

Revista Judicial

Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar y Policial

Edición No. 005 Septiembre de 2019

Compilación de decisiones Judiciales
[Incluye CD]





Índice General



Página anterior



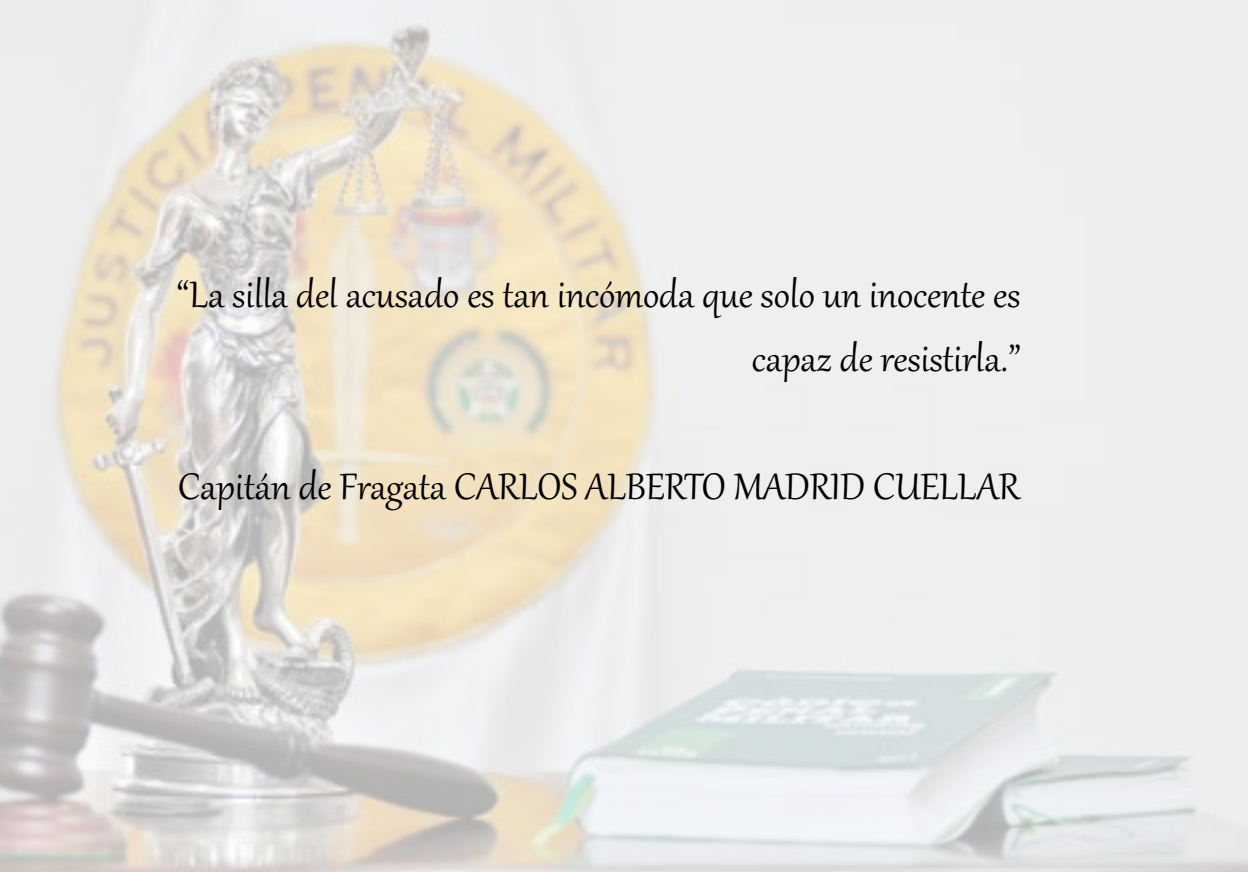
Página siguiente



Cerrar



Ver Providencia Completa



“La silla del acusado es tan incómoda que solo un inocente es capaz de resistirla.”

Capitán de Fragata CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR



CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR

Coordinador Fiscalías Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar y Policial.

DR. JOSÉ ALEJANDRO RAMÍREZ LONDOÑO

Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar

DR. FERNANDO VELÁSQUEZ

Abogado y profesor titular de la Universidad Sergio Arboleda
Escritor Invitado

CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR

TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ

TC. DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA

Comité de selección y publicación de la revista Judicial de las Fiscalías Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar y Policial.

IT. WILMER MONDRAGÓN RESTREPO

Comité de revisión

GINETH TATIANA WALTEROS MOLINA

Diseño

JENNYFER ALEIDA MOLINA SÁNCHEZ

Comunicaciones Institucionales Dirección Ejecutiva de la JPM

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Registro Fotográfico

IMPRENTA COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA.

Impresión.

Las opiniones expresadas en los artículos que se publican en esta edición son responsabilidad exclusiva de los autores y no constituyen compromiso de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar



Capitán de Fragata

CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR

Coordinador de Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar y Policial.

■ EDITORIAL

“LA JUSTICIA ES UN SECRETO QUE DIOS CONFÍA, SI QUIERE HACERLO, Y EN ESTE CASO EXCLUSIVAMENTE, A POCOS ELEGIDOS”

Kelsen

Hace un par de días, escuchaba al maestro VINCENZO FERRARI hablar de su concepción frente al Derecho. Dijo que, después de tantos años de investigación aún no se atrevía a dar una definición responsable de tan mayúscula palabra, pero a renglón seguido acompañó con una breve sonrisa la siguiente afirmación: “mi amigo MORRIS GHEZZI antes de morir, expresó que el derecho no dejaba de ser simple estética”.

De regreso a casa, las palabras del maestro y de su amigo me acompañaron y llegué a la conclusión que el derecho es inefable, no se define con palabras y aquellos que lo han intentado sólo pueden tener como certeza su dudosa definición.

Según el maestro FERRARI, quien dirigió el Instituto de Filosofía y Sociología del Derecho y fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán, lo que es posible reconocer con serenidad es la Función ideal que se le asigna al Derecho, esta vez, no desde el campo descriptivo, sino valorativo, que no es otra diferente que la “JUSTICIA”. Es decir, la finalidad última y esencial del derecho en la sociedad es hacer justicia.

Así, igualmente, lo reconocieron grandes filósofos del Derecho, entre otros, DERGIO COTTA, cuando advierte que la Justicia es un “principio inmanente a la estructura misma del derecho” y, por tanto, constituye su función, y RENATO TREVES, cuando afirma que la justicia es “el fin último del derecho”.



En todo caso, la noción de JUSTICIA, aunque variada por muchos autores, es “el secreto que Dios confía”, en palabras de Kelsen, “a pocos elegidos”, de ahí que todos los operadores judiciales al ser los elegidos por Dios, tenemos una gran responsabilidad: IMPARTIR JUSTICIA. Y, aunque nos cueste describirla desde el plano ontológico, debemos reconocerla como la “recta ratio” del derecho donde TEMIS balanza cuidadosamente los pesos de la libertad y de la igualdad.

Preservar este mínimo ético, nos permitirá proteger valores institucionales como la disciplina, el honor y el servicio, sobre los que se cimienta el ejercicio legítimo del uso de la fuerza y se promueve la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y el orden constitucional, al tiempo que se garantiza la paz, la convivencia pacífica y la seguridad.

Hoy, gracias al apoyo suministrado por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y Policial, ponemos en conocimiento de la comunidad castrense y académica, aspectos relevantes para el Derecho Penal y Penal Militar, donde se analizan criterios de antijuridicidad material para bienes jurídicos típicamente militares; el dolo como elemento de tipicidad subjetiva en delitos contra el servicio y la teoría del error en contextos de hostilidades. Igualmente, se examinan temas afines con delitos comunes que guardan relación directa y funcional con el servicio como es el caso del homicidio, la falsedad, el peculado y las lesiones personales en sus diferentes modalidades, entre otros.

Contribuimos de esta manera al fortalecimiento de la JUSTICIA como centro de gravedad de nuestras actuaciones y a garantizar con ella, el recto proceder de los miembros de la Fuerza Pública.

Un abrazo para todos,

Capitán de Fragata **CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR**
Coordinador de Fiscalía Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar y Policial.



Principios y Reglas Fundamentales de la Ley Penal Militar.

FERNANDO VELASQUEZ.¹

Resumen

El texto hace una aproximación al Título I, del Libro Primero del Código Penal Militar, para mostrar los postulados básicos que limitan el ejercicio de la actividad punitiva del Estado en ese específico espacio del ordenamiento jurídico; además, destaca la importancia de ese catálogo de axiomas y su carácter obligatorio a la hora de interpretar todo el plexo normativo al que están dirigidos.

Palabras claves

Código Penal Militar, interpretación, normas rectoras, potestad punitiva, principios.

Introducción

El Código Penal Militar, expedido mediante Ley 1407 de 17 de agosto de 2010, prevé en su Libro I o Parte General, un Título I denominado “Normas rectoras de la ley penal militar” (artículos 1-19) que, a su vez, está dividido en sendos capítulos destinados al “ámbito de aplicación del Código” y a los “principios y reglas fundamentales”; es más, no contento con ello, el legislador destinó también un capítulo único dentro del Libro Tercero, que denomina como “Procedimiento Penal Militar”, para consignar las “Normas rectoras y garantías procesales” (artículos 172 a 198). Incluso, a lo largo del articulado aparecen otros postulados de la misma naturaleza que no están enlistados en dichos títulos preliminares pero que, desde el punto de vista filosófico y hermenéutico, tienen el mismo alcance. Piénsese, por ejemplo, en los de los artículos 38 –judicialidad y publicidad de la pena–, 59 –la obligatoriedad de motivación de todo el proceso de determinación de la pena–, 278 –principio de objetividad–, 312 –principio de publicidad–, 434 –legalidad del elemento material probatorio–, 513 y siguientes –principios probatorios–, entre otros.

Pues bien, con miras a hacer una aproximación a esas declaraciones programáticas esta ponencia examina, en primer lugar, los alcances de las expresiones utilizadas por el legislador; en segundo lugar, se ocupa del fundamento de la potestad punitiva del Estado en estos ámbitos. En tercer lugar, explora los límites formales y materiales que demarcan la forma y el contenido de esa actividad estatal; así mismo, en cuarto lugar, destaca la importancia de los mismos y sus alcances hermenéuticos. Al final, se señala la bibliografía utilizada.

¹ Profesor Titular de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia; líder fundador del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, de esa casa de estudios. Este trabajo forma parte de las actividades desplegadas en desarrollo del Clúster “criminalidad, justicia y paz” que desarrolla este último ente académico.



Precisiones conceptuales

El empleo de expresiones como “normas rectoras”, “principios y reglas fundamentales” y “normas rectoras y garantías procesales” que se hace en los textos ya citados obliga a hacer algunas precisiones, con la advertencia de que el debate en torno a la distinción entre normas y principios es hoy casi interminable (Véase Aarnio, 2001, 593; Alexy, 1997, p. 81; Atienza-Ruiz, 1991, p. 101; Dworkin, 1977, p. 72), así sea verdad que para efectos prácticos se suelen utilizar esas voces como sinónimas.

En efecto, en primer lugar, los postulados (en la exposición y para efectos meramente prácticos se utilizan como sinónimas las voces “principio”, “postulado”, “máxima”, “aforismo”, “brocardo” y “axioma”; sin embargo, debe observarse, desde la perspectiva estricta de la principialística algunas de esas equivalencias no son admisibles) inspiradores de una determinada disciplina son ciertos enunciados admitidos como condición o base de validez de las demás afirmaciones de ese ámbito del saber, que equivalen —en sentido lógico— a las “verdades fundantes” de dicho sistema de conocimientos, admitidas como tales por su evidencia y previa comprobación; o, en otras palabras: los principios en derecho constituyen la cabeza del ordenamiento o las primeras normas del conjunto de las mismas (Valencia, 2005, p. 23; Yacobucci, 2002, p. 58). Por supuesto, también la ciencia jurídica está gobernada por unos axiomas básicos sin los cuales carecería de sentido cualquier intento de elaboración teórica con validez general; por ello, puede hablarse de la existencia de “verdades supremas del Derecho in genere”, o sea, aquellos elementos lógicos y éticos del quehacer jurídico que por su carácter racional y humano son virtualmente comunes a todos los pueblos (Del Vecchio, 1978, p. 49).

Ahora bien, si se aplican esas precisiones a esta parcela del conocimiento jurídico, se entiende por *principios generales del Derecho penal* aquellos axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que, convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados, permiten orientar y encauzar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica; y que posibilitan, además, a un nutrido cuerpo de doctrina llevar este sistema de conocimientos al elevado grado de racionalización y sistematización teórica y práctica, con el que cuenta en la actualidad. En la doctrina contemporánea son cada vez más reivindicados los principios: ellos, dice un agudo estudioso del tema, sirven no solo para crear el derecho sino también para interpretarlo e integrarlo; por lo tanto, constituyen la suprema garantía para que la creación, interpretación e integración del derecho no queden libradas al arbitrio subjetivo de quienes las ejercen, sino a la inatacable objetividad en que ellos consisten (Valencia, 2005, p. 3). Con razón se añade: “*los principios penales son, por un lado, reglas de configuración y, por el otro, fuente de interpretación e integración de carácter normativo*, con un especial sentido axiológico, pues se ordenan a la realización de ciertos bienes” (Yacobucci, 2002, p. 96).

Así mismo, estas “verdades fundantes” dotan de armonía y coherencia a todo el orden jurídico penal de tal manera que, al retomar planteamientos más generales sobre el asunto, la congruencia intrínseca de las componentes del sistema resulta



Demostrada y confirmada en cada momento, confrontando las normas particulares entre sí, y también con los principios generales que con ellas se relacionan; sólo de este modo podrá el jurista adueñarse del espíritu interno del sistema y proceder de acuerdo con él en las aplicaciones particulares, evitando errores a que fácilmente le conduciría la consideración aislada de esta o aquella norma (Del Vecchio, 1978, p. 61).

Por ello, al trazar una directriz que puede ser asumida para el cabal entendimiento y desarrollo del título I del C. P. M., se puede añadir:

El jurista, y muy especialmente el juez, debe —en cuanto ello sea posible— dominar y casi dar vida de nuevo a todo el sistema, sentir su unidad espiritual, desde las premisas remotas y tácitas hasta los preceptos más insignificantes, como si fuese autor de todo ello y por él hablase la misma ley (Del Vecchio, 1978, p. 62).

No obstante, las *normas rectoras* tienen un alcance distinto. En efecto, con tal expresión se designan las disposiciones jurídicas que incorporan al derecho positivo los postulados básicos del conocimiento jurídico; son, pues, los mismos principios inspiradores de esta parcela del saber vertidos en los textos legales respectivos, lo que los dota de obligatoria e imperativa observancia para el intérprete o administrador de justicia, tanto en su labor doctrinaria como judicial, sobre todo si se tiene en cuenta su rango constitucional. Por eso, se designa a tales normas con el calificativo de “*rectoras*” pues están destinadas a regir y a orientar todo el sistema jurídico penal, de tal manera que los diversos desarrollos guarden plena coherencia con el punto de partida; en fin, porque constituyen el marco hermenéutico para la interpretación y aplicación de la ley penal. Fruto de ello, justamente, es la consagración vertida en el art. 19 del C. P. M. —repetida por el art. 198 y tomada de los artículos 13 del C. P. y 26 del C. de P. P.—, con la que el legislador quiere recordarle al intérprete cual es el alcance del Título I: “*Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalece (sic) sobre las demás e informan su interpretación*”.

Así las cosas, cuando el legislador utiliza el concepto de “normas” (rectoras) como idea genérica al encabezar el Título I —que vuelve a emplear en el Libro tercero asociada a la de garantías, todavía más polémica— y, en el capítulo II, habla de “principios y reglas fundamentales”, que no necesariamente coincide con nuestro punto de partida, no parece incurrir en ningún despropósito si se tiene en cuenta que hay quienes también entienden que las reglas y los principios son especies del género “normas” (Atienza-Ruiz, 1991, p. 102). En cualquier caso, esta exposición se intitula como “principios y reglas fundamentales” porque así se infiere del capítulo II del Título I, del Libro primero, que se quiere abordar.

A no dudarlo, todos y cada uno de esos postulados se constituyen en faros hermenéuticos que permiten la interpretación, sistematización y crítica de este sector del



plexo normativo; al mismo tiempo, se trata de una serie de verdades fundantes de este sector del conocimiento jurídico que –cuando el constituyente y el legislador las incorporan al ordenamiento jurídico– se erigen en límites o controles a la actividad punitiva del Estado cuando la organización social –prevalida de su soberanía– ejerce tal potestad, acorde con los cauces demarcados por el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho (Mir, 2011, p. 104).

Desde luego, ese cúmulo de apotegmas no ha surgido de la noche a la mañana, sino que es el fruto de un largo proceso de gestación y decantación durante muchos siglos de barbarie, derramamiento de sangre y luchas del género humano, en busca de consolidar unos axiomas sobre los cuales pueda descansar el derecho represivo en las modernas sociedades civilizadas. Con razón, expresa Ferrajoli –ese esplendoroso teórico que abrió las puertas del nuevo milenio, con un monumental programa de garantías llamado a ser piedra angular del derecho penal del futuro–, que:

En la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son fruto de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos (...) son el fruto de opciones y la expresión de necesidades históricamente determinadas y, sobre todo, el resultado de luchas y procesos largos, disputados y trabajosos” (1995, p. 943).

Ahora bien, cabe preguntar, en qué se basaba el poder de la organización social gracias al cual éste puede ejercer la potestad punitiva –para el caso en el ámbito penal militar y policial–, esto es, cuál es su principio o cimiento. Para poder responder a esta trascendental pregunta es válido reducir el asunto a dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, ¿por qué se puede castigar o imponer sanciones penales en el ámbito militar y policial?; y, en segundo lugar, ¿por qué puede el Estado u organización social hacerlo? Responder a la primera cuestión, bien se sabe, conduce al examen del fundamento material del derecho de castigar; y, a la segunda, al estudio del *fundamento político o formal* del mismo (Mir, 1976, p. 114; Velásquez, 2009a, p. 83).

Así las cosas, de cara al primer interrogante debe decirse que no existe una respuesta única porque, después de miles de años, las diversas posiciones esgrimidas son susceptibles de ser reducidas a tres enfoques: el primero, considera que se puede castigar por la necesidad de realizar la justicia por medio de la pena, son las llamadas *teorías absolutas*; el segundo, sostiene que se sanciona por la necesidad de proteger a la sociedad, como postulan las llamadas *teorías preventivas*; y, el tercero, afirma que se hace para realizar la justicia y proteger a la sociedad, son las *teorías mixtas* (Feijóo, 2002, pp. 340 y ss.) Se trata, pues, de las concepciones de la pena, que determinan el fundamento del derecho penal subjetivo a partir de la *función* atribuida a las sanciones penales (penas y medidas de seguridad), que varían según la concepción adoptada; por ello, pues, se habla de un fundamento funcional o material.



A su turno, para responder a la segunda cuestión se han ensayado diversas respuestas desde el punto de vista histórico en atención al modelo de Estado imperante en un momento determinado y a la estructura socioeconómica que lo sustente (Sabine, 1984, p.113; Touchard, 1983, p. 124; Velásquez, 2009a, p. 84), trátase de un Estado liberal clásico, intervencionista, social y democrático de derecho; o, en fin, por el que se diseña en el marco del llamado Estado constitucional. Por eso, pues, se habla del fundamento formal al ejercicio de la potestad punitiva.

Límites formales y materiales

En atención a si se trata de demarcaciones que tocan con el fundamento formal o material se encuentran, en su orden, los siguientes postulados (Velásquez, 2018, p. 42) que, con toda razón, la más calificada doctrina prefiere exponer bajo el rubro de “límites derivados de la función política” (Zaffaroni; Alagia y Slokar, 2002, p. 110 y ss.). En lo atinente al primer tipo de valladares –que tocan con la manera como se ejerce esa actividad sancionadora, con sus presupuestos y condiciones– se tienen los siguientes axiomas (García-Pablos, 2005, p. 483):

En primer lugar, se hace referencia al más importante de ellos que es el principio de *legalidad* íntimamente vinculado con los postulados democráticos y con anclaje en la teoría de la división de los poderes; de esta manera, pues, *libertad e igualdad* son los dos bastiones sobre los que se asienta este canon fundamental. Se le conoce como de *legalidad* porque establece que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar las conductas punibles como al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas, se debe regir por el imperio de la Ley que es expresión de la voluntad general, acorde con las directrices de la filosofía liberal que lo inspiran; se le llama de *reserva*, pues, desde el punto de vista técnico formal, la materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad, está deferida a la Ley y el poder legislativo es el único autorizado para restringir los más elementales derechos humanos; y se le concibe como de *intervención legalizada*, pues hace referencia a la injerencia del poder punitivo estatal, que limita y controla con miras a lograr los cometidos del derecho penal mismo (Velásquez, 2009a, pp. 172-173).

Este apotegma es tan importante que, como se sabe, supone prerrogativas de índole sustantiva, procesal y de ejecución penal, como se infiere del ordenamiento en estudio cuando, en su artículo 7° –que reproduce los dictados del artículo 6° del C. P.–, se dice:

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



Esta previsión, a no dudarlo, toca de lleno con los tres tipos de prerrogativas mencionadas. Es más, la importancia de este axioma para el legislador es tal que desarrollos suyos aparecen en los artículos 8°, 9° y, sobre todo, en el 177 que lo vuelve a prever desde la perspectiva de los privilegios procesales, unido a todo el entramado de postulados que señalan los artículos 172 a 198.

Así mismo, en segundo lugar, se regula el principio de *taxatividad o de determinación* –que no se puede confundir con la categoría dogmática de la tipicidad desarrollada a partir de él (Velásquez, 2018, p. 81)–, de conformidad con el cual tanto el supuesto de hecho penal (tipo) como las consecuencias jurídicas deben estar previstas en la ley con claridad y precisión, como lo demandó en su momento el gran Beccaria (2014, p. 90); así se desprende de la previsión contenida en el artículo 16 cuando, al cobijar tanto las figuras punibles que describen conductas comisivas como omisivas (dolosas y culposas), expresa: “La ley penal *definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal*. En los tipos de omisión también *el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política y en la ley*”. Por eso, pues, es que el legislador debe usar un lenguaje claro y preciso, asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos, para lo que debe valerse preferentemente de los elementos descriptivos, es decir, aquellos estados o procesos del mundo real, corporal o anímico que cualquiera está en capacidad de conocer sin mayor esfuerzo; el codificador debe, pues, velar porque “cada figura legal sea una estructura cerrada” lo que deriva del entendimiento del delito como una acción humana, esto es, “una exteriorización personal” (Soler, 1956, p. 281).

Así mismo, en tercer lugar, se consigna como límite formal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado el principio de la *prohibición de extraactividad de la ley penal*, consecuencia directa del postulado de legalidad en lo atinente a los privilegios sustantivos, que se infiere del artículo 8°. Además, en cuarto lugar, se prevé el postulado de la *prohibición de la analogía desfavorable* como se infiere de las previsiones contenidas en el artículo 9° que, recuérdese, también toca con los privilegios sustantivos que dimanan del axioma de legalidad: “La analogía solo se aplicará en materias permisivas”.

Además, para reafirmar los privilegios procesales que impone el máximo límite formal al ejercicio del *ius puniendi*, en quinto lugar, se consigna el principio del *debido proceso legal* previsto en el tenor de los artículos 7°, 177 y siguientes, entendido no solo como el conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa referida a la libertad individual sea formalmente válida (*aspecto adjetivo*), sino también el contenido que debe plasmarse en ella, de tal manera que se constituya en garantía del orden, la justicia, sin lesionar de manera indebida la seguridad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado liberal (*aspecto sustantivo*) (Velásquez, 2009a, p. 209). En ese articulado, obsérvese, se echan las bases sobre las que descansan los fundamentos de un sistema procesal penal militar y policial de tendencia acusatoria, cobijado por un muy amplio número de garantías –entendido este vocablo en un sentido muy amplio y no técnico constitucional: (Véase,



Bidart, 2004, p. 183)–; un sistema que, para fortuna, no ha sufrido todavía los embates padecidos por el modelo original plasmado en la ley 906 de 2004, gracias a los cuales ha perdido casi toda su esencia para volverse solo un remedo.

Es más, de la mano de las previsiones citadas aparece –en sexto lugar– otro privilegio procesal comprendido dentro del axioma anterior pero estudiado por aparte atendida su importancia, cual es el principio del *juez natural* que plasma el artículo 188:

Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos de competencia de la justicia Penal Militar, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código e instituidos con anterioridad a la comisión de la conducta punible.

Y esto es así porque Juez natural es el que señala la Constitución, el designado conforme a las reglas y garantías plasmadas en el ordenamiento jurídico del Estado; por eso no puede concebirse como administrador de justicia a quien actúa sin reunir las condiciones impuestas por las normas aseguradoras de la función jurisdiccional del Estado. Mediante este postulado, pues, se puede determinar y concretar cuál es el órgano encargado de ejercer la potestad juzgadora en el caso concreto, de tal manera que la función jurisdiccional esté presidida por la idea de autoridad, constituyéndose en un dique contra la arbitrariedad y la inseguridad. De allí que tan trascendental axioma implique, de un lado, *la legalidad del nombramiento y la correcta constitución del juez o tribunal*; y, del otro, *la institución previa del órgano judicial que debe intervenir en cada caso* así varíe la persona del funcionario encargado de cumplir dicha función.

No obstante, se debe señalar que en la vida colombiana se ha desdibujado mucho este axioma pese a que la Constitución al ocuparse del fuero militar es muy clara (1991, art. 221); las limitantes y los recortes se presentan no solo por vía legal (para el caso lo sucedido con las previsiones de los tres primeros artículos del Código, en especial del tercero, que hace un extenso listado de delitos que no se entienden como parte del servicio) sino jurisprudencial. Con estos recortes, está entonces claro, a los soldados y policías de Colombia –cosa que también acontece con los ciudadanos de a pie– se les juzga por jueces inidóneos o parcializados, políticamente comprometidos, de espaldas a la Constitución, después de pisotear principios tan caros al Estado de Derecho como los de legalidad, dignidad de la persona humana, acto y culpabilidad, entre otros (Velásquez, 2012, p. 27).

En fin, en séptimo lugar, el último límite formal al ejercicio de la potestad punitiva es el principio de la *prohibición de la doble incriminación* previsto en los artículos 11 y 192.

En relación con los límites materiales –que, recuérdese, señalan cuál es el contenido de esa actividad punitiva– se tiene (García-Pablos, 2005, p. 553), en primer lugar, el postulado de la *dignidad de la persona humana* a cuyo tenor está prohibido tanto instrumentalizar al ser humano para efectos jurídico penales, como la proscripción



de las sanciones punitivas que pugnen con su dignidad, como rezan el artículo 6°: “El derecho penal militar tendrá como fundamento el respeto por la dignidad humana”, 172: “Los intervinientes en el proceso penal militar serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana” y el 174 que da prelación a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; este axioma se constituye así en el límite de límites desde esta perspectiva y de él dimanan los demás.

Así mismo, en segundo lugar y de mano del anterior, aparece el postulado de la *igualdad material ante la ley penal militar y policial* en cuya virtud –por estar asentado en un derecho típicamente relacional– se impone un trato igual para los casos iguales y uno desigual para los que son diferentes; no se trata, pues, del derecho a ser igual, sino del derecho a ser tratado igualmente enfrente a situaciones similares. Así se infiere, con toda claridad de lo expresado en el artículo 10°:

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

Es más, al reiterar el enunciado acabado de hacer, el artículo 175 inciso 1° dispone que:

Es obligación de los servidores de la Justicia Penal Militar hacer efectiva la igualdad de quienes intervienen en la actuación y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Y, como si fuera poco, el inciso 2° expresa:

El sexo, la raza, el grado o antigüedad, la condición social, la profesión, el origen familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal militar como elementos de discriminación.

En la misma línea, y esto demuestra que existe una verdadera jerarquía entre los diversos axiomas, en tercer lugar entra en escena el postulado de *proporcionalidad* que está integrado por un conjunto de criterios o herramientas, gracias a las que es posible sopesar y medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como de cualquier grupo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un perfil concreto o desde un punto de mirada determinado: el de la inutilidad, la innecesaridad y el desequilibrio del sacrificio (Velásquez, 2004, p. 363); por ello, con toda claridad, al prever este apotegma en un sentido amplio el artículo 12 –mal intitulado como sucede con el Código Penal ordinario, porque da a entender que los únicos “principios de las sanciones



penales” son los tres subaxiomas allí previstos cuando es evidente que todos los límites al ejercicio de la potestad punitiva tocan con ellas— en su inciso 3° señala que “La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”; se prevén, pues, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

A continuación, en cuarto lugar, debe mencionarse el que hemos dado en llamar principio de *la teleología de las sanciones penales* (Velásquez, 2009a, p. 132), que tiene su clara expresión normativa en el contenido de los incisos 1° y 2° del artículo 12 cuando señalan: “La pena en materia penal militar tiene como función la prevención general y especial, protectora y reinserción social. Las medidas de seguridad persiguen fines de protección, curación, tutela y rehabilitación”; más clara, pues, no podía ser la finalidad asignada a las sanciones penales de la mano de las concepciones preventivas con marcado énfasis en las concepciones especiales de carácter positivo, porque lo perseguido es la resocialización del reo.

Otro postulado que toca con los límites materiales, en quinto lugar, es el *del acto* (distinto a la categoría dogmática de la conducta que es emanación suya) vertido en los artículos 7°, 15, 21, de los cuales se infiere que el derecho penal militar y policial solo castiga conductas humanas, comisivas u omisivas, y nunca la forma de ser o de pensar, los estados de ánimo, la ideología o las inclinaciones de las personas, como debe ser en un derecho penal liberal de inspiración humanista y, por ende, no autoritaria.

Además, en sexto lugar, se consigna el principio de *lesividad* en cuya virtud la intervención punitiva sólo es viable en relación con conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, sin que le sea permitido al derecho penal castigar comportamientos contrarios a la ética, inmorales o antiestéticos, so pena de invadir los terrenos de la moral, como se deduce de las previsiones del artículo 17 que —al confundir la categoría dogmática de la antijuridicidad, como lo hace el Código Penal ordinario, con el postulado en estudio— dice: “Para que una conducta típica sea punible se requiere *que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal*”.

Y, para culminar con los axiomas que son elevados al rango de límites materiales al ejercicio del *ius puniendi* militar y policial, en séptimo lugar, debe enunciarse el principio de *culpabilidad* (también distinto a la categoría dogmática que lleva su mismo nombre y que es una de sus manifestaciones; véase Velásquez, 2018, p. 73) según el cual no hay pena sin culpabilidad que, como se ha dicho, supone cuatro cosas distintas (Hassemer, 1982, p. 475): posibilita la imputación subjetiva de tal manera que el injusto penal sólo puede ser atribuido a la persona que actúa; se excluye la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace con base en el grado de culpabilidad, pues hay diversos niveles de responsabilidad que van desde la culpa en sus diversas modalidades, hasta llegar al dolo; y, para acabar, se impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto, que se deriva también del postulado ya examinado.



Así se infiere de los contenidos plasmados en el artículo 18 que, pese a confundir el principio con la categoría, señala: “Culpabilidad. Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

Importancia y alcances hermenéuticos.

Llegados a este punto debe decirse que previsiones como las contenidas en los dos títulos preliminares que regula el Código Penal Militar son trascendentales, sin embargo, ello no garantiza su absoluto respeto y la inmediata construcción de un modelo de derecho penal garantista, minimalista, como el que se deduce de todo el entramado legislativo y constitucional. Es que, no se olvide, la riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no sólo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas (Ferrajoli, 1989, p.174), quienes están obligados a luchar por la vigencia real de esas conquistas de tal manera que esos catálogos de axiomas no se conviertan en meras declaraciones simbólicas a las que suelen acudir los legisladores, cuando sólo buscan ocultar tras de tal fachada sus verdaderos intereses de clase y la negativa a democratizar realmente el sistema penal, para el caso el que toca con el derecho penal militar y policial. Sigue siendo, pues, tarea de primer orden, en un país caracterizado por la cotidiana violación de los más elementales derechos humanos, continuar con la difusión de estos postulados y luchar porque el sistema penal militar y policial venidero los torne en realidad, pues no basta con las consagraciones legislativas para lograr un sistema más o menos coherente de principios, sino que se requiere el trabajo académico, jurisprudencial e incluso la lucha política. Por supuesto, lo anterior muestra a las claras la importancia de esta materia, sin cuya debida comprensión es imposible abordar con rigor la exposición del derecho punitivo vigente hoy examinado, de tal manera que su ideario filosófico se vierta en todos y cada uno de los desarrollos llevados a cabo y se corresponda con la unidad que debe inspirar todo el sistema penal (Velásquez, 2018, p. 33).

A ello, justo es recordarlo, invita de forma muy expresa el legislador de 2010 cuando en el texto de los artículos 19 y 198, afirma la prevalencia de las diversas normas rectoras sobre todas las demás contenidas en el Código, las mismas que son obligatorias y están llamadas a informar y edificar todas las construcciones hermenéuticas que se ensayen por parte de los intérpretes y jueces quienes, al aplicar el derecho positivo, deberán tener siempre presente el programa de derecho penal mínimo que se infiere de esas previsiones y de la Constitución vigentes. Y ello es así porque, como ha dicho la más depurada doctrina:

Los principios rectores del sistema penal (para el caso los examinados) no deben considerarse hoy como (...) meros “límites” del *ius puniendi* sino como principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho penal debe ser considerado como *derecho penal constitucional*, pues, (...) es consustancial al mismo la función de garantía de los



valores y los derechos que en el texto constitucional se recogen” (Berdugo *et al.*, 2011, p. 44).

De esta forma, otra vez son aquí de recibo las palabras del más importante penalista alemán de la época actual cuando afirma que el Estado de Derecho le debe posibilitar al individuo su protección “no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”, por lo cual:

El ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del «Estado Leviatán»” (Roxin, 1997, p. 137).

Esa es, pues, la invitación que hace el legislador de 2010 a los intérpretes y aplicadores de la ley penal militar y esos son –agreguese– los alcances hermenéuticos de esa legislación que, por supuesto, también deben ser tenidos en cuenta por los jueces ordinarios de hoy algunos de los cuales solo están empeñados en arrasar con la Constitución y en pisotear los derechos de los ciudadanos, sobre todo los que portan uniformes o tienen ciertas condiciones políticas o sociales, porque el derecho penal de ahora se ha vuelto una poderosa arma política para perseguir a los opositores, o a quienes disienten de nuestra visión del mundo y de la sociedad, en medio de una intolerancia recalcitrante que torna en enemigo a quien piensa distinto cuando no un insecto que se debe aplastar. Algo que, por supuesto, no permite construir una sociedad en paz donde reine la armonía y el progreso, un imperativo constitucional (Constitución Política, artículo 22).

En cualquier caso, cabe recordarles a los llamados a aplicar la nueva normatividad militar y policial y a abogar por ella que la columna vertebral de su actividad no puede ser otra que la idea de legalidad porque, como se ha dicho,

Mientras existan las leyes, habrá un campo de trabajo y una misión social para los juristas. Cualesquiera que sean aquellas, bajo cualquier régimen basado en las mismas, los juristas tendrán el gran oficio de ser los mantenedores y defensores de la legalidad (Calamandrei, 2009, p. 95).

Referencias

Aarnio, A. (2001). Reglas y principios en el razonamiento Jurídico. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, (4), 593-602.

Agudelo, N. (2014). La actualidad del pensamiento de Beccaria. Cesare Beccaria. *De los delitos y de las penas*. Edición 250 años (4ª edición). Medellín: Ediciones Nuevo Foro Penal.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.



- Atienza, M. y Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa* (10), 101-119.
- Baratta, A. (2004). Principios de Derecho Penal mínimo. En: Baratta, A. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F.
- Beccaria, C. (2014). *De los delitos y de las penas. Edición 250 años*. Estudio preliminar y notas N. Agudelo. Medellín: Ediciones Nuevo Foro.
- Berdugo, I. et al. (2010). *Curso de Derecho penal. Parte general* (2a edición). Barcelona: Ediciones Experiencia, S. L.
- Bidart, G. (2004). *Compendio de Derecho Constitucional* (1ª. Reimpresión). Buenos Aires: Ediar.
- Calamandrei, P. (2009). *Fe en el Derecho* (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez). Madrid: Marcial Pons.
- Del Vecchio, G. (1978). *Los principios generales del derecho* (3ª edición). Barcelona: Bosch.
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio* (Trad. Marta Guastavino). Barcelona: Ariel.
- Feijóo, B. (2002). Las teorías clásica de la pena. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año VII-VIII, No. 11-12. Lima: IDEMSA; 331-455.
- Ferrajoli, L. (1986). *El derecho penal mínimo* (Trad. Roberto Bergalli). *Poder y Control*, No. 0. Barcelona: PPU, 25-48.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón* (Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y colaboradores). Madrid: Trotta.
- García-Pablos, A. (2005). *Introducción al Derecho Penal* (4ª edición). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Hassemer, W. (1982) ¿Alternativas al principio de culpabilidad? *Cuadernos de Política Criminal*, (18), 473-482.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal, parte general*, (Traducción española y notas de M. Olmedo Cardenete). Granada: Editorial Comares.
- Mir, S. (1976). *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona: Bosch.
- Mir, S. y Gómez, V. (2011). *Derecho penal, Parte General* (9ª edición). Barcelona: Editorial Reppertor.



Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte general*, t. I, (Traducción española de la 2ª edición alemana y notas a cargo de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). Madrid: Civitas.

Sabine, G. H. (1984). *Historia de la Teoría Política*. (9 reimpresión de la 2ª edición; trad. Vicente Herrero). México: Fondo de Cultura Económica.

Soler, S. (1956). *Fe en el Derecho y otros ensayos*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Touchard, J. (1983). *Historia de las ideas políticas*. (5 edición; trad. J. Pradera). Madrid: Tecnos.

Valencia, H. (2005). *Nomóárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho* (3ª edición). Bogotá: Temis.

Velásquez, F. (2004). El principio de prohibición de exceso en el Código Penal Colombiano. En: J. de Figueiredo Dias; A. Serrano Gómez; S. Politoff Lifschitz; E. R. Zaffaroni (Dir.), J. L. Guzmán Dalbora (Coord.). *Manuel Rivacoba y Rivacoba Homenaje. El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*, Buenos Aires: Hammurabi, 363-391.

Velásquez, F. (2009). *Derecho penal. Parte general*. (4ª edición). Medellín: Librería Jurídica Comlibros.

Velásquez, F. (2009a). *Derecho Penal, Parte General*, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Velásquez, F. (2012). Apuntes generales sobre el Proyecto de Acto legislativo 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara. *Cuadernos de Derecho Penal*, (8), 13-29.

Velásquez, F. (2018). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. (2ª edición). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Yacobucci, G. J. (2002). *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.



■ ÍNDICE GENERAL









EXTRACTOS PROVIDENCIAS FISCALÍAS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

1. DESERCIÓN

Causal de ausencia de responsabilidad miedo insuperable-
Presupuestos esenciales.

(...) tal como se aprecia en la “hoja de evolución” obrante a folio 81, diligenciada por la aludida profesional de la medicina, apreciándose que éste era un inconveniente clínico que se podía haber tratado de manera más eficiente, si hubiera hecho presencia para asumir sus obligaciones institucionales dentro de los términos indicados por sus comandantes, es decir, el 04 de marzo, y no decidir abandonar de manera inconsulta las huestes militares por presuntamente sentir miedo de que lo llevaran al monte por dicho problema en su integridad, apreciándose que el abandono de la institución en nada podía aliviar su padecimiento y sí, al contrario, era más factible que recrudesciera su situación clínica al restringirse las posibilidades de recibir atención especializada para tratar su padecimiento, no vislumbrándose relación alguna, válida y comprensible, entre la aludida causal del miedo insuperable invocada por el a quo, y la actuación desertora desplegada por XXXX; lejos se encuentra tal comportamiento de podersele reconocer jurídicamente la aludida causal para la que se exige la concurrencia de puntuales requisitos que en el presente asunto, no se satisfacen a plenitud, tal como en reiterados pronunciamientos lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia, y como atinadamente se encarga de resaltarle el procurador que apela la decisión:

“(…) La Sala encuentra que para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es necesario que converjan los siguientes presupuestos esenciales:

a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.

b) El miedo ha de ser insuperable, es decir, sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.

c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse.

d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de diciembre 12 de 2002, radicado 18983, criterio reiterado en Sentencia de noviembre 28 de 2005, radicado 19840. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de 12 de mayo de 2010, radicado 32585)



Apreciamos que, inicialmente, para poder considerar la causal del miedo como eximente de responsabilidad, que dicho miedo sea insuperable para una persona del común, es decir, que un ser humano cualquiera ubicado en la misma situación del agente, ante amenazas o peligros cuya existencia o acaecimiento sean objetivamente verificables, le resulte imposible superarlo, viéndose compelido a incurrir en la transgresión de la ley penal impulsado por dicho temor incontrolable para el hombre promedio, evento que remotamente concurre en el asunto que nos ocupa pues, inicialmente, no hay indicio alguno de que en realidad XXXX haya sido víctima de amenaza o maltrato por parte de ningún integrante del Ejército Nacional y que ésta situación parece haber encontrado su génesis únicamente en la mente del vinculado luego de valorar lo depuesto por su comandante, TE. XXXX, así como su homólogo, SLR. XXXX, quienes son contestes al indicar que el desertor jamás se adaptó a la vida militar, que era un “soldado problema”, que no le gustaba hacer nada, que había manifestado que no regresaría luego de culminado el permiso y que reiteradamente inventaba problemas familiares que posteriormente se comprobaba que no tenían asidero, concluyéndose que las invocadas amenazas no son más que una excusa que procura expiar el abandono de la institución sin sanción penal alguna. **(Radicado 14774 de fecha 17 de marzo de 2017, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



2. DESERCIÓN.

Miedo Insuperable como estímulo cierto.

Así las cosas, se considera que minimizar como lo hace el A quo con su decisión aquella falta atentatoria del servicio, significa debilitar una de las más arraigadas estructuras en que descansa la Institución Castrense “el servicio”, así que al aceptar razones como la que presentó el procesado y con la cual pretende respaldarse como lo es un miedo insuperable que nunca existió y efectuar tales contemplaciones sin prueba real de ello, atenta contra la incorporación de tal categoría normativa en el compendio punitivo; al respecto este Despacho aclara el manejo establecido por la jurisprudencia, para desdibujar absolutamente el fundamento de la supracitada causal, así:

Respecto a la causal del miedo insuperable la Corte Suprema de Justicia ha establecido algunos requisitos así:

[...] El miedo al que aquí se alude [Ley 599 de 2000, artículo 32-9] es aquél que aun afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término “insuperable” ha de entenderse como “aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros”. Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no



tolera, prefiriendo cometer el delito. La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad.

”La Sala... encuentra que para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es necesario que converjan los siguientes presupuestos esenciales:

”a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.

”b) El miedo ha de ser insuperable, es decir, sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.

”c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse.

”d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.”

Exigir, como se precisó en anterior oportunidad, que el miedo lo ocasione algún **estímulo cierto**, implica que ese sentimiento debe nacer o surgir en el ánimo con base en un fundamento o sustrato objetivo, real, verídico, pues si es un miedo simplemente imaginario —fruto, por ejemplo, de la superstición— no será válido para invocar la circunstancia exculpante, ahora que si se trata de un miedo irracional o de origen patológico —por neurosis o psicopatías— en tales eventos se estaría, más bien, en un caso de ausencia de imputabilidad y no de inculpabilidad.

Las condiciones de grave, inminente y no justificado atribuidas al móvil del miedo, respectivamente obligan a considerar: la entidad o importancia del bien jurídico amenazado en la concreta situación que lo origina, la proximidad del mal o daño temido y, por último, la imposibilidad de alegar como causa de aquél el cumplimiento de deberes jurídicos que el sujeto está en la obligación de observar, o el acatamiento de órdenes o decisiones legítimas impartidas por autoridad competente, ya que para todos los asociados es inexcusable someterse a los dictados de éstas. (CSJ Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de julio de 2009. Proceso No. 27277. Aprobado Acta 223. MP. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA).

Conforme a lo citado por la Corte, es imposible predicar la presencia de un miedo insuperable, sin la prueba de un estímulo cierto, el cual tenuemente sugiere el a quo, argumentando que el homicidio del que fue víctima el hermano del procesado infundo en él un miedo que le obligó a desertar de las filas militares; recuérdese, que entre los presupuestos para la estructuración del miedo insuperable está, que el miedo debe ser el fruto de “estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados” que aquí no se dan, porque simple y llanamente no existió ninguna amenaza palpable, material o incuestionable en aquel acontecer fáctico, para que detonara



en el ánimo del señor SLR. XXXX un miedo que no le hubiere dejado ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres, y que además como lo indicó el apelante para el caso, la actuación del común de sus homólogos hubiese sido el de informar a cualquiera de sus superiores o familiares, por lo que no se compadece que en las circunstancias que reporta el plenario se pretenda deprecar en el ánimo del procesado una supuesta condición que le haya enervado la fuerza compulsiva necesaria para desistir del cumplimiento de su deber. **(Radicado 14710 de fecha 12 de octubre de 2016, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



3. DESERCIÓN

Estado de necesidad. Obligaciones del conscripto como padre cabeza de familia.

“...Este amparo igualmente encuentra soporte en instrumentos internacionales ratificados por Colombia, y que, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y de las obligaciones que en materia de Derechos Humanos ha adquirido el Estado y reúne las condiciones exigidas por nuestra Corte Constitucional para considerar al Soldado XXXX, como padre cabeza de familia, pues su compañera permanente para el mes de enero de 2016 era menor de edad y su hijo se encontraba indefenso y vulnerable dado que su madre no se encontraba trabajando...”

Ahora bien, olvida el recurrente que, la convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 de 1991, no hace referencia sólo a vivienda y alimento, sino a todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como mínimo necesario para la supervivencia y el desarrollo de la Infancia. Ellos son, el derecho a la vida, a la identidad, a una relación armónica con los padres, a la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación en cuanto sean posibles, a la participación en la toma de decisiones sobre asuntos que lo afecten, a protecciones frente a abusos, circunstancias de desamparo o de conflicto, a un trato especial cuando la condición especial del niño lo requiera, a la vivienda y al abrigo, a la nutrición y a la salud, a la educación, a la recreación y a la cultura dirigidas al desarrollo de la personalidad, de las aptitudes y de la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

Responsabilidad sine qua non de los padres del menor y, de ahí que, encuentra esta instancia probado que la conducta del Soldado pese a ser típica frente al reato de Deserción, no es antijurídica por encontrarse amparado por el Estado de Necesidad como causal de ausencia de responsabilidad penal, previsto en el numeral 7 del artículo 33 de la ley 1407 de 2010, pues de acuerdo a la sentencia C-152 de 2002 de la Corte Constitucional, resultaría inadmisibles perjudicar a este núcleo fundamental de la sociedad que goza de protección integral por parte del Estado, conforme a los artículos 5 y 42 de la Carta Magna, y que, siempre han de prevalecer sobre el deber



de prestar el servicio militar...” (Radicado 14901 de fecha 30 de abril de 2018, CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR Fiscal Segundo Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



4. DESERCIÓN.

Estado de necesidad en el delito de deserción. Presupuestos para acreditar el estado de necesidad como causal eximente de responsabilidad penal.

Conforme a lo anterior no puede reconocérsele el haber actuado bajo la causal excluyente de responsabilidad conocida como estado de necesidad, la cual demanda para su configuración varios presupuestos que no se cumplen en el presente caso.

Señala el Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, en su artículo No. 33 que no habrá responsabilidad penal cuando:

“... 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

Conforme a la jurisprudencia y la doctrina, son requisitos del estado de necesidad y que no se desprenden del acopio allegado, entre otros:

“a) Que exista peligro para una persona. Se entiende por peligro aquella situación que, dadas las circunstancias temporo-espaciales en que se presenta, ha de considerarse con aptitud suficiente para ocasionar daño.

b) Gravedad, inminencia e inevitabilidad del peligro. Ha de entenderse por peligro grave aquel que comprende la existencia misma del derecho de tal manera que, de concretarse en daño, lo destruiría o le causaría seria lesión...”¹

Hechas las anteriores precisiones y teniendo en cuenta lo referido en la mentada decisión de la Corte Suprema de Justicia respecto a “la incidencia de ese estado precedente y las circunstancias que rodearon al sujeto al momento de decidir su comportamiento presuntamente delictivo, con el fin de determinar si concurre alguna causal de ausencia de antijuridicidad material o de inculpabilidad”, es que nos apartamos de los argumentos del A-quo y del concepto emitido por el señor Procurador 32 Judicial II Penal; pues del análisis de la prueba allegada no se desprende que el SLR. XXXX haya actuado amparado por una causal de ausencia de responsabilidad;

1 Reyes Echandía, Alfonso. Antijuridicidad. Bogotá. Editorial Temis, 1999, p. 76.



sino que por el contrario de la misma se observa que su responsabilidad se encuentra comprometida en el grado requerido para ser convocado a juicio, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

Su acto administrativo goza de presunción de legalidad, por lo tanto existe responsabilidad en las actuaciones que realice en el cumplimiento de su servicio militar obligatorio. **(Radicado 14838, de 21 de noviembre 2017. MY. DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA, Fiscal Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



5. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO.

Elementos de tipicidad objetiva.

Para dar respuesta al primer problema jurídico planteado, necesario e indiscutible resulta remitirnos a la sentencia 35720 de fecha 16 de marzo de 2011, donde la Honorable Corte Suprema de Justicia, señaló los elementos de tipicidad objetiva relacionados con la FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, así:

“la Sala ha considerado que como elementos propios, le corresponden: (i) ostentar la calidad de servidor público, (ii) la expedición de un documento público que pueda servir de prueba, (iii) que desarrolle la conducta, esto es, que en él se consigne una falsedad o se calle total o parcialmente la verdad, o lo que es lo mismo, que contenga declaraciones mendaces”²

Frente al primero de ellos, debemos advertir que se trata de un sujeto activo determinado, no sólo por la calidad de servidor público, sino, además, porque posee la aptitud legal para extender un documento público que pueda servir de prueba. (...).

En consecuencia, la conducta realizada por el sujeto activo cualificado según el ente acusador a-quo, se concretó en “consignar” una falsedad, esto es, en registrar por los menos una firma y huella en el acta No 1146 que no corresponde a la persona que allí se representa, y que, según el Doctor XXXX, no es posible constarlo, ante la actuación desplegada por la señora AA-005 XXXX, quien borró la firma y huella que seguramente pertenecía al soldado, y que, por pensar en que se trataba de un error, finalmente lo hizo.

Según la honorable Corte Suprema de Justicia, consignar una falsedad, implica declarar una circunstancia, hechos o situaciones inexistentes en un documento público.

2 CSJ, Cas. Penal, sent. Mar 16/2011, rad. 35720. M.P. Sigifredo Espinoza Perez



“(...) En consecuencia, la conducta alternativa realizada por el sujeto activo cualificado, se concreta en “consignar” una falsedad, la cual se identifica con declarar circunstancias, hechos o situaciones —negativas o positivas— inexistentes; en la misma línea, “callar” una verdad, es equivalente a abstenerse de plasmar aquello que en realidad sucedió, pasó u ocurrió: todo esto, como es connatural al tipo, debe permearlo el quehacer del servidor público, que siempre tendrá —por la excelsitud del cargo que desempeña— el compromiso legal, jurídico, social y ético, de extender con exactitud, precisión y sinceridad cualquier acto suscrito en ejercicio de sus funciones (...)”.³

Lo que, para el presente caso, consiste en declarar como cierto que el Soldado XXXX, para el 04 de julio de 2009, le fue practicado el examen médico de evacuación por licenciamiento de la unidad militar orgánica, cuando en realidad, según su testimonio, no ocurrió por estar custodiando un material de guerra. **(Radicado 14691 de fecha 23 de febrero de 2018, CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR Fiscal Segundo Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



6. FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO.

Antijuridicidad material en el delito de falsedad material en documento público. Elaboración burda del documento determina su inocuidad y consecuente ausencia de antijuridicidad material de la conducta.

“...Ahora bien, se proyecta pertinente expresar que en complejos casos como el que nos ocupa, en los cuales prima facie fluye manifiesta la concurrencia de la tipicidad objetiva de la conducta, así como el asentimiento por parte del vinculado en el sentido de aceptar como ciertas las rúbricas y la elaboración de los apócrifos documentos que generaron la activación del aparato penal militar que nos mueve a pronunciarnos; se debe invocar que, inicialmente, el Código Penal Militar, ley 522 de 1999, en su artículo 10 proscribía toda forma de responsabilidad penal objetiva, lo que impone agotar las distintas categorías dogmáticas de la conducta investigable para poder atribuir válidamente responsabilidad penal al agente, actividad que debemos desarrollar a cabalidad en la presente causa si pretendemos es que se solidifique aquel apotegma pretendido por la jurisdicción, consistente en la consecución de aplicación de justicia material en cada uno de los asuntos que sean sometidos a su rigor, resultando necesario para asuntos con una situación fáctica como la presente, de medular trascendencia lo decantado por el institucional vinculado al interior de aquel instrumento probatorio y defensivo de la indagatoria que nos ofrendará valiosos elementos de juicio para comprender el real carácter lesivo de las conductas atentatorias de la fe pública que se le recriminan(...).



Observamos que los presuntos plagiados son enfáticos y contestes en expresar sin ambages que tanto las anotaciones en los folios de vida, así como las firmas de los soldados XXXX Y XXXX, no coinciden e incluso con la firma del suboficial XXXX no sólo era diferente su rúbrica sino que ni siquiera su nombre coincidía con el suyo, lo que pone de manifiesto que XXXX en ningún momento pretendía incurrir en los punibles falsarios que se le reprochan pues si así hubiera sido, habría hecho un mayor esfuerzo para que tanto las anotaciones en los folios de vida, así como las rúbricas hubieran sido al menos similares a las de sus titulares, argumentación que estaría vinculada con la ausencia de dolo en su comportamiento, pero, como planteáramos de inicio, en el evento de que se comprendiera acreditada la concurrencia del dolo en la conducta de XXXX dado su carácter avalorado a que hiciéramos alusión, lo que sí se aprecia diáfano es que las apócrifas rúbricas suscritas por el suboficial procesado no eran idóneas para lograr falsear la realidad, lo que fue percibido al romperse por los presuntos afectados, los gestos realizados por XXXX y que fueron descritos por este como simples “garabatos” que realizó sólo con el propósito de cumplir con el requerimiento que de manera insistente le estaba haciendo el suboficial XXXX, actuación irregular que no deja de ser altamente reprochable para el procesado y que tal vez sea merecedora de una represión a nivel disciplinario, pero no penal, pues no podemos pasar de soslayo que en la normatividad penal Colombiana se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, para lo cual se requiere agotar las distintas categorías dogmáticas de la conducta para poder construir válidamente juicios de responsabilidad contra el investigado, resumiéndose que en el presente asunto los mentados “garabatos” suscritos por el vinculado no estaban revestidos de ese poder suasorio que deberían tener para ser considerados dentro de aquellos que pune el código penal en sus apartados 286 y 287 relacionados con las falsedades ideológica y material; lo burdo o grosero en su elaboración no dejan resquicios para comprender que podrían pasar por auténticos o que esa hubiera sido la intención del suscribiente XXXX, lo cual fue pacíficamente colegido al interior del informe grafológico forense de la Fiscalía (...).

Ahora, si bien es cierto, como lo destaca el calificador primario en su providencia calificatoria, que la falsedad documental, en sus diversas manifestaciones, es una conducta de peligro en tanto requiere que el comportamiento simplemente ponga en riesgo la afectación del bien jurídico de la fe pública, escenario que fácilmente puede hacer incurrir en error al servidor judicial ya que con la insular verificación de la realización objetiva de la conducta se encontraría acreditado el daño al bien jurídico, escenario que justamente es el que apreciamos en la decisión motivo de alzada ya que el a quo, no fundamenta en qué consistió el daño producido al bien jurídico de la fe pública en la reprochable conducta del suboficial vinculado, ya que si bien nos habla con suficiencia sobre el tema, no logra emparentarlo de manera adecuada con los espurios documentos elaborados por aquel ni con la real afectación que ello tuvo en la fe colectiva; si bien no se puede cuestionar que los folios de vida de los soldados sí tienen vocación probatoria, lo que se aprecia en el sub exámine, iteramos, es que la conducta de XXXX no afectó el bien jurídico de la fe pública considerando su verificada y confesa manera rústica en la que elaboró los documentos, lo que redundaba en ausencia de antijuridicidad material en la conducta (...).



“En efecto, más allá de la aproximación que nos advierte la distinguida profesional del derecho apelante al indicarnos que la conducta de su representado se puede ubicar dentro de lo que ella cataloga como una “tentativa inidónea” en cabeza de XXXX, lo cual, valga decirlo, reñiría con su aditivo argumento relacionado con la ausencia de dolo en la elaboración de los folios de vida pues una conducta tentada en delitos contra la fe pública como los que nos ocupan, imponen la concurrencia de aquel aspecto subjetivo en el accionar del agente, por lo que consideramos que la dilucidación que jurídicamente fluye atinada aplicar al presente asunto es la de ausencia de antijuridicidad material por inocuidad, dada la carencia de carácter persuasivo en los documentos realizados por el suboficial XXXX, lo que traduciremos en la revocatoria de la resolución de acusación para sustituirla por cesación de procedimiento favorable para el vinculado en amparo a la genérica petición de la defensa al interior de su recurso de apelación...” **(Radicado 14590, de 30 de agosto de 2018, MY. DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA, Fiscal Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



7. HOMICIDIO.

Retención transitoria. Personas en estado de embriaguez o de extrema excitación. Posición de garante.

Frente a los hechos expuestos en el presente expediente es claro que el tipo penal de homicidio no se configura para este caso concreto frente a la actuación del señor CT. XXXX y la posibilidad de endilgarle alguna responsabilidad por posición de garante es nula teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia al indicar que frente a los casos de suicidio lo siguiente:

Quiere destacar la Sala, para la resolución del asunto, cómo la posición de garante no opera desde un plano general o abstracto, pues, independientemente de que se tenga previamente o asuma el rol, es lo cierto que la atribución de responsabilidad penal demanda no solo de conocimiento respecto de la existencia del riesgo específico, sino de posibilidad material de evitación, en tanto, el nexo causal se construye precisamente a partir de la demostración de estos dos elementos y la verificación de su incidencia capital en el resultado.

(...)

... en éste caso nos encontramos con que el procesado no incurrió en una omisión transcendente, por lo que no puede reprochársele que no haya actuado, en tanto, no estaba en condiciones de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida, ya que no tenía conocimiento de la situación típica, es decir, que el resultado se va a producir, como tampoco contaba con los medios necesarios para



impedirlo y la posibilidad de utilizarlos con el propósito de efectivamente evitarlo.

(...)

... los gendarmes llevaron al capturado hasta la sala de reflexión, en donde lo dejaron a disposición del agente Jorge Hernán Tamayo, para esa fecha encargado del control de retenidos, con el fin de que elaborara el informe respectivo -lo que permite asumir que a él sí le dieron la información pertinente-, y dispusiera que el menor fuera encerrado en una de las celdas.

Lo dicho significa, ni más ni menos, que la posición de garante respecto de la vida del joven Cabezas Álvarez recaía en el agente Tamayo, no solo porque fue dejado a directamente a su disposición, sino también porque esa noche fungía como encargado de la sala de control de detenidos.

En refuerzo de lo anotado, basta mirar las obligaciones que debía cumplir el oficial Tamayo como auxiliar al mando de los confinamientos, previstas en el Manual de Funciones, en el que expresamente se le asignan las tareas de *(i)* velar por el orden y cuidado del retenido dentro de su estadía en la sala de reflexión, *(ii)* organizar pesquisas dentro de la sala de reflexión a fin que no ingresen elementos que puedan causar lesiones a los demás retenidos, *(iii)* dirigir el control de visitas y regular los horarios de las mismas para mantener el orden de la sala de reflexión, *(iv)* atender cualquier requerimiento del retenido si presenta anomalía en su estado de salud, *(v)* llevar un registro actualizado del ingreso y traslado de retenidos para cualquier requerimiento de entidades judiciales, y *(vi)* realizar la requisita necesaria del retenido para evitar el ingreso de objetos, armas o sustancias que le puedan servir para hacerse daño.

Como puede apreciarse, se trata de labores muy específicas, en las cuales se ha destacado la de velar por el orden y cuidado del retenido dentro de su estadía en la sala de reflexión. De ahí que no quepa duda acerca de su posición de garante.

Lo anterior, a diferencia de las funciones encomendadas al comandante de guardia, de carácter general, las cuales se repasan: *(i)* coordinar la seguridad del personal e instalaciones policiales, *(ii)* aplicar las directrices del comando con respecto al personal, *(iii)* informar al personal visitante la ubicación de las dependencias y quiénes son los respectivos jefes, *(iv)* supervisar el servicio de los centinelas con respecto a la seguridad, *(v)* registrar en los libros las entradas y salidas de vehículos y personal al servicio, *(vi)* coordinar con los diferentes estamentos las medidas de seguridad del sector donde funciona el



complejo policial, (vii) garantizar la seguridad de armamento, oficinas y de personal que labora en el complejo, (viii) informar al jefe inmediato cualquier novedad que se presente con el personal de seguridad, y (ix) verificar datos del personal que ingresa.(...)

En esa medida, la Corte insiste en que en este asunto no se demostró que el procesado conocía el hecho dañoso, ni que tenía la posibilidad en concreto de evitarlo, a más que las funciones generales asignadas como comandante de guardia no le entregaban el cuidado directo del retenido, atribuido, se reitera, al ya fallecido agente Tamayo.

Y si bien el deber de garantía, como lo anotó la Sala en uno de los precedentes anteriormente citados, es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto.

De lo contrario, deducir la posición de garante por el solo hecho de tener en cuenta el cargo ocupado y la condición de servidor público miembro de la Policía Nacional, sin analizar los pormenores que rodearon los acontecimientos, conduciría a aplicar una responsabilidad objetiva, proscriba en nuestra legislación penal sustantiva en el artículo 12 de la Ley 599 de 2000, hasta el absurdo, debe recalcarse, que entonces todos los miembros de la Policía Nacional, no importa si podían o no conocer del riesgo o conjurarlo, deberían ser vinculados al hecho solo por virtud de ese deber general de proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes.⁴

Hechas las anteriores precisiones, frente al homicidio imputado al señor Capitán XXXX, y teniendo en cuenta que el oficial en mención cumplió con las funciones generales asignadas como Comandante de Estación de Policía Paipa y atendiendo además a la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la exterioridad jurídica del hecho dañoso para el procesado, este Despacho procederá a confirmar la cesación de procedimiento, acogiendo para el efecto los planteamientos jurídicos y análisis probatorio expuestos.

“Artículo 207. Compete a los Comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando (Inexequible)

1. Al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desarrollo de sus funciones. (inexequible)
2. Al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio.



3. Al que por estado grave de excitación pueda cometer inminente infracción a la ley penal".

Es cierto que la sentencia C-199 de 1998 declaró inexecutable el numeral 1° de este artículo, pero executable los numerales 2° y 3° del mismo señalando:

"En consecuencia, estima la Corte que las medidas consagradas en los numerales 2° y 3° de la disposición acusada, no equivalen propiamente a privación de la libertad sino a la adopción de una medida correctiva razonable, que no comportan una carga excesiva para el afectado, dada su corta duración, ni limitan la realización de los proyectos de vida individuales; en cambio, garantizan otros valores reconocidos constitucionalmente, como la prevalencia del interés general y la preservación del orden público"⁵.

Y en la misma decisión trajo a colación pronunciamiento de esa misma Corporación que justifican dicho proceder cuando se trata de afectaciones al orden público y a la tutela de los derechos de los habitantes del sector correspondiente, como es el caso que nos ocupa, así:

"Por otra parte, el reconocimiento de la función preventiva o de protección, también ha tenido desarrollo jurisprudencial en esta Corporación. Así, en la sentencia SU-476 de 1997, al conceder la tutela de los derechos de los habitantes de un sector residencial, perjudicados por las alteraciones del orden público, en razón de las actividades de prostitución y travestismo, expresó en uno de sus apartes:

... la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moral públicas, exige de las autoridades administrativas -poder de policía administrativo-, la adopción de medidas tendientes a la prevención de comportamientos particulares que perturben o alteren estas condiciones mínimas de orden público que impidan a los miembros de la sociedad o de una comunidad en particular, disfrutar de sus derechos sin causa legal que lo justifique".⁶

Igualmente, en la sentencia C-024 de 1994, al analizar la medida de detención preventiva, señaló la Corporación que:

"La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces incompatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público".

5 C. Const., Sent. C-199, may 13/1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

6 Ibidem



Y Agrega:

“Contrario a lo afirmado por el demandante, la retención en el comando consagrada en el Código Nacional de Policía, no equivale a la detención preventiva que contempla el artículo 28 de la Constitución, pues mientras que la retención, como medida correctiva, consiste en mantener a una persona por 24 horas en una estación de policía, en respuesta a una contravención, o como mecanismo de protección social e individual, la detención preventiva es una medida de seguridad ordenada por una autoridad judicial, que restringe el derecho a la libertad de una persona sindicada de haber cometido un delito, por el tiempo que sea necesario, para garantizar que comparezca al proceso y para "impedirle su fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción”⁷

Por su parte la sentencia C-720 de 2007 citada por el Fiscal a quo para cimentar su decisión, rechaza la demanda presentada contra el artículo 207 del Decreto 1355 de 1970, por existir cosa juzgada formal y absoluta derivada de la sentencia C-199 de 1998; y si bien señala que el numeral 2 como medida de protección, resulta inidónea, innecesaria y desproporcionada en relación con los fines que persigue condicionando su aplicación y efectos hasta el 20 de junio de 2008; no así con relación al numeral 3 respecto del cual afirma:

“RETENCIÓN TRANSITORIA-Finalidad. La Corte ha entendido que la retención transitoria es una medida de protección destinada a prevenir que una persona que se encuentra en estado de transitoria incapacidad (ebriedad) o de grave, notoria y violenta exaltación, pueda cometer actos que afecten sus propios derechos o derechos de terceros. En este sentido, la medida estudiada tiene dos finalidades: busca proteger tanto al individuo que se encuentra en estado de transitoria incapacidad o de extrema excitación, como a terceras personas del peligro que podría suponer un comportamiento agresivo o simplemente descontrolado de una persona en tales circunstancias. Si la retención transitoria persigue proteger a todos los ciudadanos frente a las eventuales amenazas que, para su vida, integridad y otros bienes constitucionalmente protegidos pudieran derivarse de la libre circulación de otras personas en estado de embriaguez o en estado de grave excitación en el que se pueda cometer inminente infracción penal, tal finalidad no sólo no resulta contraria, sino que encuentra sustento en un mandato constitucional expreso. (...) Desde el punto de vista de la finalidad perseguida, no vulnera la Constitución la adjudicación a la policía de una medida encaminada a proteger derechos fundamentales de una persona que se encuentra en condición de incapacidad transitoria y de los



terceros que puedan verse afectados por el comportamiento temerario, agresivo o irracional de esta persona”⁸.

(Radicado 14505, de 31 de mayo de 2018, MY. DIANA MARÍA PINE-DA LOMBANA, Fiscal Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



8. HOMICIDIO CULPOSO.

La irresistibilidad del resultado en el cruce de disparos con arma de fuego en defensa del derecho propio y el de terceros.

Así las cosas, resulta claro que en el contexto y circunstancias en que XXXX actuó, no le quedaba nada diferente que propugnar por defender su vida y la de su compañero ante el injusto agreste del cual estaban siendo objeto, además de defender los derechos de los ciudadanos que habían sido conculcados y que a la postre en el instante del cruce de disparos se estaban poniendo en peligro producto de la actuación delincinencial, y si en ese propósito ocurrió que uno de los proyectiles impactara de manera desafortunada en la integridad del occiso XXXX, ello queda en el escenario del infortunio, pues no puede el ordenamiento jurídico del Estado en materia penal por un lado admitir que en un contexto de este tipo se permita a quien es atacado, defender su integridad, pero al mismo tiempo reproche un resultado que de ese ánimo defensivo se derivó.

Fácticamente resulta cuestionable el fallecimiento del señor XXXX, no obstante legalmente y dado el contexto en que se presentaron los acontecimientos, es factible afirmar que su deceso se constituyó en un evento irresistible para el Agente XXXX pese su previsibilidad, siendo reprochable que se le pretenda atribuir el resultado bajo el título de dolo eventual en el sentido de asumir que, cuando accionó su armamento con el fin de resguardar su vida y minimizar el actuar de los delinquentes contra la comunidad se insinúe que le era indiferente la muerte de algún ciudadano de bien.

En el caso que nos ocupa la irresistibilidad atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso y sus consecuencias (Sentencia de 26 de noviembre de 1999, exp. 5220 Sala Casación Civil), “de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos” por “inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias”, “aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos -y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico- que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda -o pudo- evitar,



ni eludir sus efectos (criterio de la evitación)” (Sentencia de la Sala de Casación civil Referencia: Exp. 11001-3103-020-1999-01098-01 del 24 de junio de 2009.)

Así las cosas, aunque el hecho se presentó objetivamente en vista que la lesión fue ocasionada por uno de los disparos realizados por el investigado, siendo el acto constitutivo del deceso, tal situación resultó para el procesado imposible de controlar, en razón a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, las características del enfrentamiento y la posición en que se encontraban tanto víctima como imputado al momento de la ocurrencia de los fatales hechos, amén que su animus defensivo buscó siempre impactar el blanco de donde se suscitaban los disparos y no otro diferente. **(Rad. 14553 del 23 de marzo de 2018, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ, Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



9. HOMICIDIO CULPOSO.

Imputación objetiva. El Derecho Penal como mecanismo de control social sólo debe reprochar aquellas manifestaciones de comportamiento que defrauden las expectativas sociales, también conocidas como riesgo prohibido.

“...A partir de 1939, el profesor WELZEL propuso diferentes maneras de concebir el concepto tradicional de bien jurídico. Por un lado, estableció que existen conductas que produciendo una aparente lesión a bienes jurídicos no merecen reproche alguno por ser socialmente admitidas, y, por otro, comportamientos que al generar una verdadera afectación del bien jurídico son socialmente desaprobadas y como tales merecen todo el reproche social.

A la primera de ellas les denominó “conducta socialmente adecuadas” y, de ahí la teoría conocida como la “adecuación social”, que nace precisamente como un mecanismo que limita el ámbito de aplicación del *Ius Puniendi* a conductas que no sólo producen lesiones a bienes jurídicos, sino que además afectan la vida de relación social.

Pese a las críticas que recibió, entre otros, de autores como HIRSCH, lo importante por resaltar es que el Derecho Penal como mecanismo de control social sólo debe reprochar aquellas manifestaciones de comportamiento que defrauden las expectativas sociales, también conocidas como riesgo prohibido. Es decir, que sólo aquellas actividades que irrespeten las reglas de cuidado establecidas en la ley o el reglamento merecen un juicio de reproche, por ello, la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia 36842 de fecha 27 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. María del Rosario González Muñoz determinó que:



“... a) No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”, 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.

b) 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 procesado 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”.

c) Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs, o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin...”.

“... Es decir que, existen dos versiones opuestas con relación a la luz en la que se encontraba el semáforo al momento de la colisión, sin embargo, la atestación de la señora XXXX, no le permite a esta Fiscalía adquirir certeza que el Patrullero XXXX haya asumido el riesgo prohibido porque al momento de la percepción estaba bajo la influencia de bebidas embriagantes que según su reato fue de tercer grado. Sin embargo, pese a que no es posible afirmarlo, dado que no se cuenta con el experticio técnico realizado al parecer en la URI de Kennedy el 08 de mayo de 2011, si se puede asegurar que, previamente ingirió bebidas embriagantes que pudieron alterar el grado de conocimiento sobre las circunstancias fácticas percibidas, que, después de 3 años, en el testimonio rendido, resultan opuestas a la actividad de policía judicial practicada.

Por consiguiente, y, ante este panorama, por tratarse de contradicciones esenciales, la apreciación integral del testimonio hace que éste no sea enteramente confiable, tal como ha sido señalado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia 34372 de fecha 15 de septiembre de 2010, razón por la cual, se debe dar aplicación al artículo 209 de la ley 522 de 1999, de conformidad con el cual toda persona procesada se presume inocente y, por ende, en las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla.

“...Para que el referido principio sea aplicable como ley de la lógica en la valoración del testimonio y otros medios de convicción, debe tratarse de contradicciones esenciales, esto es, principales más no secundarias, ni que se trate de matices o variaciones que antes que excluir el aspecto o aspectos fundamentales de las conductas materiales objeto de investigación, lo que en últimas hacen es reafirmarlas en lo que co-



rresponde a uno de sus coautores y circunstancias de modo, tiempo y lugar...”

(Radicado 14575 de fecha 27 de junio de 2018, CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR Fiscal Segundo Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



10. HOMICIDIO CULPOSO.

Error de prohibición. Vencibilidad o no, se determina por circunstancias en que se desarrollaron los hechos y condiciones personales del autor.

Estimamos así, que el verdadero camino por el que en principio habrá de afianzarse el necesario examen que el caso amerita, debe impulsarse por el estudio de la categorización típica plasmada en el arto 103 del código penal, percatándose que el accionar del aquí investigado para el día de los hechos, refiere que su acción se ejecutó para contrarrestar un inminente ataque por parte del enemigo, bajo la convicción que el sector hacia donde dirigió los disparos no había tropa, circunstancia previamente verificada por su comandante directo, y en cumplimiento a una orden dada por éste; lo que afianzaba aún más en su psiquis la creencia de que su actuar era lícito; concluyendo con ello que existió un ánimo defensivo de él y de sus compañeros que no permite hablar de una culpa en los justos términos que ella supone.

Queda así determinado que medió una defensa putativa que dogmáticamente se conoce como error de prohibición indirecto, debiendo determinarse si pudo ser objeto de superación o por el contrario las circunstancias fácticas y geográficas lo hacían invencible.

“...Lo arduo en la doctrina y la práctica es establecer cuándo el error es de una u otra clase, pero como no se pueden emplear criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento, por regla general, se tiene como vencible el error que estuvo en la posibilidad de ser superado por el sujeto; como invencible, por el contrario, el que no le fue exigible superar dadas las circunstancias en que se desarrolló el hecho o las personales condiciones del agente...”⁹(subrayado fuera de texto).

“la naturaleza de límite de culpabilidad del problema de la vencibilidad o evitabilidad del error importa que la estimación tenga lugar siempre en función de las condiciones personales del agente y no conforme a una pretendida objetividad, que acude a otro o a una figura de imaginación. La exigibilidad siempre es a una persona concreta, pero en una situación y circunstancia también concreta”¹⁰.

⁹ Armaza Galdos, Julio. Revista Derecho y Ciencias Políticas

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires. Editorial Ediar, p. 696



(Radicado 14683, de 30 de julio de 2018, MY. DIANA MARÍA PINEDA LOMBA-NA, Fiscal Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



11. HOMICIDIO CULPOSO.

Delito imprudente. No hay transgresión del deber objetivo de cuidado si no se genera un riesgo no permitido. Principio de confianza en actividades riesgosas.

Dicho elemento normativo se encuentra de manera expresa en el artículo 25 de la Ley 1407 de 2010, al señalar que la conducta es culposa “cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

En términos de imputación objetiva, solo se vulnera el deber objetivo de cuidado cuando se crea un riesgo típicamente desaprobado y específicamente cuando se eleva el riesgo permitido, en el tráfico automotor.

“En el delito imprudente no existe un deber objetivo de cuidado si no existe un peligro no permitido, por lo que se ha entremezclado la cuestión del riesgo no permitido con la determinación de la infracción del deber de cuidado. Es decir, en este punto se fusionan la teoría tradicional de la imprudencia con la teoría de la imputación objetiva y se integran de forma sencilla institutos para la determinación del deber de cuidado como el principio de confianza”¹¹

Quienes toman parte del tránsito, en este caso como ciclista, no pueden comportarse de manera tal que pongan en riesgo su propia vida, como aconteció en este evento, donde la señora XXXX cruzó haciendo caso omiso a la señal de pare y además no portaba sus elementos de protección.

Frente a éste tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia No. 27357 del 22 de mayo 2008, Magistrado Ponente DR. JULIO E. SOCHA SALAMANCA, señaló que:

“(…) 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.

En aras de establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva integra va-

11 Feijoo Sánchez, Bernardo. Resultado Lesivo e Imprudencia. Barcelona. Editorial Bosch, 2001, pp. 121-122.



rios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido, los cuales también han tenido acogida en la jurisprudencia de la Sala:

No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una "conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa", 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.

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 1.930, 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 ésta 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) ¹².

En el tráfico automotor, quien tiene la prelación en la vía, no tendría por qué prever posibles choques o esperar que algún peatón, vehículo, o como en el presente caso, una ciclista, salga al paso, sin hacer el pare que le corresponde, o al menos sin cerciorarse si viene algún vehículo en la vía, debiendo indicar la segunda instancia que este elemento normativo del tipo penal objetivo, iteramos, violación al deber objetivo de cuidado, debe estar demostrado en cabeza del procesado, como requisito sustancial para proferir una resolución de acusación, a voces del artículo 556 de la Ley 522 de 1999 “El fiscal dictará resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho, su tipicidad...” (**Radicado 14873, de 27 de febrero de 2018,**



MY. DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA, Fiscal Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



12. INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.

Elemento normativo relativo a la violación de los requisitos legales esenciales de la contratación pública.

“...Frente a los anteriores argumentos expuestos por la apelante, y que están orientados a señalar la presunta inobservancia de los requisitos denominados como esenciales en los contratos administrativos, es preciso indicar que aunque la ley 80 de 1993 no indica de manera expresa cuales deben entenderse por tales, la Doctrina ha sido clara en señalar cuales deben interpretarse en dicho sentido:

“... ésta misma normatividad en su artículo 13 da respuesta al interrogante, cuando al establecer que los contratos que celebren las entidades públicas “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas en ésta ley”, autoriza la remisión al art. 1501 del C.C., que sienta como criterio general que en todo contrato se distinguen cosas que son de su esencia, de su naturaleza y las meramente accidentales, entendiéndose por las esenciales aquellas sin las cuáles, no se produce efecto alguno, o degenera en otro contrato distinto. Ahora bien, de conformidad con el art. 1502 de esa misma codificación, son de la esencia de un contrato, la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, a lo que se agregan los elementos esenciales específicos de cada tipo de contrato...”

También entran como requisitos esenciales, en cuanto- como lo entiende la jurisprudencia- están materialmente incorporados como componentes de la descripción legal en análisis y por encima de los demás, los principios constitucionales (Art. 209) y legales (C.C.A., art. 3º y Estatuto general de la contratación administrativa, art. 23).

Estos principios rectores que dimanán de la Constitución y de la ley, tienen directa incidencia en la gestión contractual: Principio de Transparencia... Principio de Economía...Principio de responsabilidad... Principio de Imparcialidad...Principio de eficiencia...”¹³

En la misma obra que acaba de citarse y sobre el punto que se viene tratando, se trae a colación lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dicho a

13 Sanguino Madariaga, Alirio. Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia. Medellín. Editorial Librería Jurídica Sánchez, 2008, pp. 319-320.



ese respecto, es decir, sobre el análisis que del aspecto objetivo del tipo consagrado en el Artículo 410 del C.P., debe efectuarse por el operador Jurídico:

“... El análisis que hace la Sala del “Aspecto objetivo del delito”, entraña, entonces, comparar la conducta imputada con el tipo penal, a partir de la C.P. y de los pertinente de la ley 80 de 1.993, es decir, con fundamento en una concepción material, axiológica jurídica, conjunta y conglobada del tipo penal, de acuerdo con la cual éste comporta una definición que se extrae de los valores sustanciales que prevé la Carta. Dicho de otra forma, su estudio implica ubicarlo dentro del ordenamiento jurídico entero, que se mira en sus interrelaciones.

(...)

La Constitución Política sienta los principios que regulan toda actividad. La conducta de la Administración, entonces, está genéricamente plasmada en ella y la normatividad legal la desarrolla. El marco que la norma superior establece en pos de la protección del bien jurídico administración pública y, de manera más específica, de lo relacionado con la sana contratación estatal, surge de su propio contexto.

(...)

Pero la norma más nítida, la que irradia directa y exhaustivamente la contratación, es el art. 209 de la Constitución, que, en lo pertinente, dispone: “La Función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”. Es claro, así, que las reglas constitucionales señaladas en los ejemplos anteriores tienen que ser acatadas y cumplida cuando se labora con la administración y, en concreto, cuando se tramitan, celebran y liquidan contratos...”.¹⁴

Más recientemente y al analizar el tema del elemento normativo relativo a la violación de los requisitos legales esenciales de la contratación pública, referidos por la apelante, y que no constituyen o estructuran el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, dijo igualmente nuestra Corte Suprema de Justicia:

“... En cuanto al elemento normativo relativo a la violación de los requisitos legales esenciales de la contratación pública, la Sala en proveído del 19 de diciembre de 2.000, radicado 17088, con ponencia de Álvaro Orlando Pérez Pinzón, precisó su contenido y alcance de la siguiente forma. “ (...) se trata de un tipo penal en blanco, exactamente impropio, porque para su aplicación requiere que su supuesto de hecho o precepto sea complementado con otras normas, para el caso



las que consagra el Estatuto general de la Contratación de la Administración pública, adoptado por la ley 80 de 1.993 y demás disposiciones que la desarrollan, en cuanto precisan el alcance del concepto “requisitos legales esenciales” (...) La conclusión, entonces, es obvia: dentro de la definición del art. 146 del C.P., están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración, devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas.

“Principios que toman cuerpo en los requisitos que la ley de contratación exige sean cumplidos en las distintas fases del proceso de contratación pública. Unos previos a la celebración del contrato que de ser omitidos impiden su nacimiento, son ellos: a) Competencia del funcionario para contratar, b) Autorización para que el funcionario competente pueda contratar, c) Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente, d) La licitación o concurso previo.

“Requisitos concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular, son ellos. A) Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos, b) La Constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista, c) La Firma del contrato por las personas autorizadas.

“Requisitos posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el contrato la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado; son los siguientes: a) La aprobación por parte de la autoridad competente, b) El pago del impuesto de timbre, c) La publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de la publicidad del acto.

“4. Siendo un delito de peligro basta con que el documento no consigne o calle total o parcialmente la verdad y que en el tráfico jurídico social pueda causar un daño concreto, sin que sea trascendente la motivación individual o los objetivos perseguidos por su autor, de modo que ninguna razón tiene el procesado al considerar que no se configura porque siendo un delito medio el Departamento no sufrió mengua en su patrimonio, pues como se viene de afirmar se pusieron en peligro los derechos de terceros que aspiraban a contratar, a quienes se les impidió participar en igualdad de condiciones, pretendiéndose con el contrato falso legalizar las irregulares compras...”¹⁵



Aclarado lo anterior es preciso indicar en el caso que nos ocupa, que aunque resulta cierto que el contrato objeto de reproche por parte de la apelante era de menor cuantía y debía tramitarse bajo los términos estipulados por la contratación directa, lo cierto es que el procedimiento observado por parte de los participantes en el mismo, en especial del implicado no se observa anómalo o realizado con el ánimo de socavar los intereses pecuniarios del Estado; analizada en su totalidad la documentación allegada y referente a las diferentes etapas del proceso contractual, se observa que tanto por el implicado como por parte del resto de los que de una u otra manera se vieron involucrados en las diferentes etapas del proceso, se propugnó por la realización de un procedimiento objetivo y transparente, que garantizara y respetara los intereses económicos del Estado, dando la posibilidad de que las empresas que quisieran participar y postularse lo hicieran, pudiendo de esta forma escoger la propuesta más viable tanto a nivel presupuestal como de calidad de las obras requeridas; por eso y aunque el procedimiento tiene ciertas falencias en el cumplimiento de algunos ínfimos requisitos, lo cierto es que lo mismo no fue óbice para que se cumplieran a cabalidad los principios de la contratación pública y los fines de la misma; no siendo posible tipificar como antijurídica ni culpable la actuación del implicado o algún otro de los que participaron en el proceso.

Observa este despacho que el proceso contractual realizado superó la expectativa de transparencia, y que la denuncia interpuesta por la representante legal de la firma X y X obedeció a una represalia dotada de mala fe debido a que no le fue adjudicado el contrato, no obstante haber reconocido en la misma investigación que nos ocupa que conoció las razones que llevaron a la entidad pública contratante a rechazar la oferta por ella presentada, en el sentido que cometió una serie de errores de los cuales conocía con previa antelación que de cometerse se considerarían causal de rechazo de la propuesta.

Así mismo se hace preciso indicar que no se advierte desde ningún punto de vista que el hecho de haber contratado con el Consorcio XXXX haya afectado el patrimonio del Estado y conforme a esto se hayan violado los principios de la contratación estatal tal y como lo arguyó la apelante; pues aunque es cierto el principio de economía indica que se deberá escoger la oferta más favorable para el Estado, lo mismo no lleva implícita la obligación para la entidad contratista de escoger la oferta más barata, ya que también se tienen que analizar aspectos como la seriedad y calidad de la oferta..." (Rad.14442 del 17 de marzo de 2016 TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ, Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial.)



13. LESIONES PERSONALES.

Coautoría como forma de autoría.

La coautoría como forma de autoría y de intervención en la conducta punible se estudia no solamente dentro de la tipicidad analizándose el supuesto de hecho como tal, sino también desde el injusto. En otras palabras, se examina teniendo en



cuenta el dominio completo de la conducta punible y no exclusivamente el asunto objetivo.

La referida institución es una manera de ampliación de la responsabilidad en la medida que por virtud de esta figura se le imputa como propio a un actuante los aportes de los demás. Las aportaciones de los coautores no constituyen una simple ayuda, sino una conjunta realización del tipo delictivo entre varios, ahora dichas aportaciones deben estar abarcadas por el común acuerdo y la contribución del coautor al hecho delictivo debe ser importante.

De otro lado, se debe precisar que para ser coautor se requiere que se reúnan los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el tipo penal.

Respecto al elemento subjetivo, está constituido por el acuerdo común y división de la tarea criminal, último aspecto que en la coautoría aditiva no se exige. El plan común se refiere al nexo que debe existir entre los actuantes mediante un acuerdo, éste puede ser mínimo y bastar con una planificación general de las diversas aportaciones dirigidas a concretar una conducta delictiva, no necesariamente debe tratarse de un acuerdo previo, pues puede darse en el ocurrir de la ejecución, esto es, concomitante. El acuerdo permite la distribución de aportes, fundamenta el actuar en conjunto y permite imputar a cada sujeto sus aportaciones y las de los otros. El acuerdo común debe estar dirigido a la realización de un resultado lesivo de un bien jurídico, es decir, que todos los actuantes realizan un aporte siendo conscientes de que con el mismo se logrará consumir una conducta delictiva que se acople a un tipo penal, razón por la cual a cada coautor se le endilga el tipo penal como si lo hubiere ejecutado por su cuenta como si de autores se tratase.

Para el evento sub examine, se desprende que cada uno de los procesados acusados tenía claro desde el principio el propósito de emplear las armas para combatir una presunta actitud beligerante por parte del reportado soldado evadido, o en su defecto para detenerle en su huida, y en ellos se fomentó ese concomitante acuerdo para emplearlas contra el joven sin que antes se constatará el peligro que este representaba para la tropa o las consecuencias que el uso de las armas podría generar en dicha acción.

Se tiene así, que los acusados en su propósito de frenar la intempestiva huida del joven, deciden perseguirlo y sin miramiento alguno, agredirlo causándole una herida con arma de fuego, sin que para el caso que nos ocupa y bajo la descrita modalidad de intervención importe saber concretamente cuál de los actores dio en el blanco con su arma y quienes no, pues lo verdaderamente relevante es que todos los que hasta el momento lograron ser identificados como quienes emplearon sus armas en contra de la humanidad del señor XXXX, actuaron con la intención de lesionar al huidizo, siendo claro que lograr detener al ofendido era el fin último que perseguían los sujetos activos, de allí que no tenga vocación de prosperidad la argumentación esgrimida por el a-quo en su providencia cesatoria cuando plantea una duda en cuanto a la autoría se refiere. **(Radicado 14538 de fecha 31 de enero**



de 2017, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



14. LESIONES PERSONALES.

El uso de las armas es posible en la legítima defensa.

“De lo dicho en precedencia resulta claro que no puede desconocerse el riesgo en que se encontraban expuestos para el momento de los hechos los procesados, de igual manera no puede olvidarse que la actividad de policía es considerada de alto riesgo, y aunque esto último no legitima a sus miembros a disparar deliberadamente sin sopesar con sano juicio el ejercicio del uso de la fuerza, lo mismo, no puede ser óbice para justificar que se permitan atentados contra su integridad sin posibilidad alguna de defenderse por el solo hecho de ser Policías. Además, en este preciso punto es necesario recordar que el Estado ha dotado a los integrantes de las Fuerza Militares y la Policía Nacional del monopolio de las armas con el fin de proteger la vida y bienes de la comunidad, así como la propia, no siendo el caso de marras uno de aquellos casos que pudiesen excluir tal facultad; además, con el mismo fin, la Policía Nacional expidió la Resolución No. 00448 del 19 de febrero de 2015 Reglamento para el uso de la fuerza y el manejo de elementos, dispositivos, municiones y armas no letales de la Policía Nacional” el cual dispuso que el uso de la fuerza deberá estar enmarcado en 5 principios, los cuales son expuestos en el artículo No. 7 de la normatividad en mención...” (Rad. 14619 del 14 de noviembre de 2017, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ, Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



15. LESIONES PERSONALES.

Error invencible.

En otras palabras, se deduce razonablemente que el quejoso no tenía prevista la presencia de los uniformados que se encontraban instalados en las graderías del recinto deportivo y mucho menos advertía que la entrada estaba siendo custodiada por centinelas armados, para quienes al mismo tiempo fue sospechoso observar a un particular dirigiéndose hacia el sitio donde sus compañeros que se encontraban descansando a esa hora de la madrugada, especialmente para el procesado XXXX quien desde su óptica asumía que la malla que rodeaba el lugar ayudaría a disuadir el ingreso de personal no autorizado, y por ello al principio creyó que se trataba de otro soldado, pero después se alarmaron al observar que el individuo salía de la zona delimitada con una malla metálica sin identificarse, por lo que realizó los disparos después de haber realizado la alarma inicial, motivado además por la situación de alerta de seguridad originada en el incidente experimentado la noche anterior, sumada a la oscuridad reinante a esa hora de la madrugada, la falta de visibilidad debido a la niebla y la silueta de un hombre que no tenía ni la más remota intención de detenerse, que lo condujo a emplear su arma de dotación para



neutralizar lo que a su entender representaba un evidente peligro para la integridad física de sus compañeros.

b. Acerca de la presencia de un error invencible en el accionar del sumariado.

Como bien lo acota la abogada defensora en su escrito de impugnación al cuestionar la decisión adoptada por el *a-quo*, la conducta desplegada por el sujeto activo de la infracción se encuentra respaldada por la presencia de un error invencible, toda vez que como ya se anotó en el acápite anterior, confluyeron varias circunstancias que en su conjunto, afectaron la perspectiva de la situación percibida por el acusado, conduciéndolo a creer erróneamente que sus compañeros podrían ser objeto de una agresión contra su integridad física, viéndose compelido a conjurar este peligro esgrimiendo su arma de dotación después que su compañero XXXX realizó dos disparos al aire, para luego apuntar hacia la silueta, impactando el cuerpo del señor XXXX a quien como consecuencia de estos hechos se le dictaminó una Incapacidad médica definitiva de sesenta (60) días, y como secuelas deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente y perturbación funcional del órgano de la aprehensión.

... solo habían transcurrido cuatro (4) meses desde su incorporación, lo que da a entender que apenas habían culminado la fase de instrucción y entrenamiento siendo catalogados como reclutas debido a su escasa experiencia; lo que aunado a la zozobra que le invadía con base en los acontecimientos previos y la ignorancia del ciudadano sobre la presencia de personal armado en las inmediaciones de la cancha, propiciaron el contexto para que el procesado dibujara en su mente un riesgo inminente que debía conjurar haciendo uso de su arma de dotación.

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, si, 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...”

De similar forma el Dr. FERNANDO VELASQUEZ 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 por



que suponga que su comportamiento no constituye injusto (representación equivocada), sea por que no piense en absoluto en el injusto (ausencia de representación), por ello, cuando el agente no sabe ni puede saber que 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.”

Bajo este criterio, consideramos que estamos frente a la presencia de una causal de inculpabilidad prevista en el Art. 35 numeral 3º de estatuto punitivo castrense, sustentado en una situación objetiva y verídica, pues como ya se precisó a lo largo de esta decisión, el desconocimiento del lesionado acerca de la presencia de soldados armados por el sendero que habitualmente transitaba para ir a su trabajo que incluía el paso por el campo deportivo, produjo en el encartado la necesidad de accionar su fusil de dotación en defensa de sus compañeros, dada la situación de inquietud que experimentaba en ese momento, incurriendo así en esta actitud equivocada ante la ilusión idónea de un injusto peligroso que se transformó en una realidad psíquica, por lo que salta a la vista la figura del error de prohibición, en el entendido que no estaba en condiciones de comprender la antijuridicidad de su comportamiento, que pudo 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 Lesiones Personales, adolece de culpabilidad para ser llamado a juicio. **(Rad. 14487 13 de mayo de 2016 TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ, Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



16. LESIONES PERSONALES.

Legítima defensa. También se puede presentar en un puesto de control.

Esta situación nos puede indicar la respuesta a nuestro cuestionamiento, demostrando que el motivo que condujo en definitiva al policía a desenfundar su arma y hacer uso de ella fue la necesidad de defender su integridad frente a esa agresión injusta, actual e inminente, ya que de las probanzas se desprende que esa acción ilegítima que en este caso se formaliza cuando el conductor de la motocicleta aceleró contra el policía el velocípedo y aunado a ese hecho la parrillera le lanza el casco, son acciones que generan en el policía una reacción con su arma de dotación; dicha circunstancia encaja en la descripción normativa de la justificante legítima defensa, en la que convergen las características de su esencia, por ser esta injusta, actual e inminente. **(Radicado 14688 de fecha 29 de septiembre de 2016, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**





17. LESIONES PERSONALES.

Valoración del testimonio. Circunstancias en las que el testimonio se puede refutar como sospechoso.

Además de lo anterior, tenemos que los señalados testigos también presentan aspectos que pueden afectar su imparcialidad, dada las condiciones de parentesco y amistad con el denunciante; lo que sumado, permite señalar que los mismos se encuadrarían en lo que se denominan testigos sospechosos, definidos en el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos:

“Son sospechosas para declarar las personas que en conceptos del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

No es que a priori se deban rechazar los testimonios de quienes tienen algún interés particular en el proceso, ya sea por lazos de amistad, sentimental o de parentesco con el denunciante; pero si se exige del operador judicial que sus declaraciones sean apreciadas con mayor severidad.

Recuérdese que para sustentar cualquier decisión judicial se debe valorar la prueba en su integridad, cada testimonio confrontarlo con el mismo y con los demás, analizando de manera razonable sus especiales características, su credibilidad, y teniendo además en cuenta las circunstancias personales y sociales de cada uno de ellos, como lazos de amistad o enemistad, cercanía, entre otros.

“Es verdad, que en muchos casos los testimonios de parientes, amigos íntimos o de persona con quien exista grave enemistad, entre otros, deben examinarse con especial cuidado por el juzgador porque el juego de los sentimientos les puede restar independencia e imparcialidad en sus dichos llevándolos a desfigurar la verdad o acallar el cómo y el porqué de la agresión u ofensa...”¹⁶

Las versiones de los señores XXXX y XXXX; así como la del denunciante ofendido XXXX; valoradas en conjunto no resisten ese enjuiciamiento que permitan darles plena credibilidad para dar por demostrado y sin lugar a dudas, que la conducta del policial XXXX existió, y que fue la misma la que causó el resultado lesivo; y por el contrario se deviene como probable que los policiales se hayan visto en la obligación de intervenir frente a una riña, producto de la cual, resultó lesionado el hoy denunciante. **(Radicado 14805, de 29 de enero de 2019. TC. DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA, Fiscal Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**





18. LESIONES PERSONALES CULPOSAS.

El caso fortuito como aspecto negativo de la responsabilidad.

Desde esa óptica doctrinal a la que se adhiere éste Despacho, si bien resulta cierto que al momento de producirse el disparo existió actuación física del aquí encartado, al parecer motivado por una agresión del delincuente, no menos lo es que dentro de sus posibilidades, le era difícil prever que dentro de los locales cerrados al público a eso de las 15:30 horas hubiera personas al interior de ellos.

Podría aducirse que la previsibilidad y la evitabilidad o irresistibilidad dejaron de cumplirse por parte del encartado cuando se dispuso hacer uso de su arma de dotación contra un delincuente que momentos antes cometía un ilícito y había emprendido la huida, no obstante debemos partir de la premisa que la previsibilidad no es absoluta y que por tanto debe referirse a la capacidad del hombre medio o del hombre singularmente considerado. Desde esa óptica diremos, que si bien el encartado utilizó su arma de fuego, no le es exigible que conforme a las circunstancias en que decidió accionarla pronosticara que dentro de un local que estaba a puerta cerrada y a una hora en que ya no había afluencia concurrida de personas se seguiría el resultado que aquí se investiga con relación de causa a efecto, en relación a las lesiones de la que fuera objeto la señora XXXX puesto que el hombre tiene un conocimiento limitado y en muchos casos, como en el de autos, esa limitación le impide prever lo que puede ocurrir como consecuencia de su conducta.

Desde esa perspectiva, tal y como quedó referenciado en acápites anteriores, estamos ante un caso fortuito, esto es, ante un acontecimiento extraño a la voluntad del Agente quien no pudo evitar el resultado producido, Instituto que ha sido definido por la doctrina como un *“...hecho imprevisible que sobreviene de sorpresa, en el comportamiento de un hombre, con fuerza suficiente, para provocar un resultado que, aun con las precauciones ordinarias, no podría evitarse...”*.

En síntesis, resulta aceptable la critología probatoria del calificador de primer grado para colegir que no se encuentran reunidos los elementos estructurales para endilgar al procesado el delito de lesiones personales culposas, por existir precisamente el aspecto negativo de la responsabilidad que se traduce en el concepto del caso fortuito o fuerza mayor que genera “per se” inculpabilidad de la conducta. **(Rad. 14449 del 19 de septiembre de 2016, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ, Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**





19. LESIONES PERSONALES CULPOSAS.

Contexto fáctico – DIH como Lex Specialis. Generalidades dogmáticas del Código Penal Militar – La teoría del error en contextos de hostilidades (Ley 1407 de 2010). Principio de Armonización entre el Derecho Penal y la “Lex Specialis” (Derecho Internacional Humanitario).

“... Del Contexto Fáctico

Según la Resolución de Acusación, los hechos ocurrieron el día 08 de junio de 2011, en el cerro “La Flecha” del municipio de Córdoba, siendo aproximadamente las 22:30 horas. En ese momento, se escuchó un disparo en el tercer núcleo de resistencia ejercido por el Pelotón Coloso-2, y, al verificar la situación, se constató que, el Cabo Primero XXXX se encontraba herido como consecuencia del uso del arma de fuego asignado al SLP. XXXX, quien ejercía la función de Centinela.

Hasta acá la narrativa de los acontecimientos fácticos propuestos por la Fiscalía 28 Penal Militar para proferir Resolución de Acusación, que en consideración de este despacho son fragmentarios, si se estiman otros, que, no fueron debidamente valorados, pero que, sin lugar a dudas son determinantes al momento de establecerse una futura responsabilidad penal.

Lo primero que debe advertirse, es que para el día 08 de junio de 2011, el Cabo Primero XXXX, al igual que el SLP. XXXX, se encontraban comprometidos con la ejecución de la orden de operaciones “EPOPEYA” y la Misión táctica “JAPON”, según la cual, debían permanecer en las coordenadas 07 32 02 – 75 50 44 “Cerro la Flecha”, a órdenes del Subteniente XXXX, con el propósito de contribuir a la desarticulación decisiva de la segunda comisión de la compañía mixta financiera de Río Sucio de la ONT FARC y otras estructuras.

Operación, que, por ser de acción ofensiva, se regía por las exigencias propias del Derecho internacional Humanitario, que tiene por objeto regular situaciones de hostilidades, y que, constituye “lex specialis”. Significa lo anterior, que las lesiones o pérdidas de vidas humanas ocasionadas en este contexto fáctico y jurídico, deben ser resueltas a partir de él, ante la prevalencia de su aplicación sobre la normativa general, lo contrario, implicaría un desconocimiento pleno de garantías judiciales para los soldados y policías, que juraron ante su bandera, defender la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional.

Sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional señaló en sentencia C-579 de 2013, lo siguiente:

“(…) Como una consecuencia de esta complementariedad, el Derecho Internacional Humanitario en tiempos de conflicto armado se presenta como una ley especial, la cual, debe aplicarse sin perjuicio de que, en el caso en el que se presente una laguna, se aplique ineludiblemente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el cual está permanentemente vigente. (...)”



Y, en sentencia C-084 de 2016, lo reiteró diciendo:

“(...) Finalmente, el carácter de *lex specialis* del Derecho Internacional Humanitario desplaza en ciertos eventos a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, además de su condición de sistema normativo aplicable en escenarios de conflicto armado, el D.I.H es el régimen jurídico especial para dichas situaciones, por lo cual prevalece su aplicación sobre la normativa general en tales casos (...)”

Es entonces, el régimen jurídico especial del Derecho Internacional Humanitario, el que se impone en el caso concreto, y de ahí que, la conducta asumida por el Soldado Profesional XXXX deba ser analizada y resuelta conforme los principios de la guerra, especialmente “la sorpresa” y los principios del D.I.H., esto es, distinción, necesidad militar, proporcionalidad y humanidad, pues desde la misma indagatoria manifestó que, su acción como centinela del tercer núcleo de seguridad del Pelotón Coloso No. 2, se dirigió a proteger la seguridad de sus compañeros que vio amenazada ante la presencia de un “guerrillero” o “terrorista”, lo que per sé, indica que no es a partir del cumplimiento del deber legal como norma general y causal de ausencia de responsabilidad penal que se debe entender la conducta asumida, sino, a partir de la teoría del error, esta vez, en contextos de hostilidades.

Parámetro de reflexión que nos permite afirmar desde ya, que la modalidad con la que obró el Soldado Profesional XXXX, no corresponde a la culpa, sino, al dolo, en atención al esquema final del delito propuesto en el actual Código Penal Militar.

“...La ley 1407 de 2010, mantiene en el artículo 15 las categorías dogmáticas establecidas por el esquema Clásico y neoclásico del delito para considerar una conducta como punible (Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad).

Sin embargo, la TIPICIDAD, deja de ser prevalentemente descriptiva y acepta la idea finalista de acción propuesta por el profesor WELZEL, es decir, que la tipicidad deja de ser exclusivamente OBJETIVA – DESCRIPTIVA, y posee una parte SUBJETIVA, donde valoramos elementos como el dolo, la culpa y la preterintención. (CONGRUENCIA TIPICA)

El dolo, está compuesto de dos elementos, el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y la voluntad. Esta vez, el conocimiento de lo ilícito, no hace parte de él, y se mantiene como elemento fundante de la CULPABILIDAD, por esta razón, se afirma que es un DOLO AVALORADO, y que, la esencia de la CULPABILIDAD ya no es el nexo psicológico, sino el estricto JUICIO DE REPROCHE.

De esta forma, el error de tipo excluye en cualquier caso el dolo como elemento de tipicidad; en tanto, el error de prohibición, excluye el conocimiento de lo ilícito como elemento de Culpabilidad. En este sentido, el error para la ley 1407 de 2010, no es un problema exclusivo de tipicidad, sino, también, de culpabilidad.



El error de tipo en la ley 1407 de 2010.

“...Como ya se advirtió, el error de tipo excluye en cualquier caso el dolo. Y, lo excluye, porque el error se encuentra en uno de sus elementos, esto es, en el conocimiento sobre las circunstancias de los hechos que prevé el tipo penal objetivo, y que, en términos del profesor Claus Roxin, pueden ser descriptivos y normativos.

Los primeros, son los percibidos sensorialmente, es decir, es posible verlos y tocarlos. En este sentido “ser humano”, al cual refiere el tipo penal de lesiones personales y homicidio, es un elemento descriptivo del tipo objetivo. Por el contrario, los “normativos”, existen solamente en el ámbito de las representaciones, no pueden verse, sino solamente entenderse a partir de contextos jurídicos, por ejemplo “el que una cosa esté en propiedad de otro”.

Ahora bien, esta clase de error, puede ser vencible o invencible, conforme lo dispone el numeral 10 del artículo 33 de la ley 1407 de 2010. Será vencible, si el sujeto en situaciones de mediana normalidad, tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento sobre las circunstancias del hecho y no lo hizo. En este caso, se pondrá la pena establecida por modalidad culposa si la ley así lo contempla.

El error de prohibición en la ley 1407 de 2010

Un error de Prohibición se presenta cuando al momento de ejecutarse el hecho, el autor falla respecto a la ilicitud de la conducta. En palabras del profesor Claus Roxin, “el autor se equivoca únicamente sobre la permisibilidad o el carácter de prohibido de su conducta”.

Por esta razón, al ser el conocimiento de lo ilícito un elemento de la culpabilidad, el error de prohibición excluye esta categoría dogmática, y su resolución, en caso de ser vencible, solamente permite la atenuación de la pena a la mitad, conforme lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 33 de la ley 1407 de 2010.

No obstante, la Doctrina hace una clasificación importante de esta clase de error conocida como LA TEORIA ESTRUCTIVA DE LA CULPABILIDAD:

- 1.) Error Directo de Prohibición, y
- 2.) Error Indirecto de Prohibición.

El error en el ERROR DIRECTO DE PROHIBICION se presenta sobre la existencia de la ilicitud de la conducta por tres causas:

- a.) Cuando el sujeto no conoce la norma
- b.) Cuando el sujeto la considera no vigente, y
- c.) Cuando el sujeto la considera no aplicable.



El ERROR INDIRECTO DE PROHIBICIÓN el yerro se presenta frente a la justificación de la ilicitud de la conducta por dos causas:

a.) El error sobre la existencia o límites de la causal de ausencia de responsabilidad, y

b.) El error sobre los presupuestos fácticos de una causal de ausencia de responsabilidad.

Cuando se analiza la segunda causa enunciada del error indirecto de prohibición necesariamente debemos advertir lo que la doctrina ha denominado la “TEORÍA LIMITADA DE LA CULPABILIDAD” que es la que finalmente acoge nuestro Código Penal Militar (ley 1407 de 2010), y que, consiste en que el error sobre los presupuestos fácticos de una causal de ausencia de responsabilidad se desarrolla como un ERROR DE TIPO.

Las razones para que ello sea así, son derivadas de política criminal, sin embargo, también obedecen a que el error recae sobre lo fáctico, esto es, sobre el conocimiento de los hechos que al ser un elemento del dolo ubicado actualmente en sede de tipicidad subjetiva debe resolverse como un ERROR DE TIPO conforme el numeral 10 del artículo 33 de la ley 1407 de 2010. Lo anterior igualmente en armonía con la teoría negativa del tipo que establece que el yerro sobre presupuestos fácticos afecta el injusto conformado por la tipicidad y la antijuridicidad, y, por ende, es un ERROR DE TIPO...”

“...Así pues, el análisis de la teoría del error en el caso concreto, impone al operador judicial el estudio de elementos descriptivos de la “lex specialis” (Derecho Internacional Humanitario), y no, como se pretende, de normas de carácter general propias de los Derechos Humanos, que como se advirtió, no desaparecen en circunstancias de hostilidades, pero que no fueron diseñadas para regir contextos de conflicto armado. Es decir, que la arbitrariedad de la acción “lesionar” por la que fue acusado el Soldado Profesional XXXX, sólo dependerá del buen uso de las normas que regulan las hostilidades, también conocida como “IUS IN BELLO”.

Posición que se extrae igualmente de la sentencia C-579 de 2013, emanada de la Honorable Corte Constitucional.

“(…) La lectura de esto puede llevar a concluir también que la Corte Internacional de Justicia reconoce la primacía del Derecho Internacional Humanitario sobre el derecho de los derechos humanos en los conflictos armados, designando así al Derecho Internacional Humanitario como lex specialis. El término “arbitrariamente” debe, en consecuencia, definirse a la luz del Derecho Internacional Humanitario... Ante esto, la Corte considera que debe entenderse que el Derecho Internacional Humanitario es ley especial (...)”

Elementos descriptivos de la “lex specialis” (Derecho Internacional Humanitario).



En contextos de hostilidades, resulta de gran interés analizar los elementos descriptivos (principio de distinción – persona protegida) y normativos (“con ocasión”, “en desarrollo”, “conflicto armado”) de los tipos penales relacionados con el Derecho Internacional Humanitario, sin embargo, para nuestro estudio, sólo se analizarán los descriptivos, que, como ya se advirtió, son los percibidos sensorialmente, es decir, es posible verlos y tocarlos.

Especial referencia al principio de distinción, regulado en el numeral 3 del artículo 13 del Protocolo II adicional a los 4 Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en concordancia con el artículo 3 del IV Convenido de Ginebra de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Protocolo II. Artículo 13 - Protección de la población civil

“(...) 3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. (...)”

“(...) Artículo 3 - Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios (...)”

Instrumentos internacionales hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y de ahí su obligatorio acatamiento y poder vinculante.

En este ámbito, el principio de distinción guarda estrecha relación con lo que la doctrina internacional ha denominado “participación directa en las hostilidades”, referida exclusivamente a conductas que tienen lugar en situaciones de conflicto armado.



Lo que significa, que no toda conducta donde haya manifestaciones de violencia, como los disturbios y las tensiones internas, hacen parte de este concepto. Ello implica, que se deben considerar debidamente las circunstancias que prevalecen en el momento y en el lugar donde ocurren, tal como fue advertido por el Comité Internacional de la Cruz Roja, en la guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades.

“(…) Por consiguiente, para determinar si una conducta particular constituye una participación directa en las hostilidades, hay que considerar debidamente las circunstancias que prevalecen en el momento y en el lugar en que esa ocurre (….)”

Por lo tanto, la participación directa en hostilidades se limita a la ejecución de actos hostiles específicos, adversos a las operaciones militares con propósitos de causar daño, como, por ejemplo, atacar a una unidad militar, sin que ello, represente la materialización del perjuicio, basta la simple probabilidad objetiva de que el acto tenga como consecuencia ese daño.

Si ello es así, quien participa de las hostilidades o ejerza funciones continuas de combate y mientras dure su participación, puede ser objeto de ataque directo, cuyo resultado, en atención a “lex artis”, lesión o muerte, constituye un riesgo permitido, que, en criterio del profesor Frisch debe ser tratado como un aspecto de tipicidad previo al análisis de la imputación del resultado.

En otras palabras, la muerte de esta clase de personas, deviene atípica, si el operador militar actúa en cumplimiento de las normas de cuidado que acompañan la actividad operacional socialmente admitida. Es lo que en materia penal conocemos como el riesgo permitido, actualmente valorado como elemento de la imputación objetiva, y a la vez, como elemento del tipo penal objetivo.

Afirmación esta, que guarda amplia congruencia con lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2001, cuando advierte:

“(…) Se reitera, que no se remite a duda que los Estados tienen derecho a perseguir a los grupos alzados en armas y que, por ello, la muerte en combate que la fuerza pública ocasione a los miembros de estos grupos insurgentes no constituye jurídicamente un “homicidio”, y no es tipificada como una conducta punible (….)”

“...La actividad militar puede desarrollarse en escenarios diferentes (tierra, mar o aire). Esto implica un estudio especializado de la lex artis a partir de las competencias funcionales asignadas al Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana, y, en una acepción más amplia, a la Policía Nacional.

El Ejército Nacional ejerce soberanía en el territorio nacional y realiza diversas operaciones militares, entre las que se encuentran las llamadas operaciones de acción ofensiva, cuyo marco jurídico, ante la identidad de un objetivo militar



concreto y directo, se ejecutan en el marco del Derecho Internacional Humanitario.

Esto trae consigo varios efectos jurídicos. Uno de ellos, que los integrantes de esta clase de operaciones no están obligados a realizar advertencias previas para atacar objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo I adicional a los 4 Convenios de Ginebra, precisamente en atención a la sorpresa como principio de guerra y a la precaución en el ataque como principio del Derecho Internacional Humanitario.

Art. 57 Protocolo I. “(...) Precauciones en el ataque (...) respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:

a) quienes preparen o decidan un ataque deberán:

i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos (...)”

Pensar lo contrario, implicaría poner en inminente riesgo la vida de los hombres que participan y asumir deberes emanados de normas de carácter general, como el código de conducta para los servidores públicos encargados de hacer cumplir la ley, que regula el uso de la fuerza de manera excepcional en el marco de los Derechos Humanos.

“Artículo 3. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”

Esta disposición normativa ordena que no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro la vida de otras personas, lo que sin lugar a dudas se equipara con lo que en derecho penal conocemos como “legítima defensa”, aplicable a operaciones militares donde no hay un objetivo militar identificado y las condiciones en las que se realiza la operación son de normalidad aparente.

Imaginemos los soldados que realizan actividades de seguridad en el centro internacional de la ciudad de Bogotá, o, aquellos que se encuentran por las carreteras ejerciendo un registro o control territorial. Son actividades operacionales realizadas en contextos de Derechos Humanos que sólo podrán cambiar de marco jurídico si las circunstancias de hecho varían, es decir, si son atacados por integrantes de grupos armados organizados, actores de los conflictos armados. (Principio de Flexibilidad)

Démonos cuenta, que el Derecho Internacional Humanitario razona de manera diferente, permite atacar objetivos militares en el marco de las hostilidades bajo los



principios de distinción, precaución y proporcionalidad, aún sin existir una agresión real o un daño material, elemento éste, necesario para acudir a figuras como el de la legítima defensa como norma de carácter general.

Otro efecto jurídico que podemos identificar entonces, es que las normas de los Derechos Humanos imponen el uso del arma de fuego como última ratio, en tanto que, las normas del Derecho Internacional Humanitario permiten utilizarlas como primera o única opción, atendiendo siempre los principios de la *lex artis* y en protección de las personas que no participan de las hostilidades y de los bienes civiles.

Por lo anterior, el operador judicial debe valorar las circunstancias fácticas, y, a partir de ellas, discernir el marco jurídico aplicable y los deberes de cuidado que se imponen, que como se advirtió, varían de manera ostensible. Imputar entonces, un resultado ejecutado en un contexto de hostilidades amparados en normas de carácter general de Derechos Humanos, sin que existan lagunas normativas, no sólo es un error que vulnera el principio de legalidad, sino, una crasa injusticia...” **(Radicado 14589 de fecha 11 de febrero de 2018, CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR Fiscal Segundo Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



20. PECULADO POR APROPIACIÓN.

El dolo como elemento del tipo penal.

Dentro de los elementos estructurales del tipo penal, la norma exige que el sujeto activo calificado ejecute la acción de apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, lo que implica que el servidor público debe desplegar acciones inequívocas encaminadas a apoderarse de los elementos puestos bajo su cuidado ejerciendo actos de señor y dueño. En otras palabras, para que se configure la conducta punible, no basta que el funcionario público mantenga el elemento en la esfera de su cuidado, pues en ese caso ningún servidor público podría tener acceso a los elementos de trabajo necesarios para cumplir las labores propias de cada cargo sin trasgredir la norma; sino que además, se requiere que la intención del agente sea inequívocamente disponer del mismo, ya sea a través de su enajenación o su usufructo, de tal manera que saque provecho particular o en favor de un tercero. **(Radicado 14515 de fecha 11 de noviembre de 2016, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**





21. PECULADO POR APROPIACIÓN.

Delitos de resultado. El peculado por apropiación lo es y requiere su verificación para acreditar la tipicidad objetiva.

“...Dentro de los componentes de este tipo penal se encuentra el verbo “apropiarse” que indica que se trata de un delito de resultado y que como parte de la tipicidad requiere la comprobación por parte del operador judicial, es decir, que efectivamente los aquí procesados se “apropiaron” de esos dineros.

En este sentido debemos indicar que analizada la prueba allegada dentro del proceso no se encuentra probada la apropiación por parte de los señores TC. XXXX y MY. XXXX ya fuere en provecho propio o de un tercero de los ingresos generados producto de los convenios que de manera irregular y sin tener facultad para ello suscribió el primero de éstos...

Al margen de las claras irregularidades en la celebración de dichos convenios, lo que importa al punible que nos ocupa es que esté “demostrada” la apropiación por parte de los procesados de dichos recursos, lo cual no se observa, por el contrario lo que se advierte es que parte de la cuantía fijada ingresó efectivamente al fondo interno de la unidad, recursos que eran manejados por el entonces Ejecutivo y Segundo Comandante, y sin que obre prueba alguna que indique que respecto de los mismos no se surtieron los trámites legales para su utilización.

Por otra parte, con relación al dinero restante denominado por el TC[®]. XXXX como excedentes por parte de las firmas INGENIESA e INVERCOT, no obra prueba de la apropiación de estos recursos por parte de los procesados, por el contrario, la prueba es indicativa de que los mismos fueron dirigidos al pago por obras de mantenimientos de diversas áreas de la unidad y sin que, de manera desafortunada, la investigación haya estado debidamente dirigida a determinar si esas obras efectivamente se realizaron o no...” (Radicado 14190, 25 de junio de 2018, MY. DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA, Fiscal Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



22. PECULADO POR USO.

Uso inadecuado de un proyectil no acredita la antijuridicidad material de la conducta. Principio de Insignificancia.

“...Si bien el apelante entre sus argumentos ha manifestado que la actuación de su prohijado se encuentra justificada por la causal de legítima defensa, teniendo en cuenta que fue atacado por el mencionado animal, es claro para este Despacho que no hay prueba dentro del plenario que indique que esa agresión haya sido real, actual e inminente con relación al momento de la actuación que en contra del canino realizó el Suboficial, sin embargo, apreciamos que la conducta se valora carente de antijuridicidad material, en armonía con lo indicado por la representación del



Ministerio Público ante la segunda instancia, por lo que acogeremos, de manera genérica, la petición de revocatoria de la resolución de acusación para proferir cesación de procedimiento, incorporada en el escrito impugnatorio que se estudia(...).

Aunque claramente encontramos que en la conducta del Suboficial existió un uso indebido sobre los bienes del Estado, este no está impregnado de relevancia para el derecho penal, pues se requiere para la afectación del bien jurídico, que el uso indebido lesione de manera real la debida custodia, administración o tenencia que se le deben dar a los bienes susceptibles de esta clase de ilicitud.

Y es sobre este punto precisamente, que no puede afirmarse que al haber utilizado la munición mencionada se haya lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos protegidos por la ley, teniendo en cuenta que de acuerdo al principio de insignificancia y lesividad se requiere además del desvalor de la conducta, el desvalor de resultado, esto es la antijuridicidad material; principio relacionado con los de intervención mínima, carácter fragmentario, naturaleza subsidiaria y consideración de última ratio del derecho penal, según los cuales solo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia(...).

En este orden de ideas, tenemos que concluir que a pesar que el comportamiento que hoy se estudia se adecuó al tipo penal de peculado por uso por el indebido uso que se le dio a los cartuchos, este desgaste en el material de guerra no cuenta con la suficiente entidad o relevancia para el derecho penal, no sin antes insistir en que es innegable que la conducta del Suboficial es completamente censurable y que no obedece al comportamiento de un servidor público, por lo que debería ser dilucidado por el ente disciplinario al no encontrar un alcance penal...”
(Radicado 14698, de 30 de abril de 2018, MY. DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA, Fiscal Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



23. PREVARICATO POR ACCIÓN.

La orden militar no se puede equiparar a una resolución que pueda configurar el tipo penal de prevaricato por acción.

Para el caso, no se encuentra concordancia con la apreciación dada por el Fiscal a-quo, al encajar la conducta endosada al señor XXXX., con la sustentada en la resolución de acusación, al pretender configurar un punible de prevaricato por acción en el hecho de que el oficial aparentemente haya proferido una orden contraria a lo normado para la fecha de los hechos por el Comando del Departamento de Policía de Córdoba, argumentando que dicha acción debe ajustarse al delito, en el entendido de dar similar significado al término “orden” y al de “resolución” entendida esta última en “sentido amplio”.

El espíritu de la norma en comentario no es la de pretender que cualquier tipo de exteriorización de la voluntad de un servidor público, sea entendida como contraria a la ley.



Como se enunció anteriormente el término resolución debe entenderse como cualquier determinación de orden *jurídico* que deba tomar el servidor público en ejercicio de sus funciones.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “...La resolución no es solamente providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones”.¹⁷

Si bien el Oficial XXXX tenía para la fecha de los hechos la calidad de servidor público, no por ello contaba con las funciones y/o atribuciones propias para poder modificar o emitir una orden contraria a la establecida por el XXXX.

Para que dicho pronunciamiento verbal pueda ser considerado como un acto administrativo, el Oficial tuvo que haberlo emitido en nombre y representación de la institución castrense, en este caso la Policía Nacional, y que el mismo pudiera ser objeto de debate o recusación, en otras palabras controvertible; por ello no procede la configuración de la conducta tipificada, toda vez que dicha orden en el evento de ser entendida como un acto administrativo, no cumpliría los requisitos y elementos del mismo. Ante la situación planteada, al no cumplirse esos parámetros, la actuación emanada por el Oficial XXXX no deja de ser más que una orden, la cual mientras sea proferida acorde a la norma, su desconocimiento e incumplimiento, es sancionado penalmente de acuerdo a lo reglado en el artículo 115 del estatuto castrense, referente a la desobediencia.

Yerra el acusador al pretender equiparar una orden militar a una resolución, dictamen o concepto, para poder sustentar la acusación por el punible de prevaricato, pues a criterio de este Despacho, dicha acción desnaturaliza la esencia misma de la orden militar, ya que con ello, y bajo dicha teoría, cualquier disposición o mandato emitido por un uniformado en virtud de su función, de su rango y cargo, con la cual procure ordenar a sus tropas la realización o no de un acto, y el incumplimiento de la misma no acarrearía la sanción prevista en el ordenamiento castrense para la desobediencia, sino tendría que hacerse remisión directa al mandato ordinario, para imputarse el delito correspondiente contra la administración pública, pues al ser el uniformado un servidor público, todas sus actuaciones serían vistas como las de cualquier otro servidor estatal común, desconociéndose su calidad especial de servidor de la Fuerza Pública y lo especialísimo del fuero militar, quedando inocuo el ordenamiento penal castrense, el cual tipifica las acciones y establece las sanciones en que incurre el personal cobijado bajo el fuero Militar y Policial. **(Rad. 14569 del 31 de agosto de 2016, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ, Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**





24. PREVARICATO POR OMISIÓN.

El dolo como elemento determinante.

En este orden de ideas, el llamamiento a juicio realizado por el *a-quo* a los implicados está llamado a ser revocado, toda vez que tal como lo reclama el impugnante, dentro de los elementos estructurales del delito de prevaricato por omisión se exige la voluntariedad del sujeto activo de sustraerse de realizar un acto propio de sus funciones, elemento que hasta este momento brilla por su ausencia, toda vez que como ya se anotó, los implicados confiaron en que la consigna transmitida a sus compañeros acerca de la necesidad de acudir al sitio donde previamente se habría producido un homicidio sería respondida en un tiempo razonable, sin contar que los policiales desconocerían la premura de tal comunicación, acudiendo al lugar solo hasta que volvieron a recibir la segunda llamada del señor XXXX, quien de antemano había informado la situación al centro automático de despacho, generándose la difusión del hecho por los canales radiales, siendo atendida solo hasta que transcurrieron 35 minutos del primer reporte ciudadano, por el XXXX y XXXX quienes prestaban su servicio en otro cuadrante. **(Radicado 14508 de fecha 30 de enero de 2017, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



25. PREVARICATO POR OMISIÓN.

Garantías constitucionales ordenan al funcionario judicial una valoración probatoria fundada y suficiente.

“...Como lo ha advertido este despacho en pretéritas oportunidades, mientras el numeral 2 del artículo 557 de la ley 522 de 1999, exige la indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación, las garantías constitucionales ordenan al funcionario judicial una valoración probatoria fundada y suficiente.

Por lo tanto, se procederá a valorar los medios de prueba en conjunto, conforme la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Lo anterior para efectos de acreditar los elementos de convicción que soportan la ocurrencia del hecho, y los elementos probatorios que tienen relación con la presunta responsabilidad del procesado...” **(Radicado 14758 de fecha 29 de junio de 2018, CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR Fiscal Segundo Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**





26. PREVARICATO POR OMISIÓN.

Dolo. Derecho Penal ultima ratio.

“Igualmente, de manera inverosímil naufraga el A quo al momento de intentar argumentar lo que titula como “tipicidad subjetiva”, entiéndase, dolo, pues en el ejercicio de explicar los elementos exigidos para acreditar el dolo, esto es, conocimiento y voluntad, en su desarrollo lo que hace es ofrendar una argumentación que lo que explicaría sería la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, la que en la dogmática que contemporáneamente se considera en nuestro sistema penal, se ubica en la culpabilidad, consideraciones como “se trata de personas mayores de edad, que ingresaron a la Policía a obtener su grado de agente y patrullero”, o que “recibieron instrucción académica y policial”, o que “son personas capaces, inteligentes, preparadas académicamente, con una experiencia laboral en la Policía Nacional suficiente para encausar un procedimiento policial de esta naturaleza, que les permite comprender las consecuencias por no desarrollar un procedimiento policial como está estipulado en las normas internas institucionales”, hacen parte de una motivación que corresponde a la culpabilidad de la conducta, es decir, a la conciencia por parte del agente de que su actuar está quebrantando un bien jurídico protegido y que correspondería desarrollar después de haber argumentado y acreditado de manera efectiva la tipicidad de la conducta, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, la antijuridicidad de la misma y luego sí, al verificarse satisfecha la materialización del injusto, conducta típica y antijurídica, por parte del agente, finalmente hacer el juicio de reproche pertinente en sede de culpabilidad, valoración de la que carece la providencia que revisamos; nunca se explicaron los elementos del dolo, itérese, conocimiento y voluntad de que se está transgrediendo una norma penal, y mucho menos en qué momento cada uno de los procesados actuó bajo el influjo del exigido elemento subjetivo de la conducta. **(Radicado 14754 de fecha 05 de diciembre de 2016, TC. PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**



27. PREVARICATO POR OMISIÓN, PECULADO POR USO Y CONCUSIÓN.

Competencia de la jurisdicción especial para conocer delitos contra la administración pública. Factor subjetivo personal y objetivo funcional a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, yerra la defensa cuando de manera tajante afirma que la jurisdicción castrense no es competente para conocer de delitos contra la administración pública, como lo son la concusión y el peculado; y cuando hace alusión a que la aplicación del fuero militar solo tiene en cuenta el factor subjetivo personal, quedando al “arbitrio de las instituciones castrenses”; y más aún al señalar que ha sido la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia la que ha “decantado en varias oportunidades este tema, en donde ha sido muy clara en afirmar que solo se llevan los casos el fuero militar... y que en conductas como las de concusión son unas



conductas que por su naturaleza no guardan ninguna relación con la función constitucional asignada a la fuerza pública, que incluso el peculado se sale de la órbita y la esfera de esta función”; cuando ha sido la propia Corte la que ha reconocido el fuero en delitos contra la administración pública, cuando concurren el factor subjetivo personal y el objetivo funcional.

“Por consiguiente, son de competencia de la jurisdicción penal militar no solo aquellos delitos que por su naturaleza únicamente pueden ser cometidos por los miembros activos de la fuerza pública, tales como el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio...etc; sino aquellos comunes que se desarrollen directa y sustancialmente con las funciones que constitucionalmente está llamada a cumplir la fuerza pública...

Si se mantiene esa correspondencia entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, se estará frente a un delito relacionado con el servicio y por tanto competencia de los Tribunales Militares”¹⁸

“Igual ocurre con el aspecto funcional, pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en cita, los delitos cometidos en relación con el servicio son aquellos que se realizan en desarrollo de actividades militares o policivas orientadas al cumplimiento de la misión que la Constitución impone a la Fuerza Pública (artículo 217 y 218), situación que se presenta cuando el militar o agente de policía en desarrollo de una orden u operativo inherente al cargo excede la órbita propia de las funciones constitucionales o legales signadas. El reconocimiento del fuero militar además del factor subjetivo, presupone la concurrencia de dos aspectos vinculados causalmente: que el agente de la Fuerza Pública ha iniciado la ejecución de una actividad propia de la función castrense y que en desarrollo de ella se excede o abusa del ejercicio de la autoridad incurriendo en hecho punible”

En el evento que ocupa la atención de la Sala, se advierte sin esfuerzo que las exigencias de dinero realizadas por el Capitán XXXX a los patrulleros estudiantes de la Escuela de Carabineros acompañadas del compromiso de relevarlos de presentar los trabajos escritos..., constituyen actos relacionados con las funciones a él encomendadas”¹⁹.

Esto en cuanto a la tipicidad objetiva, ya con la subjetiva, específicamente lo atinente al dolo, el cual exige en el sujeto agente “conocer los hechos constitutivos de la infracción penal y querer su realización”²⁰; tenemos que de la prueba allegada se observa con claridad que el procesado al hacer uso de la motocicleta, lo hizo con la convicción errada de que dicho uso le estaba permitido y que por ende no era indebido; error de tipo que anula el dolo; siendo el peculado por uso, un punible que solo admite este tipo de modalidad de la conducta.

18 CSJ, Cas. Penal, sent. Feb 23/2011, rad. 30575. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

19 CSJ, Cas. Penal, sent. Ago 25/2010, rad. 27709. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

20 Código Penal Militar. Ley 1407 de 2010. Artículo 24.



No obstante, el transcurso del tiempo, y el esfuerzo hecho durante la etapa de instrucción en éste proceso, lo único que surge del acopio probatorio son una serie de dudas en cuanto a la existencia del hecho, aspecto que se exige estar probado o demostrado dentro del expediente para proceder emitir por parte del fiscal una resolución de acusación a las voces del artículo 556 de la Ley 522 de 1999.

La Corte Suprema de Justicia en torno a la aplicación del apotegma del *In dubio pro reo*, refiere que:

“... La Corte ha señalado que además de los referentes establecidos en el Artículo 395 del estatuto procesal, también puede aplicarse el principio de *In dubio pro reo*, no solo al momento de calificar, sino incluso para inhibirse de iniciar una investigación Penal...”

...Si la presunción de inocencia es un estado garantizado Constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del *in dubio pro reo*, en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la Investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipararse con la declaratoria de inocencia, habida cuenta que si la DUDA se entiende como CARENCIA DE CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA para que se dictara sentencia condenatoria...”²¹

(Radicado 14681, de 29 de octubre de 2018, MY. DIANA MARÍA PINEDA LOMBANA, Fiscal Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).



28. PRIVACIÓN ILEGAL DE LIBERTAD.

Elementos de tipicidad objetiva. Atipicidad de la conducta en labores de reclutamiento.

“... la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia 39109 de fecha 19 de diciembre de 2012, señaló los elementos que estructuran el tipo penal de Privación ilegal de la libertad, así:

“...del delito de privación ilegal de la libertad, que se estructura cuando el servidor público que, abusando de sus funciones, priva a otro de su libertad, ha señalado que “tiene lugar mediante el abuso de sus funciones por parte del servidor público, lo que supone que el servidor esté investido de competencia o que entre sus funciones se encuentre la de disponer de la libertad. **Cabe precisar que en térmi-**



nos generales sólo los fiscales y los jueces pueden afectar la libertad de las personas en el marco de sus competencias”El verbo rector del tipo es privar de la libertad a una persona, lo que comporta impedirle o limitarle la libre locomoción.

La privación debe ser ilegal, esto es, no corresponder a los supuestos en que, de acuerdo con la ley procede la afectación a la libertad ambulatoria...” (CSJ SP, 19 dic. 2012, Rad. 39109.)

Es decir que, el tipo objetivo está constituido por los siguientes elementos:

1. Sujeto activo determinado. Necesariamente quien ejecuta la acción debe tener la calidad de servidor público y la competencia funcional de privar de la libertad.

2. Sujeto Pasivo indeterminado. “a otro”

3. Conducta (verbo rector). “Privar” de la libertad, lo que implica impedirle o limitarle a una persona la libre locomoción.

Frente al primero enunciado debemos advertir que, la decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia se ajusta al canon constitucional del artículo 28, que dispone que nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

En ese sentido, existe una reserva judicial de las libertades públicas, es decir que, todas las decisiones, que afecten este derecho fundamental han de ser adoptadas por una autoridad judicial con las formalidades legales que la Constitución y la Ley exige.

Lo que significa que, sólo puede ser sujeto activo de este delito, las autoridades judiciales que tengan bajo su competencia funcional la facultad de privar de la libertad, que, en términos de la jurisprudencia vigente al momento de la comisión de los hechos, recae exclusivamente y de manera general en los fiscales y los jueces.

“...El cargo desempeñado entonces, no era el de fiscal o de juez y, dentro de sus funciones generales, no estaba la facultad de privar de la libertad. Lo que quiere decir que, fue en ejercicio de una función militar, y no, jurisdiccional que, se dirigió a la ciudad de Sincelejo en la FTR URM 236 junto con 03 suboficiales y 9 soldados a cumplir con el proceso de incorporación ordenado por la Jefatura de Reclutamiento del Ejército Nacional para la época, que, disponía lo siguiente: (...)

Luego, no sólo, el suboficial no reúne las condiciones para ser sujeto activo del delito de privación ilegal de la libertad, sino que, además, su conducta no está revestida del abuso predicado en la acusación, pues el procedimiento aplicable para



la selección e incorporación del potencial humano y la prestación del servicio militar obligatorio vigente para el 08 de diciembre de 2011, era el ordenado por la Jefatura de Reclutamiento del Ejército Nacional conforme las atribuciones otorgadas por la ley 48 de 1993, en la que, pese a no estar claras las garantías del sujeto retenido, si fijaba los lineamientos para cumplir con la misión constitucional endilgada, esto es, permitía compeler y conducir a los ciudadanos que no portaran la libreta militar al Distrito Militar donde se llevaba a cabo la incorporación para la práctica del primer examen médico, y, eso fue lo que precisamente hizo el Sargento Segundo XXXX.

La única omisión que se observa en el procedimiento ejecutado por el suboficial, guarda estrecha relación con los mecanismos para establecer la identidad de la persona, sin embargo, para el despacho, ello debe ser investigado y resuelto a partir de las normas del Derecho Disciplinario como efectivamente se registra en el expediente ante el posible incumplimiento de deberes de función, y no, del ius puniendi como actualmente se invoca.

Finalmente, no es posible so pretexto de irrespetar el principio de legalidad como norma rectora de la legislación penal militar, exigirle al procesado la aplicación de las instrucciones previstas en la Directiva Permanente No 0347 de 2014, como lo hace la señora Fiscal a quo en su providencia calificatoria, primero, porque era inexistente para la época de los hechos, y, segundo, porque la sentencia de la Honorable Corte Constitucional que la inspira, esto es, la C-879 del 22 de noviembre de 2011, sólo fue registrada en la secretaria común el día 15 de febrero del año 2012 y llevada a relatoría el 16 del mismo mes y año, es decir, su publicidad fue posterior a la comisión de la conducta que hoy llama la atención del despacho.

Gracias a la evolución de la Jurisprudencia y de la ley, se cuenta hoy con una directiva mucho más ponderada de la actividad militar para realizar procesos de incorporación, sin embargo, ello no es óbice, para desatender el contexto fáctico y normativo de las disposiciones llamadas a gobernar la decisión que nos compete, de ahí que, este despacho encuentra acreditada la concurrencia de la causal consagradas en el artículo 231 del estatuto penal militar, relativa a la atipicidad de la conducta investigada. **(Radicado 14752 de fecha 30 de abril de 2018, CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR Fiscal Segundo Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial).**





Justicia Penal Militar y Policial

Por una Jurisdicción expedita y transparente

Revista Judicial

Tribunal Superior Militar y Policial

Bogotá D.C