

Revista Judicial Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Edición No. 003 Abril 2015

Compilación jurisprudencia [Incluye CD con sentencias]



"No consideramos que la justicia se nos presente por naturaleza porque sí, sino porque se puede enseñar y se aprende con la práctica".

Platón



Tabla de Contenido



Vista anterior



Página anterior



Página siguiente



Cerrar



Ver Providencia completa

Revista **Judicial**

Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo
Coordinadora Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar
Fiscal 1° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar
Desde el 2 de abril de 2007 hasta el 2 de abril de 2015

Dr. Neil Oswaldo Rodríguez Morales
Fiscal 3° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar
Desde el 2 de abril de 2007 hasta el 2 de abril de 2015

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

Jennyfer Molina Sánchez
Dirección de Arte

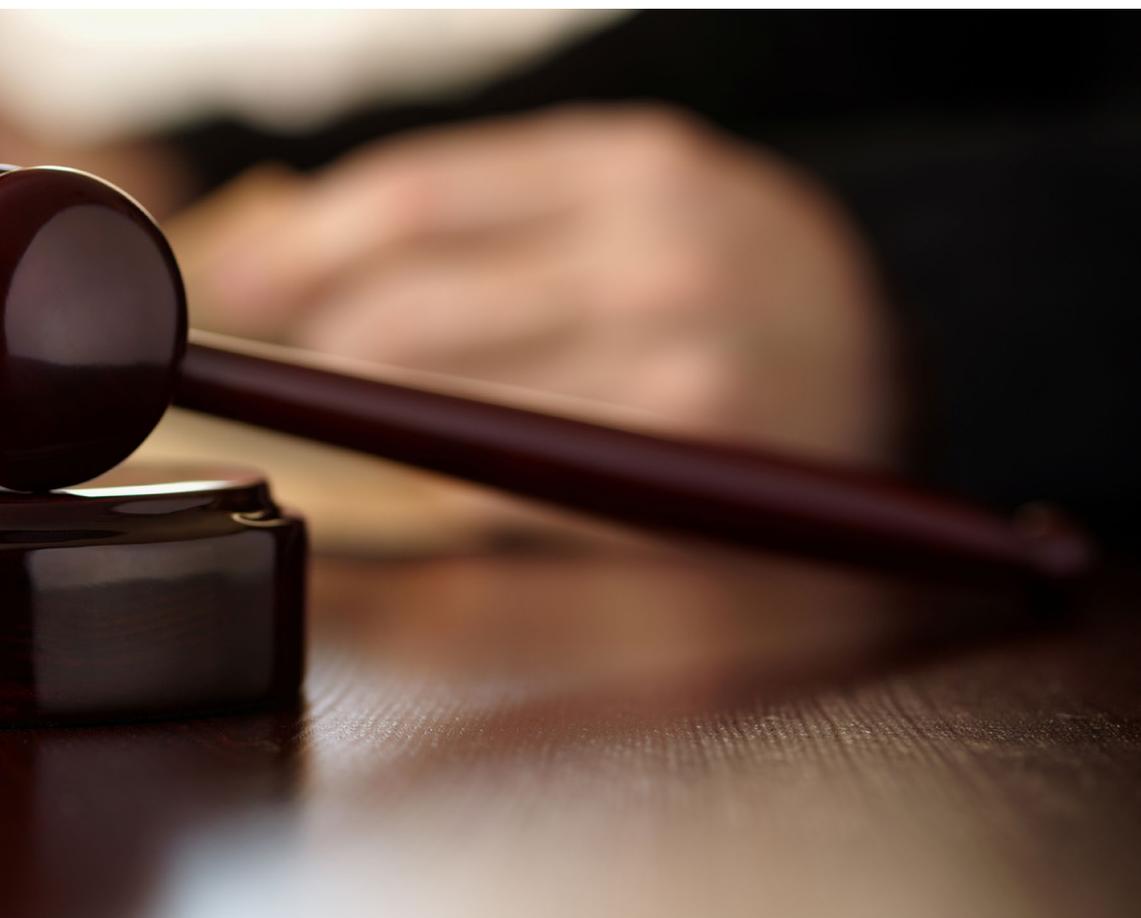
Ministerio de Defensa Nacional
Banco de Imágenes Imprenta Nacional de Colombia
Registro fotográfico

Imprenta Nacional de Colombia
Diseño y reproducción virtual



Editorial

Una vez concluido mi período en el cargo de Fiscal Primera ante el Tribunal Superior Militar, que coincidió con el honor del encargo de la Coordinación de las Fiscalías, uno de los retos que en su momento nos propusimos como operadores judiciales fue la publicación y edición de una revista especializada en esta jurisdicción "Revista Judicial de las Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar" que consigna providencias que constituyen un criterio auxiliar de interpretación a sus servidores, en particular sus fiscales, asistentes, secretarios y escribientes en su devenir laboral, así como material de consulta o estudio para el público en general y la academia.



En este volumen se registran diversas providencias calificatorias, con diferentes sujetos procesales y temáticas con circunstancias probatorias y tempoespaciales, que son el producto de un responsable proceso de permanente capacitación y actualización, sujeto al respeto y amor por nuestro servicio en pro de una recta y cumplida administración de justicia.

Nuestro compromiso siempre ha estado marcado por un derrotero encaminado a garantizar la Seguridad Jurídica y el Debido Proceso al personal vinculado a una causa penal; que cuente con una Justicia Penal Militar y Policial, constitucional y 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.

Logro alcanzado, gracias al sacrificio, apoyo y abnegación en su servicio de cada uno de los funcionarios judiciales, secretarios, asistentes, escribientes, miembros de la Policía Nacional y judicantes de las Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar, quienes con su mística, disciplina, honestidad, transparencia, objetividad, pero por sobre todo su LEALTAD, cariño y entrega hicieron posible alcanzar este objetivo institucional.

Su compañera y amiga, quien con un hasta pronto, le implora a nuestro Señor para ustedes y sus distinguidas familias, bendiciones por siempre.

CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo

Coordinadora Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Anexo: Cd que contiene el material referenciado,
para que se facilite su consulta y difusión.

Índice de Providencias de las Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Abuso de función pública

Rad. 14295 de 30 de mayo de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 11

Apelación no procede en temas de competencia

Rad. 14106 de 30 de mayo de 2013

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 11

Aplicación del DIH en la muerte de un civil que comparte el peligro al que el subversivo se expone. Respeto al principio de humanidad.

Rad. 14315 de 11 de junio de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 12

Ataque al inferior

Requisitos exigidos para que se configure el delito de Ataque al inferior.

Rad. 14341 de 27 de enero de 2015.

CR. (R) CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 12

Atipicidad en el delito de ataque al inferior.

Valoración del testimonio.

Rad. 14301 de 24 de mayo de 2013

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 17

Concusión

Propósito *ab initio* no guarda relación con el servicio.

Rad.14483 de 12 de junio de 2014.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 18

Delitos de omisión impropia. Posición de garante en el delito de homicidio.

Rad. 14414 de 28 de noviembre de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 23

Delitos militares, no procede recurso de apelación en contra de la resolución de acusación en delitos contemplados contra la Ley 1058 de 2006.

Rad. 14458 de 7 de febrero de 2014.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 24

Determinador y coautor en diversas conductas punibles

Rad. 14304 de 30 de septiembre de 2014.

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

Falsedad ideológica en concurso con destrucción, supresión u ocultamiento de documento público.

Rad. 14447 de 20 de noviembre de 2014.

CR. (R) CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 27

Falsedad ideológica en documento público

Ausencia de dolo y de lesividad al bien jurídico de la fe pública.

Rad. 14474 de 29 de mayo de 2014.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 28

Falsedad inocua. Ausencia de antijuridicidad material

Rad. 14264 de 13 de febrero de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 33

Homicidio

De la presencia de un error invencible.

Rad. 14460 de 30 de mayo de 2014.

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

Homicidio

Causal de justificación de la legítima defensa, para juzgar la necesidad del medio utilizado en la defensa no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio empleado, sino el uso que de él se hace.

Rad. 14467 del 30 de mayo de 2014.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 36

Homicidio

Pruebas recaudadas desvirtúan una legítima defensa respecto al combate, lo cual genera duda y da lugar a enviar proceso a la Justicia Ordinaria.

Rad. 14514 de 5 de marzo de 2015.

CR. (R) CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 39

Homicidio culposo

Se revoca la resolución de acusación, se profiere cesación de procedimiento por obrar en cumplimiento de un deber legal amparados en las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

Rad. 14422 del 25 de abril de 2014.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 41

Homicidio culposo

Violó el deber objetivo de cuidado (actuó negligentemente e imprudentemente al manipular el fusil en un sitio inadecuado).

Rad. 14439 del 25 de febrero de 2014.

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

Homicidio culposo

Se revoca la resolución de acusación y en su lugar se profiere cesación de procedimiento, al no vulnerarse el deber objetivo de cuidado de análisis de circunstancias fácticas que rodean los hechos y se concluyó en adoptar la decisión basados en un error invencible.

Rad. 14526 de 21 de enero de 2015.

CR. (R) CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 45

Homicidio. Error vencible. DIH. Violación de los principios de distinción y proporcionalidad.

Rad. 14363 de 31 de julio de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 50

Impedimento

El Fiscal no integra la Corte Marcial de la Ley 522 de 1999.

Rad. 14341 del 21 de marzo de 2014.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 51

In dubio pro reo. No procede por ausencia de la versión del imputado al ser declarado persona ausente.

Rad. 14486 de 30 de octubre de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 54

Legítima defensa putativa.

Rad. 14443 de 30 de octubre de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 55

Lesiones culposas - no error - no caso fortuito - no prueba de manipulación del arma

Rad. 14455 de 30 de octubre de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 56

Lesiones personales

La falta de conocimiento de la antijuridicidad del hecho excluye la culpabilidad.

Rad. 14513 de 11 de noviembre de 2014.

CR. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 56

Lesiones personales

Cesación de Procedimiento, *in dubio pro reo*

Rad.14528 de 11 de febrero de 2015.

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

Lesiones personales culposas

Se cumplen los requisitos del artículo 556 del Código Penal Militar para proferir resolución de acusación.

Rad. 14449 del 26 de junio de 2014.

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

Nulidad

Nulidad por vulneración del principio de la investigación integral.

Rad. 14502 de 17 de febrero de 2015.

CR. (R) CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 64

Nulidad del auto de cierre para que se vincule no solo por desobediencia, sino por todas las conductas.

Rad. 14434 de 28 de noviembre de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 66

Nulidad por falta de motivación del recurso de apelación

Rad. 14276 de 30 de abril de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 66

Nulidad por indebida calificación del mérito sumarial. Discrepancia con el Tribunal Superior Militar frente al asunto

Rad. 11306 de 30 de mayo de 2013

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 67

Nulidad por indebida valoración probatoria

Rad. 14245 de 17 de febrero de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 68

Peculado culposo

Caso fortuito, Derecho Penal de Acto. Se revoca la resolución de acusación y en su lugar se profiere cesación de procedimiento.

Rad. 14161 de 26 de mayo de 2014.

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

Prevaricato por omisión. Indicios del dolo.

Rad. 14366 de 30 de septiembre de 2014.

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

Prueba testimonial. Justa valoración. Contradicciones no suponen siempre su desacreditación.

Rad. 14427 de 28 de enero de 2014.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 74

Recurso de apelación

Se declara desierto el recurso, por falta de sustentación jurídica, se limita a la transcripción de los alegatos precalificatorios.

Rad. 14562 del 10 de marzo de 2015.

CR. (R) CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 75

Requisitos de la imputación en el delito imprudente.

Rad. 14337 de 27 de junio de 2014.

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

Ruptura de la unidad procesal. Intangibilidad de la consulta no apelada en decisiones mixtas.

Rad. 13035 de 30 de abril de 2012.

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

Se acepta impedimento, causal quinta, artículo 277, Ley 522 de 1999

Se acepta impedimento por existir amistad íntima entre alguna de las partes y el Juez, Fiscal o Magistrado.

Rad. 14560 de 15 de diciembre de 2014.

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

Teoría imputación objetiva

Culpa exclusiva de la víctima.

Rad. 14471 del 30 de enero de 2015.

CR. (R) CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar 82

Uso de armas de dotación

El uso de las armas de dotación debe estar gobernado por los Principios de Excepcionalidad y Proporcionalidad; cuando hay multitud de personas no le es autorizado hacer uso de las armas.

Rad. 14448 de 27 de junio de 2014.

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

Violación del deber objetivo de cuidado en el manejo de armas.**No caso fortuito. Prueba de referencia**

Rad. 14455 del 30 de octubre de 2014

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar 90

Extractos Providencias Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Abuso de función pública

“Por todo lo anterior, resulta abiertamente improcedente la revocatoria de la acusación que petitiona el apelante, coadyuvada por el concepto del Ministerio Público interviniente ante la Segunda Instancia, pues la realización de funciones por un servidor público que sean diversas 'de las que legalmente le correspondan', exige una especial cualificación para el sujeto activo del tipo penal que define el delito de abuso de función pública y tiene por objeto jurídico que los funcionarios del Estado no invadan los ámbitos de competencia determinada para otros servidores públicos, es decir, el legislador pretende que cada uno de sus agentes se limite a cumplir las funciones y competencias que les son propias o inherentes, competencia esta que tiene que estar suficientemente establecida y determinada en la Constitución y la ley, incluidos los reglamentos, resoluciones, órdenes superiores, etc.”. **(Rad. 14295 de 30 de mayo de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Apelación no procede en temas de Competencia

“Y es que, baste solamente con revisar la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia al respecto para iterar lo inexacto de la actuación adelantada por el *a quo* cuando al atender la petición de la Procuraduría dispone conceder la alzada ante las Fiscalías destacadas ante el Tribunal Superior Militar, disenso enfilado a deprecar el envío de la actuación ante la jurisdicción ordinaria, cuando lo acertado era respetar el procedimiento que se encuentra claramente reglado en la normatividad pertinente”. **(Rad. 14106 de 30 de mayo de 2013, Dr. Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Aplicación del DIH en la muerte de un civil que comparte el peligro al que el subversivo se expone. Respeto al principio de humanidad

Ahora, si bien es cierto, de cara a la muerte de Yeimi Ariza Duarte, se tiene que al parecer esta no portaba armas de fuego que hicieran suponer por su parte un ataque o la inminencia de aquel, no lo es menos que en las circunstancias en las que se encontraba debió someterse a la suerte que conllevaba compartir el peligro que se cernía contra quien sí dispuso el ataque contra la tropa, no solo bajo la concepción pura de la aplicabilidad del derecho penal interno, en el cual su muerte estaría enmarcada por un caso fortuito, pues no puede la norma privilegiar la defensa de la vida de una persona permitiendo repeler una agresión actual o inminente y al mismo tiempo reprochar la consecuencia de esa reacción en términos de razonabilidad, sino en el contexto, también, del Derecho Internacional Humanitario en el criterio de asumir que personas civiles que se hallen al interior de un objetivo militar o de sus inmediaciones comparten el peligro al que este se expone, y es claro que en el caso de marras ella admitió esa asunción de peligro, si es que se descartase de plano que se tratara, igualmente, de una integrante de la subversión, pues de lo contrario, adquiriría el plus de combatiente, o mejor, partícipe de las hostilidades, lo que *ipso facto* la convertiría en un blanco legítimo, respetando, eso sí, el principio de humanidad. **(Rad. 14315 de 11 de junio de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Ataque al inferior

Requisitos exigidos para que se configure el delito de *ataque al inferior*.

“En el *ataque al inferior* el verbo rector contenido dentro del tipo penal, determinado como atacar, implica una agresión, acometimiento o arremetida que se especifica debe ejecutarse por el superior en grado, antigüedad o categoría con conexión al subordinado. Ese ataque ha de ejecutarse, según la descripción normativa, por las vías de hecho, o sea, que la agresión se traduzca en actos tangibles, infiriendo un despliegue físico del agresor hacia el subordinado o inferior, recurriendo el primero a los propios medios que le permite el sistema somático o corporal; v. gr. golpes o arremetidas con los

miembros superiores o inferiores o con la cabeza o con el tronco; o mediante el empleo de instrumentos dirigidos a causar daño en el segundo, sin que necesariamente como consecuencia del acto se derive una lesión personal representativa de sintomatología o signos desde el punto de vista de sus acepciones médicas, o en otros términos, el ataque al inferior no requiere que se produzcan lesiones o secuelas para considerar su estructuración típica.

En el caso de autos, a través de la prueba testimonial de los presenciales de los hechos materia de la investigación, de manera real y efectiva se demostró con fuerza de verdad fáctica y probatoria que el T3. x arremetió de manera física contra la humanidad de los soldados x y mediante golpes con una tabla en sus glúteos, estos se producían por diferentes razones como son por acto de indisciplina, por estar de cumpleaños, por no pertenecer a la agrupación de seguridad tal como lo señala a folio 1° el Comandante del Comando Aéreo de Transporte Militar, hoy General Guillermo León León.

(...)

La disciplina dentro de las Fuerzas Militares, como lo preceptúan sus respectivos reglamentos, es condición para la existencia de las mismas. En su esencia, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones del subalterno; permite al primero exigir y obtener del segundo que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación; pero también se desprende del Reglamento de Régimen Disciplinario que el trato recíproco y las relaciones entre los miembros de las Fuerzas Militares deben estar regidos por sentimientos de hidalguía (nobleza, generosidad, caballerosidad, distinción), franqueza (sinceridad), seriedad (mesura, sensatez, circunspección), respeto (consideración, deferencia) y compañerismo (camaradería), y se mantiene –la Disciplina– cumpliendo los deberes y ayudando a los demás a cumplir los suyos, dentro del marco del mutuo respeto puesto que el acatamiento y la sumisión pueden producirse por la sola estimación del poder que respetamos, así como de la consideración de pertenencia institucional y del sentimiento de compañerismo y deferencia bilateral que debe imperar entre superiores y subalternos.

Para este Despacho la actitud observada por el T3. x se desarrolló dentro de un marco de superlativo menosprecio y absoluta falta de considera-

ción hacia la dignidad humana de sus subalternos, pues por un lado el suboficial llevándolo a suplir su falta de autoridad para obtener el acatamiento de sus órdenes golpeó a dos de ellos con una tabla en sus glúteos, como así lo aceptó el sumariado en su diligencia de inquirir y ampliación de la misma y, en otras, según su dicho, lo hizo a manera de felicitación cuando estos cumplían años, actos que de por sí no dan lugar a justificar conducta alguna ilícita de parte de ese superior.

Si bien la disciplina es fundamento esencial para la estructura de la comunidad militar y hay que preservarla a todo trance, ello no puede dar lugar para que se llegue a invocar o aceptar que un superior militar en actos del servicio ataquen por vías de hecho a sus subalternos, generalmente hombres del pueblo colombiano que llegan a la institución para prestar el servicio militar obligatorio en cumplimiento de la Constitución y la ley, bajo el pretexto de que se está impartiendo disciplina cuando no cumplen a cabalidad las órdenes ni los requerimientos o como una manera de felicitarlos, ello no puede ser una causa justa y menos aún como lo pretende la defensa del procesado que se señale que dichos correctivos o formas de felicitación sean conductas que no tienen relación alguna con el servicio y que, por ende, deben catalogarse como atípicos, pues, como bien se observa, la conducta desplegada por el militar no iba solamente dirigida a felicitarlos por los cumpleaños, sino además como mecanismos para corregir actos de indisciplina.

(...)

De lo consagrado en el ordenamiento castrense respecto al tipo penal, podemos inferir que se necesita una serie de presupuestos para la configuración del delito, así también lo ha señalado el honorable Tribunal Superior Militar, en decisión de radicación 155250 del 16 de marzo de 2009 con ponencia de la Magistrada TC. Jacqueline Rubio Barrera, estos son:

1. La condición de superior jerárquico de sujeto activo.
2. El carácter de subordinado del sujeto pasivo.
3. Que se haya producido un ataque por vías de hecho al inferior.
4. Que el ataque se produzca en actos relacionados con el servicio.

Presupuestos que para la Fiscalía a quo se perfeccionan y, por la tanto, es imputable la conducta punible correspondiendo con el acontecer fáctico.

(...)

De igual manera, profundizando en el presupuesto para la tipificación del reato materia de apelación, el cual se dirige a los actos relacionados con el servicio, traemos otro importante pronunciamiento del honorable Tribunal Superior Militar que aclara específicamente la relación con el servicio.

“...ha sido reiterativo el Tribunal en señalar que los actos relacionados con el servicio no pueden ser entendidos a partir de una lectura asistemática de la legislación colombiana, ni exegética de los artículos 217 y 218 de la Carta Política.

Quienes piensan así olvidan que las Constituciones consagran la filosofía que inspira un Estado, sus principios, valores y fundamentos de contenido general que materializan su efectivización en normas que la desarrollan, como son la ley, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos, directivas, por solo citar unos eventos. Por ello pretender que la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional, el orden constitucional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, es donde se expresa de manera única y exclusiva el acto del servicio, resulta desafortunado, toda vez que allí se enuncie la finalidad, pero no la forma como se alcanza la misma.

Los cometidos constitucionales no se alcanzan si no se tiene una estructura militar y policial que cuente con el recurso humano calificado y logístico que permita efectivizarlos. Para ello se ha de suponer una organización sólida, disciplinada, cohesionada, estructurada y jerarquizada, altamente calificada, en razón de la autoridad que representan y la función que los inspira. Esto es, se ha de contar con el potencial humano, para ello se le debe incorporar, capacitar, instruir, entrenar y reentrenar, se deben tener medios y recursos, con una organización a su interior que garantice el cumplimiento del servicio y la disciplina, lo que se traduce en eficacia operacional. Vale decir, los aspectos propios del servicio implican actividades de instrucción y entrenamiento, de régimen interno como son las formaciones, los servicios de guarnición, actividades administrativas y operacionales, las que no se alcanzan si no se cuenta con esa distribución logística, administrativa, si no

se tiene una organización que identifica las fuerzas (Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional), su razón de ser y la definición de roles, sugiere una clasificación estructurada, jerarquizada y perfectamente armonizada”¹. (Negrita y subrayado fuera de texto).

(...)

La relación con el servicio en el acontecer fáctico que nos ocupa es a la luz de la Jurisprudencia del honorable Tribunal Superior Militar y de la Corte Suprema de Justicia, muy clara en que 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 Superior Militar y la Corte Suprema de Justicia, 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 supedita 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.**

(...)

De la misma manera nuestra Constitución protege la vida, la integridad física y moral y proscribida la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La singularidad en el ámbito castrense radica en la especial relevancia del principio de jerarquía y el deber de obediencia que tienen las relaciones entre los miembros de las unidades militares. Si se otorga el

1 Rad. 155828, 12 de marzo de 2010, M. P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión.

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.

(...)

De la misma manera, por las reglas de la experiencia, lógica y sentido común se entiende que cualquier actuación que implique violencia, agresión física, o situaciones donde se inflija dolor injustificadamente debe ser comprendida como un acto NO aceptado en el ámbito militar, si precisamente su función constitucional es la de salvaguardar la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos, y por lo tanto, debió tener presente el encartado que estaba cometiendo un acto inaceptable.

(...)

Entonces se concluye que, según las sumarias, quedan plenamente perfeccionados todos los elementos objetivos y subjetivos en la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad necesarios para endilgar este tipo penal de *ataque al inferior*, confirmando así la Resolución de Acusación proferida por la Fiscalía 121 ante el Comando Aéreo con fecha 15 de mayo de 2014”. **(Rad. 14341 de 27 de enero de 2015, CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Atipicidad en el delito de ataque al inferior. Valoración del testimonio

“Y es que ciertamente, si se concita la atención en lo acaecido para la calenda de marras, adviene de inmediato el desarrollo lógico de una debida inferencia para determinar en últimas a quién le asiste razón, si a DÍAZ MARTÍNEZ en su denuncia, o a AMAYA TRUJILLO en su diligencia de inquirir, para darnos cuenta de que definitivamente la generalidad de los declarantes confluyen en indicar que la acción del oficial se direccionó a reprender al soldado por lo que había hecho, empero también niegan haber observa-

do algún tipo de agresión en contra de la humanidad de este, y es aquí en donde se halla el álgido punto para determinar si en realidad la acción del vinculado constituye o no un verdadero ataque, eso sí, en los términos que lo visiona la tipología en cita para hacerlo reprochable por los cauces del derecho penal, demandándose necesario efectuar el pertinente análisis dogmático de aquella categoría punible, pues el dispositivo refiere claramente un ataque por vías de hecho el cometido y no solamente las vías de hecho sin comprobarse la estructuración de aquel ataque, lo que hace, en consecuencia, demandable la total demostración de este, o si se quiere, al menos una amenaza de aquel, para encasillarlo bajo las premisas del arto 120, *ut supra*; empero cuando se establece que ni lo uno ni lo otro logra evidenciarse con basamento en las probanzas recopiladas y depuradas por el matiz de la sana crítica, la única e ineluctable conclusiva que subyace es que la conducta florece atípica por falta de uno de los elementos del tipo, que no otro que su verbo rector.” (Rad. 14301 de 24 de mayo de 2013, Dr. Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Conclusión

Propósito *ab initio* no guarda relación con el servicio

“De entrada debemos manifestar que la simple calidad de miembro activo de la Fuerza Pública de los implicados (aspecto que fue acreditado fehacientemente dentro del sumario)², no se constituye en el único elemento a analizar en el momento de determinar la competencia de esta jurisdicción especial para conocer de la actuación, ya que se debe demostrar, además de ello, que las actividades realizadas por el sujeto activo de la infracción penal en el momento de cometer el injusto, tengan un vínculo directo con los objetivos institucionales establecidos en la ley, pues de lo contrario estaremos frente a un delito típicamente común que debe ser adjudicado a la justicia ordinaria. En otras palabras, si como en el presente caso, se comete una infracción penal por miembros de la Policía Nacional mediante conductas ajenas al servicio, su accionar aunque debe ser investigado como un comportamiento delictual, esta actividad recae en la jurisdicción penal ordinaria y no por la justicia castrense.

2 Folios 29 y ss. Documentos aportados por el Área de Talento Humano MEVIL.

Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-358 de 1997 ha venido marcando el derrotero que debe seguirse al momento de dilucidar si la competencia recae sobre esta o aquella jurisdicción, al expresar:

“El miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad pública, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias...

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...

Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún

más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales”³.

Sobre la falta de competencia al respecto del delito de concusión, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante proveído dictado el 10 de agosto de 2010, dijo lo siguiente:

“Siendo ello así, desde ningún punto de vista es evidente el vínculo jurídico entre el delito perpetrado contra la administración pública (concusión) adelantado por la justicia militar y algún acto del servicio; explíquese aún más, ni con las funciones de policía judicial encomendadas constitucionalmente a algunos servidores, pues el requerimiento de aquellos para con sus víctimas Gretty Arenas Robledo, José Gabriel Foronda y Sandra Dalila Rojas, a fin de que les entregaran cierta cantidad de capital y, por esa vía, no dejarlos a disposición de la Fiscalía, amén de prometerles arreglar una supuesta orden de captura que recaía contra la primera de las citadas; desde luego, **nada tiene que ver con actos institucionales asignados a los uniformados y, tampoco, muestran una extralimitación de poder dentro del marco de la actividad propia de la función policial, sino la deliberada infracción de la ley penal ordinaria, desde luego, extraña al servicio que ellos deben desempeñar.**

Así las cosas, se advierte desde ya la conexidad entre el proceder ilícito de los inculpados frente a un comportamiento típico que no hace parte

3 Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997.

del servicio. Así lo entendió esta Sala cuando en un caso análogo al que nos ocupa, expresó⁴:

“El Tribunal, conforme con el fallo de la Corte Constitucional C-358 de 5 de agosto de 1997 que excluyó del anterior Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1998) las expresiones 'con ocasión del servicio' o 'por causa de este', entendieron cabalmente que el requerimiento hecho al dueño del automotor estaba al margen de la función policial, pues si el miembro de la policía en servicio activo delinque en actividad no relacionada con la prestación de dicho servicio ha de ser sometido, como en efecto ocurrió, a la jurisdicción ordinaria, al no quedar amparado por la circunstancia foral.

Así, se queda sin sustento también la afirmación del libelista relacionada con que el juzgamiento de su defendido por sus pares sería más favorable, pues no se entiende de qué manera las normas del Estatuto Castrense y el procedimiento en él previsto conllevarían un trato benéfico para su situación jurídica”.

Por tanto, se trata de un punible realizado por fuera de cualquier atribución, deber legal o constitucional asignado a los funcionarios que integran la Policía Nacional, motivo por el cual el delito imputado y por el que fueron procesados el subteniente Carlos García Montero y el agente Aldemar Bote-ro Rodríguez para nada se identifica o aproxima a una conducta propia del servicio.

En este orden de ideas, le competía adelantar la instrucción y el juicio de los hechos ilícitos aquí denunciados a la jurisdicción ordinaria y no a la justicia castrense; motivo por el cual es evidente el yerro denunciado y con fundamento en ello se ordenará en la parte resolutive del presente proveído, declarar la nulidad de lo actuado, inclusive, desde la resolución de apertura de indagación preliminar y, en su defecto, remitir las diligencias a la Fiscalía General de la Nación, que es la institución competente para adelantarla, en estricto cumplimiento de la ley y de las prerrogativas desarrolladas por la jurisprudencia”⁵.

4 Ver sentencia del 23 de mayo de 2007. Radicado 25.405.

5 Sentencia No. 29934, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia. M. P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

Frente a lo anterior, es necesario remitirnos a los elementos estructurales del delito de concusión, previsto y sancionado en el artículo 404 del Código Penal ordinario, el cual exige para su agotamiento que el servidor público abusando de su cargo o de sus funciones, realice alguna de las diversas conductas alternativas señaladas en la norma, con el objeto de constreñir o inducir a su víctima, para obtener de ella una prebenda dineraria o utilidad similar.

La doctrina y la jurisprudencia han definido el constreñimiento, como aquel que emplea medios coactivos que quebrantan la voluntad del sujeto pasivo de la acción, o a través de amenazas que exhiben actos de poder con miras a obtener la finalidad pretendida; mientras que la inducción, se lleva a cabo por el exceso de autoridad furtivo, que presenta como legal un acto que no lo es, produciendo temor e intimidación en el sujeto pasivo, buscando que omita o haga aquello que el funcionario desea, con la excusa de evitar o extender aún más el perjuicio en su contra.

Entre tanto, no es suficiente que el infractor exhiba su sola calidad de servidor público para configurar el reato, ya que se hace indefectible que este abuse del cargo, utilizando su condición o investidura legal para propiciar en el sujeto pasivo un acto ligado a la satisfacción de sus intereses lucrativos ilegítimos; mientras que el abuso de la función, se enmarca excediendo, coartando o restringiendo de manera indebida sus límites, o se usan con propósitos incorrectos o contrarios a la función pública.

En el caso concreto, la inducción perpetrada por los Patrulleros x y x al particular x **la madrugada de marras, en manera alguna guarda relación con el servicio que prestaban como miembros del CAI “Buque”**, cuya misión institucional encomendada, como ya se anotó, estaba supeditada al servicio de vigilancia del cuadrante asignado para prevenir cualquier acto delincuencia, por lo que la intimidación sustentada en la subrepticia inmovilización del automotor de servicio público con una grúa, no se constituye en un exceso indebido de sus tareas policiales, pues estas, como acertadamente lo aseguró el PT. x, **eran de competencia de la Policía de Tránsito**, y si bien el argumento central de los indagados para edificar temor en la psiquis del conductor era la comisión de un presunto ilícito, su propósito concreto

ab initio era percibir una utilidad fraudulenta, a cambio de omitir un procedimiento ajeno a sus funciones propias.

(...)

Por todo lo anterior, se reitera, las pruebas aportadas en este expediente, no hacen que emerja de manera diáfana esa relación con el servicio necesaria para que opere el fuero penal militar y, por ende, la competencia de esta justicia especializada, por lo que estimamos 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...**". (Rad. 14483 de 12 de junio de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Delitos de omisión impropia. Posición de garante en el delito de homicidio

De esta manera, para el análisis de la imputación a título de autor en la modalidad de comisión por omisión, delitos de omisión impropia, de cara al homicidio agotado en Miguel Ángel Figueroa Díaz que en los albores de la instrucción se enrostró a Novoa Daza, hemos de remitirnos a la consolidación de los conceptos que supone este instituto para concluir, entre otras cosas, que los fundamentos que de amplia, ponderada y acertada manera expresó la Corte Constitucional en la Sentencia SU-1184 de 2001, no alcanzan en el evento sub exámine a satisfacer los estándares que ello demanda, toda vez que no basta con: (i) verificar la posición de garante de Novoa Daza frente a Miguel Ángel Figueroa Díaz como protector de sus derechos fundamentales y (ii) que tal condición emerja, para el estricto caso que nos ocupa,

de una competencia institucional; es necesario, además, establecer sin ambages que Novoa Daza teniendo el deber jurídico de obrar para impedir un resultado típico era conocedor que los soldados William Alexander Figueroa Estrada y León Alemesa Meza irían a actuar o estaban actuando de ilegal manera y a pesar de contar con los medios para contrarrestar tal proceder no hubiese hecho nada por evitarlo, por ende, no puede, a partir de allí, concluirse que estando en sus manos el direccionamiento de un resultado que le correspondía sortear omitió materializar el contenido de lo que suponía aquella posición de garante, siendo este aspecto de capital importancia al interior de cualquier discernimiento que se intente al abordar el estudio del tema. **(Rad. 14414 de 28 de noviembre de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Delitos militares, no procede recurso de apelación en contra de la resolución de acusación en delitos contemplados contra la Ley 1058 de 2006

La Ley 1058 del 26 de julio de 2006 señala: "...que contra estos delitos típicamente militares, solo procede el recurso de reposición".

Señala la Corte:

"Así, Cristian Camilo Rodríguez Barreto trae a esta sede excepcional, su inconformidad con la providencia mediante la cual la Fiscalía 28 Penal Militar calificó el mérito del sumario en el proceso que se adelanta en su vulneración de sus garantías fundamentales, concretamente la de favorabilidad.

Sin embargo, lo cierto es que el accionante no observó en debida forma los requisitos de procedibilidad de la tutela cuando esta se interpone contra providencias judiciales, porque como bien lo refirió la Fiscalía accionada en su respuesta, el expediente en la actualidad se encuentra en curso, para la realización de la audiencia de corte marcial.

Por tal razón, si tiene a su disposición un mecanismo ordinario mediante el cual puede cuestionar la decisión que pretende mostrar como una vía de hecho, es imperioso negar el amparo invocado, atendiendo al carácter excepcional y residual

de la acción de tutela, máxime escenario idóneo para debatir lo relativo a la aplicación en su caso de la Ley 522 de 1999, en respeto del principio de favorabilidad que considera le asiste.

En consecuencia, respecto de ese tópico, deberá negarse el amparo invocado por el libelista.

2. De otra parte, concedió el Tribunal Superior de Bogotá el amparo constitucional al debido proceso y en tal virtud, determinó ordenar a la Fiscalía accionada que diera trámite al recurso de apelación que, en su concepto, procede contra la resolución que calificó el mérito del sumario.

Sin embargo, como bien lo refiere la accionada en el escrito impugnatorio, no atendió el juez constitucional a quo el procedimiento especial que se estableció en la jurisdicción penal militar a través de la Ley 1058 de 2006, en la que para delitos como el de abandono del servicio –por el cual fue acusado el ahora accionante– (...).

Así, se evidencia que le asiste razón a la Fiscalía impugnante cuando manifiesta que contra la resolución de acusación, en el caso concreto, procede únicamente el recurso de reposición y así lo consignó en el escrito en el que calificó el mérito del sumario.

La determinación cuestionada fue proferida por la accionada con estricto apego al procedimiento especial que para el caso contempla la Ley 522 de 1999, por tratarse de la presunta comisión del punible de abandono del servicio y por ello fue que refirió que contra ella solo procedía el recurso horizontal, sin que para la Sala tal proceder configure una vía de hecho, pues es el rito que debía seguir a voces del artículo 579 del Código Penal Militar de 1999.

Por tal razón, lo procedente será revocar el fallo impugnado, emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y, por tanto, negar íntegramente el amparo constitucional invocado por Cristian Camilo Rodríguez Barreto, por las razones en precedencia señaladas”.

“Así las cosas y de conformidad a lo anterior, esta Fiscalía ad quem no tiene la competencia para conocer el recurso de apelación presentado por

el doctor x, en contra de la resolución de acusación proferida por la Fiscalía *a quo*, siguiendo los lineamientos de la Ley 1058 de 2006 que establece que contra esta clase de providencias y por los delitos señalados no procede el recurso de apelación”. (Rad. 14458 de 7 de febrero de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Determinador y coautor en diversas conductas punibles

“Ahora, el argumento según el cual el teniente Edgardo Suárez Rojas no incurrió en ninguna conducta delictual, toda vez que solamente le dijo a Cerquera Pastrana que la munición sobrante había que 'legalizarla', parece no encontrar vocación de prosperidad, pues la expresión utilizada por aquel en el contexto en que se dio jamás supone una legal maniobra que le hubiese ordenado a su subalterno, pues sencillamente era conocedor que ese sobrante no podía legalizarse de diversa manera cuando sabía que en los libros de tiro y actas aparecería como material consumido durante los polígonos realizados en el mes de octubre de 2006, de allí que el margen de entendimiento para hacer creer que Suárez Rojas no sabía que Cerquera Pastrana iría a cometer una ilicitud aparece desvanecido; esa acepción '... haga lo que tenga que hacer...', proferida por el primero, según las expresiones de este último, no significaba más que dejar en sus manos la comisión de una ilegal maniobra que finalmente se concretó en su destrucción, y allí es en donde se enquista el dolo de Suárez Rojas como determinador de la conducta, como con atino lo menciona el *a quo*, de otra manera simplemente le hubiese indicado a Cerquera Pastrana que pasara los pertinentes informes relatando la novedad de la deteriorada munición, no más.

Ahora, invoca la defensa de Suárez Rojas como único argumento para indicar que su patrocinado no incurrió en el delito de falsedad documental, que no cometió dicha conducta atendiendo lo inocuo de la misma al tratarse de munición defectuosa, por lo que se debe reiterar hasta la saciedad que esta es una tesis que quedó desvirtuada a través de las múltiples piezas procesales *ab initio* reseñadas que permiten verificar con marcada claridad que tal aseveración carece de bases sólidas y que en oposición a ello se constató que los cartuchos mantenían su idoneidad para ser utilizados en los ejercicios de tiro para lo que fueron destinados inicialmente, los que nunca se

utilizaron, debido al mal procedimiento liderado por Suárez Rojas, y que las anotaciones registradas en las actas y en el libro de tiro no se compadecen con la realidad, efectuándose ello con pleno conocimiento que la munición en ningún momento fue disparada y que antes de proceder a ser macerada sabía que eran proyectiles de óptima calidad, lo que nos impone confirmar la decisión que se sondea en su contra por el delito de falsedad ideológica en documento público en coautoría con el TE. Cerquera Pastrana, quien si bien dentro de lo que se observa del acopio probatorio no rubricó ninguno de los libros de tiro ni las enunciadas actas, lo cierto es que el fin último que lo llevó a diseñar junto con Suárez Rojas su plan delictivo frente al delito atentatorio de la fe pública era reportarlas como gastadas, de allí que solo a este y a aquel como comandante de la Compañía de Instrucción de Reemplazos y Comandante de primer pelotón de la Compañía de Instrucción y Presidente de la Comisión de Armamento, respectivamente, era a los únicos que les interesaba que ello quedara registrado de esa manera, porque precisamente su condición hacía que no tener los libros de tiro firmados y al día les generara esa preocupación, tal cual *ab initio* lo manifestara Cerquera Pastrana en su informe. **(Rad. 14304 de 30 de septiembre de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Falsedad ideológica en concurso con destrucción, supresión u ocultamiento de documento público

“El artículo 292 de la Ley 599 de 2000 incluye la conducta punible endilgada al procesado dentro de los delitos contra la fe pública, en el acápite de la falsedad en documentos, definiendo el delito de ocultamiento de documentos públicos como la acción de ocultar total o parcialmente aquel documento público que pueda servir de prueba, es decir, sancionando al sujeto activo de la infracción, cuando este sustrae el documento del alcance de la persona o el funcionario que quiere usarlo, negando la posibilidad de disponer de él, enmarcándose en un delito de mera conducta, no requiriendo ningún otro ingrediente subjetivo para su consumación, viéndose afectada la fe pública ante la no concordancia de la realidad con el hecho manifiesto, impidiendo como en el caso de marras, la ejecución de los actos procesales propios de la actividad disciplinaria, que se vieron interrumpidos con el accionar irregular del sumariado.

Demostrada como está la conducta perpetrada por el AG. x, cuando ocultó el proceso disciplinario radicado con el No. 038, el cual se encontraba bajo su cuidado siendo el sustanciador del mismo y valiéndose de la clave asignada concretó su conducta punible, aparentando presentar esta actuación como archivada en el SIJUR, a sabiendas de que esta decisión no se encontraba respaldada en ningún auto que así lo dispusiera, no nos queda más remedio que confirmar la decisión adoptada por el *a quo*, en lo concerniente al delito de falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, negando de paso las pretensiones del impugnante, al no vislumbrarse dentro del acervo probatorio, la presencia de la causal existente de responsabilidad de que trata el artículo 35 numeral 3° del estatuto punitivo castrense, ni alguna causal de nulidad que invalide la actuación respecto de la falta de defensa técnica, ya que el procesado ha tenido la oportunidad de controvertir los diversos pronunciamientos emitidos durante la etapa instructiva, sin que se advierta la irregularidad que invalide el acto de notificación personal, por el hecho de no haberse dado traslado de toda la actuación, teniendo en cuenta que corresponde al sindicado y su defensor, realizar las labores necesarias para acercarse a la sede de los despachos que adelantan la averiguación, reconociendo de primera mano las diversas piezas probatorias, sin que sea imperativo para el operador jurídico hacer llegar la totalidad del expediente para concretar la notificación de las providencias judiciales”. **(Rad. 14447 de 20 de noviembre de 2014, CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Falsedad ideológica en documento público

Ausencia de dolo y de lesividad al bien jurídico de la fe pública

“En efecto, para esta Fiscalía la conducta desplegada por el IT. x y x apunta a la ausencia del elemento subjetivo, es decir, del dolo, además de que no se produjo lesividad propiamente dicha a ninguno de los bienes jurídicos.

En el nuevo Código Penal se mantiene la fe pública como bien jurídico, objeto de tutela a través de las disposiciones sustanciales que definen los delitos de falsedad documental, entendido aquel como la confianza de la colectividad en las formas escritas en cuanto tengan importancia como medio de prueba en el tráfico jurídico.

De modo que, si la falsedad documental –cualquiera que sea su modalidad– no recae sobre un medio que goce de dicha confianza colectiva, resulta inidónea para vulnerar el bien jurídico de la fe pública y no ocasiona un daño, ni al menos lo engendra potencialmente, no merece represión penal, ya que por virtud del principio de antijuridicidad material no aparece plausible sancionar el hecho realizado al margen de cualquier incidencia social.

Sobre el particular, es de recordarse que el antiguo concepto de que la veracidad e intangibilidad de los documentos públicos debían ser respetadas con independencia de la nocividad o inocuidad de sus efectos en el tráfico jurídico por ser una emanación del poder documentario del Estado, y que la sola alteración de la verdad en los mismos merecía reproche penal, hoy en día con los modernos desarrollos dogmáticos ha quedado relegado a un segundo plano, para dar paso a otro prevalente en el derecho penal fundado en criterios de relevancia social y jurídica, según el cual los documentos deben representar la existencia de un hecho trascendente en el ámbito de lo social, sea creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas. De allí, precisamente, que en la actualidad se exija que los documentos sobre los cuales recae la acción falsaria necesariamente deban ser aptos para servir de prueba de un hecho social y jurídicamente relevante.

Frente a este reato, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de única instancia del 6 de octubre del 2004, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca agregó que:

“Además de típicas las conductas son antijurídicas materialmente, dado que amén de poner en riesgo la fe pública en cuanto a la confianza depositada por la colectividad en los documentos públicos para probar la relación jurídica en ellos contenida, puso en peligro a otros intereses colectivos, con arreglo a las previsiones hechas por el artículo 11 del Código Penal.

Conclusión a la que arriba la Sala desarrollando el criterio que recientemente ha adoptado en torno al contenido y el alcance de la antijuridicidad en los delitos de falsedad documental y, en este caso, en la falsedad ideológica en documento público, apoyada en la interpretación del artículo 11 del Código Penal.

Ciertamente, por ser expresión de la facultad legal documentaria del Estado, le bastaba con la mutación de la verdad de los documentos extendidos por un servidor público en ejercicio de sus funciones para considerar lesionado potencialmente el bien jurídico de la fe pública, entendida como la confianza de la colectividad en la veracidad de su contenido, independiente de la nocividad o daño que pudiera causar en particular en el tráfico jurídico social.

No obstante, al exigir ahora el artículo 11 del Código Penal que la conducta típica para ser punible requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, es claro para la Sala que la presencia de este elemento se alcanzará únicamente en los eventos en que se demuestre cabalmente la concurrencia de la antijuridicidad formal y material.

En efecto, este precepto se erige como el fundamento del injusto penal al reconocer a todas las personas el derecho a actuar libremente sin más limitaciones que las impuestas por el derecho de los demás y el orden jurídico, es decir, exige perentoriamente la confluencia de los desvalores de acción y de resultado para que la conducta además de típica sea antijurídica, entendido el primero como el reproche que se hace al sujeto activo por oponer su voluntad a la prohibición o mandato que contiene la norma, y el segundo, como la censura que recae sobre la conducta por lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado. O lo que es lo mismo, exige la presencia de la antijuridicidad formal y material.

Desde este punto de vista, la antijuridicidad material supondrá la formal, mas no sucederá siempre lo contrario, comoquiera que puede ocurrir que existiendo contrariedad entre la conducta juzgada y la norma, no haya lesión o puesta en peligro efectivo al bien jurídico.

Regulación acorde con el principio de subsidiariedad y con el carácter fragmentario del derecho penal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugnan por su utilización como último recurso a falta de otros menos lesivos para los derechos del procesado, y por castigar únicamente las conductas que con mayor intensidad lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, es decir, aquellas especialmente intolerables.

Desde esa perspectiva, es obvio que para pregonar la presencia de la antijuridicidad no bastará que el servidor público haya mutado la verdad en el documento extendido en el ejercicio de sus funciones para considerar lesionada o puesta en peligro la fe pública, con lo que se alcanzaría la antijuridicidad formal, sino que se requiere, adicionalmente, el menoscabo o puesta en efectivo peligro de otros intereses privados o públicos de cualquier índole, más allá de la credibilidad de la colectividad en los documentos públicos –la antijuridicidad material–.

Dicho en otras palabras, además de la desconfianza que *per se* genera la falsedad ideológica en los documentos públicos ha de constatarse en cada caso concreto que en la relación jurídico-social causaron daño o pusieron en peligro otros intereses particulares o públicos, regularmente los derechos que pretende crear, modificar o extinguir el documento.

En estas condiciones el bien jurídico de la fe pública aparece como una verdadera garantía jurídicosocial, concreta, objetiva y comprobable en el proceso”.

Por lo anterior en el caso concreto, está claro que el aludido informe policial pretendía llevar a cabo la judicialización del ciudadano x quien había sido interceptado en la puerta de acceso del conjunto residencial Quintas de Navarra, lugar donde fue aprehendido, luego de que este les manifestara que el arma que había arrojado momentos después de que emprendiera la huida no poseía el salvoconducto, circunstancia que justamente se llevó a cabo, y que, precisamente, culminó con la realización de la audiencia preliminar de solicitud de legalización de captura, formulación de cargos e imposición de medida de aseguramiento, en contra de x, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, agravado, en donde el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartago con Función de Control de Garantías Constitucionales, luego de evidenciar que al aprehendido se le respetaron las garantías constitucionales y legales, da paso a la audiencia de formulación de imputación la cual una vez le es comunicada al señor x, este acepta los cargos originando que el representante del ente Fiscal retirara la petición de imposición de medida de aseguramiento, ante lo cual es el mismo Fiscal

quien lo deja en libertad⁶; por ende, para este Despacho el hecho de haber variado en el aludido informe en el sentido de que su captura se dio en situación de flagrancia y no en cuasiflagrancia de manera alguna tuvo alguna incidencia en la decisión adoptada por el juzgador en su momento, ni mucho menos, contribuyó a restarle contundencia al procedimiento policivo llevado a cabo el día de marras, pues no tuvo de obstrucción a la justicia, pues a contrario se impartió la misma.

Sobre la conducta de la falsedad ideológica en ejercicio de sus funciones, la Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto: “La descripción comportamental recogida en el tipo de falsedad ideológica en documento público alcanza realización, se ha dicho por la Corte, cuando el empleado oficial, en ejercicio de sus funciones, extiende documento que pueda servir de prueba y consigna en él una falsedad o calla total o parcialmente la verdad, independientemente de los cometidos ulteriores que hubiese perseguido con su conducta, pues lo que la norma protege es la credibilidad en el contenido de tales documentos dada por el conglomerado, en cuanto se ha convenido otorgarles valor probatorio de las relaciones jurídico-sociales que allí se plasman”.

“Pero esta verdad, y la realidad histórica que ha de contener el documento oficial, también ha dicho la Sala, debe ser íntegra, en razón a la aptitud probatoria que el medio adquiere y con la cual ingresa al tráfico jurídico.

En virtud de ello, al servidor oficial no solo le asiste la obligación de ser veraz con el fenómeno o suceso de cuya existencia histórica da fe en el documento que expide, sino que también debe ser fidedigno al referir las especiales modalidades o circunstancias en que aquellos hayan tenido lugar, en cuanto sean generadoras de efectos relevantes en el contexto de las relaciones jurídicas y sociales.

“O, dicho de otro modo, 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 po-

6 Folio 57 Co-1.

tencialmente capacidad de daño. Cfr. Sentencia de casación del 19 de mayo de 1999, Rdo. 11.280, M. P. Fernando Arboleda Ripoll; y fallo de segunda instancia del 28 de agosto de 1997, Rdo. 12.139, M. P. Ricardo Calvete Rangel- (Providencia del 17 de septiembre de 2003, radicación No. 18.132, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego). El subrayado es del despacho.

Entonces, tenemos que analizado cuidadosamente el proceso en su integridad, se observa que el hecho de haber variado la temporalidad de la aprehensión, no genera ningún daño al bien jurídico tutelado, ni mucho menos los aquí cuestionados actuaron orientados bajo la modalidad de dolo, puesto que el punto central de su detención fue por el hecho de poseer un arma de fuego sin los documentos que respaldaran su tenencia, es decir, con fundamento en elementos materiales o evidencias físicas y por ello es llevado ante el Juez de Garantías quien luego de pronunciarse en la audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión, y ante la aceptación de cargos por parte del aprehendido, atiende la solicitud de la Fiscalía de retirar la petición de imposición de medida de aseguramiento, decisión que se tomó por la mencionada aceptación y en nada incidió el hecho de haber sido capturado en flagrancia o cuasiflagrancia; por ello menos podríamos decir que se indujo en error al mencionado Juez para tomar la decisión solicitada por la propia Fiscalía sobre la no imposición de esta medida restrictiva de la libertad, dado que el Juez de Control de Garantías es quien analiza la legalidad de la aprehensión en flagrancia o cuasiflagrancia”. **(Rad. 14474 de 29 de mayo de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar)**.

Falsedad inocua. Ausencia de antijuridicidad material

“De esta forma, frente al debate que se propone por iniciativa del apelante, debe indicarse que la apreciación racional que de conformidad con los medios de convicción ha de hacerse es, en conjunto, amalgamando un adecuado raciocinio que parta del puntual hecho verificado del extravío del radio de comunicaciones, y es de allí de donde se desprenden una serie de hechos circunstanciales que llevará finalmente a esta instancia a confirmar de manera parcial la decisión que se revisa, porque tomar cada aspecto de aislada manera, como pretende se haga por parte del censor, es tergiver-

sar el método inductivo que demanda un criterio de persuasión probatoria, pues mencionar, verbigracia, que el no informar al comandante sobre la pérdida del artefacto no compromete su responsabilidad en el peculado culposo podría ser comprendido así dentro de un fragmentado escenario, empero si a ello se conjuga el cuestionamiento del por qué tendría que haber omitido Vargas Cuadros dar a conocer el supuesto suceso de su participación en un legítimo procedimiento para contrarrestar las riñas que, según él, se presentaron en el instante mismo en que ocurrió el extravío del equipo, encontraremos que la respuesta a ello se funda en el temor de hacerlo, tal cual lo afirma el mismo TC. Armando Burbano Caicedo en su declarativa, sobre lo que se enquista coherencia respecto de lo que para fraguar esa ocultación debió hacer, en atención a que si en principio estimó que era el comandante de la estación quien debía tramitar la reposición del equipo, fácilmente perceptible es que al hacerlo firmar el documento peticionario se iría a enterar, razón por la cual debió proceder de la manera en que nos lo informa el escrutinio que efectuamos, no otra que recurrir a la imitación de su rúbrica, sin ser de aceptación lo manifestado por el apelante al querer con base en su bien elaborado escrito desviar la atención para cuestionarse si el mismo pudo, por retaliación, haber sido firmado por el patrullero Moreno Rojas o, incluso, por Romero o Méndez, o de pronto, según el apelante, por el olvidadizo Burbano Caicedo, o por cualquier otra persona, cuando todo lo analizado apunta al señalamiento que al único que le interesaba actuar de esa manera para ocultar su ausencia del deber de cuidado era al oficial Vargas Cuadros, comoquiera que era la persona a la que se le había extraviado el equipo de propiedad estatal”. **(Rad. 14264 de 13 de febrero de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Homicidio

De la presencia de un error invencible

“En ese orden de ideas, contrariamente a lo esbozado por la recurrente, el sindicado no infringió el deber objetivo de cuidado, ya que la situación en esos instantes le obligó a dibujar en su mente indefectiblemente una condición de peligro inminente, a todas luces inevitable, sin que la forma en que se produjeron los acontecimientos le permitieran de algún modo inferir que se trataba de labriegos en una actividad cotidiana de cacería de especies

menores, actividad esta que inclusive las autoridades municipales habían declarado prohibida años atrás⁷.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia se pronunció:

“Esta ilusión no debe ser simple fruto de una imaginación enfermiza, sino que debe basarse o fundarse en alguna realidad, en algún movimiento, en alguna actividad por parte de la víctima. La defensa subjetiva o putativa exige, como se ve, y con excepción del acto de agresión real, los mismos requisitos que la defensa objetiva: necesidad de la defensa, peligro actual o injusto, derecho protegido amenazado, proporcionalidad entre agresión y el rechazo de la misma. Para que se presente la defensa subjetiva se requiere, sí un principio de agresión, un movimiento que le haga parecer como real, aunque tal principio sea falso. Ella, por la actividad de la víctima, la agresión que es simple ilusión, se hace real, actual e injusta. De ahí la reacción...”⁸.

De similar forma el doctor Fernando Velásquez en su *Manual de Derecho Penal* señala:

“No obra culpablemente quien no esté en condiciones de comprender la antijuridicidad de su hacer, esto es, quien actúa sin tener la posibilidad de conocer la ilicitud formal y materialmente concebida, sea porque suponga que su comportamiento no constituye injusto (representación equivocada), sea porque no piense en absoluto en el injusto (ausencia de representación), por ello, cuando el agente no sabe ni puede saber qué su conducta contradice los mandatos y las prohibiciones contenidas en las normas jurídicas, no se puede emitir en su contra un juicio de exigibilidad. En otras palabras: El que se conduce motivado por un error de prohibición y se dan ciertas condiciones, es inculpable”⁹.

Bajo este criterio, consideramos que estamos frente a la presencia de un error invencible, sustentado en una situación objetiva y verídica, pues como ya se precisó a lo largo de esta decisión, el accionar imprudente de los menores que sin la supervisión de un adulto decidieron atravesar la maraña ves-

7 Folio 117.

8 CSJ Casación, agosto 30 de 1996.

9 Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Velásquez Fernando, p. 405.

tidos de verde con escopetas idóneas para ser accionadas en un sector con abierta presencia guerrillera, propició que el encartado accionara su fusil de dotación en defensa de su vida, dada la situación de peligro y zozobra que se presentaba al interior de la patrulla que adelantaba una operación militar, incurriendo así en el error, ante la ilusión idónea de un injusto peligroso, que se transforma en una realidad psíquica, por lo que salta a la vista la figura del error de prohibición, en el entendido de que no estaba en condiciones de comprender la antijuridicidad de su comportamiento, pudiendo haber sido exigible a cualquiera de los miembros de la tropa en iguales circunstancias, y por lo tanto, si bien su actitud comportamental encuadra dentro de la tipicidad y antijuridicidad enmarcada en el punible de homicidio, adolece de culpabilidad imponiéndose de contera la cesación de procedimiento.

En este orden de ideas, y reconocida la causal prevista en el artículo 3º del numeral 35 del estatuto castrense, no está llamado a prosperar el recurso de apelación incoado por el Ministerio Público, por lo que se aprobará la decisión adoptada por el fallador de instancia, cuando emitió cesación de procedimiento a favor del Soldado Profesional x, a quien se le investigó como autor responsable del delito de homicidio”. **(Rad. 14460 de 30 de mayo de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Homicidio

Causal de justificación de la legítima defensa. Para juzgar la necesidad del medio utilizado en la defensa no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio empleado, sino el uso que de él se hace.

“Analizado el acervo probatorio obrante en el expediente, es evidente para esta Fiscalía *ad quem*, que la actitud desplegada por el Patrullero x, se encuentra amparada por la causal de justificación descrita en el artículo 34, numeral 4º del Código Penal Militar, por cuanto se tiene que quien primigeniamente ejerció una conducta delincuencia y armada, con actitud manifiesta de causar daño, fue precisamente quien resultara occiso, no dejando otra opción al institucional sumariado, que la de reaccionar contra la inminente amenaza en que se hallaba su vida, en una situación que le impuso la obligación de protección frente al peligro inminente, real y cierto en el

que se encontraba, por lo que necesariamente debió asumir una conducta defensiva frente al ataque injusto del que era objeto.

Para este despacho el arma que portaba el particular x, tenía todas las características de idoneidad para ocasionar daño en la salud de cualquier persona, tal y como se evidencia en las fotografías tomadas en la inspección técnica de los hechos¹⁰.

Si bien cuando se habla de “racional proporción de los medios empleados” no se está diciendo que si una persona es atacada por otra que esgrime, como en el presente asunto un machete o rula, la víctima deba utilizar para su defensa, también un machete o rula, se dice que “cualquiera sea el objeto utilizado para la defensa” sea racionalmente utilizado para lograr la neutralización de la agresión. Debe tenerse en cuenta que una vez logrado el objetivo de la legítima defensa, esta termina.

Es más, para juzgar la necesidad del medio empleado en la defensa, no solo debe tenerse en cuenta su naturaleza sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Colocándonos en la misma situación que según los hechos probados vivió el procesado de autos, vemos que frente a un arma cortopunzante (machete o rula), que en forma clara y letal pretendía utilizar el agresor hacia la humanidad del x, frente a la utilización del arma reglamentaria, única, por otro lado, y al alcance del procesado, está racionalmente proporcionada y resulta necesaria para repeler la agresión, por muy desafortunadas que fueran las consecuencias.

Por ende, consideramos prudente traer a colación al doctor Jesús Orlando Gómez López, quien en su obra *La legítima defensa*, citando a Blasco Fernández, al referirse al requisito de la proporcionalidad para la estructuración de la legítima defensa, señala lo siguiente:

“... Ante todo ha de señalarse de acuerdo con el parecer unánime de la doctrina universal, que la proporcionalidad no ha de identificarse de ninguna manera con la paridad de los medios utilizados en la agresión y en la defensa. La proporcio-

10 Folio 111 CO-1.

nalidad ha de establecerse entre el peligro que el ataque injusto suponga y el acto ejecutado con el fin de repelerle...". (Ob. cit., pág. 231).

En la misma obra, el maestro colombiano cita a Zaffaroni, quien sobre el punto opina de la siguiente manera:

"... La proporcionalidad no significa una equiparación ni proporcionalidad de instrumentos, sino una cierta proporción entre la conducta lesiva y la conducta defensiva en cuanto a su lesividad. Así, existirá esta proporción cuando el que es atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego porque hay proporcionalidad lesiva, aunque objetivamente sea más dañoso un revólver que un cuchillo...".

Por todo lo anterior, es que se demuestra que la reacción defensiva del procesado de autos fue consecuente ante la necesidad de defender el derecho esencial de su vida y surgió del conflicto que provocó quien resultara occiso, por cuanto este, de manera primigenia, ejerció una agresión injusta con fuerza y magnitud real de causar daño, porque obviamente el arma "cortopunzante" que utilizó en contra del PT. x tenía idoneidad letal, **pues se tiene que ante la existencia ya de una lesión o daño contra el bien jurídico de la integridad física, no elimina la legítima defensa si a la postre se reinicia la agresión, surgiendo por ende equivalencia jurídica entre el bien agredido de la vida y la integridad física y el bien lesionado con la defensa, que jurídicamente se reputa como ejercitada con carácter objetivo, porque el peligro para el procesado era manifiesto -inminente-**.

En las circunstancias fácticas que revela el sumario, el derecho de defensa ejercitado mediante el empleo de arma de fuego por el procesado ante el energúmeno que le enrostraba el arma cortopunzante (machete o rula), con el cual de manera intempestiva e inmotivada en momentos inmediatamente antecedentes ya había intentado utilizar contra la integridad del procesado y que seguía estando dispuesto a utilizarla –peligro inminente– ya para el agredido no era posible rehuir el ataque y debía entonces el PT. x defenderse, como efectivamente lo hizo, porque no tenía otra alternativa.

Respecto al tema que se viene analizando, son muchos los doctrinantes que han conceptualizado lo que sigue:

“...lo que se pretende apartar o repeler mediante el acto defensivo no es el delito mismo, sino que anticipándose a la consumación del mismo, la defensa busca impedir o repeler la agresión aun antes de que ella cobre cuerpo o se materialice en actos dañinos o lesivos”.

Así las cosas, se procederá a **revocar** la acusación impugnada, acogiendo para el efecto los planteamientos de la defensa y lo conceptuado por el representante del Ministerio Público, para en su lugar **cesar procedimiento** por las razones de orden legal anteriormente expuestas”. (**Rad. 14467 del 30 de mayo de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar**).

Homicidio

Pruebas recaudadas desvirtúan una legítima defensa respecto al combate, lo cual genera duda y da lugar a enviar proceso a la Justicia Ordinaria.

“Sea lo primero precisar que, luego de un cuidadoso, detallado y profundo análisis de todas las pruebas vertidas en este plenario, la única conclusión a la que puede llegarse, como lo plantea la señora Procuradora apelante, es que la Justicia Penal Militar ha debido desprenderse de tiempo atrás, de la competencia para seguir conociendo de estos hechos, pues los señalados medios de convicción a los que hacen referencia en su recurso de alzada interpuesto contra la cesación de procedimiento emitida por el *a quo*, son más que indicativos de que no resulta creíble que el deceso de x, se hubiera producido como consecuencia del supuesto enfrentamiento armado con tropas de la Fuerza de Reacción Divisionaria de la Segunda División grupo especial Batallador, orgánicos del BCG No. 45 Héroes de Majagual de la Brigada Móvil No. 5.

(...)

En ese orden de ideas, para este Despacho ante la existencia de esa serie de dudas y contradicciones que emergen de las versiones de los uniformados, amalgamadas con las pruebas a las que se viene haciendo alusión, arrojan una serie de indicios y evidencias demostrativas de que el actuar de los

uniformados aquí vinculados no estaría enmarcado dentro de la legalidad, pues todo indica que en un claro abuso de sus funciones, pusieron punto final a la vida de x, en circunstancias al parecer completamente ajenas a un combate, como tratan de hacerlo ver sin éxito en sus diversas intervenciones procesales, y en las que lejos existe la posibilidad de reconocer en su actuar causal alguna eximente de responsabilidad, de suerte que ante esa serie de dudas que se generan en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que realmente se produjeron los hechos, surge igualmente la duda sobre cuál es la jurisdicción competente para conocer de estas sumarias, la cual, conforme a los lineamientos de la Corte Constitucional plasmados en la conocida Sentencia C-358 de 1997, hace que se active la cláusula de competencia general de la Fiscalía General de la Nación, a la que le compete seguir conociendo de estos hechos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 250 de la Carta Política.

Por ende, hemos de recordar que no son pocos los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia, en los que se ha dicho, tomando como fundamento los derroteros de la señalada sentencia de la honorable Corte Constitucional, que en aquellas situaciones en las que como aquí acontece, exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer de un proceso en particular, la decisión **deberá recaer en la jurisdicción ordinaria**, y ello precisamente ante la imposibilidad de demostrar de manera plena, que se configuraba la excepción, esto es, la posibilidad de aplicar el fuero penal militar.

(...)

Así las cosas, y dentro del marco conceptual trazado por la sentencia C-358 de 1997, emerge de manera palmaria la necesidad de enviar las presentes sumarias a la justicia ordinaria, por competencia, por las evidentes contradicciones que emergen de la simple comparación de las versiones de los militares, con las pruebas arriba mencionadas y esencialmente con el análisis de las trayectorias de los impactos recibidos por la víctima de autos, que ponen en tela de juicio las circunstancias en que se inició y se desarrolló el supuesto enfrentamiento armado con el sujeto que a la postre fuera presentado como “dado de baja en combate”.

Como puede apreciarse, son varios los medios de convicción que generan serias dudas en torno a la actuación de la tropa, lo cual se traduce como ya se había indicado, en generar esa gran incertidumbre sobre la competencia de la justicia penal militar para seguir conociendo de estos hechos en fase de calificación y de eventual juzgamiento, y que, por ende, el concepto o la condición de que el delito guarde estrecha relación con el servicio, no emerge con claridad en estos hechos, todo lo cual hace que estimemos 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...**”. (Rad. 14514 de 5 de marzo de 2015, CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Homicidio culposo

Se revoca la resolución de acusación, se profiere cesación de procedimiento por obrar en cumplimiento de un deber legal amparados en las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

(...)

“Por otra parte, se estudia el reato del homicidio culposo, pero no se analiza por parte del *a quo* los elementos que integran un actuar culposo y por los cuales se le endilga responsabilidad al soldado aquí cuestionado, advirtiendo que se confunde la parte subjetiva que se encuentra en el tipo, con elementos como el error de prohibición que hace que una conducta sea típica, antijurídica, pero no culpable.

(...)

Lo anterior nos muestra de manera clara que ocurrieron unos hechos, los cuales dieron lugar para que se iniciara la presente investigación, el delito por el que se instruyó y calificó es homicidio culposo. Lo que hay que entrar a mirar con el acervo probatorio es establecer las circunstancias que rodearon los hechos.

(...)

Si bien como se reitera la duda está en saber si el occiso disparó o no, es claro que disparó, pues al no hacer caso a las órdenes de detenerse por parte de los miembros del Ejército, y escuchar los disparos, la reacción para neutralizar al enemigo es repeler los disparos y al ver el militar que también se ponía en riesgo su vida, utilizó la fuerza como mecanismo de protección.

Vemos que el Derecho Internacional Humanitario permite que se haga uso de la fuerza, ya que las Fuerzas Militares cuando se enfrentan a este tipo de hechos lo hacen bajo la égida de hallarse inmerso en el conflicto armado, dando aplicación al protocolo II de Ginebra. En eventos como en el presente asunto, los militares pueden ejercer el uso de la Fuerza, ya que actúan de conformidad a los derroteros previstos en la Carta Política.

Es importante traer como referente jurisprudencial lo indicado por el honorable Tribunal Superior Militar, en providencia de la Sala Primera de Decisión, con ponencia del Magistrado CN (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, donde se manifestó:

“Así las cosas, si se trataba de obtener la neutralización de los miembros del grupo subversivo, y si alguno de ellos al emprender la huida dispararon hacia el personal militar, no solamente por salvaguardar la vida misma de los uniformados, sino que esencialmente por tratarse de un escenario propio de conflicto interno al tenor del protocolo II, el personal militar bien podía hacer uso de la fuerza con fundamento en su mediata misión constitucional que le ha sido impuesta. La circunstancia de haber utilizado las armas de fuego en dirección a los miembros de ese grupo subversivo obedeció además a la salvaguarda de sus derechos propios de protección a la vida y la de sus compañeros, habiendo inclusive en principio mediado la voluntad de aprehenderlos, lo que no fue factible precisamente por la respuesta de armas de fuego. En conclusión, y atendiendo también al concepto del

representante del ministerio público ante esta instancia, en razón a que el personal militar se vio compelido por la existencia de un deber jurídico que les asistía, a actuar con el fin de cumplir ese deber de conjurar la amenaza que afectaba el orden público, se confirma la decisión de juez instructor”¹¹.

Con este pronunciamiento que obviamente opera bajo parámetros específicos de un conflicto armado, respecto de los argumentos esbozados se debe cesar procedimiento, pero atendiendo a la causal de cumplimiento de un deber legal, amparado en los principios del DIH”. **(Rad. 14422 del 25 de abril de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Homicidio culposo

Violó el deber objetivo de cuidado (actuó negligentemente e imprudentemente al manipular el fusil en un sitio inadecuado).

(...)

“Luego de acuerdo a todo el material probatorio obrante en el expediente vemos que el Soldado x no tuvo la intención de ocasionarle la muerte a su compañero, el también soldado x, pero sí violó el deber objetivo de cuidado, de allí que su comportamiento se adecue dentro de un actuar culposo.

Se enuncia a título de culpa, pues realmente el procesado no previó el resultado, pudiendo y debiendo hacerlo, no quiso la muerte de su compañero, **pero sí contribuyó a ella por manipular el fusil en un sitio no adecuado y en el momento no preciso para ello.**

Por lo expuesto, no queda duda en el plenario que el procesado el día de los hechos actuó negligentemente, imprudentemente, no previó el resultado de su actuar **a pesar de que se le advirtió en instrucción sobre el manejo y cuidado de las armas,** tal como lo afirma en su diligencia de indagatoria el militar. “...Sí, esa instrucción me la dieron en Bogotá en la Escuela Logística,

11 Radicado 156000 de 10 de mayo de 2010. M. P. © Jorge Iván Oviedo Pérez.

duró unos tres meses, me enseñaron a revisar el armamento cada vez que lo tomara, que uno nunca debe apuntar a un objetivo sino piensa disparar...”. Igualmente argumenta que no existía ningún tipo de problemas entre él y el occiso, entonces se descarta la afirmación del defensor cuando aduce que no habían recibido instrucción en relación al manejo y cuidado de las armas, no es creíble que no haya recibido la instrucción sobre el manejo de armas, pues este lo corrobora en su diligencia de indagatoria: “...pues desde la instrucción yo tenía la costumbre de jalar la corredera del fusil porque cuando el fusil está asegurado la corredera llega hasta cierto punto, pero no deja cargar el fusil, ese día yo no revisé mi armamento y pues fui a hacer lo mismo, ahí fue cuando se me cayó el cartucho al piso y se me cargó el fusil...” “...**sí, esa instrucción me la dieron en Bogotá en la Escuela Logística, duró unos tres meses, me enseñaron a revisar el armamento cada vez que lo tomara, que uno nunca debe apuntar a un objetivo sino piensa disparar...**”, lo que se ve es que se faltó al deber objetivo de cuidado, manipulando imprudentemente su arma de dotación, ocasionándole la lesión que produjo posteriormente el deceso del Soldado x.

(...)

Para este Despacho, de conformidad a las probanzas, se incurrió efectivamente en un delito culposo, que en ningún momento quiso ocasionarle la muerte a su compañero de armas y todo fue producto a su falta de previsión y cuidado en el manejo de las armas de fuego, infringió el decálogo de seguridad, resultando claro que existió una conducta imprudente por parte del militar x.

Es evidente que este deber de cuidado es un componente normativo del tipo objetivo culposo, aquí el resultado muerte del Soldado x era previsible, si no se hubiera manipulado el arma.

Por toda la argumentación que se ha venido dando a lo largo de esta providencia, este Despacho reprocha el comportamiento negligente y descuidado que tuvo el procesado x, por lo que el llamamiento a juicio está debidamente motivado, explicitando los argumentos del funcionario calificador con sustento en las valoraciones probatorias que le permite la sana

crítica, para concederle la doble presunción de acierto y de legalidad de que están revestidas las decisiones de los operadores judiciales.

Así las cosas, se procederá a confirmar la acusación impugnada, acogiendo para el efecto los planteamientos de la primera instancia y, por ende, no prospera el reproche que motiva la apelación”. **(Rad. 14439 del 25 de febrero de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Homicidio culposo

Se revoca la resolución de acusación y en su lugar se profiere cesación de procedimiento, al no vulnerarse el deber objetivo de cuidado de análisis de circunstancias fácticas que rodean los hechos y se concluyó en adoptar la decisión basados en un error invencible.

“Considera este Despacho que en el presente caso no se vulneró el deber objetivo de cuidado de manera alguna; para reevaluar la decisión de la señora Fiscal *a quo* se hace necesario, dirigimos a las pruebas que obran en el plenario y para ello nos centraremos en las de tipo testimonial.

(...)

Las probanzas de tipo testimonial aportadas al proceso muestran efectivamente unos hechos ocurridos el día 24 de febrero de 2011, donde existía para el desarrollo de la operación una orden de operaciones para los pelotones Electron 6 y Cobra y del Bacot 66 de la Móvil No. 8, tal como aparece a folio 113 del cuaderno No. 1.

(...)

Luego el punto central a debatir es si se vulneró o no el deber objetivo de cuidado durante el desarrollo de la operación que iban a desarrollar estos dos pelotones. Dadas las pruebas testimoniales arrimadas al proceso, se observa que no hubo vulneración a este deber objetivo de cuidado; para ello se hace necesario mirar de una manera detallada qué se ha dicho acerca de la evolución en lo que a este tema dogmático se refiere.

El delito imprudente ha tenido una transformación significativa, ya que en la Ley 522 de 1999 todavía estaba afincado en una forma de culpabilidad, generada en la imprudencia, la impericia, violación a reglamento, entre otras, y que se soportaba sobre la teoría de la causalidad, hacia la imputación jurídica del resultado de los injustos imprudentes de conformidad a la infracción al deber objetivo de cuidado, el cual se encuentra en el artículo 25 de la actual Ley 1407 de 2010.

La Doctrina y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia han señalado:

En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.

Lo anterior significa que si la infracción al deber de cuidado se concreta en el desconocimiento de la norma de cuidado inherente a actividades en cuyo ámbito se generan riesgos o puesta en peligro de bienes jurídicamente tutelados, es necesario fijar el marco en el cual se realizó la conducta y señalar las normas que la gobernaban, a fin de develar si mediante la conjunción valorativa ex ante y ex post, el resultado que se produjo puede ser imputado al comportamiento del procesado.

*En otras palabras, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico*¹².

12 Cfr. Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 378.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post.

2.3. En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva integra varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido, los cuales también han tenido acogida en la jurisprudencia de la Sala¹³:

2.3.1. No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”¹⁴, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

2.3.2. Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”¹⁵.

(...)

2.3.3. Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien solo ha participado con respecto a la conducta de otro en una “acción a propio riesgo”¹⁶, o una “autopuesta en peligro dolosa”¹⁷, (...).

(...)

13 Cfr. Sentencias de 4 de abril, 20 de mayo de 2003 y 20 de abril de 2006, Radicaciones N°s. 12742, 16636 y 22941, respectivamente.

14 Roxin, Claus, *óp. cit.*, § 24, 45.

15 Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636.

16 Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 293 y ss.

17 Roxin, Claus, *óp. cit.* § 24, 45.

2.3.4. En cambio, “por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido”¹⁸.

2.3.5. Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta “cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño”¹⁹. (Subrayas fuera del texto original).

Respecto al caso que aquí nos ocupa no debemos centrarnos de manera única en el nexo de causalidad que existe entre la acción y el resultado, endilgar responsabilidad en lo que a la culpa se refiere, implica que el comportamiento imprudente del sujeto activo de la infracción vaya dirigida a crear o extender un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado en relación con las normas de cuidado o reglas de conducta y necesariamente se concrete en la producción del resultado típico, lesivo de un bien jurídico protegido.

Al referenciar las pruebas testimoniales advertimos que se guardaron todos los cuidados necesarios, para la situación concreta, para que tal resultado no se produjera, hubo una diferencia horaria suficiente entre los dos pelotones **más de dos horas**. Además de ello una comunicación con un militar específicamente el CS. x quien les dijo que ya habían salido los del otro pelotón, luego la idea de ellos no era encontrarse con sus compañeros y atacarlos, mediaba de antemano una orden de operaciones, y el cumplimiento de las instrucciones recibidas.

De otra parte, se extrae de todas las declaraciones que el tiempo para el momento de los hechos era lluvioso, así como la escasa visibilidad, luego al mirar todos los elementos que rodean una situación fáctica, y que pueden intervenir en el desenvolvimiento de los hechos, vemos que la reacción que tuvieron los militares aquí comprometidos al pedir el W y no encontrar respuesta, escuchar ruidos, el estado del tiempo, la presencia de subversivos

18 Roxin, Claus, *óp. cit.*, § 24, 17.

19 Sentencia de 7 de diciembre de 2005, radicación 24696.

en el lugar, era reaccionar, los militares reaccionaron con el convencimiento pleno de que los que estaban allí no eran sus compañeros; luego al detallar de manera objetiva los hechos, se infiere de manera clara que no hubo un delito imprudente, no se incrementó el riesgo por parte de los militares, se cumplieron con los protocolos de seguridad.

Aquí es importante anotar que es factible que el resultado no fuera previsible para los militares, por cuanto ante lo que se encontraba para ese momento era la posibilidad de usar la fuerza frente a los miembros de grupos al margen de la ley, la inmediatez de una circunstancia específica hace que el resultado no sea previsible, y por ello la reacción obedeció a tal circunstancia.

Otro aspecto a tener en cuenta es el principio de confianza, la organización de una sociedad actual se basa en la división de roles, donde cada individuo tiene asignado uno específico, en el campo operacional las Fuerzas Militares no se escapan de tales funciones, ya que si cada militar espera que el otro actúe satisfaciendo la expectativa que de uno de ellos deriva su actuación, será una y no otra, es decir, no se puede esperar el actuar imprudente de los demás, ya que esto llevaría a una situación caótica en la que el exceso de celo provocaría una paralización de cualquier actividad que entraña riesgo, el enfrentamiento con miembros de grupos subversivos es un riesgo, tan es así que se juega la vida misma.

En conclusión, si en una concreta situación se entiende que el principio de confianza será lícito obrar como si los otros intervinientes también obraran de modo correcto aunque no lo hagan, pues siempre hay una expectativa frente al otro.

Este Despacho considera que no se vulneró el deber objetivo de cuidado, lo que hay aquí es un error invencible, ya que efectivamente los soldados cuestionados estaban convencidos de que sus otros compañeros venían atrás, ya que como se indicó anteriormente, por parte del oficial que coordinó la operación que eran dos horas de diferencia entre uno y otro pelotón, ello permite inferir que necesariamente lo que estaba delante de ellos posiblemente sería el enemigo, luego así las cosas no se vulneró el deber objetivo de cuidado, se incurrió en un error de invencible, lo cual da lugar a

que se excluya la responsabilidad a los investigados”. (Rad. 14526 de 21 de enero de 2015, CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Homicidio. Error vencible. DIH. Violación de los principios de distinción y proporcionalidad

Ahora bien, retomando, de haberse tratado hipotéticamente de lo que Cruz Ascencio consideró un miembro de la guerrilla que se movía entre los arbustos y no de una ciudadana que confiadamente preparaba alimentos en un fogón de leña, le era de todas maneras exigible al militar tener en cuenta antes de disparar los más básicos principios que encierran los instrumentos del derecho internacional humanitario, entre otros, el de distinción y proporcionalidad, en el entendido de que este último se predica no solo de los daños que puedan causarse a los civiles y a sus bienes, sino también a los combatientes o partícipes de las hostilidades, pues, “si hay tres medios para destruir a los combatientes enemigos, matar, herir o capturar, se preferirá la captura a la herida y la herida a la muerte”²⁰; de manera tal, que no es que de todas maneras y sin más en la eventualidad de tratarse de quien creyó era el enemigo, podía, sin atender los citados principios, abrir fuego de la manera como lo hizo, porque antes que nada el tirador ha debido, **(i)** identificar el objetivo y percatarse de su ubicación, **(ii)** discernir si se constituía ese en un blanco legítimo y **(iii)** verificar si podría tener la posibilidad de neutralizarlo de otra manera, descartando alguna situación de riesgo, pues el soldado contaba con la ventaja de que su ubicación no había sido aún detectada, teniendo la oportunidad de constatar si aquella silueta representaba o no un real o inminente peligro contra su vida que debía ser conjurado, porque una simple regla de experiencia enseña que no todo lo que se mueve dentro de la vegetación puede considerarse como un objetivo militar, pues esto sería tanto como legitimar todos los errores operacionales cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de maniobras militares cuando no se tiene claridad acerca de los blancos en contra de los cuales se abre fuego, por cuanto es sabido que muy a pesar de que una región del país

20 Derecho Internacional Humanitario. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

se caracterice por la incursión de grupos al margen de la ley, no quiere ello suponer que la misma no pueda ser habitada o transitada por campesinos y labriegos ajenos a las hostilidades. **(Rad. 14363 de 31 de julio de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Impedimento

El Fiscal no integra la Corte Marcial de la Ley 522 de 1999.

(...)

“Es indudable que las causales de impedimento y recusación contempladas en el estatuto legal penal militar que rige las actuaciones y procesos que deben surtirse ante esta jurisdicción, son taxativas y, por ende, de alcance restrictivo. En consecuencia, no son admisibles las interpretaciones extensivas o analógicas que tiendan a configurar formas de impedimento no estatuidas en la ley.

El enfoque que pretende la funcionaria para declararse impedida se signa por el hecho de haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso, según se pudiera desprender de los análisis que hubo de elucubrar para estructurar su providencia y en especial de aquella mediante la cual calificó el mérito del sumario, mediante la cual profirió resolución de acusación en contra del encartado de autos y su posterior intervención en la Corte Marcial, la cual fue declarada nula a partir de auto de cierre de investigación por parte del Juzgado de Comando Aéreo 121.

Si bien, evidencian los autos que la Mayor x fue quien calificó el mérito del sumario e intervino en la Corte Marcial, en condición de Fiscal de Primera Instancia y que tal función, para ella y en su oportunidad, requería del estudio y valoración probatoria de la actuación procesal, no puede desconocerse que como calificadora plasmó su opinión en el asunto materia del proceso. No obstante, este antecedente no reviste la connotación para que la hoy Fiscal pueda ejercer libremente las funciones del cargo que hoy ocupa. Afirmar lo contrario, es darle a la causal invocada un alcance que no tiene, pues en lo que atañe a la reseñada en el numeral 4° del artículo 277, dentro

del fundamento específico del impedimento que se analiza, de tiempo atrás la jurisprudencia ha señalado como exigencia legal para su aceptación, que la opinión haya sido expresada en asunto extraño, extraproceso, a las funciones propias del cargo.

Dicho en otras palabras, nos basta con hacer un análisis gramatical de la causal de impedimento que se viene analizando, para concluir que la misma no tiene vocación de prosperidad, puesto que esta se predica, como lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia, **solo en el caso de aquella que se produce extraprocesalmente, y no es aquella opinión expresada por el Juez en ejercicio de sus funciones**, exceptuado el evento de “haber dictado la providencia cuya revisión se trata”.

(...)

La causa de todo impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Fiscal a su arbitrio: si fuera suficiente afirmar que existe un impedimento, sin sustentar el motivo que conduzca a la pérdida de imparcialidad o falta de serenidad para continuar actuando en un proceso, quedaría sometida solamente a la voluntad del funcionario calificador la decisión de apartarse del conocimiento de un proceso. Por lo anterior, no es suficiente que quien se declarara impedido suponga que existe una causal. No se puede sostener que el actuar nuevamente como Fiscal de Primera Instancia cree un impedimento para decidir nuevamente sobre la calificación de primera instancia en el mismo proceso, el cual había sido nulitado por el Juzgado de Comando Aéreo 121. Sería contrario a derecho presumir que por vanidad, o por la inclinación a no reconocer los errores o cambiar el concepto frente a una situación jurídica de carácter provisional, el fiscal no sea o deje de ser imparcial para adelantar la etapa de calificación. Si se aceptara tan insólita pretensión, ¿dónde quedaría la presunción universal, implantada en nuestra Constitución Política, de la buena fe? No se expuso ni existe motivo alguno para dudar de la imparcialidad de quien corresponde calificar en este asunto.

Así las cosas, concluye esta Fiscalía que la opinión que aduce la funcionaria que se manifiesta impedida no tuvo el carácter de extraprocesal –que

es la que se califica como impedimento– y, por ende, se declarará infundado el impedimento propuesto.

Ahora bien, en el mismo sentido ha de tomarse la decisión frente a la causal 7ª del artículo 277 que también invoca la distinguida Fiscal, dado que si bien fue la persona que calificó el mérito del sumario, el cual y luego de ser conocido por esta instancia en apelación de la resolución de acusación, siendo por este despacho confirmada dicha decisión, para lo cual y luego de iniciada la Corte Marcial en la cual participó como sujeto procesal, una vez son escuchadas todas las partes, es cuando el señor Procurador Judicial anunció que se debía declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de investigación, hasta tanto no se concretara la fecha exacta en la que fue agredido el reservista x y porque no se le imputaron los hechos uno por uno en la indagatoria, avizorándose que se estaría frente a un *ataque al inferior* en concurso homogéneo.

(...)

Frente a la causal 7ª de impedimento, esto es, para el caso concreto, que el funcionario judicial hubiera participado previamente en el proceso, la Corte Suprema de Justicia **ha precisado que no siempre que el funcionario judicial haya participado en el proceso, se genera la causal de impedimento.**

(...)

Aunado a lo anterior, se observa que la Corte Marcial en la que participara la señora Fiscal *a quo*, fue declarada nula a partir del auto de cierre de investigación, y tan solo lo fue para volverse a escuchar ampliación de diligencia de inquirir al aquí procesado para que conociera concretamente la fecha del ataque del que fuera víctima el SL. x, incluso el Juzgado 125 de Instrucción Penal Militar fue más allá y concretó uno por uno los cargos que los afectados le hicieran, esto es, a los informes rendidos por los soldados x, y que se estableciera sobre este último la fecha exacta en la que se produjo el ataque, situación que a sentir de este Despacho en nada incide para que asuma la calificación del mérito del presente sumario, máxime que lo avizo-

rado por el señor Procurador Judicial fue que en su sentir estábamos frente a un *ataque al inferior* en concurso homogéneo sucesivo.

Pero si quisiéramos ser más precisos, el impedimento también es puntual en señalar en su numeral 7° o haber intervenido **como integrante** de la Corte Marcial. El **Fiscal** no integra la Corte Marcial, el artículo 560 de la Ley 522 señala:

Integración de la Corte Marcial: La Corte Marcial estará integrada por el **Juez de Primera Instancia** que la presidirá **y un Secretario** designado.

Luego, así las cosas, no hay lugar a aceptar el impedimento, porque la Ley es clara: “el Fiscal no integra la Corte Marcial”. (**Rad. 14341 del 21 de marzo de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar**).

In dubio pro reo. No procede por ausencia de la versión del imputado al ser declarado persona ausente

“De esta forma, es viable plasmar, *prima facie*, la formulación de un ineluctable e inicial interrogante: ¿puede aceptarse jurídicamente que habiéndose declarado de manera válida como persona ausente al SLR. Hurtado Aguilar por la imposibilidad de su ubicación, esa sola circunstancia pueda constituirse en un aceptable soporte que permita erigir una duda respecto al comprometimiento de su responsabilidad penal en la comisión de la aludida conducta punible?, luego entonces, ¿resultará sensato asentir que si en una investigación de carácter penal se torna imposible la concurrencia del procesado para rendir su versión sobre los hechos, tal presupuesto se pueda concretar en un obstáculo insalvable para concretar aquel juicio de presunta responsabilidad penal del vinculado que exige esta etapa procesal, a pesar de haber arrojado la investigación el material probatorio con entidad suficiente para determinar la adopción de decisiones inculpativas?, resultando de la respuesta que a dichos interrogantes pueda ofrecerse la solución que en derecho corresponda”. (**Rad. 14486 de 30 de octubre de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar**).

Legítima defensa putativa

Así las cosas, resulta fácil apreciar que al momento del encuentro entre el policial vinculado y Agudelo Cruz el institucional tenía claro que tendría que enfrentar a un peligroso delincuente que se jactaba de manifestar que con él las cosas eran serias y que no le temblaría la mano para correr el gatillo de un arma de fuego en caso de tenerse que enfrentar a alguien, razón por la cual el Despacho encuentra apenas razonable comprender que el SI. Luis Edilson Arango se encontraba colmado de argumentos para pensar que su vida e integridad personal, así como la de su homólogo Castellanos Romero corrían serio riesgo de verse afectadas si no tomaba de manera oportuna las previsiones que la situación demandaba y que en caso de percibir que con inminencia se precipitaba una agresión con la eventualidad de fatales consecuencias debía ante ello reaccionar, lo que a fe ocurrió en su interior bajo las descritas dimensiones, pues apréciase que el SI. Arango Mesa conocía por información suministrada por uno de los cómplices del asalto el talante criminal de José Ignacio Agudelo, quien había estado preso por su responsabilidad en delitos como homicidio y secuestro y que ciertamente en las horas de la mañana de aquel 16 de julio de 2011 había perpetrado el hurto a mano armada de una cifra monetaria que rondaba los 16 millones de pesos, lo que también hacía presumir que en el preciso instante del encuentro con la Policía podría estar armado y actuaría en contra de estos, lo que explica la conducta desplegada por el vinculado policial cuando inicialmente el delincuente se le abalanza intentando despojarlo de su arma de dotación, en donde se ve obligado a propinarle un impacto en una de sus piernas con el único propósito de sosegar su ánimo beligerante, pero el anti-social continúa fiel a su agreste historial y hace el ademán de intentar sacar de su pantalón un arma, por lo que ante la prevención que al respecto tenía, se vio nuevamente obligado a percutir su arma propinándole un impacto a la altura del abdomen, perfilándose apenas razonable al escrutar las probanzas de que se dispone que el institucional procesado hubiera adoptado una reacción defensiva cuando en el primero de los reseñados episodios se empeñó José Ignacio Agudelo en despojarlo de su arma, lo que colocaba a los uniformados en inminente peligro de ser agredidos de injusta manera. **(Rad. 14443 de 30 de octubre de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Lesiones culposas - no error - no caso fortuito - no prueba de manipulación del arma

“Bajo la mentada sinopsis fáctica, se observan las manifestaciones de la recurrente en el sentido de que su prohijado, el suboficial Jonathan Delgado Agudelo, se halla exento de responsabilidad penal atendiendo que su comportamiento está inmerso en causales exoneradoras de genérica responsabilidad como lo son el error invencible y el caso fortuito, sucinta enunciación que omite argumentar con el ineluctable rigor que ello supone, pero que el Despacho intentando superar tales falencias, luego de revisar el material probatorio que soporta la decisión, concluye que no se vislumbra siquiera de manera insular la estructuración de ninguna de estas causales eximentes, inicialmente porque del trazado fáctico se ausulta que no estuvo el suboficial determinado por ninguna circunstancia que previa o concomitantemente al hecho se pueda erigir encauzada hacia un error invencible, o que no hubiera podido actualizar su conocimiento, evitándose con ello la afectación en la salud de la menor”. **(Rad. 14455 de 30 de octubre de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Lesiones personales

La falta de conocimiento de la antijuridicidad del hecho excluye la culpabilidad

Se considera un error, pues consideraron que su actuar era legal, en esos instantes se representan que lo que hacen es justo, luego si la responsabilidad objetiva está prohibida por la ley penal, la consecuencia lógica es que el error es invencible, o sea la falta de conocimiento de la antijuridicidad del hecho, excluye la culpabilidad.

“Por ende y como se había anunciado el resultado lesivo se tornó inculpable por error invencible –e inevitable– sobre la antijuridicidad de la conducta desplegada –error de derecho–, al verse los procesados impelidos de manera ineludible a disparar en reacción defensiva contra un ataque injusto proveniente de unos delincuentes a quienes se les pretendía intimar captura por estar atracando el establecimiento público de razón social “Lubriautos Chinchiná”, lo que permitió que finalmente fuera capturado el agresor por otra patrulla de vigilancia, quienes incluso dan cuenta de

que debieron encañonar al delincuente, dado su alto estado de agresividad; pero desafortunadamente, sin intención alguna de los procesados, durante el cruce de disparos hirieron a x, quien resultó víctima inocente por la circunstancia del albur o sino trágico de encontrarse en el lugar, determinando desde el punto de vista jurídico toda falta de nexo causal subjetivo entre el ejercicio del derecho a la legítima defensa con un resultado no querido, ya que de diferentes medios de convicción obrantes a folios, se puede determinar fehacientemente que los inculcados no actuaron con dolo ni culpa al disparar defensivamente, pero con el infortunio de impactar la humanidad de quien resultara lesionado según los autos.

En efecto, no existe prueba que determine que los policiales quisieran lesionar precisamente al particular x, ya que según las declaraciones de los institucionales se vieron abocados al ejercicio de la legítima defensa, y así, aunque la agresión no fuera proveniente de la víctima de autos, no obstante, durante el ejercicio del derecho a defenderse ante agresión armada injusta fue que con los disparos defensivos ocasionaron las lesiones del particular, en circunstancias que proscriben endilgarles el resultado a título de dolo o de culpa.

Comoquiera que en el caso de autos no se configuran los elementos subjetivos dolo o culpa insertos en los tipos penales que definen las lesiones personales tanto dolosas como culposas, cuando se realiza el análisis de unas circunstancias fácticas, como las que aquí nos acompañan, observamos que hay que detenerse en el momento de ocurrencia de los hechos, el lugar, estas particulares circunstancias son muy importantes para el operador judicial tomar su decisión, para el caso en cuestión se hace necesario teniendo en cuenta la misión constitucional propia que tiene la policía, la cual evidentemente es muy importante, pero tiene una connotación especial como es encontrarse en la calle con delincuencia, que si bien es su trasiego diario, no se sabe cómo van a reaccionar, ya que en diversas ocasiones son víctimas de este tipo de personas.

Para este específico evento, los policiales estaban cumpliendo su deber, y en el proceso del mismo, como se ha venido señalando, resultó herida una persona de nombre x, pues como se sabe en el desarrollo de un operativo policial todo se desenvuelve tan rápidamente que es muy difícil en milésimas

de segundos pensar si se actúa o no, porque de la prontitud como reaccione depende la vida misma del miembro de la Fuerza Pública; es por ello que al analizar este caso vemos que se produjo un resultado lesivo para una persona, a la cual se le produjeron unas lesiones, pero no se puede decir que en el mismo haya habido un actuar culposo, ya que cuando dispararon los dos policiales lo hicieron para neutralizar a los delincuentes que acababan de efectuar un robo, no con el ánimo de querer lesionar a una persona, su pensamiento iba encaminado a cumplir su misión.

Así las cosas, lo que se da aquí es un error, ya que actuaron convencidos de que su obrar era legítimo, pues consideraron que su actuar era legal, en esos instantes se representa que lo que hacen es justo, luego si la responsabilidad objetiva está prohibida por la ley penal, la consecuencia lógica es que el error es invencible, o sea la falta de conocimiento de la antijuridicidad del hecho, excluye la culpabilidad.

(...)

En este orden de ideas, es clara la inculpabilidad en el desarrollo de la conducta de los encartados, lo cual conlleva a que no se estructure el requisito exigido por la norma para que la conducta pueda calificarse como punible, generando que el delito desaparezca por ruptura del elemento fundamental integrador del hecho punible –de la culpabilidad–, según las exigencias del artículo 7º del Código Penal Militar”. **(Rad. 14513 de 11 de noviembre de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Lesiones personales

Cesación de Procedimiento, *in dubio pro reo*

(...)

“Es por todo lo anterior que el *a quo* toma la decisión de cesar procedimiento a favor de los procesados, aplicando la figura del *in dubio pro reo*, tomando como base la ampliación a la reconstrucción Judicial de los hechos en donde el perito conforme a lo declarado por el señor x, quien se refutó

testigo presencial y en donde señaló haber observado cuando dos institucionales, quienes se desplazaban en una motocicleta, disparaban en dirección a su amigo, determinándose que los institucionales que iban de parrilleros con sus respectivos compañeros de servicio eran el PT. x, determinando que con base en la nueva declaración suministrada por el señor, elaborado por el Técnico Profesional en Balística de la SIJÍN x, quien luego de extraer apartes de lo señalado por el mencionado ciudadano y de confrontar el informe técnico de balística de fecha 15 de julio de 2008²¹; la declaración inicial de x²², el oficio remitido por el Hospital El Tunal²³; el álbum fotográfico²⁴ y los planos elaborados en la diligencia de reconstrucción de los hechos, concluyó que:²⁵

(...)

En este orden de ideas, razón le asiste al togado apelante y al Fiscal *a quo*, para concluir que no obstante el transcurso del tiempo y el esfuerzo hecho durante la etapa de instrucción en este proceso, lo único que surge del acopio probatorio son una serie de dudas en cuanto al verdadero responsable de las lesiones que le fueron ocasionadas al señor x, y de igual manera en cuanto a las circunstancias en que ocurrieron las mismas, pues como bien lo apunta, el señor Fiscal a través de las pruebas periciales no logró establecer a ciencia cierta quién pudo ser el autor del único disparo que lesionó al mencionado ciudadano, pese a que en el lugar de los hechos se encontraba el señor x, quien manifestó ser testigo de los actos que hoy se investigan y fue precisamente con base a su declaración que se llevaron a cabo los peritajes, los cuales no fueron concluyentes y descartaron que los procesados fueran los autores de dicha lesión.

Así las cosas, enfrentadas las dos hipótesis de facto fundamentadas en versiones encontradas que pretenden atribuir responsabilidad a los procesados de autos, sin otra prueba que las confirme o las infirme, esta situación solo conduce a la duda sobre la manera como se desarrollaron los hechos, en lo que respecta específicamente al tema de la causalidad, y de las que se

21 Folios 635-644 CO-4.

22 Folios 602-605 CO-4.

23 Folio 1081 CO-6.

24 Folios 618-634 CO-4.

25 Folios 1258 y vuelto CO-7.

pueda colegir su real responsabilidad, por lo que habremos de concluir que probatoriamente no existen en el expediente los elementos de juicio que determinen la exigencia de proferir resolución de acusación en su contra, debiéndose reconocer el principio constitucional de la presunción de inocencia que se fundamenta para el presente caso en la inexorable aplicación del *in dubio pro reo*, consagrado en el artículo 209 del Código Penal Militar, para resolver a favor de los implicados la duda ineliminable que se desprende del análisis probatorio, en una situación que de manera obvia conduce a la **confirmación** de la **cesación de procedimiento**, proferida a favor de dichos policiales, estando en total acuerdo con los criterios del *a quo* en los que fundamenta su calificación, máxime si se tiene en cuenta que no se logró demostrar la causalidad como presupuesto mínimo de imputación, según las exigencias del artículo 23 del Código Penal Militar”. (**Rad. 14528 de 11 de febrero de 2015, CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar**).

Lesiones personales culposas

Se cumplen los requisitos del artículo 556 del Código Penal Militar para proferir resolución de acusación.

“Hechas las anteriores precisiones, y de manera antagónica a las pretensiones del recurso de alzada que nos compete resolver, considera esta Fiscalía *ad quem* que no era otra la decisión a adoptarse por parte de la primera instancia, que la de proferir Resolución de Acusación en contra del encartado como forma de calificación del mérito del sumario, y ello precisamente porque en verdad se encuentran reunidos a cabalidad los requisitos sustanciales que para la adopción de una decisión de la señalada naturaleza, se encuentran consagrados en el artículo 556 del C. P. M., y que como bien sabemos, se contraen a la demostración de la ocurrencia del hecho, su tipicidad, y además a la existencia de medios probatorios que comprometa la responsabilidad del procesado como autor del hecho que se le endilga.

(...)

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que la prueba es un medio regulado por la ley, sometido siempre al criterio del funcionario judicial, a través del cual se busca la certeza sobre los hechos con apariencia delictiva y la responsabilidad del procesado. Por tal razón, el Código de Procedimiento Penal habla de “pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado”; y alude a que las pruebas serán apreciadas en conjunto por el funcionario judicial, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, mediante una exposición razonada del mérito que le asigne a cada medio de convicción.

Si bien es cierto, que la prueba técnica²⁶ practicada al arma de fuego Sig Sauer calibre 9 mm y en el análisis comparativo realizado, al proyectil hallado en el lugar de los hechos, da como resultado la imposibilidad de determinar si fue detonado por dicha arma, debido a que no se encontraron suficientes características para determinar su identidad, en el informe de laboratorio²⁷ se aclara la primera prueba técnica, concluyendo que “*varias marcas de armas de fuego que pudieron haber disparado dicho proyectil; entre ellas la casa fabricante Sigarms, de la cual hace parte la marca de arma de fuego Sig Sauer*”, a lo que deja abierta la posibilidad de que dicha arma efectivamente disparó el proyectil causante de la lesión que hoy se investiga. Asimismo, debe indicarse que dicha prueba no es la única recaudada dentro del sumario, adicionalmente no es una prueba determinante dentro de la investigación, pues, se reitera, existen diversos testimonios que dan claridad de los hechos que hoy se investigan.

En concordancia con lo anterior, no se evidencia dentro del proceso que exista prueba ilícita alguna o que se hubiese violado el debido proceso en la recolección de la misma, esto es al manejo de la cadena de custodia y la inspección judicial al lugar de los hechos. Pues si el recurrente hace tales afirmaciones por la forma en que se allegó el proyectil encontrado por el guarda de seguridad y entregado a la autoridad correspondiente, el artículo 255 inciso 2 del C. P. P. establece que los particulares que entren en contacto con el material probatorio y evidencia física son responsables de la recolec-

26 Informe investigador de laboratorio, fecha 2010-02-16 (cotejo proyectil) Co. 1 Fl. 32.

27 Informe investigador de laboratorio fecha 2012-12-10 (aclaración primer informe) Co. 3 Fl. 536.

ción, preservación y entrega a la autoridad competente, es decir que no se vulneró el debido proceso, como lo quiere hacer ver la defensa.

Según el Manual del Sistema de Cadena de Custodia, en lo que se refiere a sus límites expresa:

“Aplica a los servidores con funciones de policía judicial o quien por vía excepcional haga sus veces, en el lugar de los hechos, lugares y personas relacionadas con la comisión de la presunta conducta punible, donde se encuentren o aporten los elementos materia de prueba o evidencias físicas. Inicia con la finalización del procedimiento de fijación del lugar de los hechos o documentación de los EMP o EF y termina con el envío de estos al laboratorio autorizado o almacén de evidencias”²⁸.

En razón a lo anterior, se evidencia que no se quebró ni se violó la cadena de custodia, pues el informe ejecutivo FPJ-3²⁹ establece que *“efectivamente se encuentra un proyectil deformado al pie de la llave del agua muy cerca de la puerta impactada en el Pasaje Cali, el proyectil es recolectado y embalado con el fin de enviarlo al laboratorio para cotejo”*, asimismo, en el informe de investigación de laboratorio³⁰ se hace la descripción de los elementos materiales probatorios y evidencia física, estos son el proyectil encontrado en el lugar de los hechos y el arma de fuego pistola Sig Sauer calibre 9 mm, así: *“Los elementos recibidos para estudio balístico, venían correctamente rotulados y embalados en una caja de cartón, bolsa plástica, con cinta de seguridad, rótulo y sus correspondientes cadenas de custodia (...)”*. Es decir que se cumplió con los parámetros para el ejercicio de la cadena de custodia según lo plantea el mencionado Manual de Cadena de Custodia.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que los defectos en la cadena de custodia no tienen incidencia en la legalidad de la aducción de la prueba, sino en el poder per-

28 Manual del Sistema de Cadena de Custodia, p. 49. 7.3. Fgn-Cc-Reremp: Recolección, embalaje y rotulado de los elementos materia de prueba o evidencias.

29 Informe ejecutivo FPJ-3 Fl. 8 Co. 1.

30 Informe Investigador de Laboratorio FPJ-13 Fl. 32 Co. 1.

suasivo que solamente el juez le puede conceder, para así obtener una apreciación favorable a sus intereses³¹.

Y en otras decisiones también ha dicho:

“Impera recordar que los yerros en el curso y respeto de los protocolos derivados de la denominada cadena de custodia no comportan la exclusión de la prueba, en cuanto no se trata de un asunto de legalidad del medio de convicción, sino de valoración y ponderación judicial del mismo, en cuanto puede verse afectado lo genuino, fidedigno y auténtico del elemento probatorio, de modo que aún en aquellos casos en los cuales se constate la ruptura efectiva de la cadena de custodia, no por ello debe automáticamente marginarse la prueba del acervo probatorio, sino que corresponde al juez verificar hasta qué punto y en qué medida ello compromete la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio en punto de su credibilidad y potencial persuasivo.

“La cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del principio de mismidad, según el cual, el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y debe contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.

No sobra señalar que si la cadena de custodia fue establecida en procura de asegurar pruebas fidedignas y genuinas dentro del proceso, garantizando con ello los derechos no solo del sindicado sino también de los demás intervinientes, es evidente que dicha teleología no permite transformarla en herramienta para obstaculizar el trámite o peor aún, en instrumento para conseguir la impunidad mediante la utilización irracional de las formalidades, siempre que, se reitera, se preserve su razón de ser y se cumplan los cometidos garantistas que le dan sentido a su institucionalización por vía legislativa en el estatuto procesal penal”³² (subrayas fuera de texto).

31 Proceso No. 30598, Magistrada Ponente María del Rosario González de Lemos.

32 Sentencia de casación del 19 de febrero de 2009. Rad. 30598. En igual sentido providencias del 15 de febrero de 2012. Rad. 37943 y del 15 de junio de 2011. Rad. 31843, entre otras.

Por otro lado, es importante resaltar que dado el principio de libertad probatoria, para que el funcionario judicial considere que ha alcanzado la convicción sobre determinados hechos, no puede considerarse un defecto fáctico por insuficiencia probatoria el hecho de que las autoridades accionadas se hayan basado en uno o varios testimonios para la adopción de sus decisiones como las hoy cuestionadas, por lo que no encuentra este despacho que dichos testimonios sean contraevidentes, toda vez que manifiestan las serias afectaciones físicas, psicológicas y angustias que padeció la víctima.

(...)

Es así como de los testimonios que obran dentro del presente sumario se puede deducir que es una prueba que conduce indiscutiblemente a la culpabilidad del procesado por las lesiones causadas a la víctima, y que no se encuentran contradicciones en sus versiones, pues todos dan fe y concuerdan en que el disparo que lesionó a la señora Noelia Papamija fue producido por el procesado, pues segundos después de que se escuchara dicho disparo, abrieron la reja del centro comercial y en ese entonces a la única persona que vieron portando un arma de fuego fue al policial”. **(Rad. 14449 del 26 de junio de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Nulidad

Nulidad por vulneración del principio de la investigación integral

“Sería del caso entrar a conocer del recurso de apelación a no ser que encuentra esta instancia que hay elementos probatorios muy importantes que se deben indagar con el fin de tomar la decisión que en derecho corresponda, por ello este Despacho se ve abocado a decretar 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, tema en el que la Corte Suprema de Justicia aclara 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 inves-*

tigación 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.

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 consecuencialmente impelido en allegar aquellos elementos de convicción que por su fundada incidencia sustancial resultan de forzoso acopio al proceso...”³³.

Por lo anterior, resulta necesario para garantizar el antedicho principio de la investigación integral en este proceso, que se practiquen las siguientes pruebas por parte del Instructor:

(...)

De conformidad con lo anterior y en aras de la administración de justicia este Despacho se abstiene a pronunciarse de fondo respecto al recurso de apelación impetrado y decreta la nulidad parcial de lo actuado en la primera instancia como única alternativa de solución posible, para que el expediente vuelva al Funcionario de Instrucción a fin de que proceda a recaudar las pruebas mencionadas por esta instancia, y por la representación del Ministerio Público, y aquellas que considere pertinentes y conducentes”. **(Rad. 14502 de 17 de febrero de 2015, CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

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

Nulidad del auto de cierre para que se vincule no solo por desobediencia, sino por todas las conductas

Ahora, efectuada la precedente precisión, tenemos, entonces, que el fundamento basilar para que hubiese procedido el funcionario de la relatada manera se enquista en que consideró debe ampliarse la indagatoria del vinculado para enrostrarle nuevas imputaciones por las que en su sentir como calificador del mérito sumarial debe entrar a responder y que hacen parte de todo lo que circunscribe su actividad para aquel 5 de diciembre de 2010 como superior de los inmolados y heridos frente a lo que debió hacer en su condición para evitar la afrenta contra bienes jurídicos tutelados por el legislador.

De allí que el cuestionamiento que connatural a ello resulta es, ¿puede dentro de sus facultades la Fiscalía entrar a la nulitación parcial de la actuación para esos menesteres?, la respuesta resplandece clara y contundente: sí puede perfectamente hacerlo, no solo porque ello está lejos de atentar contra los postulados del debido proceso, sino porque ello garantiza el derecho de defensa que le asiste al procesado para que a futuro no se le sorprenda con imputaciones de las cuales no ha tenido la oportunidad de defenderse ni han sido dentro del ámbito de la investigación abarcadas en su integridad. **(Rad. 14434 de 28 de noviembre de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Nulidad por falta de motivación del recurso de apelación

“Y es que, analizada la resolución calificatoria del mérito sumarial que pretende contrarrestar la defensa se verifica que las genéricas apreciaciones del defensor en su escrito precalificadorio fueron debidamente incluidas en el discernimiento del *a quo*, motivo por el cual la instancia superior se marginará del conocimiento del recurso de alzada, como ya lo indicáramos, pues corresponde al recurrente como su imprescindible y más sagrada obligación a través de la impugnación atacar con argumentos jurídicos el escrutinio que la Fiscalía ofreció frente a las apreciaciones vertidas en las alegaciones y demás aspectos que hubiese incluido en su disertación, no limitándose, sin una lógica coherencia, con respecto a lo enunciado, a reiterar de forma

literal dentro del memorial en el que interpone su recurso de apelación en contra de la resolución de acusación, exactos argumentos a los que había insertado en el anunciado alegato, pues ha de entenderse que el inconformismo esbozado por la defensa técnica del vinculado ya ha sido atendido, sin vislumbrarse en el esgrimido planteamiento un novedoso y fundamentado argumento enfilado en contra del contenido de la decisión acusatoria que imponga al Despacho la obligación de conocerlo, más que en unas pocas líneas esbozar simplemente que Escobar Martínez cumplió con su misión constitucional de implementar las debidas medidas de seguridad; debiendo reiterarse que lo que el recurrente intenta como un recurso de alzada no tiene, en esencia, ningún tipo de apreciación jurídica o probatoria que nos permita debatir la legalidad de la determinación adoptada por el *a quo*, concretándose dicho apartado bajo los mismos señalamientos, sin hilvanar ningún nexo de conexidad y debida cohesión con sus repetitivos argumentos, lo que nos conduce válidamente a formularnos el siguiente cuestionamiento: ¿cómo suponer que pudo la defensa, a través de un recurso ordinario, adelantarse a elucubrar sobre la decisión del *a quo* cuyo contenido desconocía, si verificado el escrito precalificadorio podrá, sin ambages, aducirse que fue el mismo que utilizó para recurrir en alzada?, estableciéndose con inequívoca nitidez que esta labor resulta materialmente imposible, debiendo, en consecuencia, reiterarse nuestra inicial postura para apartarnos de conocer del mismo, pues no son pocos los precedentes jurisprudenciales que así nos lo imponen”. **(Rad. 14276 de 30 de abril de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Nulidad por indebida calificación del mérito sumarial. Discrepancia con el Tribunal Superior Militar frente al asunto

“Ahora, no obstante lo argumentado por la magistrada que conociera del asunto en donde indica que no tiene esa Sala que ‘...hacer pronunciamiento con relación a los argumentos que motivaron la decisión de la Fiscalía Tercera...’ y aunque no compartida su particular criterio por esta Instancia, en armonía con las razones aducidas en nuestro proveído calendado el 26 de julio de 2011, lo cierto es que no puede quedar el trámite procesal estancado, por lo que en los términos que lo visiona el Tribunal Superior Militar, procederemos a decretar la nulidad parcial de la actuación por la indebida

calificación del mérito del sumario que efectuara el *a quo*, pues a nuestro juicio no pudo haberse encauzado la misma bajo la modalidad del delito imprudente, según el calificador, 'por haber obrado el procesado con imprudencia, inobservancia e normas reglamentarias de infracción del deber objetivo de cuidado que le era exigible como miembro de la Fuerza Pública...', sino bajo el análisis de un delito doloso." (Rad. 11306 de 30 de mayo de 2013, Dr. Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).

Nulidad por indebida valoración probatoria

"Ahora, es evidente que *ab initio* la presencia policiva en el lugar se desprende del claro ejercicio de su funcionalidad y que en ese instante, además, cumplía labores inherentes a su tarea, asunto este que no se cuestiona en lo absoluto; sin embargo, auscultada la totalidad del paginario y obviamente la pieza calificadora, damos cuenta de que sin más tomó como fundamento de su escrutinio el *a quo* la declarativa depositada por Alejandrina Lizarazo que secunda lo manifestado por el indagado para estructurar una legítima defensa, por lo menos bajo la supuesta inminencia de un ataque del que fuera presuntamente víctima, empero por lo demás se cuestiona la instancia: (i) ¿cómo arribó en el debido escrutinio de los medios de convicción arrojados a la decisión darle absoluta credibilidad a esta versión?, (ii) ¿de qué manera fundamentó la intrínseca determinación de degradar, en consecuencia, las demás versiones de cargo que militan en el cartulario, cuando ni siquiera hizo mención de ellas en su examen?, (iii) ¿acaso se detuvo en la comprensión de los aspectos que podrían haber llevado a estos testigos a declarar de la manera en que lo hicieron?, (iv) ¿cómo matizó el examen de la inicial declarativa de Helí Cárdenas Toro y su posterior retractación?, (v) ¿qué valor le ofrendó a una y otra versión y por qué?, (vi) ¿qué opinión le mereció en su disertación que el proyectil disparado hubiese impactado de forma posteroanterior en la zona anatómica que destaca la necropsia y en qué acápite plasmó su ponderación sobre la posibilidad o no que en las circunstancias que se estudian pudo en consecuencia ser acogida la versión del vinculado en este sentido?, (vii) ¿en dónde menciona algún referente sobre la no aparición del arma de fuego que supuestamente portaba el occiso y con la que amenazó con atacar al policial Santana Dimuro?, (viii) ¿qué ocurrió con el necesario pronunciamiento sobre la aparición de un taxi en la escena en

donde, según el vinculado y algunos otros testigos, el finalmente occiso introdujo el arma, o qué expresó sobre la contradicción frente a este aspecto con relación a la versión de la misma Alejandrina Lizarazo, quien mencionó que el arma la ocultó uno de los amigos del occiso dentro de la vivienda de Luis Alexánder Balcázar?, y por último, **(ix)** ¿cómo soporta el *a quo* su postura con base en la afirmación efectuada por Alejandrina Lizarazo Medina, quien advierte que Edwin Javier Morales Mariño disparó su arma, mientras que es el mismo procesado y muchos más testigos quienes sostienen que tan solo le apuntó?; 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 avalar 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).**

Peculado culposo

Caso fortuito, Derecho Penal de Acto. Se revoca la resolución de acusación y en su lugar se profiere cesación de procedimiento.

(...)

“En efecto del contenido de la decisión calificatoria de Primera Instancia, encuentra este despacho que al desentrañar el tema de la culpa en la dogmática que emplea el *a quo* para proferir resolución de acusación en contra del aquí procesado, aplica un concepto radical de responsabilidad de autor, que no de acto, como lo impone nuestra Constitución Política en su artículo 29 al definir el concepto primario del debido proceso al cual han de someterse las actuaciones y decisiones judiciales, derecho penal de autor, que como se sabe, se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento penal, como lo ha señalado de manera reiterada nuestra Corte Suprema de Justicia. Dijo al efecto la citada Corporación:

“... 4. De modo que proscritos como están la responsabilidad sin culpabilidad y el derecho penal de autor, acorde con el cual se excusa o sanciona al agente por sus virtudes, cualidades o principios y en general por la forma como conduzca

su vida, es imperativo un derecho penal por el acto realizado, esto es, por el contenido de la voluntad que emerge de la conducta desarrollada, siendo desde esta perspectiva descartar por inadmisibile que a través del análisis de 'la personalidad de la acusada', se pueda llegar válidamente a sostener, como aparece en la sentencia impugnada sin el menor fundamento, que (...) no estaba en capacidad moral para ordenar la muerte de su exnovio.

5. Como es elemental entender, esta conceptualización del derecho penal de acto, en que se sustenta el principio de culpabilidad, se opone a la búsqueda de la responsabilidad penal a partir de asumir lo que el hombre es y no aquello que hace..."³⁴.

(...)

Para el caso *sub examen*, reiteramos, la acusación del *a quo* está fincada en la proscrita responsabilidad de autor, por cuanto sus apreciaciones recaen exclusivamente en el **deber objetivo** de cuidado que se le imponía al procesado en la conservación del arma, pero prescinde de todo análisis sobre el **deber subjetivo** de cuidado y procede a fundar un reproche jurídico en la mera falta de previsibilidad –culpa objetivada sin representación– del procesado en lo que respecta a la custodia del arma, recurriendo a un simple naturalismo causal a la vez que no desentraña el nexo psíquico en que debe fundamentarse todo juicio en el tema de la culpabilidad.

Del análisis probatorio fuerza concluir que efectivamente estamos frente a un caso fortuito, por cuanto la pérdida del revólver que se le endilga al policial de autos se produjo en desarrollo de un evento que no le fue posible prever, cual fue el hecho de que se le cayó el revólver de la chapuza cuando transitaba en motocicleta, **la cual conducía, llevando además consigo el radio de comunicaciones, el bastón de mando, las esposas**, sin que se diera cuenta del sitio y el momento en que se produjo la pérdida. Fue un hecho extraño e incontrolable presentado al sindicado, que no pudo evitar dentro de las previsiones exigibles al comportamiento de un policial del común, en relación con la preservación en su poder del arma que se le asigna como dotación, situación esta que enmarca jurídicamente al policial procesado

34 Sentencia del 4 de febrero de 2004, radicado 13.362. M. P. Alfredo Gómez Quintero.

en causal que lo exime de responsabilidad por ausencia de culpabilidad, por cuanto la forma de culpabilidad culposa no puede presumirse, sino que ha de probarse, apartándonos sobre este preciso aspecto de las apreciaciones del Calificador de primera instancia, porque, además que no demostró que el procesado *motu proprio* hubiese creado un riesgo para el arma y que luego lo hubiese incrementado con su conducta, no deja de ser una conjetura muy controvertible afirmar que el revólver se extravió porque el encausado a sabiendas de que la chapuza era vieja, debió evitar su pérdida colocándole cordones, un nylon, cuerdas de protección o de agarre del arma y que de no hacerlo se podría abrir o soltar, ya que también era factible que razonadamente pensara el inculpado que al tener el revólver en la chapuza y en las circunstancias en que siempre lo portaba era casi imposible, para él, que el revólver se le perdiera, pues lo tuvo por muchos años y así lo cuidó.

Es innegable, asimismo, para este Despacho, que el policia x al momento en que se le perdió su arma oficial estaba concentrado en el cumplimiento de las labores de patrullaje, máxime que como se señaló anteriormente era quien conducía la motopatrulla, llevando consigo además otros elementos, como el radio de comunicaciones del que debía estar pendiente constantemente, como así lo señaló en su injurada, de donde se desprende total ausencia de acto de su parte en el resultado de autos, porque para él resultó inesperado, súbito e imprevisto dentro de la categorización o juicio que se debe hacer a un policía normal en relación con las medidas que debe adoptar para el porte seguro del arma de dotación, procediendo de manera inmediata a su búsqueda aunque con resultados inútiles.

Por ende, como acertadamente lo expresa el abogado recurrente, la pérdida del arma no se produjo por un acto de irresponsabilidad de parte de su defendido o por descuido de sus deberes, sino que el hecho se le presentó ajeno a su capacidad volitiva y de conciencia sobre un probable extravío o pérdida del revólver, resquebrajándose, así, la relación causal entre el aspecto subjetivo generante de responsabilidad penal, aun culposa, y el hecho de que se protege a través de la norma que define el peculado en sus diversas modalidades y que tutela el bien jurídico de la Administración Pública, para concluirse que la pérdida del arma objeto de esta investigación se le presentó al procesado en circunstancias para él constitutivas de caso fortuito, que permiten revocar la resolución acusatoria impugnada para proferir en

su reemplazo cesación de procedimiento en este proceso, al enmarcar la valoración probatoria dentro de los postulados de la sana crítica, siguiendo el criterio jurisprudencial que pregona, que en el peculado culposo para evaluar la culpa, siempre se debe determinar la “relación inmediata en el plano de la causalidad con el resultado de pérdida, extravío o daño del bien bajo custodia del empleado. No puede entonces tomarse cualquier antecedente fáctico como estructurante de la culpa del empleado oficial, sino solamente aquel que determina, según la experiencia, de manera inmediata y directa la pérdida del bien”³⁵; lo que equivale a afirmar que la forma de culpabilidad culposa no se puede inferir de supuestos o especulaciones hipotéticas de naturaleza alternativa sobre lo que el operador judicial considera como “lo que se debió haber hecho para evitar un resultado”, sino que debe surgir claramente de un hecho probado como cierto que ligue inexorablemente la conducta con el resultado, lo cual no pudo estructurar el *a quo* porque simplemente recurrió al prurito, se reitera, de que al procesado tal vez no se le habría perdido el arma si le hubiese colocado a la chapuza *cordones, nylon o cuerdas de protección o agarre al arma*; que de por sí no hacen parte ni de la dotación y mucho menos del uniforme que para el día de los hechos debía portar el PT. x, siendo obvio que ante tales imaginativos eminentemente provenientes de la subjetividad del *a quo* debe prosperar el reproche contra la acusación objeto del recurso.

(...)

Así las cosas, esta Fiscalía *ad quem*, en total acuerdo con el togado apelante, se aparta de la decisión adoptada por el señor Fiscal *a quo*, por cuanto al procesado no se le puede endilgar el punible de **peculado culposo**, ya que el hecho se le presentó como un caso fortuito, que excluye su culpabilidad conforme a lo previsto en el numeral 1º del artículo 35 del Código Penal Militar”. **(Rad. 14161 de 26 de mayo de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

35 C. S. J., Sala de Casación Penal, M. P. doctor Carlos A. Gálvez Argote, julio 18 de 1996, Rad.: S-10464-96.

Prevaricato por omisión. Indicios del dolo

De manera que podrá indicarse con propiedad que son varias las circunstancias por las cuales se estructuran los hechos y los indicadores de la presunta responsabilidad que les asiste a los vinculados, quienes efectivamente omitieron voluntariamente un acto propio de sus funciones con conocimiento de la antijuridicidad de su actuar, pues prueba de ello la constituye, **(i)** la ausencia de anotaciones en la respectiva minuta de población que para el efecto se lleva en la estación policial, **(ii)** la no elaboración del respectivo informe en el que se hubiese plasmado el procedimiento, **(iii)** la ausencia de comunicación sobre el mismo al comandante de la unidad y **(iv)** el haber dejado la mercancía en lugar diverso al que debía estar bajo el prurito del mantenimiento de las condiciones de seguridad por no existir espacio para ello en las instalaciones.

Lo en precedencia indicado, porque las más elementales reglas de la experiencia suponen que un procedimiento de esta índole lo primero que demanda es informar a su superior, mucho más cuando se trata de un comando pequeño en donde una actuación de este tipo constituye una novedad, máxime cuando se prestaba, según los indagados, una presunta dificultad para contactar al encargado de rentas departamentales con el fin de que procediera a la verificación del estado del incautado licor; no obstante, se observa que nada de ello se hizo y todo parece indicar que si Alfredo Franco Tobón no se dispone a dialogar con el TE Mayorga Miller y hasta acudir a los buenos oficios de un oficial retirado, la situación así hubiese continuado, siendo este acto el que obligó al desprevenido oficial a ordenar la devolución de la mercancía debido al tiempo que había transcurrido sin que sus subalternos hubiesen dado solución a un asunto y que, de paso, ponía en tela de juicio la imagen de la institución que representaba. **(Rad. 14366 de 30 de septiembre de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Prueba testimonial. Justa valoración. Contradicciones no suponen siempre su desacreditación

Ahora, *prima facie*, se extrae del recurso presentado por la defensa una censura de carácter eminentemente probatorio en el que argumenta que no obra en el expediente ningún elemento de convicción que permita desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a su defendido, debiéndose responder de enfática manera que dicha argumentación se percibe contraevidente al contrastarla con la realidad fáctica que emana de los medios demostrativos al dossier arrimados, pues, ciertamente, además de la versión del agredido dragoneante, obran las declaraciones del dúo de soldados que apreciaron de manera directa la forma en que de *Armas Ditta* agredió en la cabeza con un palo de escoba a Mahecha Bermúdez, quien en ese momento estaba protegido por el casco y que como consecuencia de uno de los empujones resultó lesionado en dos de sus dedos de la mano izquierda, por lo cual debe manifestarse que si bien la presunción de inocencia como principio universal es insoslayable y se constituye en un derecho propio de todas las personas que se encuentran incursas a una investigación de carácter penal, no menos cierto resulta que el aspecto negativo de dicho precepto se fundamenta en la existencia de prueba que determine, por lo menos, en esta etapa procesal, la presunta responsabilidad del vinculado como autor o partícipe, tal cual ocurre en el asunto que nos ocupa, muy a pesar de que del contenido de las versiones de los testigos de cargo se desprendan insustanciales contradicciones que se aprecian normales cuando de valorar la prueba testimonial se trata, pues ello se debe en muchas ocasiones a que cada persona tiene una manera propia de expresarse, percibe de distinta forma el trazado fáctico, enfatiza más su atención en determinados aspectos, su ubicación en el teatro escénico es diversa, por lo que el delicado ejercicio del funcionario judicial ha de centrarse en elaborar un raciocinio dirigido a encontrar los puntos de convergencia o que se acoplan de adecuada manera, para, como en el caso que nos ocupa, erigir válidamente un criterio de responsabilidad de carácter penal, más allá de detenerse en ofrendar un valor más allá del merecido a aquellas insignificantes y corrientes contradicciones, pues de lo que se trata es de desentrañar lo que en el evento de marras constituyó la médula del acaecer fáctico, el que nos conmina a determinar que no se reviste de razón suficiente el argumento de la defensa; *contrario sensu*, reite-

ramos, se aprecian solventes las declaraciones de testigos y ofendido, lo que conduce a concluir sin dubitación razonable que ciertamente el suboficial de *Armas Ditta* lesionó el bien jurídico de la disciplina al haber atacado por vías de hecho en actos relacionados con el servicio a su inferior jerárquico en la forma prevenida en el canon 119 del Código Penal Militar. **(Rad. 14427 de 28 de enero de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Recurso de apelación

Se declara desierto el recurso, por falta de sustentación jurídica, se limita a la transcripción de los alegatos precalificatorios.

“En efecto, si bien la señora Procuradora 285 Judicial I Penal refiere en el encabezado de su memorial que se muestra en discrepancia con los argumentos esgrimidos por el Fiscal 159 Penal Militar, al analizar con detenimiento el contenido de su escrito, se puede apreciar que corresponde a una transcripción de sus alegatos precalificatorios obrantes a folios 779 y siguientes, brillando por su ausencia el análisis argumentativo que permita sustentar su inconformidad con la providencia materia del recurso, vale decir, especificando a ciencia cierta los motivos de contradicción que la llevan a apartarse de los planteamientos esgrimidos por el *a quo*.

La representante de la sociedad reproduce los mismos párrafos empleados en sus alegatos, insistiendo en que las lesiones propinadas a *x* fueron causadas por los gendarmes cuando lo trasladaban hacia la estación policial, respaldando esta afirmación dándole pleno crédito a la versión de familiares y amigos de la víctima, como el caso de *x* y del menor *x*, asegurando que el comportamiento de los institucionales se produjo a título de dolo debido al uso excesivo de fuerza; sin embargo, omite en su escrito sustentatorio, sus juicios de reproche en contra del argumento central del fiscal de primera instancia, que gravita en torno a la aplicación del principio universal del *In dubio pro reo* en el caso de *marras*, cuando advirtió la presencia de contradicciones en las afirmaciones de los diversos testigos, acerca de la cronología de los hechos y la identidad de la persona que agredió al afectado.

Nótese que el único reparo de la impugnante respecto de este tema es un sencillo párrafo donde puntualiza: “Para finalizar y en atención a que la decisión de la Fiscalía se centra en posibles contradicciones en los dichos de testigos presenciales de los hechos, considera esta Delegada que la etapa de juicio es la oportunidad para clarificar lo que estime pertinente³⁶” solicitando en últimas la revocatoria de la decisión, para que en su defecto se dicte resolución acusatoria, sin mencionar en ningún momento las razones que le llevan a controvertir las consideraciones que son objeto de reparo, indicando que la etapa del juicio es el periodo procesal apropiado para clarificar cualquier inconsistencia de índole testimonial, dando por sentado la continuidad de la actuación y, por ende, la responsabilidad de los encartados, sin antes haber sustentado en debida forma los motivos de inconformidad.

El recurso de apelación, aunque es una garantía de los sujetos procesales para acceder a la instancia superior, no solo debe ser presentado en oportunidad dentro de los términos establecidos en la norma, sino que también debe estar debidamente sustentado por escrito haciendo parte trascendente del rito procesal, tal como reiteradamente lo ha sostenido la honorable Corte Suprema de Justicia, pues no es suficiente que el impugnante se muestre en desacuerdo con el fallo, sino que es necesario especificar los aspectos con los que se muestra en disconforme, indicando con claridad los aspectos jurídicos y fácticos determinantes para debatir la decisión apelada, circunstancia que de no plasmarse en el escrito sustentatorio impide que el *ad quem* continúe con el trámite, declarando desierto el recurso.

(...)

En este sentido, vale la pena recordar que el artículo 363 del estatuto punitivo castrense, estipula que quien interponga el recurso de apelación, **“deberá exponer las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia**. En caso contrario no se concederá”; en otras palabras, la norma en cita no quiere decir que el recurrente simplemente enuncie su discrepancia de manera genérica, sino que señale el tema o el tópico contenido en la providencia que es materia de cuestionamiento, indicando en

36 Folio 835.

dicho memorial con claridad los argumentos de índole probatorio o jurídico que son debatidos.

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:

“...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...”³⁷.

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 detallados en el memorial del recurso, en el que solo aparece una simple voluntad de controvertir con base en fundamentos inciertos, y no es labor officiosa 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 sería 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 señora Procuradora Judicial ante la primera instancia, fueron plenamente respondidas y resueltas en el acto de calificación**, cuyos análisis se avienen a las exigencias que imponen las reglas de la sana crítica sobre valoración probatoria, y que consisten, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en lo siguiente:

“... La sana crítica, que no es nada distinto en la explicación de su nominación y en busca de sus contenidos y fines, que el sometimiento de las pruebas a las

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

leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma 'sana', esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y 'crítica', es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como 'criterios de verdad', serán confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos...". (Sentencia del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En resumen, a las conclusiones sustentadas en la critología probatoria dentro de los parámetros de la sana crítica que fuera hecha por la Fiscalía a quo, se opone la Procuradora 285 Judicial Penal I, volviendo a presentar **el mismo memorial contentivo de sus alegaciones previas a la calificación del mérito del sumario, en el que solo segregó apartes de sus alegaciones**, es decir, separó párrafos de otros de los que formaban parte, con lo cual, como igualmente lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia, "...no cumple el requisito de la sustentación, quien simplemente remite a lo expresado antes de expedirse la providencia recurrida...". Veamos:

"...En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos, y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó..."³⁸.

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 precalificatorios de la señora Procuradora³⁹, con el que supuestamente pretende sustentar el recurso de Apelación contra la Cesación de Procedimiento proferida por el a quo, para darnos cuenta de que tienen exactamente el

38 Auto del 16 de enero de 2003, radicado 18.665, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

39 779-783 CO-4.

mismo contenido, por manera que en tales circunstancias, definitivamente la 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...”⁴⁰.

Por último, ante el vacío argumentativo apreciado en el escrito de apelación invocado por la Procuraduría 285 Judicial I Penal, no queda más remedio que declarar desierto el recurso ante la falta de sustentación, lo cual no se constituye en una mera ritualidad, sino en un aspecto vital de la demanda de justicia para todos aquellos que cuestionan las decisiones judiciales, quienes se encuentran compelidos a indicar los puntos en desacuerdo al pretender que una decisión sea revocada. **(Rad. 14562 del 10 de marzo de 2015, CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

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

Requisitos de la imputación en el delito imprudente

Ahora, arribar a una acertada solución dogmática del asunto impone de ineluctable forma resolver plurales cuestionamientos que repercuten directamente en el estudio de la teoría del delito, entre otros: **(i)** ¿podrá concluirse que en realidad se verificó un lesivo resultado vulnerador del bien jurídicamente tutelado de la integridad personal?, **(ii)** ¿resultará pertinente afirmar que en el comportamiento asumido por el PT. Martínez Palacios Laureano existió una verdadera ausencia del deber objetivo de cuidado exigible en la manipulación del armamento asignado?, y por último, **(iii)** ¿será consecuente señalar que aquella vulneración del deber de cuidado, si se estableciere, se constituye en el elemento causal del resultado? **(Rad. 14337 de 27 de junio de 2014, doctor Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

Ruptura de la unidad procesal. Intangibilidad de la consulta no apelada en decisiones mixtas

“Así las cosas, lo primero que habrá categóricamente de advertirse en esta disertación, tal cual *a posteriori* lo decantaremos, es que ninguna injerencia puede tener en la actualidad esta instancia para el conocimiento de la determinación que sube para surtir el grado jurisdiccional de la consulta, 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. Dorado Osorio David como autor de las lesiones corporales acreditadas en Germán Eduardo Manquillo, 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).**

Se acepta impedimento, causal quinta, artículo 277, Ley 522 de 1999

Se acepta impedimento por existir amistad íntima entre alguna de las partes y el Juez, Fiscal o Magistrado

“Siendo consciente el legislador de la naturaleza humana de quienes administran justicia y con el fin de que los fiscales y jueces sean imparciales, estableció una gama de causales de impedimento que, de existir, pueden restarle objetividad a la intervención del calificador o fallador.

Así las cosas, y para garantizar a los sujetos procesales el adelantamiento imparcial de los procesos y permitirles **a los fiscales** y jueces eximirse de intervenir en los procesos en donde no puedan tener absoluta imparcialidad, la ley faculta a aquellos para que recusen a los jueces y a estos para que se declaren impedidos.

El propósito de las instituciones procesales de los **impedimentos** y las recusaciones, consiste en asegurar la imparcialidad del fiscal y/o juez, quien debe marginarse del proceso del cual viene conociendo cuando se configura, en un caso específico, alguna de las causas taxativamente señaladas en la ley.

El objeto de tal decisión, para cuya adopción se abre un incidente dentro del proceso penal, radica única y exclusivamente en la verificación acerca de si la circunstancia alegada por el funcionario que manifiesta el impedimento o por el recusante, según el caso, encaja o no en una de las hipótesis contempladas por la norma legal respectiva, esto es, en el artículo 277 del Código Penal Militar.

Es indudable que las causales de impedimento y recusación contempladas en el estatuto legal penal militar que rige las actuaciones y los procesos que deben surtirse ante esta jurisdicción son taxativas y, por ende, de alcance restrictivo, por lo que en consecuencia, no son admisibles las interpretaciones extensivas o analógicas que tiendan a configurar formas de impedimento no estatuidas en la ley.

Ubicados en este punto, la causal de impedimento seleccionado por el señor Fiscal *a quo*, es la acertada, por cuanto se configura la contemplada en el numeral 5° de la citada disposición⁴¹, pues de la lectura de su pedimento, se aprecia que evidentemente entre este y la doctora *x* existe una amistad íntima que va incluso desde la infancia y hasta el punto de que es el padrino de bautizo de su menor hija.

En este orden de ideas, para esta Fiscalía de Segunda Instancia resulta claro que el hecho de que el señor Fiscal *a quo* sostenga un lazo de amistad con la mencionada togada, configura la causal 5ª de impedimento arriba transcrita, lo que sin duda afecta la imparcialidad que debe tener cualquier servidor público para pronunciarse funcionalmente sobre la ocurrencia de esos hechos y sus consecuencias jurídicas, razones por las cuales estima este Despacho, que los argumentos presentados por el Fiscal 163 Penal Militar son de recibo, pues la situación que se pone de presente, en aras de una recta e imparcial administración de justicia, podría afectar la determinación que en materia de calificación pudiera adoptar dicho funcionario en el presente proceso, si en esta oportunidad no se le separa del conocimiento del mismo, como en efecto se hará en la parte resolutive, designándose en consecuencia al señor (a) Fiscal 164 Penal Militar ante el Departamento de Policía Tolima, con sede en la ciudad de Ibagué, para que avoque el conocimiento del presente sumario en sede de Calificación”. **(Rad. 14560 de 15 de diciembre de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Teoría imputación objetiva

Culpa exclusiva de la víctima

“El punto central del aludido recurso estriba en que si bien se acepta que en principio podría hablarse de que el resultado investigado en autos se debió a la denominada culpa de la víctima, ello no implica que el procesado de autos tuviese el control de lo que podría suceder, máxime que este ya había avizorado al peatón cuando intentó cruzar la avenida, y que al no poderlo

41 Existir enemistad grave o **amistad íntima entre alguna de las partes** y el juez, **fiscal** o magistrado.

hacer, de un momento a otro cruza la avenida, con las consecuencias ya conocidas, por lo que en su sentir dada la experiencia del policial este tenía la posición de garante en el momento de los hechos, echando de menos la prueba científica que determinara que el policial conducía a unos 60 km por hora, y no basado en testimonios.

(...)

Para esta Fiscalía de Segunda Instancia, las pruebas allegadas en su valoración conjunta demuestran, a no dudarlo, la flagrante violación por parte del hoy lesionado, de elementales normas de tránsito, poniendo en peligro su integridad física, pues al examinar el Código Nacional de Tránsito y Transportes, y más concretamente las normas inherentes al comportamiento de los peatones, allí se establece, como ya se había anticipado, que no podrán actuar de manera que pongan en peligro su integridad física, y que, por ello, cuando de atravesar una vía se trata, deben hacerlo por la línea más corta, respetando las señales de tránsito y **cerciorándose de que no viene ningún vehículo que ofrezca peligro para el cruzamiento**, estándole por ende vedado a los peatones, **el invadir la zona destinada al tránsito de vehículos**, normas todas estas que, reiteramos, fueron inobservadas por el lesionado, realizando una maniobra altamente peligrosa e irresponsable que puso en peligro su propia vida, al intentar cruzar una avenida principal sin las debidas precauciones, pese a que a pocos metros existía un paso peatonal debidamente demarcado.

Teniendo en cuenta lo anterior, este despacho confirmará la cesación de procedimiento objeto del recurso de alzada, por cuanto fue el propio lesionado x quien asumió voluntariamente los riesgos que para su integridad física acarrea el cruzar sin las debidas precauciones una avenida teniendo cerca un cruce peatonal, razones suficientes para considerar que nos encontramos frente a la asunción voluntaria de un riesgo, al realizar un comportamiento social y jurídicamente desaprobado, entrando la víctima en el campo de la autopuesta en peligro, ya que es del rol de todo peatón evitar actuar de manera tal que ponga en peligro su vida impidiendo de esta manera todo resultado lesivo para su integridad física, tal como lo prevé el nuevo Código Nacional de Tránsito.

De acuerdo a lo que se viene exponiendo, y ubicándonos en el contenido del artículo 23 del C. P. M. **Causalidad como presupuesto mínimo de imputación**, este Despacho adhiere a la tesis del tratadista José Antonio Gutiérrez, quien en su obra “Código Penal Militar” editorial Temis, página 14, al comentar la señalada disposición, estima que “... El encabezado de la norma, ya no es la mera ‘causalidad’ como lo expresaba el Código anterior, sino una causalidad como presupuesto mínimo de imputación. Es decir, se pasa de un causalismo puro, a ser considerado como un presupuesto mínimo para imputar un hecho punible a un individuo, cambio radical en la teoría del delito; pues ya el nuevo estatuto, a mi criterio, no puede catalogarse como causalista neoclásico, y permite la aplicación de las demás teorías del delito o esquemas del delito (Causalismo clásico y neoclásico; finalismo; imputación objetiva de Claus Roxin, e incluso el funcionalismo radical planteado en la teoría de la imputación objetiva de Gunther Jakobs)...

... Aclaremos, además, que una cosa es la causalidad y otra muy diferente la imputación; en otras palabras, **siempre que hay imputación está demostrada la causalidad**, pero no siempre que se demuestre la causalidad significa que pueda haber imputación...”.

Quiere significar lo anterior que, atendiendo a lo dicho por el tratadista en cita, y resolviendo este caso bajo los parámetros de **la teoría de la imputación objetiva**, a diferencia de lo que plantea el señor Procurador apelante, es a la propia víctima del lamentable suceso a la única a la que puede atribuírsele toda la responsabilidad en lo ocurrido, y por ello, para mayor ilustración en punto a la tesis que se viene planteando, nos permitimos traer a colación los siguientes apartes de la obra de la doctora Claudia López Díaz:

“...La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es un elemento general del injusto, es decir, un segmento común a toda clase de ilícitos: dolosos y culposos; de acción y de omisión. Con él se quiere significar que no toda conducta que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos es relevante para el tipo penal, porque se requiere de un elemento más: el peligro debe estar desaprobado por el ordenamiento jurídico.

En la determinación de que si un peligro se encuentra prohibido, entran en consideración tres instituciones básicas: 1. El riesgo permitido y el principio de confianza. 2. La prohibición de regreso, y 3. Las acciones a propio riesgo.

Estas instituciones tienen en común que excluyen la tipicidad del comportamiento, porque en virtud de valoraciones sociales que lo legitiman (riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso), o por la especial configuración que la “víctima” le da al hecho (acciones a propio riesgo), el riesgo creado no está prohibido por el ordenamiento jurídico.

En cuanto al principio de confianza se refiere, se debe tener en cuenta que los peligros contra los bienes jurídicos pueden nacer de los hechos de la naturaleza, o del comportamiento desplegado por los demás, surge el siguiente interrogante: ¿bajo qué presupuestos la conducta de los terceros puede influir en la configuración del cuidado propio? La respuesta se obtiene acudiendo a un principio rector en materia de imputación: por regla general se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros.

El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia, es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y solo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse porque los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente solo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad, si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a su estatus; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido encomendada.

Ese principio de confianza a que se viene aludiendo, se utiliza en la actualidad en cuatro ámbitos fundamentales: a) en el tráfico automotor; b) en la realización de trabajo en equipo; c) en la solución de aquellos casos en que se facilita la comisión de un hecho doloso por parte de un tercero, y d) en los problemas de la realización de riesgos...”.

Veamos un poco más a espacio el relacionado con el tráfico automotor que es el que aquí tiene aplicabilidad:

“...El principio de confianza fue desarrollado inicialmente por la jurisprudencia alemana para resolver casos de tráfico automotor. En efecto, a comienzos del siglo se trabajaba con un postulado opuesto, el principio de desconfianza: quien participa en el tráfico debe contar siempre con el comportamiento antirreglamentario de los demás; por ende, quien observa un peatón en la calzada, no obstante su derecho de prelación, debe disminuir inmediatamente la marcha, porque es previsible que el otro interviniente en el tráfico puede quebrantar ese derecho cruzando abruptamente la calle.

A partir de la década de 1930, la jurisprudencia alemana empezó a operar con el criterio opuesto: quien se comporta conforme a las reglas del tráfico, tiene derecho a esperar de los demás una conducta reglamentaria. Por consiguiente, a pesar de la previsibilidad de un comportamiento que defraude los deberes propios del tráfico y de las múltiples estadísticas que prueban esta clase de conductas, quien conduce no necesita tomar medidas especiales para el caso en que se presente un comportamiento contrario al deber. Frente a la seguridad de los bienes jurídicos, nos encontramos ante la necesidad de la fluidez y rapidez en la conducción, so pena de la parálisis social...”. (Introducción a la imputación objetiva. Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia).

Por todo lo dicho en precedencia, insistimos en que fue por la imprudencia exclusiva de la víctima que se produjo el lamentable suceso, y que el principio de desconfianza al que arriba hacíamos referencia y que señalara el señor Procurador apelante, **fue hace mucho tiempo superado**, para dar paso como se indica en la doctrina traída a colación, al principio opuesto, esto es, **al principio de confianza**, por lo que el sindicado de autos no tenía por qué imaginarse, que el aquí lesionado iba a cruzar dicha avenida de manera intempestiva e imprudente, a pesar de tener muy cerca un cruce

peatonal debidamente demarcado con una cebra que le hubiera permitido al ciudadano el traspasar hacia el terminal de transporte sin inconvenientes y sin peligros para su vida y su integridad personal, como pudo corroborarse durante la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos.

Ahora bien, ha sido tesis igualmente del señor Procurador apelante, la existencia de culpa en el resultado investigado, tanto de la víctima como por parte del subintendente, y así lo manifestó en el recurso que aquí nos ocupa, y si bien es verdad que el señor x actuó culposamente, ello no exime de responsabilidad al procesado de autos.

Frente a este punto en particular, tampoco le asiste razón al señor procurador judicial apelante, pues se olvida de que en casos como el que aquí nos ocupa, en los que se presenta una eventual concurrencia de conductas (la del patrullero procesado y la de la imprudente víctima), ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia que **la responsabilidad recae sobre quien hace el aporte definitivo**, aporte que en el caso de autos, y a juicio de este Despacho *ad quem*, debe acreditársele al multicitado ciudadano, pues aceptando que el policial de marras estaba conduciendo la motocicleta y que había observado momentos antes el lesionado intentando traspasar la vía, el atropellamiento del señor x no se hubiera producido si este no se hubiese lanzado abruptamente sobre dicho carril, inobservando todas las normas de seguridad a las que arriba se hizo referencia, y que son de obligatorio cumplimiento para cualquier peatón, desplegando así el comportamiento determinante del lamentable suceso del que dan cuenta los autos, emergiendo así en cabeza del aquí procesado el denominado “*principio de confianza*”, el atropellamiento de la víctima no se hubiera producido si este no se hubiese lanzado irracionalmente a la vía a pesar de tener a escasos metros un cruce peatonal debidamente habilitado con una cebra, siendo dicho ciudadano, en consecuencia, quien desplegó el comportamiento determinante del lamentable suceso que aquí se investiga.

Además de lo anterior, el denominado principio de confianza era perfectamente predicable del aquí procesado, pues nunca podría prever que este peatón cometiera la imprudencia de lanzarse a cruzar por dicho carril a pesar de tener cerca el ya mencionado cruce, insistiendo por ello este Despa-

cho en que fue el señor x quien vulneró ese principio de confianza realizando la irreflexiva maniobra que se tradujo en las lesiones de que fuera objeto al ser atropellado por una moto policial y en esa medida no podría hablarse en el caso de autos de compensación de culpas, ni de concurrencia de conductas, **sino de la exclusiva vulneración del principio de confianza por parte de dicha ciudadana**, lo cual exonera por completo de responsabilidad al aquí procesado, y hace que su conducta devenga atípica frente al punible por el cual se le vinculará al plenario”. (Rad. 14471 del 30 de enero de 2015, CR. (R) Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).

Uso de armas de dotación

El uso de las armas de dotación debe estar gobernado por los Principios de Excepcionalidad y Proporcionalidad; cuando hay multitud de personas no le es autorizado hacer uso de las armas.

“Es evidente que la Policía Nacional dentro del marco constitucional cumple unas importantes funciones, pero las mismas deben realizarse dentro de unos límites importantes en lo que al uso de la fuerza se refiere, hay un aspecto que hay que tener en cuenta y es el que tiene que ver con el momento de utilizar las armas, la persecución de una persona que está delinquiendo es permitido, pero al entrar a disparar con el fin de neutralizarla debe corresponder al último recurso al que la Fuerza Pública debe acudir, y aquí hay un elemento que es pertinente mostrar y es el lugar donde se produjeron los hechos y todo lo que lo circunda, **es claro uno de los policiales cuando indica que hubo un llamado de la comunidad porque había un individuo en una motocicleta en actitud sospechosa. Lo cual nos permite inferir que no era un caso de flagrancia ni nada que se le parezca, era una simple sospecha.**

(...)

Es evidente para este Despacho la falta de cuidado al no tener en cuenta que allí era un barrio popular donde se hallaban bastantes personas a sus alrededores, y por lo tanto una acción como esta puede tener un desenlace fatal como efectivamente sucedió, lo cual coloca al policial aquí compro-

metido en una situación que con su accionar vulneró el deber objetivo de cuidado, el disparar a donde hay varias personas la probabilidad de lesionar a alguien es muy alta, actuar en estas condiciones implica tener el mayor cuidado, justamente para evitar una situación gravosa; y es evidente por los resultados, que no se guardaron las medidas necesarias a fin de evitar que se produjera el deceso de la menor, por lo tanto dicha conducta se encuadra dentro de un comportamiento culposo.

(...)

Cuando este Despacho hace alusión a lo que varios declarantes han señalado sobre la presencia de mucha gente, este es un punto a tener en consideración, por cuanto en una situación como esta no le es posible a los miembros de la Fuerza Pública disparar cuando hay multiplicidad de personas, pues como se señaló con anterioridad el uso de la fuerza tiene sus **límites**, ni siquiera al aire, pues un disparo al aire puede direccionarse hacia una persona y lesionarla o matarla.

Respecto al uso de las armas como recurso excepcional en el procedimiento policial ya el Tribunal Superior Militar, en decisión del 23 de febrero de 2011, con ponencia del honorable Magistrado Cr. Fabio Araque Vargas, señaló:

“Sobre el recurso de los medios jurídicos con que cuenta el policial para el cumplimiento de su actividad preventiva u ocasionalmente correctiva, se encuentran los reglamentos internos y normas de carácter internacional que regulan el uso de las armas de fuego por parte de los policiales. Con ese referente normativo tenemos, entonces, que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza cuando ello sea estrictamente necesario en la medida que el cumplimiento de sus tareas lo requiera, tal uso debe estar gobernado por los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y de considerarse como una medida externa i) la excepción de uso de la fuerza implica lo necesario que resulte para la prevención de un delito o para efectuar la detención legal de delincuentes o presuntos delincuentes, ii) la proporcionalidad deberá entenderse que no es posible una fuerza que sobrepase el objeto legítimo que ha de lograr, iii) y por último, se considera una medida externa en el entendido de que se debe hacer todo lo posible el uso de las mismas en el procedimiento policial, salvo cuando el presunto

delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro de algún otro modo la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas extremas.

De manera que cuando el policial, en el cumplimiento de su actividad, deba recurrir al uso de la fuerza y de las armas de fuego, lo hará solo cuando otros medios no violentos resulten ineficaces o no logren el resultado buscado⁴².

Respecto al referente jurisprudencial, ilustrativo por demás, es preciso en el sentido de que indica que se hará el uso de la fuerza únicamente cuando otros medios no violentos resulten ineficaces. Aquí se evidenció que no se usaron medios que fueran capaces de evitar que la persona huyera, si no que vieron como opción disparar en medio de muchas personas”. **(Rad. 14448 de 27 de junio de 2014, CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo, Fiscal Primera Penal Militar).**

Violación del deber objetivo de cuidado en el manejo de armas. No caso fortuito. Prueba de referencia

“Por otra parte, pareciera que la defensa cuando enuncia que las lesiones en Kelly Juliana Flórez derivaron de un caso fortuito, pretende enmarcar tal instituto teniendo como fundamento la supuesta manipulación efectuada al arma del vinculado por parte de terceros, argumentación que genera ciertos reparos porque, (i) no obra dentro del investigativo prueba que sustente dicha versión y (ii) ello no obsta, en el hipotético evento que así hubiese ocurrido, para admitir una tal sustracción frente a la continua constatación de las medidas de seguridad del arma, valorándose ello como una desesperada salida para procurar expiar su culpa, por lo que no observa la Instancia cómo puede llegar a encontrar vocación de prosperidad ese específico argumento, pues la dogmática que inspira dicha figura no guarda relación con lo que indican los hechos y el material probatorio que edifica el proceso.” **(Rad. 14455 de 30 de octubre de 2014, Dr. Neil Oswaldo Rodríguez Morales, Fiscal Tercero Penal Militar).**

42 Rad. 155791, 23 de febrero de 2011, M. P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas.



Justicia Penal Militar y Policial

Avanzar con Justicia,
Autonomía e Independencia

REVISTA JUDICIAL

Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

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