se hizo para Fonade, es evidente que no se consideró para la ESCOM, entendiendo que es lógico que en el trámite contractual antes de realizarse se deba tener el soporte presupuestal.

Lo que se debe tener en cuenta aquí es que si bien la falta de un requisito para la celebración del contrato por sí mismo, hace que se adecúe de manera formal en el tipo penal; por ese solo aspecto no implica que se impute a una persona la conducta de manera dolosa como lo exige este delito, pues es claro que el estudio del derecho penal frente a un tipo penal cualquiera que este sea debe analizarse de manera integral, es decir lo que contiene la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, por cuanto si solo nos detenemos en el aspecto meramente objetivo y formal estaríamos contrariando que está proscrita la responsabilidad objetiva.

Este tipo de delito exige que la conducta sea eminentemente dolosa como se anotó anteriormente, requiriendo que el servidor público en este evento al momento de su celebración **no verifique los requisitos, pero con la conciencia de que lo hace violando los requisitos legales.** Y es precisamente este aspecto el que debe ser esclarecido, en el acervo probatorio para el presente caso.

Al detenerse en la diligencia de indagatoria del señor xxx indicó:

“Yo suscribí el convenio SENA-ESCOM cumpliendo todos los pasos que a mi leal saber y entender se debían cumplir, con fecha 27 de junio de 2002; el Comando del Ejército y su Estado Mayor presente efectuaron el lanzamiento del convenio SENA-ESCOM, como quedó plasmado y suscrito en el acta de compromiso de la misma fecha que está aportada al proceso y que está aquí en mis manos, donde el comando del ejército se compromete a desarrollar y realizar el convenio en mención, aportando los recursos, tanto en especie como en efectivo, que requiere el convenio.

Con el aval del Comandante del Ejército y el acta de compromiso ordené al subdirector con todo su tren administrativo llenar los requisitos y documentación exigida para la firma del convenio SENA-ESCOM y se procedió a dar trámite al Sena una vez se agotaron los trámites a las dependencias militares que se requerían como autorización de CEMIL que tiene oficina jurídica y no efectuó reparos; a la Jefatura de Doctrina del Ejército que no efectuó reparos al Sena, a Fonade que no efectuó reparos; y es así que, me permito aportar, fotocopia del oficio No. 5166 de agosto 8 de 2002 dirigido por el Director del CEMIL al Director de Doctrina del Ejército, solicitando para continuar con el proceso del proyecto SENA-Comando Ejército, su intervención ante el Comando Superior a fin de que autorice a quien corresponda firmar el contrato en mención para realizar las coordinaciones pertinentes y recibir los aportes del SENA. Cumplidos los trámites internos del Ejército se me presentó el certificado de disponibilidad presupuestal, suscrito por el subdirector de la escuela de comunicaciones y el jefe del departamento de administración y logística, documento público expedido por funcionario público en uso de sus funciones con fecha 12 de julio de 2002, certificando la disponibilidad presupuestal de \$272.893.611.44, documento este que también reposa en

el expediente. De tal manera que con el compromiso del comandante del Ejército y llenos los requisitos de ley, en cuanto a situación presupuestal procedí a firmar el convenio SENA-ESCOM”.

Al analizar las probanzas allegadas al plenario, permite este despacho inferir que no hay un actuar doloso por parte del oficial, se advierte claramente que en este proyecto el oficial fue abanderado de los beneficios que al suscribir este contrato traía para la ESCOM, razón por la cual se excluye el dolo, importante tener en cuenta que al oficial se le presentó un documento el cual era indispensable; por ello realizó todo lo pertinente para su obtención y una vez presentado el certificado de disponibilidad presupuestal con fecha 12 de julio de 2002 procedió a suscribir el convenio, **comportamiento ante el cual es evidente que no existe ningún elemento subjetivo que indique un querer dañoso, la intención al suscribirlo no era otra que el beneficio institucional apoyado en los elementos legales existentes.**

El soporte para actuar en representación de la ESCOM, fue basado en los actos administrativos que se han relacionado a lo largo del plenario y esbozados en su diligencia de versión, los cuales fueron el fundamento legal mediante el cual firmó el convenio y además permiten descartar el dolo.

Es evidente frente al caso concreto, que aquí no encaja en ninguna de las inhabilidades propuestas en el estatuto de contratación.

Veamos por qué si se le hubiese dado validez al contrato que celebró el señor xxx con su cuñada, que es hermana adoptiva de su esposa no habría inhabilidad para contratar a xxx, por cuanto no se encuentra dentro de las inhabilidades que la ley establece.

La inhabilidad para contratar está dentro del segundo grado de afinidad que comprende **los cuñados, pero por afinidad y para este caso no existe.** Además de ello es claro que así hubiese un parentesco civil ello no lo inhabilitaba para contratar con xxx, **porque la inhabilidad solo se da entre los adoptantes (padres y el hijo adoptivo y nada más) y no con su hermana que también es adoptada.** Así las cosas queda claro que no se incurrió desde las dos perspectivas inhabilidad alguna para contratar. (Rad. 7983 del

18 de marzo de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Cesación de procedimiento

La providencia en la que se adopta esta forma de calificación del mérito del sumario por parte de la Fiscalía a quo, no es de libre formulación y para su validez debe cumplir como mínimo con los requisitos sustanciales y formales consagrados en el artículo 558 de la Ley 522 de 1999.

“...Ante tan dramático e inconcebible escenario, no debe perder de vista la señora Fiscal de primera instancia, so pretexto, una vez más, de su “acostumbrado laconismo”, que una decisión de CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO, como la que aquí es objeto del recurso de APELACIÓN, **para ser válida, debe cumplir como mínimo con los requisitos sustanciales y formales que se encuentran consagrados en el artículo 558 del C.P.M.**, que como se sabe, son los siguientes:

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.**

Esos requisitos, como se ve, son una exigencia, no solo de carácter legal, sino jurisprudencial, y no porque nos guste a quienes fungimos en segunda instancia, abundar en palabras para hacer “farragosas” las decisiones, como lo aduce la señora Fiscal *a quo* de manera apática, desconociendo lo que ha dicho en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia **al referirse a las formas de calificación del mérito del sumario, aún desde el Código procesal que regía antes de la Ley 600 de 2000.** Veamos:

“... Se trata del marco normativo que se debía tener en cuenta al llegar al momento de calificar el mérito probatorio del sumario, al cual por cierto debe agregarse otros preceptos, vigentes en ese momento, **que debían ser atendidos al adoptar la decisión por el fiscal**, así el artículo 443 en concordancia con el 36 de la misma obra atinente a los presupuestos

para proferir preclusión de la investigación, y 254 ejúsdem **relativo al sistema que gobierna la apreciación probatoria y la necesidad de exponer siempre de manera razonada el mérito asignado a cada una de las allegadas a la actuación.**

Al calificar el mérito probatorio del sumario, el funcionario instructor, conforme a estas preceptivas, podía optar por dictar resolución de preclusión de la instrucción, **cuando de acuerdo a las pruebas allegadas, apreciadas en conjunto y siguiendo los postulados de la sana crítica,** estableciera plenamente que el hecho materia de investigación no ha existido, que el sindicado no lo había cometido, que la conducta imputada no coincidía con algunas de las definidas como delito en la ley penal o en estatutos especiales, **que se realizó al amparo de alguna causal de justificación o de inculpabilidad,** o que el ejercicio de la acción penal no debía haberse iniciado o no podía proseguirse; por el contrario, cuando en la actuación apareciera demostrada la ocurrencia del hecho definido como delito en la ley, y existieran confesión o testimonio que ofreciera serios motivos de credibilidad, o cualquier otro medio de prueba que comprometiera la responsabilidad penal del imputado, correspondía proferir resolución de acusación.

En la Ley 600 de 2000, **tanto las causales de preclusión de la investigación, como los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, se mantuvieron inalterables,** desde luego ajustados a las nuevas orientaciones dogmáticas, ya que por ejemplo, hoy no se habla de causales de inculpabilidad o justificación del hecho, pues dentro del concepto de tipo total de injusto el artículo 32 del Código Penal trae las causales de ausencia de no responsabilidad, por lo que el artículo 39 del estatuto procesal penal contempla la posibilidad de precluir la investigación o cesar procedimiento, cuando está demostrada una causal excluyente de responsabilidad...⁹. (Rad. 14380 de 27 de junio de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

9 Sentencia del 18 de febrero de 2003, radicado 16262, M. P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

Cierre de investigación

Esta decisión es procedente cuando se cuenta con la prueba necesaria para calificar o se encuentra vencido el término de instrucción.

“...De plano diremos que se despachará de manera desfavorable la aludida petición de nulidad que hace la señora Procuradora Judicial que ante este Despacho actúa, en el entendido de que cuando el artículo 552 de la Ley 522 de 1999 hace mención al término de instrucción, en el sentido que una vez “perfeccionada la investigación” o vencido el término de instrucción, el funcionario de instrucción penal militar remitirá el proceso al Fiscal respectivo, por esa primera expresión debe entenderse que es a este último funcionario a quien le corresponde apreciar en qué momento se cuenta **con la prueba necesaria** para adoptar una de las dos formas de calificación previstas en el artículo 554 *Ibidem*, esto es, profiriendo resolución de acusación, o disponiendo la cesación de procedimiento frente a quienes hayan sido legalmente vinculados al plenario, punto sobre el que reiteradamente se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia, al señalar lo siguiente:

“... El acto de calificación competía adoptarlo al Fiscal, de tal manera que a este, y solo a él, **la ley le asignó la función de sopesar en qué momento en la instrucción existe “la prueba necesaria para calificar”**, esto es, para acusar o precluir y, si se quiere, solamente para lo primero.

En efecto, si en el momento de decidirse por el acto de clausura el Fiscal se percató de la existencia de elementos suficientes para precluir, debe adoptar tal determinación en ese instante (la preclusión puede ser declarada en cualquier estado del proceso), pues resultaría inoficioso esperar el trámite del cierre, los alegatos y el calificadorio.

Lo último, claro está, con la excepción de cuando a la preclusión pudiera llegarse exclusivamente por el vencimiento de los términos de instrucción y la aplicación del *in dubio pro reo*, como que en tal supuesto sí es menester la clausura y las fases que le siguen.

De tal manera que si la potestad de valorar en qué momento obra la prueba suficiente para calificar, la ley la delegó en el Fiscal, surge obvio que el acto de clausura, adoptado como consecuencia de esta razón, no

puede ser tachado de ilegal, de lesivo al derecho de defensa o a las formas propias de un proceso como es debido, **en la hipótesis de la supuesta ausencia de alguna prueba, pues la apreciación sobre la existencia de suficientes elementos para calificar es tarea exclusiva y excluyente del Fiscal.**

Resáltase que el legislador confirió al Fiscal esa facultad para determinar la prueba apenas “necesaria”. No la totalidad, no la plena, sino la precisa, la esencial, la útil, la estrictamente indispensable con el fin de cumplir las exigencias del acto calificadorio.

La disposición legal tiene sentido, en la medida que la práctica de pruebas debe darse en su escenario natural, el juicio, delante de un juez imparcial. Y si el Fiscal acusa sin contar con los medios de convicción suficientes, corre con las consecuencias, como que puede ser revocada por la segunda instancia o no prosperar en el juzgamiento.

En esas condiciones, la norma procesal en comento también brindaba al juez a acusado suficientes elementos de juicio para concluir que no podía invalidar la resolución que decretó el cierre...”¹⁰.

Y aún en fecha mucho más antigua, esa misma Corporación ya había señalado que el cierre de la investigación puede ordenarse, incluso en el evento que no se hubiesen practicado todas las pruebas decretadas. Veamos:

“... No discute la Sala que si se decreta una prueba dentro de la fase sumarial el ideal es que sea realizada. Pero cuando por cualquier razón ello no sucede, como pasó en el presente caso, esa circunstancia no le impide al instructor cerrar la investigación. Esta decisión es procedente **cuando se cuenta con la prueba necesaria para calificar**, o se encuentra vencido el término de instrucción, **lo que sin duda alguna significa que legalmente no está previsto el absurdo de condicionar el cierre de la investigación a la producción de todas las pruebas ordenadas y de**

10 Sentencia del 6 de marzo de 2008, radicado 28.996, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

las que surjan de ellas...”¹¹. (Rad. 14368 de 26 de julio de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Colisión de competencias

Cuando una de las partes solicita que se suscite una colisión, el tema de la duda que plantea debe limitarse al aspecto de si los hechos, al parecer delictuales, sucedieron dentro de una actividad que guarda o no relación directa con el servicio militar o policial.

“...Como se desprende de los apartes jurisprudenciales que se traen a colación, si bien el artículo 275 de la Ley 522 de 1999, permite que cualquiera de las partes pueda solicitar que se suscite una 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, que es en últimas lo que se deduce del lánguido párrafo en que la señora Procuradora apelante sigue insistiendo en que la competencia para conocer de estos hechos radica en la justicia ordinaria, aludiendo simplemente que “en el presente caso existen dudas”, no debe olvidar la funcionaria, como acabamos de expresarlo apoyados en lo dicho por el Consejo Superior de la Judicatura, que el tema de la duda, como lo dijera dicha Corporación, **se encuentra limitado al aspecto de si los hechos, al parecer de connotación delictual, sucedieron dentro de una actividad que guarda o no relación directa con el servicio militar o policial**, sin que por parte alguna la distinguida representante del Ministerio Público ante la primera instancia, se haya detenido en señalar las razones por las cuales estima que la duda que plantea, esté referida a esa relación de conexidad funcional, que como igualmente lo dijera el Consejo Superior de la Judicatura en la providencia citada, se presume prima facie de una actividad institucional cumplida por cualquier miembro, en este caso, del Ejército Nacional, ni menos aún su postura se encuentra afinada en los ya citados criterios mínimos de racionalidad y razonabilidad para el planteamiento de esa duda, y no es tarea de esta instancia complementar o descifrar el querer del apelante, en su pretensión orientada a que estas diligencias sean remitidas a la justicia ordinaria, siendo estas razones suficientes para denegar

11 Sentencia del 29 de agosto de 2002, radicado 10863, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

dicha pretensión...”. (Rad. 14372 de 20 de agosto de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Concurso aparente entre privación ilegal de libertad y detención arbitraria especial. Atipicidad de la conducta por ausencia del ingrediente normativo

“Así las cosas, una vez diseñado el encuadramiento típico por la anunciada vertiente y al estar determinado que en realidad se privó de la libertad a cuatro individuos, lo que en principio podría parecer encuadrar la conducta imputada a G. R. en los terrenos de una ilegal privación de libertad, y que el presunto abuso de autoridad subsumido se encuentra en la señalada normativa por principio de subsidiariedad, la encomienda ha de continuar precisando que el dispositivo en cita demanda que aquel acto de privación de libertad responda a un abuso de la función, circunstancia que amparados en las expuestas razones está lejos de edificarse de esa manera, comoquiera que ningún abuso podrá deducirse cuando el acto mismo de la captura se respalda en una clara situación de flagrancia”. (Rad. 8250 de 15 de febrero de 2008, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Conclusión

Las actividades administrativas que realiza un militar están cobijadas y determinadas por el fuero.

“De acuerdo con los argumentos expuestos en precedencia surge incuestionable que el SPCIM (r). xxx ostentaba la calidad de miembro activo de la Armada Nacional (condición subjetiva), toda vez que para los días de la ocurrencia de los hechos, laboraba como Coordinador de fichas médicas en el Hospital Naval de Cartagena y fue precisamente en ese acontecer fáctico que el delito de concusión por el que fuera acusado tiene relación con la función que cumplía el Suboficial (condición funcional), ya que su conducta se derivó de una extralimitación de la función que le había sido encomendada.

En ese orden de ideas, en la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional, en la que como creíamos que era de todos sabido, entre otros temas, lo que se hizo fue un completo análisis de las expresiones “ con ocasión del servicio, o por causa de este o de funciones inherentes a su cargo, **contenidas en los artículos 259, 261, 263, 264 y 291 del Decreto 2550 de 1988, es decir, frente a los delitos comunes de homicidio, homicidio preterintencional, inducción o ayuda al suicidio, homicidio culposo**, y además en cuanto a la norma rectora del Juez natural, consagrada en la última disposición en cita de la derogada codificación.

Dijo en efecto la citada Corporación, lo siguiente:

“...7. 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 aquel 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 signado 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, aquel, 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...”.

Más adelante, en la señalada providencia de nuestra Corte Constitucional, se dijo lo siguiente:

“...La Corte Constitucional, a este respecto, coincide con el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el auto del 23 de agosto de 1989, M. P. Gustavo Gómez Velásquez:

“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.

Estos aspectos son de sumo interés y establecen nota distintiva fundamental para apreciar la cobertura y alcance del fuero militar. Si se llega a la función, con el propósito de ejercerla con fines delictivos y en desarrollo de estos se cumple aquella, es indubitable que se está frente a una actividad criminosa que no puede cobijar el fuero para que sea la justicia castrense la que conozca de tal comportamiento. **Pero sí por el contrario se está dentro de una sana y recta aplicación de la función militar y en cumplimiento de la misma se origina y desarrolla la conducta punible, por lo mismo que esta tiene con**

aquella un vínculo sustancial, debe inferirse la vigencia y reconocimiento del cuestionado fuero...”.

Ubicados en este punto, en el caso sub examine resulta evidente para este Despacho que para la fecha de autos, el aquí sumariado, además de ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, había sido designado al Hospital Naval de Cartagena para que ejerciera las funciones de coordinador de fichas médicas, siendo igualmente que en el cumplimiento de las aludidas funciones por parte del aquí procesado, inherentes al servicio, fueron las que dieron lugar a la investigación que aquí nos ocupa por el presunto punible de CONCUSIÓN, delito que en criterio de esta Fiscalía ad quem, si fue realizado en relación con el mismo servicio, pues no obstante que en esencia las funciones cumplidas por el aquí sumariado eran de carácter administrativo, tales tareas indiscutiblemente contribuyen al cabal cumplimiento de las funciones constitucionalmente asignadas a la Armada Nacional, por lo que hemos de concluir, a no dudarlo, que la conducta atribuida al aquí encartado sí se encuentra y debe ser amparada por el fuero penal militar, puesto que se encontraba para la fecha de autos desempeñándose o ejecutando tareas administrativas y fue en desarrollo de las mismas que se originaron las conductas por las que fuera acusado, encontrando este despacho un innegable vínculo sustancial entre tales funciones y los reatos por los que fuera vinculado a la presente investigación.

Como puede apreciarse, lo que hizo nuestra Corte Constitucional en la señalada sentencia, y esa es la lectura correcta que debe darse a la misma, fue señalar claramente cuáles eran los tres requisitos o elementos que deberían estar presentes para que tuviera aplicabilidad el fuero especial de juzgamiento ante la Justicia Penal Militar, y que como bien se sabe, se contraen a que la persona investigada o juzgada, sea miembro de la Fuerza Pública; que esa persona se encuentre en servicio activo, y que ese delito común que se pretende investigar, tenga relación con el servicio, resultando además claro para este Despacho, que la Justicia Penal Militar puede conocer tanto de los denominados delitos militares, como de los delitos comunes, porque unos y otros pueden tener relación con el servicio, y porque además, unos y otros se encuentran dentro del Código Penal Militar, lo cual era aún más claro en el Decreto 2550 de 1988, pues ahora lo hacemos con funda-

mento en el artículo 195 de la Ley 522 de 1999, siendo además evidente que cuando nos enfrentamos como operadores judiciales al análisis de los elementos que nos definen la competencia, se hace un detallado seguimiento de las circunstancias en que ocurrieron los hechos, a fin de establecer si ese vínculo causal que se requiere para la aplicación del fuero castrense entre el delito y el servicio, se mantiene incólume, o si por el contrario el mismo llegó a romperse por alguna situación en particular.

En ese orden de ideas, insistimos, fue de esas materias de las que se ocupó la citada sentencia de la Corte Constitucional, reiterando por ello este despacho, que fue justamente en el ejercicio de sus funciones como coordinador de fichas médicas, que el procesado incurrió en el reato que le fue endilgado, comportamiento que por ende debe quedar cobijado por el Fuero Penal Militar” **(Rad. 14217 del 31 de enero de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Confirma cesación, legítima defensa que hiere a quien no disparó. Carga dinámica de la prueba

“...Una tal posición jamás se concibe en la valoración testimonial, pues incurren en contradicciones tan abismales en aspectos tan básicos como que si iba o no en el biciclo, lo que no hace cosa distinta que mancillar, también, su credibilidad, más aun cuando ni siquiera L.T.C.V. en lo que encierra un tal concepto de la carga dinámica de la prueba...”. **(Rad. 14252 de 24 de julio de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Debe primero estudiarse la forma de participación antes de emprender el estudio para el reconocimiento de la causal relevante de genérica responsabilidad

“Empecé lo enunciado, resultará por principio de limitación que si el problema jurídico respecto de quien apela adquiere solución en sede de autoría o participación, no refulge necesario, entonces, adentrarse en profundizar aspectos relativos a los demás elementos que configuran la teoría del delito

sintetizados en las precedentes formulaciones...”. (Rad. 14235 de 22 de junio de 2012, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Deserción

Alcance y fines del Concepto Jurídico 0018 de 1983 relativo al desacuartelamiento temporal de los soldados desertores.

“...Y decimos que no resultan ciertas las conclusiones a las que de manera un poco arriesgada llega la señora Procuradora Judicial que actúa ante este Despacho ad quem, puesto que aunque en efecto a folio 75 del cuaderno original obra copia de la O.A.P. No. 2128 del Comando del Ejército para el primero de noviembre de 2012, en la que invocando como fundamento el **“concepto jurídico 0018 de 1983”**, se desacuartela a un personal de soldados regulares y campesinos, y entre ellos, al aquí sumariado, de acuerdo a la directiva de personal 0168 de 2009, teniendo en cuenta las solicitudes hechas por los comandantes de cada una de las Unidades Militares y con la novedad fiscal que en cada caso se indica, dicha decisión en momento alguno tiene siquiera una mínima relación con el hecho que se haya establecido que D. E., fuera padre de familia y tuviera la responsabilidad constitucional y legal de velar por su hijo, pues para conocimiento de nuestra ilustre señora Procuradora, dicho concepto lo que prohíja es el desacuartelamiento temporal de los soldados desertores, lo cual se hace a partir del momento en que se conoce del auto que dispuso la apertura del respectivo proceso penal por el delito militar de DESERCIÓN, con el fin de que si por infortunio durante su ausencia de las filas se invalidan o fallecen, la Fuerza quede a salvo frente a las prestaciones médicas, asistenciales, y económicas de todo orden que puedan devenir de tales eventos, con la consiguiente incidencia presupuestal, y en perjuicio incluso de quienes sí cumplen el deber constitucional para con la patria, concepto este que no obstante su añejidad, se sigue aplicando en la actualidad, y que fuera proferido por los doctores A.M.B. y J.M.C.S., quienes para el 18 de mayo de 1983, se desempeñaban, en su orden, como Jefe de la Sección de Negocios Generales del Ministerio de Defensa y Jefe de la Oficina Jurídica de esa misma Cartera, y dirigido al señor Mayor General, Secretario General del Ministerio de Defensa...”. (Rad. 14379 de 13 de junio de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Determinador en el delito de lesiones personales

Es por lo anterior que esta Fiscalía colige que continuando con el proceso, y siendo consecuentes a la finalidad de este Despacho de impartir justicia el CT. xxx **debe responder como determinador de la conducta de lesiones personales dolosas, porque como superior de los soldados, hizo valer tal condición para impartir una orden de atentar contra la integridad del soldado P., por un llamado de atención del Coronel** ante la queja del soldado por exceso de ejercicios físicos, con los cuales se estaba excediendo por los hechos ocurridos el día 02 de noviembre de 2012 como consta en estas sumarias, es determinador y actuó dolosamente porque dio la orden a unos subalternos para lograr la materialización de la conducta.

Los aspectos esenciales que identifican ese comportamiento, están dados en que aquel se constituye en el sujeto que de manera dolosa provoca, genera, suscita, crea o infunde en su referente en este caso en los soldados, tanto la idea como la voluntad de generar daño, resultados que como bien lo ha dicho la jurisprudencia, pueden darse de diversas maneras o en especial por la vía de mandato, convenio, la orden, el consejo o la coacción superable.

Desde la teoría del delito, bajo la cual se entiende que las ideaciones de los comportamientos ilícitos no son punibles porque ello traduciría en 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 solo 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, luego como aquí se concretó en lesiones que produjeron una incapacidad de 7 días se ejecutó la acción generándose el delito, pues al enviar a los soldados lo hizo con el firme propósito de generar un daño con conocimiento y voluntad del fin que pretendía, represalia por el llamado de atención de su superior. **(Rad. 14299 del 22 de marzo de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Dictamen pericial

Para que se disponga el trámite incidental establecido para la objeción de un dictamen pericial, se hace necesario precisar el error, esto es, el falso concepto que se tenga sobre el objeto o los fenómenos científicos, técnicos o artísticos materia de la pericia.

“...Además de lo dicho en precedencia, el hecho de que el aquí apelante haga referencia a que atendiendo a las circunstancias en que se presentó la situación fáctica, era bastante improbable que un agente estatal entrenado en el uso de las armas de fuego, utilizando un fusil de alta precisión y a una distancia de solo 12,30 metros entre él y el hoy occiso lo hubiese impactado en la espalda, cuando lo que pretendía según su versión era dispararle a sus extremidades superiores, no pasa de ser más que una concepción muy subjetiva en torno a la valoración de las pruebas, y en esa medida estimamos que dicho argumento no se orienta tampoco a demostrar la existencia de ese grave error que insularmente predica del multicitado dictamen de balística, pues como ya se indicara, para que se disponga el trámite incidental establecido para la objeción de un dictamen pericial, se hace necesario, como lo ha reiterado la Corte en la sentencia ya citada “... precisar el error, entendido este, en términos generales, como el conocimiento equivocado de una cosa y que, en el campo de la prueba técnica se traduciría **en el falso concepto que se tenga sobre el objeto o los fenómenos científicos, técnicos o artísticos materia de la pericia...**”.

Razón le asiste igualmente a la señora Procuradora Judicial, cuando destaca que realmente lo que hizo el apelante al momento de presentar el escrito de objeción del dictamen balístico, no fue hacer una solicitud de pruebas orientadas a demostrar la existencia de ese supuesto grave error en que se incurrió por parte de la perito, sino que lo que pretendió fue que se volviera a repetir la cuestionada pericia por parte de miembros de otros organismos del Estado, como por ejemplo el Instituto de Medicina Legal o el C.T.I. de la Fiscalía, estando por ello de acuerdo este Despacho en que ante esa nueva falencia, no se cumplió tampoco con los presupuestos que para un trámite de esa naturaleza se encuentran contenidos en el artículo 255 de la Ley 600 de 2000, norma aplicable en virtud del principio de integración consagrado en el artículo 18 de la Ley 522 de 1999, por las razones arriba señaladas, y por ello se estima, en contravía de lo planteado por el togado apelante, que

no resulta tampoco cierto que se haya integrado el trámite del incidente con la resolución del mismo, pues como lo dijo la señora Procuradora en su concepto, "... se habló fue de objeción y en forma concreta y puntual no se habló de una prueba, sino de realizar una nueva pericia para demostrar que sí hubo error, se considera que no se pretermitió el momento probatorio, precisamente porque se consideró viable hacer la petición del abogado (sic) y se respondió que no era necesario dar trámite a la petición de prueba cuando tampoco el abogado señaló la pertinencia, conducencia, necesidad y utilidad de la misma...", presupuestos que como se sabe, debe demostrar el sujeto procesal que hace una petición en tal sentido, punto sobre el que la Corte ha dicho lo siguiente:

"... Tal procedencia, como ya ha sido expuesto, se encuentra vinculada a las exigencias de **conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad del medio probatorio**. La primera supone que la práctica de la prueba es permitida por la ley como elemento demostrativo para que el funcionario judicial conforme su juicio positivo o negativo sobre la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado.

La pertinencia de la prueba apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite.

La racionalidad del medio probatorio tiene que ver con la viabilidad real de su práctica dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización.

Y **la utilidad** de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente"¹².
(Rad. 14354 de 29 de mayo de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

12 Auto del 17 de marzo de 2004, radicado 22053, M. P. Marina Pulido de Barón.

Dolo eventual. Teorías del consentimiento, la indiferencia y de la probabilidad

“Ciertamente, se aprecia que las acciones realizadas por el joven O. M. con su fusil de dotación se proyectaron llegando a un límite extremo de gran probabilidad de producción del resultado concretamente acaecido...”. **(Rad. 14080 de 29 de abril de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Error de prohibición invencible

Circunstancias que hacen que los militares creen que se encontraban frente a miembros de grupos armados al margen de la ley al observar que el occiso tenía uniforme, lo que los hizo incurrir en el error.

“En el caso que nos ocupa, consideramos que efectivamente es en la primera modalidad en donde podemos ubicar el comportamiento de los procesados, es decir en la defensa subjetiva por error invencible sobre la existencia de la agresión, pues para la agresión basta la presencia objetiva de un comportamiento que entraña la inminencia de un ataque, es decir una actitud de la cual se origina peligro inmediato de daño al bien jurídico, y esa situación en el caso de marras, no fue otra que el comportamiento del hoy obitado, quien como se sabe estaba en el lugar de los hechos vistiendo prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares y llevando a cabo actividades ilícitas, por lo que se acepta como agresión, que el sujeto se coloque en situación inmediata para agredir, que se conoce doctrinalmente como la agresión inminente, es decir que está por desencadenarse, y por ello se genera peligro de daño para un bien, en este caso, para la vida de los uniformados, **pues la ley al agredido no lo obliga a esperar el acometimiento, y menos aún a que este se concrete en ataque o daño efectivo**, existiendo por ello en la defensa putativa o subjetiva un error que incide sobre el presupuesto fáctico de la legítima defensa, ya que lo que se presenta es la ilusión de un injusto peligroso, convertida en realidad síquica.

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, y ello emerge con claridad en el caso de autos, del análisis de las injuradas de los procesados, quienes fueron los únicos que vivieron la situación equívoca que los hizo reaccionar en la forma y con las consecuencias conocidas en el plenario.

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, y a nuestro entender, también se cumple con ese requisito, porque no otra reacción podría esperarse de alguien que estando en medio de un operativo militar, es sorprendido por un individuo y con la aparente intención de atacarlos con arma de fuego, sin que se deba perder de vista que la situación en el área de operaciones es bien distinta y todos saben que al estar en ella, sus vidas corren constante peligro de caer en emboscadas o de ser atacados a mansalva por parte de los bandoleros, desvirtuándose así un actuar negligente, como también podemos afirmar que tampoco hubo temeridad, pues la situación objetiva que allí se dio, hacía prever a todas luces a los sindicados que iban a ser objeto de un ataque armado, y que sus vidas o la de sus compañeros estaba en inminente peligro, siendo por ello invencible el error en que incurrieron los procesados.

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, y en el caso sub examen, igualmente opera este elemento, puesto que los sumariados estaban convencidos como nos lo narran en sus injuradas, de que habían sido sorprendidos por este bandolero, por lo que al reaccionar en la forma ya señalada, actuaron con pleno convencimiento de que estaba repeliendo el ataque que por lo menos se vislumbraba que iba a ocurrir debido a la actitud del propio obitado.

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 C.P.M.), 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”. **(Rad. 14401 del 23 de octubre de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Error de prohibición invencible

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 unísono 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, que en este caso de marras, consideramos se estructura a cabalidad, puesto que el hoy lesionado no portaba los elementos ordenados que lo identificaban como miembro del Ejército, reiterando este Despacho que no resultaba viable para el procesado reaccionar como lo aduce nuestra homóloga de la primera instancia, puesto que no se puede desconocer que se encontraban en el área de operaciones y en una maniobra de emboscada, a cuyos factores de éxito ya hicimos cabal referencia, y no en una unidad de patio en donde la actuación sí podría ser la que se sugiere por parte del calificador de primera instancia.

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, en este caso que nos ocupa, de la presunta agresión que era inminente del presunto bandolero que se aproximaba, que a la postre resultó ser el soldado arriba mencionado.

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, y en el caso de marras, se da la primera de esas posibilidades, pues dada la situación de zozobra en que estaban todos los integrantes de la tropa, no podemos arribar a conclusión diferente a la de que el procesado en realidad consideró que actuó en legítima defensa de su vida, y de la sus demás compañeros, pues cuando se está en el área de operaciones y en desarrollo de una maniobra de combate irregular, como lo es una emboscada, cada uno de los que participan en la misma, está respondiendo por la vida e integridad de toda la contraguerrilla...”. **(Rad. 14398 de 30 de agosto de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).**

Error indirecto de prohibición en el delito de abuso de autoridad

“Y es que si bien, verdadera razón le asiste al *a quo* al indicar que fue otorgado al uniformado M. C. una vez terminó su curso en la escuela de formación para la Policía Nacional el grado de administrador policial, no por ello puede advenirse, sin más, que con ello se da por satisfecha su completa idoneidad para el adelantamiento de cualquier procedimiento de policía y con basamento en esta circunstancia omitir el pertinente estudio para analizar si se edifica una verdadera responsabilidad en su contra por supuestamente haber dejado de ejecutar un adecuado procedimiento o permitir que los hombres bajo su mando lo hicieran...”.

“...logrando perfectamente considerarse que incurrió en aquel error indirecto de prohibición al estimar que el comportamiento de sus hombres, en los términos que lo visionó, encuadrado estaba dentro del estricto cumplimiento del deber legal, como causal de ausencia de responsabilidad para algunos, o ingrediente negativo de tipicidad para otros...”. **(Rad. 14327 de 18 de julio de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Falsa alarma. Atipicidad por ausencia del ingrediente subjetivo

¿Podrá argumentarse con basamento en criterios de lógica y razón suficiente que el móvil de aquellas detonaciones subyacen del particular propósito que deprecia el dispositivo en cita?

Ingrediente de carácter subjetivo, consistente en la generación de una alarma con el propósito de conseguir una acción preparatoria para la defensa o el combate. **(Rad. 9761 de 4 de agosto de 2008, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Falsedad documental, no personal, aunque inocua por ausencia de antijuridicidad material

“...y así tendremos que en este puntual aspecto, más allá del escrutinio de una tal forma de autoría o participación, le asiste verdadera razón al recurrente cuando advierte sobre la existencia de una falsedad inocua, la que se estudia, pues ningún daño en el entendimiento de una antijuridicidad material se causó con ello, muy a pesar del establecimiento que el mismo hubiese entrado al tráfico jurídico, pues sin importar si era el coronel B. C. o el subteniente V. C. el que signara el oficio, lo cierto es que lo que interesaba seguramente era la información real de lo que había ocurrido, y ello definitivamente allí se incluyó;...”. **(Rad. 14264 de 13 de febrero de 2014, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Falsedad ideológica en documento público

Ausencia de dolo

“Al dirigirse al aspecto subjetivo del tipo, siendo este punible eminentemente DOLOSO, se observa que no se dan los elementos necesarios en la conducta asumida por el uniformado, su querer iba dirigido a proteger su salud, por ello si bien hubo anomalías respecto de la hora de salida, lo que hay que tener en cuenta es que era lo más importante para el procesado que era su salud, fue esa la prioridad atendiendo que la salud como derecho fundamental debe prevalecer, en aras del respeto por el individuo.

Respecto al delito estudiado se ha dicho que el mismo está compuesto, desde el punto de vista gramatical, por uno o varios verbos, pues son estos los llamados a expresar la existencia, la acción o estado del sujeto de una oración. Este verbo dentro del tipo penal, rige o determina cuál es específicamente la conducta que debe ser sancionada; de allí que se hable del verbo rector o verbo principal del tipo. En el caso del delito de falsedad ideológica es claro que este se conforma por dos verbos rectores, el primero, consiste en consignar una falsedad en documento público que pueda servir como prueba; y el segundo, en callar la verdad en forma total o parcial, con respecto al documento público que se extiende.

(...)

Dicho de otra manera, lo que es imputable a una persona como delito de falsedad ideológica en documento público no es simplemente que consigne en un escrito expedido como funcionario público puntos que no corresponden a la verdad, **sino que además esa falsedad tenga al menos potencialmente capacidad de daño, que es lo que falta en el caso que nos ocupa, en donde se consignó una hora que no era la verdadera.**

Es decir, que de conformidad con lo señalado por la Honorable Corte aquí no hubo un daño tan siquiera potencial. Se ha dicho en multiplicidad de ocasiones que la antijuridicidad material como principio o fundante de nuestro derecho penal y así lo ha venido reiterando la legislación vigente de carácter sustancial en desarrollo de la Constitución de 1991, de tal manera que no es posible prever como punible una conducta que no lesione o ponga en peligro sin justa causa un interés jurídicamente tutelado.

En virtud de lo anterior no existe al interior de las plenarias, prueba con suficiente fuerza probatoria para sustentar una resolución de acusación en contra del patrullero xxx, pues se trata de una falsedad inocua, es decir, que no es suficiente que la conducta falsaria encaje formalmente en alguna de las variantes típicas, hay que exigir una antijuridicidad material, en el sentido que el dato consignado alcance suficiente entidad como para causar daño o poner en peligro la seguridad jurídica en el ámbito a que el documento, por su naturaleza y características está destinado a proyectarse, es

decir, no habrá delito cuando los intereses que proteja la tipificación de la falsedad no haya sufrido riesgo alguno.

También, la mayoría de los doctrinantes consideran que la falsedad solo es punible a condición de que se verifique un efectivo perjuicio, o por lo menos se vislumbre en concreto la posibilidad del mismo, pues ha de ser propio de la conciencia del falsario la intención de dañar. No obstante lo anterior, algunos teóricos opinan que el perjuicio no es el elemento esencial del tipo y solo es condición objetiva de punibilidad.

Así las cosas, estamos frente a una falsedad inocua, por ausencia de dolo dañino o de ánimo torticero, accediendo a las pretensiones de la defensa en el sentido que el procesado no realizó la conducta de falsedad de manera dolosa e intencional, al consignar una hora de salida que no correspondía a la verdadera”. **(Rad. 14292 del 24 de enero de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Falsedad material en documento público

Para que el documento espurio tenga potencialidad de engaño, debe elaborarse de tal manera que no pueda ser descubierto prima facie, pues de no ser así, podemos hablar de la existencia de una falsedad inocua que por lo rústica no produce el engaño pretendido y resulta desprovista de antijuridicidad material.

“...Y ello es justamente lo que se colige en el caso de autos, pues fue tan rústica y grosera la confección de esas firmas, totalmente diferentes, se reitera, a las de la denunciante, que tan pronto como esta Suboficial tuvo a la vista su folio de vida, de inmediato evidenció que no habían sido de su autoría y por ello sacó fotocopia para poder instaurar la denuncia que diera origen a estas sumarias, deviniendo en consecuencia que ese documento no logró siquiera lesionar en grado mínimo la fe pública, por cuanto en ningún momento tuvo la capacidad de engañar y menos aun ingresó al tráfico jurídico para que pudiera servir de medio de prueba, asistiéndole nuevamente razón a la representante del Ministerio Público, cuando expresa que “... aun cuando objetivamente el documento sí contiene unas firmas presuntamente alteradas, no puede concluirse que estas lograron el propósito de engañar

o afectar la fe pública, como tampoco afectaron intereses de la denunciante, es decir, que no afectó ni formal ni materialmente el bien jurídico protegido por el legislador, por ello lo que manifiesta la defensa frente a la alteración, la misma no puede ser examinada en forma insular dado que no basta la sola demostración material de la conducta, es imperativo examinar los demás elementos que integran el hecho punible para establecer si se estructura la ilicitud...”¹³.

Abundando en consideraciones, en un caso similar al que ahora ocupa la atención de este Despacho ad quem, dijo nuestra Corte Suprema de Justicia acerca de la falsedad inocua, dentro de la cual se entiende comprendida la que se tilda de burda, lo siguiente:

“...La anterior argumentación fue prohijada íntegramente por el casacionista, quien resume lo esencial del proveído del ad quem, en el que se dice:

“En cuanto a la primera condición, la falsedad en sí misma, sobre todo cuando se trata de la que recae sobre documentos públicos, lleva consigo un perjuicio o lesión de índole abstracto que es el menoscabo a la fe pública, **pero además de ese daño debe producirse un daño concreto, real, que es el perjuicio a otros bienes jurídicos distintos a la fe pública, de variada naturaleza: patrimonial, moral, política, social** y deben pertenecer a un tercero, es decir, tienen que ser de titularidad de alguien que no sea el agente de la falsificación.

(...)

“En el caso de la especie, en cuanto tiene que ver con el perjuicio, además del de carácter abstracto, esto es, a la fe pública, no se produjo menoscabo real concreto, y sobre este particular debe dársele razón al apelante quien argumentó ausencia de detrimento alguno, dado que la orden de comparendo no alcanzó a ser entregada a las autoridades respectivas pues advertida la alteración por parte del agente de tránsito, procedió

13 Folio 1023 del c.o. No. 4.

fue a los trámites de judicialización del asunto por la conducta acabada de desplegar por le (sic) señor S. E.

“Ahora, en cuanto a la segunda condición, referida a la potencialidad de engaño, **que es la capacidad que tiene la persona que realiza la falsificación para que esta pueda pasar inadvertida, lo cual implica un cierto grado de sofisticación en la alteración, cambio, mutación que permita no ser descubierto prima facie, pues de no ser así, nos hallaremos frente a la denominada “falsedad inocua”, que por lo burda y grosera no produce el engaño pretendido y resulta carente de antijuridicidad material.**

(...)

“La falsedad inocua puede definirse como aquella que a pesar de su aparente perfección objetivo-formal **no tiene la virtualidad de vulnerar el bien jurídico tutelado bajo las formas específicas de la destinabilidad del documento y su poder probatorio, de manera que no produce perjuicio o daño a los intereses tutelados por el concepto de fe pública. La falsedad inocua no solamente abarca los casos de falsedad burda, sino que comprende todos aquellos en que la falsedad no puede causar daño, cualquiera sea la causa.**

(...)

Desde esa óptica, para pregonar la concurrencia de la **antijuridicidad material en el delito de falsedad material en documento público**, no basta la mutación de la realidad en el texto para considerar efectiva o potencialmente lesionado el bien jurídico de la fe pública, sino que se hace menester demostrar el menoscabo o puesta en real peligro de otros intereses privados o públicos de cualquier índole, más allá de la simple credibilidad de la colectividad en los documentos públicos, porque aquello es lo que en últimas viene a configurar la antijuridicidad material.

Esto es, que además de la afectación de la confianza del conglomerado social en los documentos públicos, ha de verificarse en cada caso concreto que en la relación jurídico-social se causó daño o se pusieron en

peligro otros intereses particulares o públicos que por lo general son los derechos que pretende crear, modificar o extinguir el documento, pues es allí donde la fe pública aparece como una verdadera garantía jurídico-social, concreta, objetiva y comprobable en el proceso.

Clásicamente, en punto de la capacidad inherente al documento para producir daño, **se dio lugar a la teoría de la falsedad inocua**, que ya desde Carrara advierte cómo no puede reputarse la presencia de delito de falsedad si el acto cumplido no tiene potencia de dañar, **indicándose al propio tiempo que un documento notoriamente falso –burdo– no puede calificarse de delictivo, en forma tal que se concibió la tesis de la verosimilitud para destacar que el documento debe parecer a un número indeterminado de personas verdadero, para reconocer en el mismo una falsificación con aptitud o potencialidad de generar engaño.**

Así entonces, las imitaciones o falsedades burdas no están en posibilidad alguna de causar perjuicio mientras carezcan de aptitud o apariencia de verdad, toda vez que si no procuran –al menos potencialmente–, suscitar en las relaciones jurídicas la representación de su carácter auténtico, no surge la posibilidad de ser así catalogados...”¹⁴. **(Rad. 14352 de 24 de mayo de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).**

Favorecimiento de la fuga, modalidad culposa

Principio de confianza

“El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de errores de los demás se autoriza a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de aquellos. Vale decir, a las personas que emprendan una actividad riesgosa lícita, les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su actuación al ordenamiento jurídico.

14 Sentencia del 29 de julio de 2008, radicado 28961, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Es una confianza en sentido normativo, en tanto comporta una permisión jurídica para confiar en terceros. Frente a lo anterior podríamos decir que efectivamente el policial sí confió en que ante el llamado del juez para precisar los pormenores de la captura, su compañero de la misma institución podría reaccionar ante cualquier eventualidad, pero no fue así, dando como resultado la evasión del individuo.

Este llamado del operador jurídico Juez al patrullero es corroborado por el Fiscal en su diligencia de declaración, así como por el aquí procesado, situación que escapaba de las manos del policial quien dejó en la sala de audiencia al señor N. G. G. P con el fin de que se adelantara la audiencia pertinente, el policial diligentemente acudió ante el llamado que le hacía el Juez.

Desde el punto de vista del principio de confianza el policial consideró que al haber atendido el llamado del juez no incurriría en ningún delito, porque entendía que el hecho que allí en la sala hubiese otro policial era señal de seguridad para las personas que se encontraban en dicho lugar, y por supuesto para el capturado”. (Rad. 14376 del 23 de agosto de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Fraude procesal

Para su estructuración se requiere la idoneidad del medio utilizado para inducir en error

“...En este orden de ideas, y no obstante que el aludido Fiscal busca descargarse de cualquier responsabilidad sobre la supuesta manipulación de la escena, tratando incluso de decir que fueron protervos los intereses del CT. B al disponer el movimiento de ese vehículo para pasarlo al otro carril, el análisis probatorio, y en especial, los testimonios de los policiales que estuvieron en la escena, e incluso, el del señor JMR, funcionario de la concesión, nos permiten concluir, que lejos estuvo ese oficial de querer alterar la escena con los fines a los que alude el artículo 553 del C. P., y que aunque en efecto el movimiento del automotor se produjo, existió para ello la previa autorización de ese funcionario de la Fiscalía, y el señor CT. B, al igual que los integrantes de la Policía de Carreteras que conocieron del caso, se cuidaron

de hacerlo solo hasta que el croquis del accidente se hubiera realizado, y teniendo conocimiento de que ya los miembros de la concesión habían hecho todo un registro fotográfico pasados apenas unos pocos minutos del insuceso, por lo que bajo ninguna circunstancia podría concluirse que la conducta de los aquí sumariados se adecúe típicamente en el presunto punible de FRAUDE PROCESAL, para cuya estructuración, como lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, se requiere la **idoneidad del medio utilizado para inducir en error**, capacidad que lejos se encuentra de tener el hecho de haber dispuesto el movimiento de ese vehículo, lo cual se hizo, se reitera, solo después de haberse levantado el croquis y de haberse fijado fotográficamente la escena por parte de los integrantes de la concesión, como lo admitiera el propio Fiscal de turno de la U.R.I. en su diligencia testimonial a la que ya se hizo referencia. Dijo al efecto nuestra Corte Suprema:

“... La conducta se concreta en la inducción en error al servidor público a través de medios fraudulentos idóneos, es decir, que para su perfeccionamiento no se necesita que el funcionario haya sido engañado **sino que los mecanismos utilizados tengan la fuerza suficiente para ello**.

(...)

“Se deduce de lo anterior, que es un tipo de mera conducta en razón a que se perfecciona cuando se logra la inducción en error del servidor público **por medios engañosos o artificiosos idóneos** y sus efectos se prolongarán en el tiempo en tanto perviva el estado de error y se obtenga la decisión pretendida, aun después si se necesita para su ejecución de actos posteriores. Es decir, no requiere el logro de la decisión anhelada, sentencia, resolución o acto administrativo ilegal que de producirse configurarían su agotamiento”.

Sin embargo, considera la Sala que se hace indispensable aclarar por vía jurisprudencial lo referido a los medios fraudulentos para inducir en error al servidor público para que dicte sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, **pues tales aspectos forman parte de los elementos del tipo, cuya ausencia lleva a predicar la atipicidad de la conducta punible**.

(...)

En otras palabras, los medios engañosos deben comportar la idoneidad para la obtención de los fines sucesivos a que hace referencia el tipo penal, esto es, provocar en error y, como consecuencia de este, la emisión de una providencia contraria a derecho.

En estas condiciones, para predicar la comisión de este punible solo basta que el sujeto activo haya diseñado y utilizado los mecanismos artificiosos idóneos para inducir en error al servidor público, a fin de obtener el acto o la decisión contraria a la ley, sin que se haga necesaria la emisión de la decisión administrativa o judicial.

Y en el sujeto activo debe haber conciencia y voluntariedad de que por ese conducto obtendrá el resultado propuesto, esto es, conoce la aptitud probatoria del instrumento y, por supuesto, de la eficacia para inducir en error al servidor público, por resultar pertinente y conducente para dirimir el asunto, puesto que con esta conducta punible se busca proteger la actividad jurisdiccional y administrativa del Estado cuyos actos deben estar rodeados de verdad, rectitud, probidad, buen crédito, imparcialidad y objetividad.

(...)

En consecuencia, los medios fraudulentos idóneos están referidos a los elementos de juicio que se pretenden hacer valer en un determinado diligenciamiento como instrumento inductor del error y a la trascendencia valorativa que el servidor público otorgue a los mismos para acceder o negar las pretensiones que se discuten, dentro del régimen probatorio correspondiente. O, dicho de otra manera, **debe tener la aptitud procesal** (presupuesto de idoneidad) **para provocar la equivocación en el servidor público...**¹⁵. **(Rad. 14336 de 20 de mayo de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).**

15 Sentencia del 19 de mayo de 2004, radicado 18.367, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Fraude procesal y peculado por apropiación. Definición de acto administrativo verbal frente al que se induce al error

“...Es por ello que efectivamente puede en esas circunstancias patentizarse aquella inducción al error que se empecina en negar el recurrente frente a la emisión de un acto administrativo como efectivamente lo era esa puesta en libertad inmediata, muy a pesar de que en criterio de la Procuraduría emerja atípico ese comportamiento al no tratarse de una sentencia, una resolución o un acto administrativo, pues no es simplemente a actos solemnes a los que se refiere ese ingrediente normativo del tipo, sino al acto administrativo en general”. (Rad. 10885 de 5 de mayo de 2011, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar)

Fuero militar

No existe relación directa y próxima de la conducta punible con el servicio, cuando el autor de la misma tuvo “ab initio” propósitos criminales

“...Así las cosas, y dentro del marco conceptual trazado por la sentencia C-358 de 1997, del cual la Justicia Penal Militar debe dar cabal aplicación en los procesos sometidos a su consideración, resulta evidente la necesidad de enviar las presentes sumarias a la justicia ordinaria, por competencia, pues somos del criterio que el hurto del fusil por parte del aquí sumariado, y su posterior comercialización para obtener las sustancias psicoactivas de las que era adicto, si bien fueron conductas cometidas por un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, no menos cierto es, como bien lo anota la Representante del Ministerio Público en concepto que antecede, que “... las acciones cumplidas por el soldado inculcado **ninguna relación directa y próxima tuvieron con el servicio** por cuanto si bien estaba dentro de la Unidad Militar y ostentaba así fuese irregularmente la condición de soldado, lo cierto es que él ya tenía ideado sacar un arma para venderla, pues le dijo a los soldados que iba a sacar un arma para venderla y que ya tenía el cliente, esto es, que de antemano la ida (sic) del soldado a la Base pese a hallarse con licencia permanente, lo fue con el ánimo, la intención de sustraer un arma y venderla para así mantener el stock diario de la droga diaria a consumir...”.

En ese mismo sentido debe anotarse por parte de este Despacho ad quem, que desde las citadas perspectivas constitucionales, no podemos aceptar que en el caso de autos sí tiene operancia el fuero militar, y por ello reiteramos que no es en la Justicia Penal Militar, sino en nuestros pares de la justicia ordinaria, en donde radica la competencia para continuar con el conocimiento de estos hechos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 250 de nuestra Carta Política, debiendo reiterar en este punto lo dicho por la honorable Corte Constitucional, en cuanto a que "...la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran en el proceso...", y que en aquellas situaciones, como la que se nos presenta en el caso de autos, "**... en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer a favor de la jurisdicción ordinaria, en razón a que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción...**", acertando nuevamente la distinguida representante de la sociedad, cuando aduce que "... son entonces todas estas acciones que el joven soldado cumplió y que reconoce, acepta y confiesa en su indagatoria, las que llevan a la conclusión que **"ab initio"** existió por parte del joven un designio criminoso y que ello atendiendo a lo puntualizado por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997, hace que el nexo se rompa y que sea la justicia ordinaria la que deba juzgar la conducta del procesado en razón de los delitos de Hurto Agravado y Tráfico de Armas...". (Rad. 14300 de 5 de febrero de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Homicidio

Atipicidad de la conducta por falta de los elementos estructurales del tipo

"... Entonces es pertinente traer en consideración lo dicho en la doctrina por el doctor Jesús Orlando Gómez López en su libro de Teoría del Delito, Ediciones Doctrina y Ley de 2003, el cual trata el tema de la atipicidad de la conducta de la siguiente manera:

"...la ausencia de tipicidad puede presentarse por varias razones, unas generales y otras particulares. En forma general cuando el legislador no ha tipificado la acción en la ley, se hablará de una atipicidad absoluta. El hecho puede constituir un comportamiento contrario a derecho, pero si no se ha tipificado como

punible la acción será irrelevante. Así mismo la atipicidad puede ocurrir cuando pese a estar previsto el delito en la ley la acción concreta no sea adecuada a los presupuestos del tipo legal por falta de algunos de los elementos propios del tipo, sea que se trate del autor, el elemento subjetivo de la acción, los elementos normativos, el resultado típico o por imposibilidad de imputar el resultado al autor (...)¹⁶.

Aunado a lo anterior como referente jurisprudencial se trae lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1154/2005 M. P. doctor Manuel José Cepeda Espinosa¹⁷, sobre el tema de la tipicidad y la investigación preceptúa lo siguiente:

“Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado”¹⁸. Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo¹⁹.

De ahí que la conducta no tiene causalidad con el resultado de la muerte del sujeto que se encontraba en sala de reflexión, por lo que no es necesario el reproche penal.

(...)

16 Atipicidad por Falta de Elementos del Tipo, pág. 410.

17 Ratificado por la CSJ. Ref. Exp. No. 11-001-02-30-015-2007-0019.

18 ROXIN, CLAUS. 1999. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, p. 304. Madrid: Civitas.

19 El archivo y preclusión de investigación.

En conclusión, según los elementos probatorios anteriormente analizados en concordancia con los pronunciamientos de la doctrina y el referente jurisprudencial, aplicados al caso concreto es claramente predicable que efectivamente la causa del deceso del señor xxx es el suicidio, llevando a que la conducta del policial se torne en inocua en la generación del resultado, generando la ATIPICIDAD ABSOLUTA de la acción en relación al tipo penal de HOMICIDIO, por faltar los elementos estructurales que configuran el injusto penal, en consecuencia se prohija en su integridad la decisión de la Fiscalía *a quo* de CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO a favor del xxx, por el delito de HOMICIDIO, por las razones de orden legal expuestas”. (Rad. 14390 del 28 de octubre de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Homicidio

Circunstancias fácticas dan lugar a aplicar la causal del caso fortuito

“Al aceptar el modo como se desarrollaron las circunstancias fácticas, no se puede endilgar responsabilidad a una persona **que se tropieza y que accidentalmente se le dispara un arma y ocasiona la muerte de una persona.**

Es importante aquí señalar que la ley ha fijado como un parámetro muy importante que para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. **Pero además que la causalidad por sí sola no basta para imputación jurídica del resultado.**

En el caso que aquí se nos presenta es una causal de inculpabilidad ya sea caso fortuito o fuerza mayor, que habla el artículo 35 de la Ley 522 de 1999 en su numeral primero, la cual la trae como causal de ausencia de responsabilidad.

Cuando se presenta una causal como esta lo ha señalado la Corte es por falta de acción, el que el policial se tropezara y con esta caída ocasionara la lamentable muerte de este joven, no es admisible imputarle a título ni de dolo, ni de culpa, **porque este acontecer fue imprevisto.** El policial iba

era en persecución del menor con el fin de capturarlo, tan es así que él y su compañero dispararon fue al aire.

La imprevisibilidad del acontecimiento concierne a la imposibilidad de prever, contemplar o anticipar *ex ante* las circunstancias singulares, concretas o específicas de su ocurrencia o verificación de acuerdo con las reglas de la experiencia, el cotidiano, normal o corriente diario vivir, su frecuencia, probabilidad e insularidad *in casu* dentro del marco fáctico de circunstancias del suceso, analizando *in concreto* y en cada situación los referentes de su “normalidad y frecuencia”, “probabilidad de realización” y talante “...intempestivo, excepcional o sorpresivo”, así lo ha señalado la Corte al entendido de caso fortuito. Luego aunque se presentó objetivamente la conducta como tal, con el caso fortuito pues no era previsible que se cayera. **(Rad. 14364 del 16 de septiembre de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Homicidio culposo

Faltó al deber objetivo de cuidado en cuanto a la negligencia sobre el manejo de las armas

“Para el despacho es evidente que tal resultado como se ha venido enunciando fue producto de la falta de diligencia generando con ello la violación al deber objetivo de cuidado, por parte del procesado y por ende su comportamiento resulta típico.

Habiéndose caído el fusil en manos del soldado xxx, teniendo este conocimiento pleno sobre los cuidados y la seguridad que se debe tener no solo con ese fusil de dotación, sino con cualquier tipo de arma a su cuidado inculcados durante el transcurrir del Servicio Militar mediando reglamentos, instrucciones e ilustraciones especiales, habida cuenta de ser dichas armas propicias para lesionar o como en el caso lamentable presente quitarle la vida a una persona, procede a levantarlo sin tener el cuidado debido ni la diligencia necesaria para percatarse si el golpe pudo soltar alguno de los elementos de seguridad del fusil ni la cautela exigida que buscara evitar daños a las personas que a su entorno se encontraban al momento del levantamiento de dicha arma.

Consecuente con lo anterior se produce un disparo, sin intención y sin el querer del victimario que desgraciadamente le quita la vida al soldado xxx con lo que se trae a colación lo mencionado en primera instancia por la Fiscal a quo, a saberse: “xxx no tuvo la intención de ocasionarle la muerte a xxx, **pero si violó el deber objetivo de cuidado, de allí que su comportamiento además de típico, es antijurídico y culpable a título de culpa**”, a lo que se agrega lo indicado por el Ministerio Público en su concepto a razón del recurso de apelación contra la resolución de acusación interpuesto por la defensa: “Las pruebas muestran el obrar poco cuidadoso del soldado, quien en una actividad de llamar por teléfono y buscar señal con el teléfono celular y sin asegurarse de la permanencia del cartucho por la vida, en la maniobra de recoger el fusil y sin cuidarse de atender o cerciorarse de las condiciones del mismo lo acciona accidentalmente. Procedimiento que hasta este momento procesal, irrumpe como culposa”. **(Rad. 14430 del 19 de diciembre de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Homicidio culposo

Nueva concepción dogmática del delito culposo o imprudente

“...De acuerdo con lo anterior, se aparta diametralmente este Despacho ad quem, del análisis hecho por nuestra homóloga de la primera instancia para llamar a responder en juicio al aquí sumariado por el delito de homicidio culposo, pues el mismo se hizo desde la antigua concepción o análisis dogmático del delito culposo o imprudente, en el que la valoración de la acción se dejaba para el momento de la culpabilidad, lo que no ocurre actualmente, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia,

“... 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 doctrinariamente 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 de

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...”²⁰.

Dicho lo anterior, nadie pone en duda que el manejo de las armas de fuego es en verdad una acción peligrosa, y que en esa medida su utilización por el aquí sindicado para la tarde de los hechos, jamás tuvo la intención o el ánimo de lesionar un bien jurídico, en este caso, la vida de su Comandante, pues su verdadero propósito era el de salir a apoyar a sus demás compañeros ante lo que se creía, era una incursión guerrillera que ponía en juego ese mismo bien jurídico, no solo propio, sino el de los demás integrantes de su Unidad.

El análisis que debe hacerse a continuación, se centra en establecer si efectivamente fue debido a su inobservancia al deber objetivo de cuidado que le era exigible, que se produjo la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, o si hubo incumplimiento de su parte, como lo estima el *a quo*, a su obligación de actuar de manera cuidadosa en el ejercicio de esa actividad peligrosa, y es en este punto en donde nuevamente nos apartamos de los planteamientos de la señora Fiscal de primera instancia, pues si bien es cierto que el manejo de las armas se rige bajo los parámetros del denominado “decálogo de seguridad”, no existe un medio de prueba que nos demuestre que por parte del aquí encartado se inobservaron esas disposiciones al momento de alistar y cargar su arma para dejarla lista para ser utilizada en la situación de peligro que creían razonablemente que estaban viviendo, sin que deba perderse de vista por parte de nuestra homóloga, que el análisis no termina allí, pues como igualmente lo dijo la Corte en la sentencia que acaba de citarse:

“... 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...**”.

20 Sentencia del 30 de mayo de 2007, radicado 23.157, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

Y ello es justamente lo que acontece en el caso de autos, pues el lamentable resultado que aquí se investiga, no fue producto de esa imprudencia a la que alude insularmente el a quo, **sino de una circunstancia que le fue imposible de evitar o de prever**, como lo fue el hecho de haberse caído en el momento en que en medio de una espesa maraña, cayendo la noche y en una situación de apremio y de miedo generada por el supuesto hostigamiento del que estaban siendo objeto, con tan mala fortuna que en su caída se le disparó el arma con las consecuencias conocidas en autos, pudiendo por ello colegirse que ese resultado, en los términos utilizados por la alta Corporación en cita, no dependió de una actitud desconsiderada por parte del encausado, sino de un hecho fortuito que no podía ser previsto o que siéndolo o habiendo sido era imposible de evitar, identificándonos en este punto igualmente con lo dicho por la señora Procuradora, en el sentido que el aquí sindicado "... simplemente cargó el arma en ese instante de tensión y de inminente peligro ante la creencia errada que en ellos generó el comportamiento del centinela, sin poder anticiparse a una caída o a un tropezar intempestivo, pues es apenas lógico que las personas no puedan prever que podrán caerse de un momento a otro, pues si así fuera, no se podría avanzar, caminar o correr y en consecuencia no podía tener conocimiento de que este acto fuera contrario a la ley, pues él no montó el arma para jugar con ella o para manipularla a su arbitrio, pues se reitera que había una situación de alarma y de reacción, que obligaba al personal a entrar en situación cargando sus armas y estar alerta a la siguiente acción del centinela y el soldado estaba era atento a la situación y no pudo prever su caída para haberse anticipado a ella y haberla evitado...". (Rad. 14361 de 19 de junio de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Homicidio culposo a título de comisión por omisión

Presupuestos que deben reunirse para poder delimitar los ámbitos de responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, a fin de establecer su posición de garantes respecto de la evitación del resultado típico producido

"...De otra parte y como arriba quedara dicho, se ocupa luego la togada apelante del análisis de los delitos de comisión por omisión, y por esa vía cuestiona el que a pesar que por parte de la Fiscalía se reconoció que los gendarmes de autos si tenían la posición de garantes desde el momento en

que decidieron trasladarlo a las dependencias policiales, se hubiese concluido que no le correspondía emitir concepto sobre la viabilidad de hacer o no la remisión de ese ciudadano a un centro asistencial, por cuanto tal evaluación ya la había realizado el paramédico xxx, quien les aseguró que no presentaba lesión alguna y que simplemente se encontraba en estado de ebriedad, conclusiones de las que se aparta la citada profesional del derecho, al decir que los actos urgentes adelantados en el sitio y en la fecha de los hechos, así como los testimonios de la señora A. J. y del señor N. B., advertían que el señor E. había sido víctima de un atropellamiento, y que en esa medida se configura el delito culposo, pues los policiales que conocieron del caso, estaban en el deber de comunicarse con la Policía de Carreteras o de llevar al paciente a Medicina Legal, con independencia de lo señalado por la señora xxx, o del estado de ebriedad del señor A.

Sobre este nuevo planteamiento diremos, que si bien es cierto que los miembros de la Fuerza Pública pueden ser garantes cuando se presenten dos circunstancias específicas, esto es, **la creación de riesgos para bienes jurídicos o el surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal**, posición de garante que en el caso de esta última circunstancia surge de las obligaciones normativas establecidas en el artículo 2° de la Carta Política, según el cual, las autoridades de la República se encuentran instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin discriminación alguna y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; no menos cierto es, **que en el ámbito del moderno derecho penal de orientación normativista, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de los ámbitos de competencia**, en el sentido de que "... solo 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 desprendan 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...".

Desde esa perspectiva, como lo ha señalado en reiterados pronunciamientos nuestra Corte Suprema de Justicia, se hace necesario para fundamentar ese juicio de imputación a que venimos haciendo referencia:

“... 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...”²¹.

En ese mismo sentido debe indicarse, que se hace necesario y resulta posible delimitar los ámbitos de responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, a fin de establecer su posición de garantes respecto de la evitación del resultado típico producido, y para ello deben reunirse a cabalidad los siguientes requisitos que informan dicha teoría y que son los siguientes:

“...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...”.

Trasladando estos criterios jurisprudenciales al caso de autos, y como quiera que la representante de la parte civil pretende que se formulen cargos en contra de los aquí procesados por la presunta comisión del delito de Homicidio Culposo a título de comisión por omisión, si bien resulta cierto, como bien lo dice la señora Procuradora, que tras sufrir un accidente de carretera al parecer y como causa más probable, por el atropellamiento de un vehículo de gran capacidad, el señor xxx, quien se encontraba en avanzado estado de ebriedad, único hallazgo que luego de su valoración señalara la señora xxx, los aquí sindicados que acudieron al lugar de los hechos proce-

21 Sentencia del 14 de noviembre de 2007, radicado 28.017, M. P. Julio Enrique Socha. Salamanca.

dieron a trasladarlo hasta las dependencias policiales a petición de los vecinos y con el convencimiento que esa era la única situación que presentaba dicho ciudadano, con el fin que superara allí dicho estado para luego llevarlo o enviarlo con sus familiares, y que estando allí el Comandante de guardia detectó que había dejado de respirar y que había fallecido, solicitándose de inmediato la presencia de las autoridades y de la paramédico que horas antes lo había examinado, esa sola circunstancia, como se viene exponiendo, no resulta suficiente para derivarles compromiso procesal, en la medida en que no se cumplen todos y cada uno de los requisitos a que se acaba de hacer mención, y atendiendo a que no fueron ellos quienes crearon la situación de peligro para el bien jurídico de la vida de esa persona, ni estaban en la posibilidad de impedir ese resultado, no solo porque supuestamente dejaron de actuar teniendo deber de hacerlo, sino porque tampoco estaban en posibilidad de realizar la acción debida, como lo era el haberlo llevado a un centro asistencial, pues como se ha venido reiterando, ni siquiera tenían conocimiento del delicado estado de salud que esa persona presentaba y de lo que estaba ocurriendo dentro de su organismo, pues lo único que sabían y confiaban en que así era, es que esa persona estaba bastante ebria, pero jamás se imaginaron que en verdad había sido atropellada por un vehículo, pues tal hecho fue contundentemente desvirtuado por la multicitada paramédico en su errado diagnóstico, favorecido quizás como ya se indicara, por la depresión del sistema nervioso central de esa persona, a consecuencia de la abundante ingesta de bebidas alcohólicas, que enmascararon o impidieron que sintiera dolores al momento de ser valorado por la enfermera de esa concesión, asistiéndole nuevamente razón a la señora Procuradora, cuando aduce que ante ese convencimiento de que solamente se trataba de un estado de ebriedad, actuaron de manera preventiva para su integridad llevándolo a las dependencias policiales, ignorando por completo que su salud se encontraba en realidad en grave riesgo, y por ello no estaban en posibilidad de evitar el lamentable resultado; de suerte que al no darse esos presupuestos, resulta improcedente, como bien lo definiera el *a quo*, responsabilizarlos por esa conducta a título de comisión por omisión.

En ese orden de ideas, y reiterando que en el moderno derecho penal de orientación normativista, solo se responde por las conductas o resultados que una persona debe desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de su ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de su

posición de garante, resulta evidente que aunque estos Policiales asumieron la posición de garantes de ese ciudadano al trasladarlo a las dependencias policiales, **ninguno de ellos creó la situación de peligro para el bien jurídico protegido por el legislador para el delito de homicidio culposo** del multicitado ciudadano de autos, quienes igualmente estaban completamente en la imposibilidad de salir de ese error en el que los había inducido la paramédico que atendiera el caso, pues no había ningún antecedente que los llevara a dudar de idoneidad profesional de dicha enfermera para el cumplimiento de las tareas a ella asignadas...”. (Rad. 14410 de 23 de septiembre de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Impedimento

Se declara infundado el impedimento, por cuanto la denuncia o querrela debe presentarse dentro del proceso adelantado por el funcionario en su despacho, para que proceda la causal

“Al analizar de manera amplia la causal de impedimento invocada por la doctora xxx, encuentra este Despacho que no es posible acceder al impedimento, por cuanto la interpretación dada a la misma no obedece a lo expuesto por ella.

La causal refiere haber sido denunciante o querellante, **pero dentro del proceso que se adelanta por parte de su despacho**, no en otro proceso diferente.

Al observar las probanzas allegadas al proceso, se advierte que el doctor xxx, manifiesta su inconformidad ante un requerimiento hecho a la doctora xxx de carácter jurídico donde actúa como defensor, respecto a un proceso que cursa en ese Despacho y en el que él actúa como defensor, generándose allí **divergencias en lo que en derecho corresponde**.

Las diferencias jurídicas entre abogados que desempeñan diferentes roles como en este caso entre Fiscal y Defensor, no puede ser un mecanismo utilizado para generar un impedimento, pues como bien lo señala el ordenamiento castrense, estas causales son taxativas y restrictivas y, por lo tanto, el aceptar que las disquisiciones jurídicas se lleven a un plano personal,

sería permitir que ante cualquier circunstancia por pequeña que esta sea afecte la debida administración de justicia.

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.**

(...)

Entonces así las cosas no está llamado a prosperar el impedimento invocado por la doctora xxx, como Fiscal Penal Militar. **(Rad. 14383 del 28 de junio de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Impedimento

Se acepta el impedimento, art. 277, numeral 1, que trata de tener interés en el proceso

“El Código Penal Militar no se aparta de los lineamientos del derecho y en su artículo 277 consagra las causales de impedimentos y recusaciones, es así que la Fiscal xxx, presenta su impedimento, el cual sustenta en la causal 1ª que a la letra señala:

“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”.

Es así que el propósito de las instituciones procesales de los impedimentos y las recusaciones, consiste en asegurar la imparcialidad del fiscal y/o juez, quien debe apartarse de conocer el proceso del cual viene conociendo cuando se configura, en un caso determinado, alguna de las causales señaladas en la ley.

Así las cosas estudiado el material probatorio allegado al plenario por parte de la señora Fiscal xxx, para fundamentar su solicitud de impedimento, al igual que la petición de la doctora xxx abogada defensora del Cabo Segundo xxx (fls. 39-41) donde solicita a la señora Fiscal *a quo* se declare impedida para seguir conociendo de la actuación procesal, atendiendo el artículo 277 numeral primero de la Ley 522 de 1999, **toda vez que ella es la esposa del señor Teniente Coronel xxx, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Comandante del Batallón de Artillería xxx, y le obedece un interés en la presente investigación, ya que fue la persona que presentó el informe de denuncia en contra del procesado.** Hay que decir que dichos soportes son suficientes para considerar que se debe aceptar el impedimento invocado, ya que de la lectura de las piezas procesales se verifica que efectivamente la señora Fiscal xxx, manifiesta que comparte vida conyugal con el señor TC. xxx, quien para la fecha de acaecidos los hechos 30 de agosto del 2011 fungía como Comandante del Batallón de Artillería xxx, y fue la persona que actuó como denunciante del procesado CS. xxx, (fls. 1-2) y posterior ratificación (fls. 30-34) del cuaderno original No. 1, es decir que con este informe se dispuso a abrir la apertura de la investigación penal en contra del suboficial, por los delitos de ABANDONO DEL PUESTO en concurso heterogéneo con COHECHO, entonces se evidencia que es innegable el interés que pueda manifestar el oficial respecto al trámite de este proceso penal y su posible sanción al uniformado por haber cometido estos punibles.

Por lo tanto y en aras de la buena administración de justicia, en el plano de la imparcialidad, señala este Despacho Judicial, que los argumentos expuestos por la Fiscal xxx, son de aceptación, pues la situación que se pone de manifiesto, en aras de una recta administración de justicia, podría afectar la determinación que en materia de calificación pudiera adoptar la funcionaria en el presente proceso, si en esta oportunidad no se le separa del conocimiento del proceso penal; pues definitivamente el señor TC. xxx, esposo de la Fiscal

a quo podría llegar a tener un interés en el expediente, por cuanto él como denunciante y superior del procesado podría llegar a incidir en la actuación, teniendo en cuenta que la investigación se encuentra en la etapa de calificación en el Despacho de la Fiscal xxx que en la actualidad es su esposa.

Ahora bien, respecto a esta causal la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene “establecido que el “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo no solo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso”²².

Entonces se debe establecer “Si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”²³.

En el presente caso, el Despacho encuentra claramente configurado el impedimento invocado por la señora Fiscal xxx. **(Rad. 14400 del 19 de julio de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Impedimento

Causal Cuarta, artículo 277, Ley 522 de 1999. La condición o estatus de quejoso en materia disciplinaria, también debe ser admitida para su estructuración

“...En este orden de ideas, para esta Fiscalía de Segunda Instancia, resulta claro que el hecho de que la señora Fiscal *a quo* haya denunciado o for-

22 Entre otros, auto del 17 de junio de 1998, radicado 14.104.

23 Auto del 25 de febrero de 2004, radicado 22.016.

mulado una queja al togado de la defensa, y que este a su turno haya hecho otro tanto en contra de la citada funcionaria ante la Procuraduría delegada para la vigilancia judicial, configura la causal 4ª de impedimento ya mencionada, lo que sin duda afecta la imparcialidad que debe tener cualquier servidor judicial para pronunciarse funcionalmente sobre la ocurrencia de unos hechos y sus consecuencias jurídicas.

Además de lo dicho en precedencia, y aunque la causal de impedimento que se viene estudiando habla de “denunciante o querellante”, términos estos usualmente utilizados para referirse a asuntos o procesos de carácter penal, somos del criterio que la condición o estatus de “quejoso” en materia disciplinaria, como lo sería la “queja” que la señora Fiscal dice haber instaurado en contra del abogado de la defensa ante la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, también debe ser admitida para la estructuración de la misma, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, **el Impedimento debe aceptarse aunque en apariencia una circunstancia no esté expresamente prevista como causal, pues lo que importa en últimas, es preservar la neutralidad del servidor u operador judicial.** Dijo sobre el punto dicha Corporación:

“...Puede que aparentemente una tal situación no esté expresamente consignada como causal de impedimento en el artículo 99 del Código de Procedimiento Penal, pero la imparcialidad, transparencia y autonomía **no pueden estudiarse desde el solo trazo lingüístico de la ley, sino buscando preservar la neutralidad de quien decide...**”. (Rad. 14387 de 11 de junio de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Impedimento por ser el funcionario denunciante o querellante

“...Y así concluir que si bien allí se destaca como motivo recusatorio o de impedimento el haber estado el juez, fiscal o magistrado vinculado a una investigación penal o disciplinaria por denuncia o querrela formulada antes de iniciarse el proceso por alguna de las partes, ello aquí no se alega por parte de la funcionaria, ni se allegan soportes de una tal vinculación, por lo que mal haría la instancia en conceder el pretendido impedimento...”.

(Rad. 14393 de 27 de junio de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Improcedencia de la apelación frente a estrictos temas de competencia

“De esta forma, si el recurrente consideraba que la jurisdicción especial no era la competente para seguir conociendo de la actuación, ello efectivamente lo manifestó en su oportunidad y claramente el *a quo* respondió su inconformismo con suficiencia de razones jurídicas respetando el rito procesal que le impone la normatividad en comentario frente a un tema que definitivamente no admite el recurso vertical...”. **(Rad. 14106 de 30 de mayo de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Inducción o ayuda al suicidio

Esta conducta requiere de un dolo específico encaminado a querer provocar el suicidio en la otra persona, y saber que con los actos que realiza puede desencadenarse dicho tipo penal

“...Ahora bien, ya dijimos que esta conducta que se endilgó por el *a quo* a los aquí procesados, requiere un dolo específico orientado a querer provocar el suicidio en otra persona, de manera que los actos que realiza, deben estar encaminados a provocar el suicidio, y saber que con ello puede desencadenarse esa conducta, y por ello el doctor Jesús Orlando Gómez López, en la obra que se viene citando, señala que “El dolo radica en crear la idea o reforzarla, o ayudar al suicidio a sabiendas de que el otro se suicida y que se colabora con él”, debiendo por ello citarse en este punto, para descartar de plano la existencia de esa idea o intención suicida en el soldado Osorio, el contenido de la autopsia psicológica que de dicho bajo banderas hiciera la Psicóloga M.C.C.O., en la cual adujo que se pudo establecer que “... no tenía intenciones de suicidarse, ni gestos suicidas que hubiesen llamado la atención para realizar un apoyo previo; más bien intentó llamar la atención con mala suerte que se pegó el tiro en el área pélvica y como consecuencia de ello falleció.

Como se ve, si xxx no tenía esa intención de suicidarse, ni se habían evidenciado en él esos gestos suicidas a las que alude la Psicóloga en mención, menos aún podría aducirse que los aquí sumariados lo habían “inducido” a quitarse la vida, por lo que igualmente podemos concluir que todo se debió a un acto impulsivo de xxx orientado a llamar la atención de sus superiores, voluntario y consciente, y por ende, carente de toda inducción o instigación por parte de quienes fueron llamados a responder en juicio, ya que como lo dice nuevamente el autor que se viene citando “... El dolo de la inducción requiere que voluntariamente el autor haya convencido a la víctima para que voluntariamente se quite la vida, debiendo por ello el suicida cometer el hecho voluntariamente; por lo tanto, no existe dolo cuando por imprudencia se instiga al suicidio o cuando la víctima imprudentemente se suicida...”²⁴. **(Rad. 14321 de 30 de abril de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).**

Inimputabilidad

La inimputabilidad no implica necesariamente inocencia o ausencia de responsabilidad

“...Establecido entonces, que ni el estatuto punitivo castrense, ni tampoco el ordinario exigen que el comportamiento del inimputable sea culpable, y que los hechos punibles realizados por quienes sean considerados como tal, surgen como conductas típicas y antijurídicas, pero no culpables por cuanto no puede predicarse la existencia de una intención subjetiva en quien actúa como tal, y dado que en el caso de autos no se avizora la existencia de una causal de exclusión de responsabilidad en el actuar del procesado, debemos apartarnos entonces de los argumentos del togado de la defensa cuando expresa que por haber actuado su defendido en situación de inimputabilidad debe exonerársele de toda responsabilidad y disponer la cesación de todo procedimiento en su favor, pues ya vimos que ello no es lo que se desprende necesariamente de dicho concepto, pues en el caso del aquí sumariado, y conforme a las conclusiones a las que llegara el Instituto de Medicina Legal, obrante a folio 288 y siguientes, “... según la entrevista, análisis de entrevista a la madre y perfil de personalidad, se deduce que el

24 Ob. cit., página 122.

examinado durante la fecha de los hechos, en que no regresó a sus labores se encontraba en un estado depresivo severo, con alteración de su voluntad, presentando conducta desordenada, ingesta frecuente de alcohol, desmotivación severa, todo lo anterior constituyó un trastorno mental transitorio, que le alteraba su voluntad para autodeterminarse, que le impidió en la fecha de los hechos, darse cuenta de la ilicitud de sus actos y de autorregularse bajo esa comprensión...”²⁵.

Lo anterior se traduce, a las voces del artículo 36 de la Ley 522 de 1999, como bien lo colige la señora Procuradora, en que la conducta ilícita que se le imputa al encartado, no lo realizó como un imputable, **sino como un inimputable**, y en esa medida, su conducta deviene típica y antijurídica frente al punible de ABANDONO DEL SERVICIO, pero no culpable, puesto que, se reitera, no estaba en capacidad de comprender ni de determinarse acorde con esa comprensión, siendo además claro que esa condición de inimputable se debe analizar **para el momento de ejecutarse el delito**, como lo señala el artículo 36 del C.P.M.

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 2° del artículo 38 íbidem, 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 inimpu-

25 Folio 294 del c.o.

tabilidad 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 ibídem, 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...**. (Rad. 14360 de 6 de septiembre de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Inutilización voluntaria. Atipicidad por ausencia del ingrediente subjetivo

“Y es que la hermenéutica propia que ha de ofrecerse al auscultar el contenido del dispositivo penal en estudio, busca proteger el bien jurídicamente tutelado de los intereses de la fuerza pública, procurando por evitar, encarnando un espíritu de prevención general de la norma, que el miembro, policial o militar, destinatario de todas las disposiciones allí incorporadas, se abstenga de lesionarse o inutilizarse para la consecución de ese particular propósito...”. (Rad. 10055 de 11 de marzo de 2008, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Inutilización voluntaria. Atipicidad por ausencia del ingrediente subjetivo

...Sin ser de recibo el argumento deprecado por el *a quo* al sugerir la ausencia de antijuricidad material indicando que el Estado no sufrió ningún

detrimiento patrimonial, teniendo en cuenta la devolución que se hizo de lo presuntamente apropiado, pues no ha de olvidarse la verdadera comprensión que ha de traducir tal ingrediente. **(Rad. 11767 de 23 de marzo de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Investigación integral

Vulneración al principio de investigación integral como expresión del debido proceso.

“...De plano diremos, que se despachará de manera favorable la petición que hace la representante de la sociedad ante esta instancia para que se decrete la nulidad parcial de lo actuado en este proceso a partir del auto que dispuso la clausura del ciclo instructivo, inclusive, por vulneración del principio de la investigación integral como expresión del debido proceso, no sin antes aclarar, que no resulta viable alegar de manera conjunta, como se hace, la violación del debido proceso y del derecho de defensa, pues como lo ha dicho de manera reiterada nuestra Corte Suprema de Justicia, su vulneración amerita postulación y desarrollo autónomo. Dijo al efecto la Corporación:

“... Entremezcla, de manera confusa, dos motivos de nulidad, a saber, el quebrantamiento del debido proceso y el del derecho de defensa, sin percatarse que si bien el segundo se deriva del primero, han sido claramente diferenciados por la ley y la jurisprudencia, razón por la cual su vulneración amerita postulación y desarrollo autónomos, pues el primero es un vicio de estructura y el segundo de garantía, sin descartar que hay irregularidades que al mismo tiempo afectan los dos derechos, pero sin que se evidencie que este sea uno de esos casos...”²⁶.

“Si lo aducido es la **violación del debido proceso**, se debe comprobar la existencia de irregularidad sustancial que afecte la estructura del sistema que lo inspira. Por ejemplo, falta de apertura de investigación, no vinculación del procesado, no definición de la situación jurídica o ausencia de la decisión de cierre de la investigación y/o de juzgamiento; dentro del

26 Sentencia del 12 de julio de 2001, radicado 13991, M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda.

juicio: de la fase probatoria y/o debate oral; de formulación de cargos o de sentencia, o la posibilidad de recurrir en segunda instancia.

Y si lo alegado es la **violación del derecho de defensa**, en la demanda se debe especificar la actuación que lesionó dicha garantía y su concreta incidencia en el fallo impugnado.

En todo caso, cada uno de los cargos debe contener una petición acorde con la naturaleza de la nulidad invocada, indicando el momento a partir del cual la invalidación debe decretarse y el señalamiento del funcionario al que habría de remitirse el proceso para la reposición de lo actuado...²⁷.

Hechas las anteriores precisiones, vemos que en el caso de autos, la señora Procuradora alude a la existencia de nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa frente a la deficiente instrucción que se advierte en este proceso, y en ese entendido hemos de darle la razón en cuanto a que efectivamente y como ya se anunciara, hubo una innegable **vulneración al principio de la investigación integral como expresión del debido proceso**, tema que igualmente aclara la Corte Suprema de Justicia mediante los siguientes argumentos:

“... 1. La negativa absoluta e injustificada a practicar las pruebas solicitadas por las partes, **o la inercia censurable a colmar las expectativas que una investigación penal de suyo exige**, como expresiones que son del incumplimiento a los deberes de imparcialidad que en la dirección del proceso y en el encuentro de la verdad real corresponden al funcionario judicial, configuran evidentes vulneraciones del derecho a la defensa o al debido proceso, en cada caso, en tanto por lo primero traduce una manifiesta forma de obstaculizar el ejercicio del contradictorio y lo segundo, **en la medida en que es la propia ley de procedimiento la que ha demarcado el deber que tienen los funcionarios y el aparato jurisdiccional del Estado en acatar los imperativos que impone una consecuente investigación integral, como imperativa emanación de las garantías que son inherentes a los intervinientes en el proceso.**”

27 Sentencia del 19 de julio de 2001, radicado 13.495, M. P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

2. La averiguación de aquellos aspectos que puedan resultar de interés para el sindicado, en cuanto tendientes a modificar favorablemente su condición procesal, bien por el grado o intensidad de la imputación, o más aún por dirigirse a contrariar en forma absoluta cualquier reproche punitivo, está comprendida como obligación que debe exigirse al investigador, quien con sujeción a los preceptos que así se lo imponen, está consecuentemente impelido en allegar aquellos elementos de convicción que por su fundada incidencia sustancial resultan de forzoso acopio al proceso...”²⁸. **(Rad. 14348 de 30 de agosto de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).**

Investigación integral

Solo se conculca dicho principio, cuando se niega la práctica de pruebas útiles y pertinentes

“...De plano diremos que despacharemos de manera desfavorable la petición de nulidad que formula la señora Procuradora ad quem, pues si bien resulta cierto que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 469 de la Ley 522 de 1999, el juez instructor tiene el deber de investigar con igual celo, no solo 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, no menos lo es que dicho postulado de la investigación integral, como lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, no se conculca cuando las referencias probatorias son etéreas, imprecisas, fantasiosas o indeterminadas. Dijo al efecto nuestra Corte Suprema de Justicia:

“... De acuerdo con dicho principio, el funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las demás partes, según lo dispuesto por los artículos 250, inciso final, de la Constitución Política, y 249 y 333 del Código de Procedimiento Penal vigente... y su conculcación tiene lugar cuando se dejan sin verificar las citas lógicas y racionales **de las que pueden resultar pruebas no superfluas, pertinentes y conducentes**, que eventual-

28 Sentencia del 28 de febrero de 2002, radicado 10309, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

mente demostrarían, para el caso del procesado, ausencia o atenuación de responsabilidad.

Pero como también lo ha reconocido la Sala, **no puede existir el deber de comprobar aquellas referencias etéreas, imprecisas, fantosiasas o indeterminadas, y tampoco es suficiente para alegar su conculcación las manifestaciones en abstracto de que dejó de investigarse determinado aspecto, sino que es indispensable especificar las pruebas concretas que lo demostrarían y su trascendencia**, o sea, que llevarían a variar el sentido del fallo.

Sobre este último aspecto, el atinente a la trascendencia, en fallo del 22 de junio de 1999 con ponencia de quien aquí cumple tal cometido, se dijo que:

“(…) por definición **descarta cualquier posibilidad de plantear tesis conjeturales, opinativas o puramente especulativas**, en la medida en que si bien es cierto que no en todas las investigaciones aparecen incorporados tantos medios probatorios como para afirmar que no quedó uno solo por practicar, también lo es que la certeza por cuyo conducto el juzgador predica la responsabilidad penal no depende de la cantidad de unidades de información ordenadas y practicadas sino de la entidad demostrativa, de la capacidad suasoria de aquellas con que cuenta el plexo probatorio, que en caso de ser suficientes para el logro de los fines del proceso, deviene inane cualquier hipótesis contraria pretextada bajo el auspicio de la omisión probatoria...”²⁹. **(Rad. 14417 de 31 de octubre de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).**

Las manifestaciones del testigo de referencia constituyen un verdadero indicio. Coautoría en el delito de concusión

“...Y si bien como un hecho irrefutable se tiene que estos no se constituyen en testigos directos del denunciado acto concusionario, no puede por

29 Sentencia del 14 de marzo de 202, radicado 1242, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

ello obviarse, con basamento en ese principio de unidad de prueba, que lo que estos con sus relatos edifican son verdaderos indicios.

“Subyace así el comprometimiento conjunto de las dos unidades, entre otras cosas, cuando no tendrían por qué mentir en cada uno de los referidos aspectos, consiguiendo ello estructurar aquel indicio de mala justificación que respalda lo que las mencionadas reglas de la experiencia nos enseñan suele suceder en la mayoría de estas eventualidades en donde así la solicitud, inducción o constreñimiento lo efectúe uno solo, el designio criminal es compartido, pues se busca un concreto objetivo bajo un acuerdo expreso o tácito y concomitante al hecho, pero que se constituye como un claro ejemplo de participación bajo la figura de la coautoría impropia.” **(Rad. 12247 de 26 de julio de 2012, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Legítima defensa. Se revoca la resolución de acusación y se cesa, incluso, para no apelante por inescindibilidad del hecho

“De otra parte, se tiene que procesalmente quien apela, en efecto, es el defensor del PT. L. E. S. D., empero la realidad fáctica y probatoria permite concluir con diáfana comprensión que lo deprecado por el recurrente se encuentra inescindiblemente vinculado a lo que se constituyó en la actuación del también procesado E. V. T., debiéndose reconocer que es idéntica la causal de justificación que lo conminó a actuar de simétrica manera a la desplegada por S. D., motivo por el cual la decisión cesatoria que aquí se proyecta será extensiva para aquel”. **(Rad. 14225 de 21 de agosto de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Lesiones personales

Error de prohibición invencible

“El PT. xxx reaccionó ante una supuesta agresión que solo existió en su mente que estructuran la legítima defensa subjetiva, por lo cual, no hay responsabilidad penal por el obrar del procesado en error invencible de que en su actuar concurrían los elementos objetivos de la causal que

excluye su responsabilidad; pues es evidente que la víctima se encontraba de civil, armado, sin brazaletes, sin chaleco antibalas, sin equipo de comunicaciones y sin distintivo de identificación, con el revólver en la mano, ante el enfrentamiento que se suscitaba en ese momento entre dos bandas delincuenciales de la comuna 13 que se disparaban entre sí, amparado en la prevención con el fin de repeler cualquier ataque.

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. 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” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 12343, Magistrado Ponente: Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote, 14 de diciembre de 1999), situación frente a la cual, como ya se anotó, la conducta del agente estaría determinada por una deformación de la verdad, que solo podría excusar la responsabilidad por error invencible.

Es importante anotar que las circunstancias fácticas acaecidas en este proceso, son determinantes para encuadrar el error, juegan aquí elementos temporales espaciales, el lugar, la situación de orden público alterada en esa zona, como los policiales iban vestidos de civil y no se conocían entre todos, por cuanto habían miembros de la fuerza pública de otros lados, luego es indiscutible que no se puede con todos estos elementos que deben ser considerados y que se señalaron con antelación desconocer frente a un estudio integral de una conducta, y ante ellos es que opera el error de prohibición invencible”. (Rad. 14332 del 29 de abril de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Lesiones y hurto. Confirma cesación. Valoración del testigo de cargo, se desacredita por contradicciones

“Acudiendo a las precedentes formulaciones logra percibirse con facilidad que respecto a las consecuencias físicas que padeciera en su integridad personal F. O. P. B. no se estructura en el dossier el ineluctable soporte probatorio para afirmar que puede engendrarse el consecuente reproche en el accionar de los institucionales investigados, si se atiende que en el contexto que emerge de la lectura del paginario los gendarmes estuvieron apegados al estricto cumplimiento de su deber legal”. **(Rad. 13630 de 9 de marzo de 2012, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Limitación de la segunda instancia para decidir sobre el no apelante

“Ahora, es de precisar desde ya, que el recurrente en el cuerpo de su recurso vertical enfila su ataque solamente frente a la decisión cesatoria adoptada respecto del PT. L. R. H. P., razón por la cual, bajo el principio de limitación funcional que le circunscribe el recurso de apelación a la segunda instancia, es únicamente de cara a esa situación jurídica que nos referiremos dentro de esta providencia”. **(Rad. 14331 de 21 de octubre de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Limitante para el estudio de una coautoría porque solo un procesado viene acusado y a los demás se les privilegia con cesación procedimental

“...Por lo que el epicentro de la fundamentación girará, atendiendo el recurso vertical, únicamente en el entorno de la presunta responsabilidad que pueda serle imputada al PT. D. O. D como autor de las lesiones corporales acreditadas en G. E. M., razón por la cual nos abstendremos de esgrimir nuestro criterio en aras de determinar si a los demás policiales vinculados debió formularseles o no un reproche de responsabilidad en sede de una coautoría aditiva, si se quiere, obviamente si se consideraran satisfechos los demás requisitos para tal propósito, institución que finamente tiene como

esencia imputar el lesivo resultado a todos quienes de la maniobra criminal intervinieron, aunque sin reparto de trabajo, en acuerdo previo o concomitante a un plan común, independiente de la o las personas que en últimas, para el caso que nos ocupa, hubiesen causado los lesionamientos en la integridad de aquel”. (Rad. 13035 de 30 de abril de 2012, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

No peculado sobre bienes de dotación, no falsedad personal sino material en documento público

“Ahora, frente a la crítica sobre la adecuación de la conducta de S. O. en el delito de falsedad material en documento público por la falsificación de las firmas de los militares M. P. y S. R., indicado bajo su personal criterio que debió el calificador adecuarla como autor del delito de falsedad personal, menester es indicar que nuevamente se equivoca la defensa en la apreciación dogmática del asunto, pues precisamente la razón por la que se le imputa el referido cargo es por haber falseado la firma de los mencionados institucionales en un documento con vocación probatoria, y es frente a la autenticidad del mismo de donde surge la protección normativa dispuesta en el artículo 287 del Código Penal”. (Rad. 14269 de 30 de septiembre de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

No procede la nulidad por el simple hecho de no poner a disposición de las partes la prueba trasladada

“...Cuando se trate de la prueba trasladada de otra actuación penal o administrativa lo importante es, que una vez incorporada, los sujetos procesales hayan podido conocerla y por ende ejercer el derecho de contradicción”. (Rad. 14196 de 7 de marzo de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Nulidad

Se niega declarar la nulidad por no afectación al derecho de defensa

“Pero revisado minuciosamente esta actuación procesal se llega a la conclusión que efectivamente el Fiscal *a quo* sí tenía competencia para resolver la petición de nulidad, pues no había perdido competencia ya que se encontraba dentro de los trámites procesales de notificación a los sujetos procesales de la providencia por medio de la cual calificó el mérito del sumario. Hecha esta salvedad y teniendo en claro que la Fiscalía xxx Penal Militar con sede en xxx si era la competente para resolver la solicitud de nulidad, se procede a argumentar lo siguiente.

Por lo anterior, y de acuerdo a todo el material probatorio allegado a la investigación, se vislumbra que el procesado siempre fue enterado de la existencia del proceso penal, al igual que siempre se le comunicó de las decisiones tomadas por el despacho, es decir, que no se presentó una violación al debido proceso ni al derecho de la defensa, pues a partir de que fue escuchado en diligencia de indagatoria fue asistido por su defensor de confianza, pues el procesado dentro del trámite de la misma no dejó constancia alguna de la no asistencia del defensor a la diligencia, tampoco se decía en la misma que fuera un defensor solo para la diligencia o defensor de oficio, por el contrario, se dijo en dicha diligencia que era **asistido debidamente por su defensor de confianza, doctor E. J. S. P.** Si bien es cierto el defensor nunca presentó memorial alguno dentro del curso de la investigación, igualmente no es una obligación del Juzgado comunicar todas las diligencias que deba realizar, **luego es una obligación de los sujetos procesales estar pendiente de la actuación procesal para rebatir cualquier situación,** intervenir en su desarrollo, ya sea solicitando pruebas, objetando las mismas, estar pendiente de las decisiones para presentar sus debidos recursos, sin que fuera un deber del despacho citar al procesado o defensor para cada diligencia, caso contrario, sea una inspección judicial, la cual efectivamente sí se citará a todos los sujetos procesales u otra diligencia que requiera su presencia.

Entonces lo refiere la Fiscalía *a quo* que en lo que atañe a los elementos de prueba debe advertirse que ellos se admitieron, decretaron y practicaron válidamente por parte de un juez competente y con las formalidades legales, pruebas que el patrullero xxx conoció oportunamente y que nunca

controvirtió, siendo entonces que la apertura de la presente investigación se efectuó con base en las copias legalmente compulsadas del otrora proceso penal 228, copias debidamente convalidadas y del conocimiento del procesado”. (Rad. 14406 del 30 de agosto de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Nulidad

Se decreta la nulidad parcial por ausencia de una investigación integral

“En el estudio de la actuación el Despacho luego de revisar el trámite que ha tenido la presente investigación, considera que la decisión a tomarse es la **nulidad** de la actuación a partir del auto de cierre de la investigación con fecha 23 de mayo de 2013 obrante a folio 530 c.o. No. 3, por ausencia de una investigación integral, pues el artículo 469 ejúsdem impone la obligación de investigar **con igual esmero** no solo los hechos y circunstancias que establezcan la **responsabilidad del procesado**, sino también, las que lo eximen de ella o las atenúen o las que puedan dar lugar a la extinción o cesación de la acción.

Por este motivo para el despacho, es necesario analizar el material probatorio, inmerso dentro de este sumario, con el objetivo de fundar la decisión, respecto a la conducta endilgada al patrullero xxx; razón por la cual este despacho comparte lo solicitado por el doctor xxx Procurador Judicial Penal II en su intervención cuando menciona el requerimiento de pruebas para ahondar y esclarecer la ocurrencia de los hechos y con estos tener una decisión justa e imparcial.

Tal como lo demanda el representante de la sociedad, el Juez de Instrucción Penal Militar a quien corresponda la instrucción, debe examinar con verdadero criterio investigativo orientado exclusivamente a descubrir la verdad, reiniciando la instrucción del proceso, recaudando importantes elementos de juicio definitivos para la calificación del mérito del sumario.

(...)

Con relación al tema de la nulidad por falta de investigación integral la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho³⁰:

“Establecida la investigación integral como una obligación a cargo de los funcionarios judiciales, no como una mera facultad o discrecionalidad de los mismos, obviamente que su incumplimiento ha de considerarse una irregularidad sustancial que se refleja en el debido proceso y, por ende, genera la sanción de nulidad conforme con el numeral 2 del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal...”.

“Es una realidad que para los funcionarios judiciales es un imperativo realizar la investigación integral, esto es, todo lo tendiente a la demostración de la infracción y de la responsabilidad penal, conjuntamente con aquello que pueda llevar a la absolución del procesado o al reconocimiento de atenuantes de cualquier género.

Esta norma de garantía para el ciudadano, le reconoce al Estado el ejercicio del ius puniendi, pero al mismo tiempo le demarca esa potestad, al señalar su finalidad cual es la obtención de la justicia; por ello, entonces, el imperativo de la investigación integral garantiza, dentro de las limitaciones de la justicia dispensadas por los hombres, la emisión de fallos que aproximen al máximo el concepto de justicia”.

Como consecuencia de lo anterior, lo procedente es decretar la nulidad a partir del auto que ordenó el cierre de la investigación, calendado el 23 de mayo de 2013, obrante a folio 530 del Cuaderno Original No. 3, de conformidad con el artículo 388.2 del Código Penal Militar que preceptúa son causales de nulidad en el proceso penal militar: “la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”. **(Rad. 14418 del 24 de octubre de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

30 Corte Suprema de Justicia Sentencia auto del 21 de marzo de 2001, expediente No. 170228 M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote, en el mismo sentido en sentencia del 25 de febrero de 1993 M. P. Édgar Saavedra Rojas.

Nulidad por ausencia de un verdadero análisis de las pruebas

“Por otro lado, si bien es cierto dentro de un sistema de apreciación racional de la prueba, basamentado en los postulados de una sana crítica, el operador judicial goza de libertad para justipreciar los medios de convicción con que cuenta, no quiere ello significar que pueda, bajo ese prurito, abstenerse de imprimir el correspondiente análisis que merecen cada uno esos medios de convicción arrimados al cartulario, pues precisamente esta dinámica es la que soporta la naturaleza de aquella sana crítica”.

“...es claro que en la ineluctable y esperada argumentación en nada de lo puntualizado se detuvo el calificador y en esas circunstancias con apego a un solo fragmento de la valoración probatoria no resulta pertinente avallar la decisión que por vía de la alzada se revisa, pues no cumple ello con los mínimos estándares que supone ese escrutinio”. **(Rad. 14245 de 17 de febrero de 2014, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Nulidad por falta de sustentación frente al instituto de la complicidad

“La exigencia de la fundamentación de las decisiones tiene como norte el confinamiento de la arbitrariedad, permitiendo constatar los razonamientos del funcionario calificador necesarios para que el procesado y las demás partes conozcan los motivos indispensables que le asisten para poder ejercer con propiedad los recursos y lograr determinar la fidelidad del servidor judicial con la Constitución y la ley...”. **(Rad. 14081 de 24 de junio de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Peculado culposo

Se confirma la cesación de procedimiento por la causal del caso fortuito

“Este Despacho comparte lo argumentado en su providencia por la Fiscalía *a quo* en lo que tiene que ver con el caso fortuito, **el caso fortuito hace mención a un suceso inesperado, sorpresivo que se produce de forma ca-**

sual, que es difícil de prever, la aparición de un semoviente en la vía fue de forma sorpresiva e inesperada, lo cual hizo que se produjera el accidente, que igual hubiese ocurrido si manejara el agente xxx. Los factores importantes son la inevitabilidad del hecho, y por supuesto que no haya mediado ni dolo ni culpa.

Sobre el caso fortuito el Honorable Tribunal Superior en providencia del MP. MY. (r) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión, indicó:

1. La fuerza mayor o caso fortuito: En los precisos términos del artículo 1° 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.

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, comoquiera 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 naturalísimamente 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, comoquiera que de alguna manera, en el plano ontológico, todo o prácticamente todo se torna previsible, de suerte que asimilar lo imprevisto solo 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.

Es por ello, que este requisito ha de estar ligado funcionalmente a una contemplación previa, con sujeción a las previsiones normales que suceden en el curso ordinario de la vida, las que en esta tesitura se erigen en rasero para medir la normalidad o la frecuencia del suceso que se aduce como liberatorio; o a que el hecho respectivo, en el terreno probabilístico, no sea lo suficientemente probable para que el agente autor haya debido razonablemente precaverse; o la generación física de un acontecimiento intempestivo, excepcional o sorpresivo; criterios que nos deben llevar a establecer cuándo un hecho concreto, puede considerarse imprevisible, comoquiera que se hace perentorio examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual, a fin de obviar todo tipo de generalización: 1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El relativo a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo.

1.2. La irresistibilidad, por su parte, bajo su forma adjetiva, esto es irresistible, significa literalmente, “aquello que no se puede resistir”, verbo que define el mismo Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “Oponerse un cuerpo o una fuerza a la acción o violencia de otra”, por tanto, la irresistibilidad sería la imposibilidad de oponerse a esa acción de tercero o fuerza extraña.

No obstante, en el enunciado jurídico, la irresistibilidad debe entenderse como aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos –y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico– que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda –o pudo– evitar, ni eludir sus efectos (criterio de la evitación).

Debiéndose entender entonces, que lo irresistible consiste en que naturalísticamente sea absolutamente imposible evitar el hecho

o suceso aludido, aún si se hubiesen podido emplear por el actor los medios de defensa para eludirlo, implicando además, la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos, por lo cual la conducta del imputado se legitima ante el imperativo de justicia irresistible, como algo inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias.

Nótese que la fuerza mayor o caso fortuito, se predica como consecuencia de un hecho, acontecimiento, acaecimiento, suceso, contingencia o fenómeno imprevisto extraño al agente autor, al que no es posible resistir, amén de ello inevitable; por ello, en voces de la teoría de la imputación objetiva, el resultado no se puede predicar en el ámbito de persona alguna, dentro del rol social que desempeña, resultando dogmáticamente imposible imputar como obra suya el resultado, comoquiera que jurídicamente, no se ha realizado ninguna acción³¹.

Como bien se advierte, el caso fortuito en el presente caso obedeció a un accionar ajeno al policial, en donde por tratar de esquivar el animal se encunetó, generando daños en el vehículo, pero en manera alguna por faltar al deber objetivo de cuidado. **(Rad. 14355 del 24 de septiembre de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Peculado culposo

Faltó al deber objetivo de cuidado, al no observar precaución al momento de entregar y recibir de servicio los elementos dejados a su disposición

“Si atendemos de manera sucinta los nuevos planteamientos respecto a la culpa que se hacen en el escenario jurídico nacional y de conformidad al artículo 42 del Código Penal Militar y 23 de la Ley 599 de 2000 **en el sentido que cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo**, se desprende que efectivamente se desprotegió el bien, por haber faltado al deber objetivo de cuidado, por cuanto dicho bien estaba bajo su custodia de quien fungía como comandante de guardia y estaban bajo su cuidado dichos elementos, **pues lo mínimo que se**

31 Radicado 155907, 28 de junio de 2010, Tribunal Superior Militar.

le puede exigir a un servidor público es que proteja los bienes que tiene a su disposición para el cumplimiento de su misión.

Al hablar de medidas de seguridad, podemos señalar que en tratándose de un bien del Estado, hay que adoptar las que sean mínimas y serán las que permitan que ese bien que ha sido destinado justamente para el servicio, se preserven a fin de que cumplan su cometido.

Luego la CULPA aquí para acotar a lo que se cuestiona el defensor en su escrito de apelación está demostrada, por cuanto un bien del Estado fue hurtado, resultando la administración pública lesionada, y el bien jurídico que se protege agraviado, por cuanto no se realizaron las medidas mínimas necesarias para su preservación.

Por otra parte, debemos señalar que el sujeto activo de la conducta xxx, con culpa generó el resultado lesivo, si nos atenemos a la dogmática actual que le da a esta clase de delitos denominándolos imprudentes, 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, competía dentro de su ámbito de competencia proteger los bienes.

En referencia a la lesividad como referente de antijuridicidad material, el Estado como garante de los elementos que se utilizan para la defensa y la seguridad, a través de los miembros de la Fuerza Pública, no puede permitir que sea más laxo en ellos el sentido de responsabilidad, por ello se exige más que a cualquier otro servidor público un compromiso con el cuidado de los bienes, aunado a la misión constitucional que cumple el Ejército Nacional, atinentes con las funciones que desempeñen es con el uso de las mismas; por lo tanto, en el sentir de este Despacho sí hubo afectación al principio de lesividad.

(...)

En este orden de ideas, para este Despacho el procesado faltó al deber objetivo de cuidado, que le era exigible frente al bien estatal que detentaba en razón de sus funciones y del servicio, reflejadas en la desatención, al no

guardar el cuidado debido ya que al faltar al mismo generó una situación de riesgo, lo que concluyó con la pérdida del bien.

Se concluye así que lo que correlativamente se sanciona es la falta de celo y de cuidado que exhibe el funcionario público cuando tiene un bien a su disposición para el cumplimiento de su misión, y que se le haya confiado para el ejercicio de su función”. (Rad. 14428 del 29 de noviembre de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Peculado por apropiación

Se puede estructurar no solo por vía de la disponibilidad material que se ejerce sobre las clases de bienes a los que alude el legislador, que es a la que refiere de manera insular el apelante, sino también por vía de la disponibilidad jurídica sobre los mismos

“...Debe indicar igualmente el Despacho, que esos mismos argumentos sirven de fulcro frente a aquel otro planteamiento de la defensa en el que si bien reconoce que su defendido realizó algunas actuaciones por fuera del marco legal y al margen de las directrices institucionales, han debido aportarse los documentos o actas en los que se indicara que tenía la administración y custodia de los elementos o bienes de los que se apropió, debiéndose en consecuencia reiterar, que la conducta de PECULADO POR APROPIACIÓN, se puede estructurar no solo por vía de la disponibilidad material que se ejerce sobre las clases de bienes a los que alude el legislador, que es a la que refiere de manera insular el apelante, sino también por vía de la disponibilidad jurídica sobre los mismos, que era la que tenía el Suboficial MM, en su condición de Comandante encargado de la Estación de Barbosa para la fecha de autos, y por ello con razón ha dicho la Corte Suprema lo siguiente:

“Sobre este tipo penal en particular, la Sala ha señalado que “la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales **puede no ser material sino jurídica** y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculado al ejercicio de un deber funcional...”

Y en esa misma sentencia, al referirse a los presupuestos para que se estructure dicho reato, dijo la Corporación lo siguiente:

“...i) El bien jurídico tutelado por el legislador es la administración pública.

ii) El agente es calificado al determinarse que siempre lo será aquel que ostente la calidad de servidor público.

iii) Se consuma por la apropiación ilegal de bienes del Estado que se le han dejado en administración, tenencia o custodia al servidor público.

iv) **La administración, tenencia o custodia puede ser material o jurídica y estar unida al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones.** Por tanto, la relación entre el funcionario (sujeto activo) y los bienes oficiales no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté atada al ejercicio de un deber funcional...

v) El servidor público recepta en forma lícita y legal un determinado bien a fin de entregarlo o destinarlo; sin embargo, resuelve apropiarse de él.

vi) Deberá militar una conexión entre la disponibilidad de los bienes públicos con el concepto de autor, en el entendido que cuando la ejecución de actos antijurídicos contra la administración pública requieran un despliegue múltiple de comportamientos destinados a la apropiación de dineros públicos, no es requisito esencial, exclusivo o determinante que el agente, servidor público o funcionario vinculado con la administración, realice todas las acciones que supone la consumación del reato...”³².

(Rad. 14409 de 21 de octubre de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

32 Sentencia del 14 de noviembre de 2007, radicado 23958, M. P. Javier Zapata Ortiz.

Peculado por apropiación-Prevaricato por omisión

La disponibilidad jurídica hace relación a que para la comisión del peculado no es necesario que el servidor público tenga directamente la tenencia material del bien, si no que en razón de sus funciones tenga la facultad de disponer jurídicamente del mismo.

“Respecto de las conductas endilgadas al patrullero XX. **nacieron dentro del ejercicio de una actividad policial para el momento de los hechos** que vale pena la puntualizar; es claro que este accionar desplegado da lugar a que esté amparado por el fuero y que sea bajo la égida de la Justicia Penal Militar que curse todo el trámite legal respectivo.

Es clara la Ley 1407 en su artículo 2° cuando señala:

*“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**”.*

(...)

De conformidad a lo anterior es preciso señalar que las conductas desarrolladas por el patrullero xxx tuvieron relación con el servicio, ya que para el día de los hechos cumplía una función específica dentro de la misión policial, elemento primordial para determinar la competencia.

(...)

El delito de peculado consiste en una apropiación que en provecho propio o de un tercero realiza el servidor público al que se le confía la administración y custodia. La disponibilidad jurídica hace relación a que para la comisión del peculado no es necesario que el servidor público tenga directamente la tenencia material del bien, **sino que en razón de sus funciones tenga la facultad de disponer jurídicamente del mismo.**

Es por lo anterior que esta Fiscalía de Segunda Instancia expresa, que de igual manera la conducta reprochable realizada por el procesado en ese descanso mantiene el nexo funcional y ocasional con el servicio prestado por el policial, puesto que se encuentra dentro del margen de las órdenes dadas e impartidas por su superior que debían haberse ejecutado propia y oportunamente por el PT. ® xxx.

En el caso que nos ocupa el patrullero xxx tenía la custodia material del bien y llegó a ella por una orden de un superior y por razón de sus funciones, **esa específica relación lo ubica en una situación de ejercer un poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado por apropiación.**

Es evidente que el delito de prevaricato por omisión, se presentó desde el momento en que el policial no cumplió con la obligación que debía, otra cosa es que el día 14 de enero hubiese efectuado conducta de apropiación de la madera, aprovechando la custodia que tenía del bien, su obligación era dejar a disposición de Corporinoquia la madera, al mirar de manera detallada la diligencia de indagatoria que reposa a folio 252 del cuaderno No. 2 por este reato la pregunta del Juez de Instrucción Penal Militar es clara la cual se transcribirá a continuación: Preguntado: ¿Este despacho adelanta investigación penal en su contra por el presunto delito de prevaricato por omisión **por no haber dejado a disposición de la autoridad competente trescientas veinticuatro piezas de madera ceiba que le habían sido incautadas a la señora XX, madera que fue retirada del parqueadero el 14 de enero de 2010 y vendida por usted al señor XX hechos ocurridos en el municipio de Villanueva?** Observa este despacho que en este punto no hay claridad de la apelante, el juez indaga unas circunstancias fácticas precisas, **cuando hace alusión al 14 de enero de 2010 es respecto del retiro de la madera, según parte de la pregunta, la primera parte es respecto al prevaricato propiamente dicho,** luego no se presenta ningún yerro frente a la imputación del delito ni confusión de ninguna naturaleza”. (Rad. 14382 del 17 de junio de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Prescripción de la acción penal

Para el delito de deserción sigue siendo de dos (2) años, no obstante la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010

“... Sobre este punto diremos, que aunque razón le asiste a la distinguida representante de la sociedad para manifestar que en tratándose de la existencia de causales objetivas, entre las que se encuentran comprendidas, la muerte del procesado, o la **prescripción de la acción penal**, entre otras, denominadas comúnmente de improseguibilidad de la acción, pues impiden a la administración de justicia continuar adelantando el proceso y deben

ser declaradas por el funcionario en el momento en que se manifiesten a la vida jurídica, sin condicionamientos valorativos de ninguna naturaleza, este Despacho no comparte la tesis orientada a decir que en el presente caso ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal frente al punible de DESERCIÓN que aquí se investiga, alineándonos así con la tesis mayoritaria prohijada sobre dicho tópico por tres de las cuatro salas que integran el Tribunal Superior Militar, pues hasta donde esta Fiscalía ad quem conoce, solo la primera Sala que integra el señor Coronel I.E.L.C., es del criterio que cuando se trata del delito de DESERCIÓN agotado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, dicho término se reduce de dos (2) a un (1) año.

En efecto, aunque en proveído de fecha 22 de junio de 2012, Radicado 157308, con ponencia del señalado Oficial Superior de la Policía Nacional, se arribó a tal conclusión, fundamentando su postura en los argumentos traídos a colación por parte de la señora Procuradora 240 Judicial I Penal³³, y que por ende no se hace menester repetir; las demás Salas, como ya se anticipara, se mantienen en que ese término de prescripción para el delito de DESERCIÓN sigue siendo de dos (2) años, no obstante que el delito se haya agotado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, vale decir, el 17 de agosto de ese mismo año, como lo adujera la Corte Constitucional en Sentencia C-444 del 28 de mayo de 2011, siendo por ello conveniente citar lo dicho por el Tribunal en reciente pronunciamiento de la Sala Segunda de Decisión, de la que igualmente hace parte el señor Coronel F.A.V., de cuyas decisiones se apartan las señoras representantes de la sociedad, tanto en primera, como en segunda instancia. Veamos:...” (Rad. 14413 de 04 de octubre de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Privación ilegal de libertad

Se revoca resolución de acusación, se profiere cesación de procedimiento por ausencia de dolo, se hace extensiva decisión favorable a los no apelantes.

“En virtud de tal interpretación que hicieron los militares aquí cuestionados, no se advierte ningún comportamiento que contenga el elemento subjetivo del tipo como es el dolo, pues frente a una orden verbal-escrita,

33 Folio 119 del c.o.

ellos consideraron actuar en **cumplimiento de su deber**, aunado que los mismos sindicatos nunca recibieron indicaciones sobre el procedimiento con el personal de detenidos, sumado a sus escasos conocimientos del derecho y de las funciones de policía judicial **y lo más grave que todos los lunes se pasaba revista a la sala de detenidos, no observándose la novedad en cuestión, por parte del Comandante de la Unidad Militar, Subcomandante, Jefe de Derechos Humanos, S-4, Jefe de Sanidad, etc...**

(...)

De conformidad al ingrediente subjetivo, no se aprecia en el actuar del procesado, esa intención de conocer y querer privar de la libertad al SLR (r) xxx, simplemente se aprecia que el militar en mención, actuó con la convicción errada de estar actuando conforme a la norma y que su proceder estaba ajustado al precepto legal, pues la finalidad era impedir que el procesado en mención, no evadiera la acción de la justicia, quedando erradicado ese **abuso de funciones** atribuido, por lo tanto, la PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD no alcanza esa connotación dolosa, asistiéndole la razón a la defensa, por las razones expuestas.

En el **dolo**, dice Jesús Orlando López Gómez, en su libro Teoría del Delito. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 279:

“...la acción punible y su resultado deben ser no solo previstos, sino queridos por el autor. Pero la voluntariedad de la acción no es suficiente para el dolo, debe haber además intencionalidad, pues la acción culposa también es voluntaria, lo que caracteriza el dolo es la intencionalidad del resultado. Voluntad es fuerza psíquica que mueve, la intención es la finalidad del acto, es apuntar a la dirección del resultado punible...”.

En este orden de ideas, el procesado incurrió en el mismo error de interpretación, como se destaca de sus injuradas y el delito exige que la conducta sea **dolosa**; pues es claro que en el caso bajo examen, no se presentó un **abuso de funciones**, por parte de los aquí vinculados, entendida como conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal, unido al querer o voluntad de lesionar la ley.

Es evidente entonces que no se advierte en la realización de tal conducta, conforme emana del plenario, despliegue de intención positiva de abusar de sus funciones o actuar arbitrariamente privando de la libertad de manera ilícita o contra derecho al SLR ® xxx, sino que su convencimiento fue el de haber procedido bajo la luz del derecho, aun cuando incurrieron en error.

Así las cosas para este Despacho, se considera acertado el planteamiento realizado por la defensa en su recurso de apelación con respecto a la ausencia del **dolo** por parte del inculpado, configurándose la atipicidad de la conducta.

Ahora bien teniendo en cuenta que solo hay un único apelante, pero dadas las circunstancias fácticas que dieron lugar a la presente investigación, y que en la etapa calificatoria se optó por acusar al SP. xxx, por el reato de privación ilegal de la libertad, y al CP. xxx, por el delito de detención arbitraria especial, es menester que habida cuenta que son los mismos hechos y que resultan inescindiblemente relacionados con los dos procesados, no puede esta instancia desconocer la decisión favorable del único apelante y extender sus efectos al CP xxx, así no haya apelado revocando la decisión, mediante la cual, se decretó resolución de acusación por detención arbitraria especial, de otra parte es preciso señalar que prevalece la parte sustancial frente a la formal.

(...)

Este despacho en sus consideraciones ha expresado una decisión favorable a favor del recurso interpuesto por la defensa, por este motivo la CESSACIÓN DE PROCEDIMIENTO dictada a favor del recurrente, **se hace extensiva por concepto jurisprudencial al no recurrente de esta**, que da lugar al principio de favorabilidad el cual no se puede desconocer". (Rad. 14296 del 30 de enero de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Privación ilegal de la libertad. Prolongación Ilícita de la libertad

Se varía la calificación jurídica de privación ilegal de la libertad a prolongación ilícita de privación de la libertad

Es decir que el soldado xxx, fue privado de la libertad, en cumplimiento de la orden legal del juez emitida con las formalidades legales, hasta ahí la conducta es jurídica y legítima; el problema se presenta cuando el Capitán xxx, a sabiendas que el detenido es requerido por una autoridad judicial competente omite en dejarlo a disposición de la autoridad competente, dentro del término de la distancia, y trasgrede los límites del tiempo legal de 36 horas, que en el caso en particular fueron 22 días, situación ilegal que genera la antijuridicidad en la conducta del oficial y que merece un reproche penal a la luz de la conducta de PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

No es de recibo para la Fiscalía de segundo grado utilizar disculpas y trasladar la responsabilidad a un subalterno como lo hizo el Oficial xxx en su injurada, al decir que la persona encargada de judicializar al soldado xxx era el Subteniente xxx, por cuanto la realidad fáctica y probatoria ha indicado lo contrario, es decir que el Oficial xxx, fue el que trasgredió el límite legal y constitucional, para prolongar ilícitamente sin razón justificante la libertad del capturado que debió haber sido puesto dentro del término legal de 36 horas a disposición de la autoridad competente. Dicho planteamiento se extracta también de la inspección judicial que se hizo a los libros que manejaban los suboficiales de administración en donde quedó consignado que fue el Capitán quien hizo entrega de las ordenes de captura y omitió el término legal, según las declaraciones vistas en precedencia de los suboficiales de administración.

Por lo tanto, los argumentos expuestos por la togada de la defensa, no están llamados a prosperar, se observa con meridiana claridad que la conducta desplegada por el CT. xxx merece reproche penal, porque están satisfechos los requisitos que exige el artículo 556 del Código Penal Militar, es decir, está probada la prolongación injusta de la libertad que sufrió el soldado xxx, existen declaraciones como la de la misma víctima quien afirma que por orden del Oficial **duró internado veintidós (22) días sin ser puesto a órdenes del Juzgado de Instrucción Penal Militar, la inspección judicial a los libros minuta de vigilancia,** son pruebas que comprometen seriamente la responsabilidad penal del implicado y por ende debe ser llevado a una Corte Marcial, para que responda penalmente por la conducta imputada.

El anterior planteamiento, siendo consecuente con la doctrina delineada por esta Fiscalía, cuando en pretérita ocasión dijo: "...la prolongación ilícita de la privación de la libertad solo y exclusivamente se estructura cuando la aprehensión de una persona se lleva a cabo por fuera de las formas o especies constitucional y legalmente previstas, como son con orden judicial previa, flagrancia públicamente requerida y administrativa; ahora sí, cuando ejecutada legalmente la captura la privación de la libertad se prolonga más allá de los términos previstos en la constitución o la ley para el servidor público 1) lleve a cabo la actividad a la que está obligado (escuchar en indagatoria, dejar a disposición judicial el capturado, hacer efectiva la libertad ordenada, 2) adopte la decisión que al caso corresponda (definir situación jurídica dentro del término, ordenar la libertad frente a captura ilegal, no conceder la libertad condicional cuando haya lugar a ello³⁴."

Precisamente, se hace la variación de la calificación jurídica de la conducta, porque la Fiscalía de Segunda Instancia, considera que la conducta a imputar es la de PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD y dentro de "El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución de acusación, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que él pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas. De igual modo, los sujetos procesales tendrán en dicha resolución un punto de referencia definido sobre las pruebas que pueden presentar y solicitar en el período probatorio de la causa, las cuales se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretenda dar lugar a nuevos cargos³⁵". **(Rad. 14289 del 27 de mayo de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

34 Revista Judicial, de las Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar, edición No. 001 de noviembre de 2012, págs. 112 y 113, Rad. 13214 del 11 de febrero de 2001, TC. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar.

35 Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, radicación No. 9117 del 02 de agosto de 1995 M. P. Ricardo Calvete Rangel.

Providencias de cumplimiento inmediato

Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas de seguridad, se cumplirán de inmediato.

“...Solo nos resta decir en el marco de la labor didáctica que deben cumplir las providencias de segunda instancia, y ello para sacar del inocultable yerro en el que han incurrido tanto la representante del Ministerio Público que actúa ante el *a quo*, como el defensor público del sumariado, al aducir que como la resolución de acusación proferida por el *a quo* no se encontraba ejecutoriada porque contra la misma se interpuso el recurso de apelación, y que en esa medida había que concedérsele la libertad provisional al encartado por vencimiento de términos, pues se olvidan que incluso cuando el encartado dentro de un proceso se encuentra disfrutando de ese derecho y se profiere resolución de acusación en su contra, inmediatamente debe procederse a revocar dicha libertad, decisión a la que debe darse cumplimiento inmediato no obstante que contra la misma se interpongan los recursos de ley, pues de conformidad con lo preceptuado en el artículo 355 de la Ley 522 de 1999, “... las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas de seguridad, **se cumplirán de inmediato...**”, existiendo una única excepción a esa regla general en el inciso segundo de la norma en mención, al ordenarse por parte del legislador que “... si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura solo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación...”.

En los mismos términos se pronuncia la doctrina al referirse **a las providencias de cumplimiento inmediato**. Veamos:

“... Las que se refieren a la detención, a la libertad de las personas o a las medidas cautelares (embargo y secuestro), tienen cumplimiento inmediato no solo cuando se disponen en providencias independientes, sino también cuando se trata de providencias que admiten la apelación en el efecto suspensivo. Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura solo puede ordenarse cuando la sentencia se

encuentre ejecutoriada, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva...”³⁶.

Así las cosas y para claridad de la defensa y de la señora Procuradora que actúa ante la primera instancia, la resolución de acusación (salvo la proferida en el marco del denominado procedimiento especial), es de aquellas **apelables en el efecto suspensivo**³⁷, lo que quiere decir conforme a la doctrina trascrita, que dicho proveído es de cumplimiento **inmediato**, quedando así sin piso alguno, aquel planteamiento de los apelantes, orientado a decir de manera equivocada que “... no es posible sostener que por el solo hecho de suscribir la resolución el pasado 17 de octubre de 2012, el Despacho crea que tiene una decisión cuando en realidad no la tiene por cuanto no ha cobrado la firmeza requerida, lo que necesariamente desemboca en que mi defendido ha estado en detención física más del tiempo requerido para tener derecho a la libertad provisional...”. (Rad. 14309 de 23 de enero de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Resolución de acusación

Contra la resolución de acusación proferida en una investigación adelantada por el denominado procedimiento especial, solo procede el recurso ordinario de reposición

“...De acuerdo con lo anterior y por efecto de la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1058 de julio 26 de 2006, en la que se establece **un procedimiento especial** en el Código Penal Militar, y conforme a la ritualidad concebida en el inciso quinto del artículo 579 ejúsdem, **contra la resolución de acusación proferida en el marco de ese procedimiento especial, solo procede el recurso de reposición**, por lo que una vez que dicha decisión adquiere firmeza al decidirse **ese único recurso**, el Fiscal adquiere la calidad de parte, y en consecuencia debe remitirse el proceso al Juzgado de Instancia para que convoque a audiencia, la cual deberá celebrarse dentro de los ocho (8) días siguientes, término dentro del cual deberán reunirse el Fiscal

36 Martínez Rave, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Undécima edición, editorial Temis, página 376.

37 Artículo 361 de la Ley 522 de 1999.

y el procesado, acompañado de su defensor, con el propósito de acordar si hay posibilidad de aceptar o no los cargos y las consecuencias que de ello se deriven...”. (Rad. 14345 de 26 de febrero de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Ruptura de la unidad procesal en la exigencia de los tipos penales con sujeto activo calificado por ausencia de competencia de la Justicia Penal Militar

“...No puede predicarse dicho nexo en R. L. porque es evidente que frente a su actuar no emerge relación alguna con el servicio para que a manera de interviniente, si se quiere, se hubiese inmiscuido como parte activa en las delictivas conductas”.

“...Tampoco se amparará la deprecada nulidad impetrada por el recurrente al advertir que se estableció dentro del diligenciamiento la cancelación de la tarjeta profesional de G. C. con anterioridad a su reconocimiento dentro de este proceso y haber este solicitado unas pruebas que finamente fueron ordenadas y practicadas; pues en este evento, acompasando la situación planteada con el principio de trascendencia al amparo de la ineficacia de los actos procesales, la aceptación de tal solicitud de todas maneras pendió del equilibrado criterio del funcionario, quien si accedió a ello, fue porque observó su pertinencia...”. (Rad. 11471 de 27 de septiembre de 2011, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Se decreta nulidad

Fiscalía a quo, no resuelve recurso de reposición contra auto de cierre de investigación y envía la apelación a la Fiscalía ad quem

“Vemos que efectivamente la Fiscalía 25 Penal Militar entra a calificar el mérito del sumario sin resolver el recurso de reposición interpuesto por la defensa, violándose flagrantemente el debido proceso y el derecho de la defensa; además la abogada presentó el recurso de reposición solamente contra el auto de cierre de investigación, no allegó alegatos precalificatorios precisamente por cuanto su memorial era un recurso de reposición, y

tal como lo argumenta la profesional del derecho, el recurso se resuelve de manera independiente, porque sencillamente se le está imposibilitando a la defensa en su momento procesal, lógicamente después de resolver la reposición, de presentar o sustentar los alegatos; pues simplemente el Fiscal *a quo* se pronuncia del recurso de reposición en la providencia que calificó el mérito del sumario, sin darle la importancia procesal a este recurso.

... El funcionario *a quo* debió resolver en forma oportuna el recurso legalmente presentado y no proceder a calificar el mérito del sumario como lo hizo, se afectó de manera seria el debido proceso, caracterizado por el principio de preclusión de las diferentes etapas procesales que impiden iniciar una, sin el previo agotamiento de la inmediatamente anterior, y de contera se lesionó de manera grave el derecho de defensa, al sorprender al apoderado del sindicado con una acusación sin permitirle presentar los correspondientes alegatos precalificatorios, lo que se debe corregir tan grave yerro con una nulidad parcial, a partir de la providencia mediante la cual se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación (fls. 146 y ss. cuaderno No. 2).

Cabe recordar que el proceso penal en sus etapas se va surtiendo conforme al principio de preclusión de los términos, de tal manera, que fenecido un término legal, comienza conforme a los principios lógico y cronológico, la etapa subsiguiente y en tal sentido no es posible que sin entrar a resolver el recurso de reposición contra el auto de cierre de investigación, se entrara a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación”. **(Rad. 14394 del 18 de julio de 2013, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Testimonio

Su credibilidad no se deriva de su absoluta concordancia con otro, sino de coincidencias en aspectos sustanciales.

“...Ahora bien, indica además este segundo apelante, que en la denuncia formulada por el lesionado CCV, dice que para la fecha de autos se encontraba con sus amigos ensayando las motos que habían estado reparando durante ese día, pero que las mismas eran de bajo cilindraje y muy diferentes a las características descritas por las víctimas del hurto aquella no-

che, pues estos aducen que todas las motos eran RX-115, planteamiento que igualmente se convierte en otra de las dudas que no se despejaron en el curso de la investigación, si se tiene en cuenta que la moto del lesionado sí era una Honda C-100 de color azul, catalogada como de bajo cilindraje, sin que sobre ella exista duda alguna de acuerdo al informe rendido por el investigador del laboratorio obrante a folios 66 y ss. del c.o. No. 1, en la medida en que aparece impactada por arma de fuego, mientras que en la denuncia se dice que RARV, se desplazaba en una moto SUZUKY VIVAX 115, y ninguna mención se hace del cilindraje de la moto que conducía CELP, quien tampoco en su salida procesal visible a folios 49 y ss., hace ninguna claridad a ese respecto, resultando por demás curioso que para la diligencia de reconstrucción de los hechos, ni el lesionado, ni tampoco ninguno de sus acompañantes para la fecha de autos, a pesar de estar debidamente enterados de esa diligencia, se hicieron presentes a la misma, ni menos aún hicieron llegar las motocicletas que conducían aquella noche de los hechos, por lo que no se puede descartar que las víctimas del hurto de sus motos, hayan acertado o se hayan equivocado frente al cilindraje de los velomotores en que se trasportaban los antisociales que aquella noche los interceptaron y los despojaron de sus pertenencias, ya que por lo menos la de RA si era una 115, pues no debe perderse de vista que ante una situación de riesgo y de amenaza para sus vidas que describen con lujo de detalles en sus entrevistas y declaraciones, se hubieran podido equivocar frente a ese aspecto, que por su trivialidad o poca importancia, no tendría por qué servir de fulcro para poner en tela de juicio la credibilidad de sus dichos, pues como lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, la credibilidad de un testimonio no se deriva de la absoluta concordancia con otro, sino de coincidencias en aspectos esenciales, más aún en este caso, en que las víctimas del hurto de sus pertenencias, además de no conocerse de antemano, sufrieron las consecuencias en hechos aislados, aunque en la misma noche de los hechos que aquí se investiga, y con el mismo modus operandi. Veamos lo que ha dicho la Corte a ese respecto:

“... Destacó, de otra parte, lo habitual que resulta el que cada uno de los testigos narre los hechos de acuerdo con la particular perspectiva o visión que de ellos tuvieron, sin que tal eventualidad implique restarle credibilidad a sus afirmaciones, apreciación que se aviene al criterio de-

purado por la jurisprudencia³⁸, de acuerdo con el cual puede ocurrir que varios relatos acerca de un mismo evento no sean totalmente coincidentes, mas no por ello debe restárseles credibilidad y desestimárseles, ya que esa es una situación que,

“Resulta normal si es tomado en cuenta que no todas las personas que presencian un hecho tienen la misma capacidad de apreciación, ni se encuentran dentro del mismo plano de percepción visual o auditiva, y que además de ello, las discrepancias que se presentan en el caso sub júdice no son de contenido sustancial, como para llegar a pensar, razonablemente, que los testigos no estuvieron presentes en la escena del crimen, o que sus afirmaciones sobre lo que sucedió no son verdaderas en lo que se dijo”.

Respecto del mismo tema ha dicho igualmente la Sala³⁹, que por aspectos esenciales debe entenderse, en estos casos, aquellos que son sustanciales, principales o notables a lo que constituye el objeto de la declaración y que, en términos jurídico penales, se traducen en todos los supuestos de hecho que conforman el núcleo esencial de la imputación formulada en contra del procesado e, igualmente, todas las circunstancias fácticas de las que pueda derivarse algún argumento trascendente acerca de la verdad o falsedad de dichos enunciados...⁴⁰. **(Rad. 14391 de 22 de julio de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).**

Unidad procesal

La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte los derechos y garantías fundamentales

“...Para pronunciarnos en torno a este primer planteamiento, consideramos prudente auscultar inicialmente cuáles fueron las razones que llevaron al *a quo* para haber dispuesto la **ruptura de la Unidad Procesal**, observándose que a folio 16 de su proveído calificadorio, se adujo que la instrucción de

38 Cf., entre otras, sentencia del 31 de mayo de 2001, radicación 13838.

39 Cf. Sentencia del 18 de junio de 2008, radicación 23283.

40 Sentencia del 2 de julio de 2008, radicado 23142, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

las presentes sumarias no fue lo suficientemente eficiente, comoquiera que resultaba inadmisibles que a la misma se hubiera solamente vinculado al SI. SD; no obstante, que fueron varios los policiales que agredieron para la fecha de autos al señor JH, pero que comoquiera que fueron varias las devoluciones que del sumario se hicieron con destino al Juzgado 172 de Instrucción Penal Militar, en ninguna de las cuales se solicitó la vinculación de otros uniformados que para el día 20 de diciembre de 2008 tuvieron participación en los hechos en que resultara lesionado dicho ciudadano, resultaba pertinente a fin de dar celeridad a esta actuación, y brindar una recta y oportuna administración de justicia, disponer la compulsión de copias para que se investigaran a esos otros uniformados por acción o por omisión, teniendo en cuenta que varios policiales en la Estación, presenciaron los maltratos físicos a los que el ciudadano en mención fuera sometido por parte de otros institucionales, y que ante ello, solo atinaban a reírse y nada hicieron para impedir o para que cesara la agresión que presenciaban en contra de los retenidos.

Ahora bien, aunque resulta cierto que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 217 de la Ley 522 de 1999 –Unidad procesal–, por cada hecho punible debe adelantarse una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales, es esa misma norma la que nos indica que la ruptura de la Unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte los derechos y garantías fundamentales, punto sobre el que nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado desde antaño en similar sentido, esto es, que la ruptura de la Unidad procesal no genera nulidad, y que quien así lo considera, **debe demostrar** que con dicho proceder se vulneraron las garantías fundamentales de su representado, cometido del que definitivamente no se ocupa la defensa del aquí procesado en el memorial contentivo del recurso de apelación. Veamos lo que al respecto ha dicho la señalada Corporación:

“... No desconoce la Sala que si bien la posibilidad de investigar conjuntamente los delitos conexos, como se autoriza en el inciso segundo del artículo 89 del Código de Procedimiento Penal, tiene por finalidad ahorrar esfuerzos en la administración de justicia, evitar decisiones contradictorias y conceder ventajas procesales al acusado, quien por dicha vía, a partir de su vinculación, podrá concentrar su gestión y estrategia defensiva en un solo trámite hasta obtener que el proceso termine en

una única sentencia, **tales beneficios no pueden llevar a desconocer la previsión contenida en la parte final del referido canon, de acuerdo con el cual “la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales”**, ruptura para la cual el artículo 92 ejúsdem prevé seis hipótesis, siendo una de ellas y para los efectos que interesan a la presente determinación, la que se encuentra establecida en su ordinal 2°, valga decir, **cuando la resolución de acusación “no comprenda todas las conductas punibles o a todos los autores o partícipes”**.

De allí que si lo que pretende el defensor recurrente es la nulidad del trámite surtido a partir de la resolución del cierre de la investigación por desconocimiento del principio de la unidad procesal, que se consolidó con la orden de compulsar copias para que se investigara por separado la posible conducta de abuso de autoridad por omisión de denuncia en que **pudo incurrir el doctor (...)** estaba en la obligación de demostrar que con dicho proceder se conculcaron las garantías procesales de su representado, **al punto de tornar la decisión ilegal, acreditación que brilla por su ausencia, porque los argumentos expuestos en la petición, y ahora en la impugnación, no pasan de ser genéricas premisas carentes de razón, por lo que su aspiración estaba llamada al fracaso...**⁴¹. (Rad. 14359 de 27 de mayo de 2013, TC. (r) Rubén Orlando Vargas, Fiscal Segundo Penal Militar).

Unidad procesal. Su ruptura no genera nulidad aunque ya se hubiera determinado adelantar la investigación bajo una misma cuerda

“*Prima facie*, y aunque ello *per se* no encause una determinación nulitoria, debemos sí manifestar que no encuentra consecuente esta instancia que el funcionario consultante hubiese determinado en la etapa previa del acto calificadorio la ruptura de la unidad procesal en un evento en el que ya se había definido por el juez el adelantamiento de la inactiva bajo una misma cuerda, pues al fin de cuentas existía allí una conexidad procesal por

41 Auto del 20 de mayo de 2003, radicado 20049, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

comunidad de medio probatorio que permitía *ab initio* así haberlo dispuesto, motivo por el cual pertinente es transliterar lo que sobre el tema ha sido la posición del Despacho, así...”. (Rad. 10406 de 27 de mayo de 2008, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Valoración probatoria. Se revoca acusación porque aparece tatuaje y el procesado nunca estuvo cerca a la víctima

“Así las cosas, si nos detenemos en un ponderado proceso de evaluación probatoria, encontraremos que podrá afirmarse que en principio aparecen las versiones de un lado y otro con igual peso de credibilidad, aunque se traten las testimoniales de cargo de familiares y amigos de la lesionada, y de todas maneras las de descargo de vecinos y amigos, también, del vinculado, empero lo que viene a romper ese equilibrio para ofrecer más valía a los testimonios depositados por los testigos de descargo es simplemente lo referido en la historia clínica sobre la inmediata atención que se le brindada a aquella, en donde efectivamente se enuncia, tal cual con contundencia lo expresa la defensa como uno de los más firmes argumentos en su misiva, que la herida en la región anatómica afectada presenta signos de tatuaje...”. (Rad. 14308 de 30 de septiembre de 2013, Doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).



Carrera 66 No. 24-09
PBX: (571) 457 8000
www.imprenta.gov.co



Justicia Penal Militar

Avanzar con Justicia,
Autonomía e Independencia

Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Carrera 13 N° 27-00 - 7° Piso - oficina 701 | Edificio Bachué
Teléfonos: 3346078 - 3340872 - 3347519