

Nueva Revista

No.001 Julio 2009

# Judicial

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Compilación jurisprudencia



Comando General  
Fuerzas Militares





Nueva Revista

# Judicial

**Tribunal Superior Militar**

Edición 001 julio de 2009



“El juez no puede reducirse a un mero lector del texto normativo, sino que debe ser también el experto de la vida social y debe saber captar en ella los valores que cualifican a la norma: debe realizar el equilibrio entre la duración y la evolución que constituyen el propi-dium del Derecho: debe sentirse empeñado en dicere ius, en tratar de dar a la norma que haya de integrar, en cuanto sea posible, el sig-nificado y alcance que se presenta más coherente con los valores que emergen de la vigente realidad humana y social”.

Consiglio Superiore Della Magistratura Italiana 1.985.



## Justicia Penal Militar

**GR. FREDDY PADILLA DE LEON**

Comandante General de las Fuerzas Militares y  
Presidente Tribunal Superior Militar  
*Dirección General*

**CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA**

Vicepresidente Tribunal Superior Militar

**CR. EDGAR EMILIO AVILA DORIA**

Director Ejecutivo (E) Justicia Penal Militar  
*Subdirección*

**CN. JORGE IVAN OVIEDO PEREZ**  
**TC. CAMILO ANDRES SUAREZ ALDANA**  
**TC. ISMAEL LOPEZ CRIOLLO**  
**S.P. AMANDA MOLINA VILLARREAL**  
**S.S. MARIBEL RUIZ RODRIGUEZ**  
**AJ1. LUIS HENRY SILVA RODRIGUEZ**  
*Comité de Redacción*

**LILIAN IVONNE POLANIA ORJUELA**  
Dirección de Arte

Diseño e impresión  
Strategy Ltda.  
Teléfonos.: 244 8149 / 335 0778



## PRESENTACIÓN

**Comandante General Fuerzas Militares y  
 Presidente Tribunal Superior Militar**

General **FREDDY PADILLA DE LEÓN**

Las ideas de Jeremías Bentham, el gran filósofo y jurista inglés que vivió a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, iniciador del grupo de los llamados «filósofos radicales», promotores de reformas sociales, tuvo una especial influencia en nuestros primeros legisladores y, por consiguiente, en la definición del Estado colombiano, desde la concepción misma de la Gran Colombia.

A él debemos una de las mejores explicaciones sobre la importancia que tienen la Justicia Penal Militar y el Fuero Militar dentro de las instituciones jurídicas y castrenses. De acuerdo con Bentham:

*“En un ejército, en una flota, la exactitud de la disciplina descansa enteramente en la pronta defensa de los soldados (...) Para juzgar con el necesario conocimiento de los delitos de esta especie, hace falta ser perito en la profesión, y únicamente los militares son los que se hallan en estado de forma para un juicio pronto e ilustrado en todo lo concerniente a la disciplina o acerca de lo que ha ocurrido en una función de guerra”.*

Sobre bases filosóficas como ésta se ha definido por siglos que la conducta de los militares, siempre que se trate de hechos cometidos con ocasión del servicio o en relación a él, sólo puede ser juzgada, con todo el rigor jurídico, por jueces o tribunales igualmente militares, de acuerdo a las normas y principios de la Justicia Penal Militar.



*A contrario sensu*, como dicen los abogados (y no soy uno de ellos), cuando un militar cometa un acto reprochable o ilícito por fuera del servicio, o cuya grave vulneración de la vida y la dignidad humanas excedan los límites de la acción militar, dicha conducta debe ser evaluada y juzgada por la justicia ordinaria.

Mientras se cumpla esta adecuada distribución de jurisdicciones, estaremos garantizando la debida aplicación de la justicia y, sobre todo, estaremos promoviendo que nuestros hombres obren en todo momento de acuerdo con los principios no sólo legales sino morales y de honor que rigen el comportamiento de quienes hemos jurado servir a la Patria y a nuestra bandera con lealtad y rectitud.

La Justicia Penal Militar es una institución de la mayor importancia para las Fuerzas Militares y para el país, y, como tal, desde el Ministerio de Defensa y las mismas instituciones armadas, nos hemos dedicado en los últimos años a consolidarla y fortalecerla, para dotarla de la credibilidad y respetabilidad que merece.

Se ha promovido la independencia e imparcialidad de esta jurisdicción, se inició el trámite legislativo para que la Justicia Penal Militar dependa de la rama judicial y no del Ejecutivo, y se logró la aprobación en el Congreso de la República de una ley que establece el Servicio de Defensoría Técnica para los miembros de las Fuerzas Armadas. Todo ello, acompañado de un incremento en sus recursos, pues se aumentó en casi 50 por ciento el presupuesto de la Justicia Penal Militar entre los años 2006 y 2009.

Para adecuarla a los tiempos y procedimientos actuales, se viene adelantando un proceso de adecuación para implementar el sistema penal acusatorio en esta jurisdicción, y se ha ampliado la capacitación de sus miembros, además de otro personal de las Fuerzas Armadas y de la Fiscalía General de la Nación, para que las investigaciones se realicen de manera cada vez más técnica, con resultados mucho más certeros.

Nada de esto lesiona una institución tan importante y tan crucial para la vida castrense como la Justicia Penal Militar. Todo lo contrario: las reformas acometidas buscan su modernización y actualización, blindarla frente a posibles críticas y dotarla de mayor credibilidad –ante el país y la comunidad internacional–, sin que pierda su razón de ser, que es la de juzgar con criterios jurídicos, pero también militares, a quienes obran dentro del difícil contexto del enfrentamiento contra agresiones tan peligrosas como el narcotráfico y el terrorismo.

Contar con una Justicia Penal Militar eficiente, moderna, actualizada y renovada, sin perder su esencia fundamental, constituye el soporte para la preservación de los valores militares de ética, orden y disciplina.

Esta Revista Judicial del Tribunal Superior Militar constituye un importante avance en el esfuerzo de nuestras Fuerzas Armadas por forjar una doctrina no sólo jurídica sino también militar que contribuya a la creación de un nuevo derecho penal militar acorde a la necesidad institucional y a la realidad social, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Sea ésta la oportunidad para expresar el reconocimiento a los miembros del Tribunal y a quienes hasta hace poco tiempo pertenecieron a él, así como a todos y cada uno de los funcionarios y empleados de la Jurisdicción Penal Militar y de su Ministerio Público, invitándolos a perseverar en su labor para bien de nuestra justicia, de los colombianos y de nuestras Fuerzas Armadas.

Con la reanudación de la publicación de la Revista Judicial, la divulgación del pensamiento jurídico penal castrense servirá de guía a los jueces de primera instancia, fiscales y jueces de la Justicia Penal Militar; a los estudiosos de las disciplinas jurídico-penales; a los magistrados, jueces, fiscales y demás funcionarios de la justicia penal ordinaria, así como a los defensores y al personal militar y civil interesados en estos temas.

Como Comandante General de las Fuerzas Militares, no dudo de la buena acogida que tendrá esta iniciativa y los invito a que continúen haciendo publicaciones periódicas que contribuyan a enaltecer la institución de la Justicia Penal Militar.



**“EL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE ES EL NUEVO INSTRUMENTO DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA, QUE RECLAMA UN TERRITORIO PARA SÍ”**

Diego Eduardo López Medina - El Derecho de los Jueces



**“PRESENTACIÓN”**

**EL PRECEDENTE JUDICIAL:  
 UNA NUEVA CONCEPCIÓN**

Capitán de Navío **CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA**  
 Vicepresidente Tribunal Superior Militar

Como Vicepresidente del Tribunal Superior Militar constituye motivo de satisfacción y beneplácito la publicación nuevamente de la revista judicial del Tribunal Superior Militar, único medio de información que tenemos quienes administramos justicia para hacer conocer las decisiones y señalar el derrotero de nuestra jurisdicción castrense en materia de jurisprudencia y doctrina.

Como lo ha indicado la Honorable Corte Constitucional<sup>1</sup>, si bien sólo la doctrina Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria, es importante considerar que a través de la jurisprudencia de los Altos Órganos Jurisdiccionales –criterio auxiliar de la actividad judicial- se realiza y se hace efectivo el principio de igualdad por la vía de la unificación doctrinal.

A la luz del artículo 230 de la Carta Política se deduciría que la jurisprudencia de las Altas Cortes y Tribunales es sólo un criterio auxiliar de interpretación, un faro de orientación para los jueces y demás funcionarios judiciales, carente por consiguiente de efecto vinculante.

Empero, hoy la dogmática constitucional sostiene que el respeto por los precedentes en materia aún de las decisiones de las Cortes y Tribunales Ordinarios

1 Sentencia C-083 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz



conlleva a la seguridad jurídica y a la necesidad de unificar sus decisiones, lo que se concreta y resume en el principio de igualdad: casos iguales deben ser resueltos de la misma forma. Es por esta razón que reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Superior Militar, sin lugar a dudas redundará en una mayor coherencia del sistema jurídico penal militar.

De esta forma, la vinculatoriedad de los precedentes permitirá garantizar de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley, así como también la sumisión de los jueces militares a los precedentes sentados, afirmando una mayor seguridad jurídica entre los destinatarios de la Ley Penal Militar, dentro de criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que exige que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico y normativo que compromete el ordenamiento jurídico, sin desconocer principios como el de la supremacía de la Carta Política que obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución, garantizando así la efectividad de los principios, derechos y deberes de la Carta Magna. Por esta potísima razón, el Tribunal Superior Militar cumple una importante labor en la unificación de la jurisprudencia en ámbitos no cubiertos por la Corte Suprema de Justicia. En esa medida debe aplicar a casos iguales o similares, los mismos criterios jurisprudenciales seguidos por sus Salas en decisiones anteriores, pues como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en el evento de separarse razonablemente de un precedente establecido por otra Sala en casos sustancialmente idénticos, sus integrantes deben justificar suficiente y razonablemente el cambio de criterio a fin de resguardar con ese proceder las exigencias de igualdad, así como las garantías en la interpretación judicial como égida de la Constitución, pues entratándose de Jueces Colegiados, la garantía de autonomía e independencia le permite a sus integrantes salvar su voto, pero cuando actúan como ponentes deben respetar los precedentes establecidos por la Corporación como órgano de decisión.

Este cambio del juez aplicador de normas legales a través de pronunciamientos meramente indicativos e ilustrativos se ha convertido en la creación de un verdadero sistema de precedentes que permiten hoy en día dar una mayor coherencia al Sistema Jurídico Penal Militar, garantizando principios como el de igualdad, brindando seguridad jurídica como lo señaló en forma reciente la Corte Constitucional en materia de los límites a la autonomía que tienen los funcionarios judiciales, en el sentido que esta no es del todo absoluta, pues existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial en la medida en que orgánicamente establezcan premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallador. Esos criterios, indica la Corte, son el precedente fijado por su superior frente a la aplicación e interpretación de una norma concreta. Si bien ese criterio o precedente puede ser refutado o aceptado por el Juzgado de Instancia, lo cierto es que no puede ser, como lo indica el Alto Tribunal Constitucional, desoído abiertamente en casos iguales.

Estamos ante una realidad, el de la jurisprudencia como fuente directa del derecho, que establece criterios jurídicos generales vinculantes para los Jueces y Tribunales.

A este resultado se llega siendo un funcionario estudioso de la Ley pero por sobretodo, de los Reglamentos Militares y Policiales, aspecto que constituye punto de referencia para los delitos típicamente militares (tipos en blanco), donde el administrador de la Justicia Penal Militar debe contribuir a generar una verdadera dogmática militar; ajustándola a la realidad de nuestra comunidad militar y policial, dentro del contexto verdadero que se vive en la sociedad colombiana. ¡Este es el gran reto de la administración de la Justicia Penal Militar!

En este derrotero navega hoy el Tribunal Superior Militar, convencidos todos sus integrantes, que a tan magna responsabilidad debemos responder ante la comunidad nacional e internacional, militar y policial, pero especialmente ante el Estado Social y Democrático de Derecho, unificando criterios bajo los principios de la seguridad jurídica y la igualdad en nuestras decisiones, pues llamada está la Corporación para fijar doctrina y jurisprudencia en materia especialmente de los delitos militares y militarizados.

Este trabajo que hoy publicamos, es el sentir y el pensamiento jurídico del Tribunal Castrense por una Justicia Penal Militar más grande y fortalecida, que evoluciona en el derecho conforme a la realidad histórica y social en que vivimos.



## **AGRADECIMIENTO**

El Tribunal Superior Militar presenta especial reconocimiento a la Doctora LUZ MARINA GIL GARCIA, quien siendo Directora de la Justicia Penal Militar, plena conocedora de la importancia de la jurisprudencia y doctrina del Tribunal Superior Militar, hizo posible la publicación de esta revista judicial.

Su visión de la Justicia Penal Militar permite contar hoy con este ejemplar que retoma el derrotero de quienes con su experiencia y profesionalismo han contribuido al engrandecimiento de esta Corporación, enriqueciendo el conocimiento de los Jueces, Fiscales, abogados litigantes y de todos los cultores de la Ciencia del Derecho Penal Militar.

## **TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR 2008-2009**

GR. FREDDY PADILLA DE LEÓN

CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA

CN. JORGE IVAN OVIEDO PEREZ

TC. CAMILO ANDRES SUAREZ ALDANA

TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA

TC. ISMAEL LOPEZ CRIOLLO

CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA

MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO



Justicia Penal Militar



## INDICE ALFABÉTICO GENERAL

### ABANDONO DEL PUESTO

Es atípica para el comandante de estación. Corresponde al delito de abandono del Comando art. 121, Rad. 153645/07

MP. CN. (R) GERMÁN PRIETO NAVARRO ..... 19

### ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS

Sentido y alcance del artículo 127 del Código Penal Militar. Concepto de campaña y operación militar, Rad. 153998/07

MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 20

### ACUSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Las etapas de investigación y juzgamiento deben corresponder a las garantías otorgadas por la Constitución y la Ley, por ende la acusación debe ser motivada, Rad. 155033/08

MP. CN. JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 23

### ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Su observancia por el Juez Penal Militar, Rad. 154833/08

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 24

### APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 70 DE LA LEY 975 DE 2005

Principio de igualdad - Justicia Penal Militar, Rad. 147461/08

CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 26

### ATAQUE AL INFERIOR

Se protege la dignidad del Soldado, Rad. 154508/08

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 28

### ATAQUE AL SUPERIOR

Constituye vía de hecho un simple empujón para estructurarse, no se requiere lesión, Rad. 152644/07

MP. CN. (R) GERMÁN PRIETO NAVARRO ..... 30

**ATAQUE AL SUPERIOR**

No se configura entre soldados. No existe mando entre Soldados,  
 Rad.153666/07  
 MP. MY. (R) SALOMÓN GÓMEZ DUEÑAS ..... 31

**AUTO INHIBITORIO**

Procedencia del recurso de apelación por parte de la víctima no  
 constituida en parte civil, Rad. 155280/08  
 MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 32

**CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO EN LA ETAPA INSTRUCTIVA**

Requiere la demostración plena de cualquiera de los presupuestos de  
 hecho relacionados en el artículo 231 C.P.M., Rad. 155049/08  
 MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 32

**COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR**

Relación con el servicio en el delito de falso testimonio, Rad. 154673/08  
 MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 33

**CONCURSO**

Entre el Tráfico ilegal de armas municiones y explosivos y el hurto, Rad.  
 155012/08  
 MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 33

**CONCURSO**

Tráfico ilegal de armas y peculado sobre bienes de dotación, Rad.  
 154397/07  
 MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 36

**CONCUSIÓN**

Funcionario de Facto, Rad. 151594/08  
 MP. CR. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 37

**CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL**

Procede en los delitos de peculado culposo, cuando se trata de armas de  
 defensa personal, Rad. 153975/08  
 MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 38

**CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES DE INSTRUCCIÓN**

Rad. 155230/08  
 MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 40

**COPARTICIPACIÓN Y CONCIERTO PARA DELINQUIR**

Requisitos, Rad. 151624/07  
 MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 42



## **COSA JUZGADA**

Sentencia ejecutoriada. Extemporaneidad de la solicitud de nulidad,  
Rad. 147789/08

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 43

## **CULPA RECÍPROCA**

Límites, Rad. 150951/08

CR. (R) TULIA CLEMENCIA GONZÁLEZ PÉREZ ..... 44

## **DE LA PROVIDENCIA DE REEMPLAZO**

Efectos y alcance, Rad. 154142/07

MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 45

## **DEL INJUSTO DE COHECHO**

Elementos estructurales, Rad. 153852/07

MP. TC. TULIA CLEMENCIA GONZÁLEZ PÉREZ ..... 47

## **DEL INJUSTO DE FALSEDAD**

Configuración, Rad. 148845/08

MP. CR. (R) LUCY EUGENIA RESTREPO DE VARGAS ..... 48

## **DELITO CONTRA LA DISCIPLINA**

Contenido del injusto de ataque al inferior. Rad. 149290/08

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 49

## **DELITO DEL CENTINELA**

Las funciones materialmente asignadas y las características del servicio,  
son las que permiten establecer si se está ante este eventual delito o uno  
de abandono del puesto, Rad. 155035/08

MP. CN. JORGE IVAN OVIEDO PÉREZ ..... 49

## **DELITOS DE DESOBEDIENCIA Y ABANDONO DEL SERVICIO**

No existe concurso real, Rad. 152829/08

MP. TC. I JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 49

## **DELITO DE FABRICACIÓN, POSESIÓN Y TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS**

Antijuridicidad material, Rad. 149857/07

MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 51

## **DELITO DE FALSA ALARMA**

Alcance de la conducta, Rad. 155229/08

MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 51

### **DELITO DE FALSEDAD IDEOLÓGICA**

Naturaleza del bien jurídico protegido y la antijuridicidad material, Rad. 153935/07

MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 54

### **DELITOS MILITARES**

Inimputabilidad y medidas de seguridad, Rad. 154995/08

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 55

### **DENUNCIA**

Valor probatorio, Rad. 151288/07

MP. MY. (R) YESID SANTOFIMIO MURCIA ..... 58

### **ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL TIPO**

Delitos militarizados. Colisión de competencia negativa, Rad. 155071/08

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 59

### **ERROR DE TIPO**

Vencibilidad en el militar en servicio activo en virtud de ciertas condiciones (experiencia, antigüedad, lugar de trabajo y características de la obra contratada), Rad. 153267/08

MP. CN. JORGE IVAN OVIEDO PÉREZ ..... 61

### **ESPECIALIDAD DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR**

Inaplicabilidad de la Ley 890 de 2004. Principio de favorabilidad, Rad. 154744/08

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 62

### **ESTRUCTURA DE LA CULPA**

Proscripción de la responsabilidad, Rad. 151444/08

MP. Dr. GUSTAVO PIRABÁN CUESTO ..... 62

### **FALSEDAD INOCUA**

Atipicidad de la conducta.

Los tachones y enmendaduras de la orden de comparendo son tan protuberantes que carecen de idoneidad para engañar, Rad. 154788/08

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 63

### **FUERO PENAL MILITAR**

Graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos no son competencia de la Justicia Penal Militar, Rad. 140077/08

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 64



**HOMICIDIO**

El fenómeno de la coautoría aditiva en materia penal militar.

Rad. 155318/08

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 64

**IMPEDIMENTO**

No es fundado por el solo hecho de que el Juez de Ejecución de Penas haya proferido resolución de acusación como Fiscal, Rad. 138855/08

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 66

**INDUBIO PRO REO**

Para su declaratoria no se puede recurrir a una suposición propia emanada de la subjetividad, Rad. 154732/08

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 67

**INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA**

Diferencia entre el propósito y el dolo del tipo, Rad. 155072/08

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 69

**LA ACEPTACIÓN DE CARGOS Y LA CONFESIÓN SON INSTITUTOS DIFERENTES**

La aceptación no goza simultáneamente de las virtudes de una confesión. Rad 155365/08

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 69

**LEGÍTIMA DEFENSA**

Alcance del ingrediente normativo. Necesidad y proporcionalidad, Rad. 153111/07

MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 70

**LESIONES PERSONALES CULPOSAS**

Error de prohibición vencible, Rad. 155221/08

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 72

**LIBERTAD CONDICIONAL**

En delitos contra el servicio, Rad. 147874/07

MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 73

**MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO**

No constituye un juicio de responsabilidad, Rad. 155457/08

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 74

**NO REFORMATIO IN PEJUS**

Omisión del juzgado de primera instancia al imponer penas accesorias, Rad. 149957/08

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 75

**NOTIFICACIONES**

Deber de notificar oportunamente las providencias, Rad. 149957/08  
 MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 74

**NULIDAD**

Falta de motivación de la resolución de acusación dispuesta en la ley  
 1058 de 2006, Rad. 155034/08  
 MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 76

**NULIDAD**

Omisión del traslado de prueba pericial no la genera. Rad. 154688/08  
 MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 78

**PECULADO CULPOSO**

Extravío de arma de fuego de dotación oficial. Deber de incrementar las  
 precauciones en la vigilancia de las armas, Rad. 155129/08  
 MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 79

**PECULADO POR APROPIACIÓN**

Aprehensión policial de bienes. Concurso aparente de tipos, Rad.  
 150977/08  
 MP. CR. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 80

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN LA LEY 1058 DE 2006**

Rad. 154466/07  
 M.P. MY (R) ANA IMELDA TRIVIÑO LOPERA ..... 81

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA**

No reformatio in pejus, Rad. 154228/08  
 MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 82

**PRISIÓN DOMICILIARIA**

Procedería en la Justicia Penal Militar a mujer cabeza de familia, cuando  
 se demuestre total abandono y desprotección de los hijos menores, Rad.  
 154217/07  
 MP. CR. (R) MARGARITA ROSA ZULUAGA SÁNCHEZ ..... 85

**PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

La omisión de adelantar la audiencia de acusación y aceptación de cargos  
 y el traslado de las partes para solicitar pruebas, constituye causal de  
 nulidad, Rad. 154818/08  
 MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 87



**QUERELLA**

La formulación verbal constituye noticia criminal, Rad. 154216/07  
MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 89

**REBAJA DE PENA**

Procedencia y presupuestos para la concesión de la rebaja de pena  
dispuesta en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 en materia Penal Militar,  
Rad. 104847/08  
MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 90

**RECURSO DE HECHO**

Solo es viable cuando se ha negado la apelación, Rad. 154030/08  
MP. CR. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 91

**RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

La ausencia total de valoración de las pruebas, que sirven de sustento  
para la formulación de imputación, genera nulidad, Rad. 154915/08  
MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 92

**RECURSO DE APELACIÓN**

Legitimidad cuando el procesado acepta cargos en el procedimiento  
especial. Principio de irrevocabilidad, Rad. 155093/08  
MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 92

**RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN**

Deber de motivación, Rad. 154912/08  
MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO ..... 93

**TEORÍA DEL ERROR**

Defensa putativa como un error de prohibición indirecto, Rad. 154679/08  
MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 95

**VALORACIÓN PROBATORIA**

Etapa de calificación y del juicio, Rad. 149562/08  
MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 97

**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA**

Motivación de la resolución de acusación en el procedimiento especial,  
Rad. 154919/08  
MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 97

**VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO**

En el procedimiento especial, Rad. 154753/08  
MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 99

## ABANDONO DEL PUESTO

Es atípica para el Comandante de estación. Corresponde al delito de Abandono del comando Art. 121.

“El Título II Capítulo I del Código Penal Militar, trae una descripción típica de los delitos de Abandono de Comandos y del Puesto, apreciándose que los artículos 121 a 123 del mismo, claramente describen que quien comete la conducta ilícita es un sujeto calificado, que no son otros que los comandantes, jefes y directores, es decir que el primer tipo penal (Abandono del comando), lo comete quien funge dentro de una unidad militar o policial como “comandante, jefe o director”, refiriéndose a quién se le ha designado o investido de autoridad legal para comandar, dirigir y/o administrar una organización militar o policial y que debido a su función, debe estar atento a la conservación del orden público en la jurisdicción designada y del desempeño del personal de la unidad a su cargo, con un verbo determinador específico que es no ejercer las funciones propias del comando, jefatura o dirección y con un complemento descriptivo de tiempo que es la dejación de la función por más de veinticuatro (24) horas consecutivas en tiempo de paz o cualquier tiempo, en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública. (Subrayado de la providencia).

Por su parte el tipo penal del artículo 124 *Ibíd*em (Abandono del Puesto), trae claramente su aplicabilidad para quien se encuentre de facción o servicio, es decir, especifica el sujeto activo, que es todo aquel miembro de la fuerza pública que presta un acto del servicio determinado y específico ya sea dentro de una unidad militar o policial, siendo el verbo rector determinador el de abandonar el puesto por cualquier tiempo, agravando la imposición de la sanción si el hecho lo realiza el comandante, no queriendo decir esto último que se trate de los mismos sujetos calificados señalados en los artículos 121, 122 y 123 *Ibíd*em, sino hace relación a los comandantes de guardia, sección, escuadra y demás, pues si bien el artículo 124 en su inciso final se refiere al comandante, dicha abstracción de la primera parte del artículo se refiere al personal distinto al comandante. El comandante por la misma responsabilidad que implica su función no puede estar sometido a la prestación de turno de vigilancia ni limitado a cumplir funciones de facción o servicio como cualquiera de sus subalternos; precisamente porque el cargo lo faculta para designar a los policiales bajo su mando en cada uno de los servicios requeridos, ejerciendo además su función como comandante en cualquier parte a la cual se desplace por razones de mando. (Subrayado de la providencia).

El SS., no podía estar de facción o servicio a las Luces que informa el artículo 124 *Ibíd*em, ya que su calidad de Comandante lo situaba frente al juicio de tipicidad en el artículo 121 como ya lo hemos venido señalando, circunstancia que han debido observar los funcionarios judiciales que tuvieron a cargo la actuación, e inicialmente establecer, si la persona sindicada ejercía funciones propias de comando, jefatura o dirección y no proceder a atribuir dos tipos penales frente a una sola conducta fáctica, pues no es posible tipificar las dos conductas



punibles”. (Rad. 153645, 13 de febrero de 2007, MP. CN. (R) GERMÁN PRIETO NAVARRO, Sala Cuarta de decisión).



## ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS

Sentido y alcance del artículo 127 del Código Penal Militar. Concepto de campaña u operación militar.

“(…) encontramos que la operación militar como la campaña, pueden darse a nivel regular o irregular, y que la campaña es el concepto general que abarca el de la operación de combate, a la vez que el combate hace parte tanto de una como de otra, lo que impide identificar el combate con la operación o campaña misma.

Ambos conceptos han incluido en sus definiciones el de “campo de combate”, y “actividad de combate”, el primero ha sido identificado por la doctrina militar con la jurisdicción para algunas unidades y con el área de operaciones para otras. Iniciándose con la división y descendiendo, constituyendo en cada nivel, en el complemento del inmediatamente superior.

Y como elementos del campo de combate iguales para cada nivel: Elementos básicos. Se dirigen a la disposición de las unidades con relación al terreno, al enemigo y a la misión impuesta.

Área atrasada. Es el área general en la cual se localizan los apoyos de servicio para el combate, de tal manera que las operaciones puedan ser oportunamente apoyadas.

Área adelantada o de primera línea. Sobre la cual confluyen las operaciones de combate.

Elementos complementarios. Son aquellos que directa o indirectamente inciden en el funcionamiento de los elementos básicos, facilitando el cumplimiento de la misión, entre los que se encuentra: áreas de reunión (temporales), líneas de comunicación, áreas de interés táctico y áreas de operaciones.

Y como combate, ya la Corte Constitucional al referirse al interrogante sobre lo que debe entenderse por hechos punibles cometidos en combate, en la sentencia C-456/97 de la que el Magistrado Ponente fue Antonio Barrera Carbonell afirmó: “La expresión “en combate” de la Ley vigente.- El artículo 127 del Código vigente eliminó las incertidumbres en la interpretación del concepto. En lugar de “acto de combate” habla de “hechos punibles cometidos en combate”, lo que pone fin a las discusiones sobre el alcance del término. Ya no hay que

detenerse en el acto, sino en todo el combate, que, claro está, se integra con muchos y variados actos. El combate ya no está limitado en el tiempo, ni estacionado en un paraje, una casa, una calle, una aldea, una comarca. Tampoco se reduce a la agresión corporal directa, ni solo a los disparos que se cruzan los contendientes, sino que implica multiplicidad de dispositivos para atacar, defenderse, proveerse, desplazarse, ocultarse, recibir refuerzos. En fin, combate no es solo un corto sondeo táctico, sino también desenvolvimiento de amplias estrategias. Por lo tanto, tiene escalas, proporciones, diversidad de vecindades, separación y calificación del trabajo, especialidades que cumplen quienes desempeñan su misión de soldados, y las de quienes carecen de armas pero que se mantienen al servicio de la insurrección. (Subrayado nuestro).

Los últimos, dentro de estimativas anticuadas sobre el dinamismo castrense, no estarían en la refriega, pero ahora, consultando el texto de la Ley, sí son agentes de la acción armada. Todos componen una unidad. Les pertenecen el éxito y el fracaso. Se les aclama como victoriosos o se les encarcela como rebeldes. Se les exalta o se les persigue después. El combate gana así la generalidad que es específica de su naturaleza, en que todo tiende a la interdependencia del mayor número de comprometidos sin considerar por aparte, con rigorismo exclusivista, la participación de cada cual.

Si un grupo de rebeldes destruye vehículos en marcha o destinados al aprovisionamiento de los adversarios, y como consecuencia de la destrucción estallan incendios en viviendas vecinas, y ocurren muertes de personas inocentes, o la incomunicación de un territorio, o cualquier otro daño, no hay duda que estos hechos que separadamente de la rebelión se incriminan acumulativamente con ésta, fueron realizados en combate, y no fuera de él. La impunidad de las conductas está dispuesta en el artículo 127, y quienes las realizan apenas son culpables de rebelión”.

Luego si el combate implica no solo el momento específico en el que se tiene el contacto con el grupo insurgente sino que también implica multiplicidad de dispositivos para atacar, defenderse, proveerse, desplazarse, ocultarse, recibir refuerzos, etc., y éste es solo una parte de la operación militar, ésta abarca mucho más que eso, pues implica que la operación militar inicia desde el alistamiento y cuando las unidades militares salen de las instalaciones militares orientadas al cumplimiento de la misión determinada en la orden de operaciones, o en la fecha y hora determinada en el mismo documento en el evento de no estar en la Unidad, o cuando a pesar de existir la orden de operaciones y la fecha fijada continúan en alistamiento, incluyendo todas las actividades combativas, administrativas y logísticas orientadas a cumplir con la misión y termina cuando se regrese la unidad al batallón o sitio de origen o de destino, o en la fecha que de la misma orden de operaciones, o por iniciar otra operación militar, y por ende la campaña irregular es un concepto más amplio que abarca todas las operaciones que en forma conjunta se realizan con un mismo objetivo.



Es importante destacar que en las operaciones militares encontramos las de ocupación, registro, control militar de área, destrucción, repliegue ofensivo, e igualmente que en el desarrollo de la lucha de combate irregular en ocasiones se hace necesario el control de alguna áreas, con el propósito de garantizar la tranquilidad pública, la integridad de los ciudadanos, su honra y bienes, e impedir que el enemigo lleve a cabo operaciones en su contra. Por eso se requiere que se destaquen unidades en las áreas de conflicto, de manera que actuando en forma descentralizada puedan cubrir mayor cantidad de terreno, a través del despliegue de sus unidades menores, ocupando así bases de patrullaje, a partir de las cuales ejercen el control requerido. Ellas sirven para planear y constituyen objetivo del enemigo, que permanentemente trata de localizarlas, establecer sus debilidades y ejecutar en su contra acciones ofensivas.

Pueden ser estas bases de patrullajes móviles, cuando durante el desplazamiento o en cumplimiento de misiones de patrullaje, las unidades se ven precisadas a hacer altos, durante períodos que se extienden por no más de 24 horas, por ello su ocupación es transitoria. (Reglamento FF.MM. 3-10 de 1999).

Y lo normal en el desarrollo del combate irregular, es que transcurran largos períodos de tiempo sin obtener contacto con el adversario, ya que éste conserva una actitud evasiva para evitar los contactos directos puesto que las acciones de combate que realiza la subversión tienen características especiales, pues si bien procuran imitar a la fuerza regular e inclusive adoptan la táctica general de pequeñas unidades, ya en su ejecución hacen el máximo uso de todo tipo de recursos no convencionales en busca del éxito, métodos que no están de acuerdo con las Leyes internacionales de la guerra, por cuanto siempre van en contra de las normas elementales de la Ley y del derecho internacional humanitario, siendo lo trascendente la consecución del fin, sin importar los medios a que haya que recurrir, provocando que la unidad militar se vea enfrentada a un enemigo, que puede atacar en el momento menos pensado, desde la dirección menos prevista y mediante el empleo de los más diversos medios incluyendo los más eficaces. Es por ello que la fuerza tendrá que operar por periodos extensos con recursos logísticos limitados para desplegar las fuerzas en la profundidad adecuada y efectuar los arreglos para recibir los apoyos de servicio oportunamente (ejemplo abastecimientos cada 8 o 10 días), o en ocasiones realizar distintas actividades administrativas o logísticas, sin que ello implique la suspensión o terminación de la operación o campaña.

Bajo estos parámetros, corresponde interpretar el artículo 127 del C.P.M., en un sentido amplio y no estricto como se venía haciendo y basta que la unidad se encuentre en desarrollo de una operación militar o campaña regular o irregular, según los conceptos antes explicados, pudiendo encontrarse la unidad en una base de patrullaje fija o móvil, o realizando actividades necesarias orientadas al cumplimiento de la misión, para que la conducta de un soldado profesional se adecue a la norma, si se ausenta por cualquier tiempo de la unidad, lo que conlleva al abandono de sus deberes en el servicio, sin que se circunscriba

sólo al momento del combate para su configuración. (Rad. 153998, 04 de mayo de 2007, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).



## **ACUSACION EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

**Las etapas de investigación y juzgamiento deben corresponder a las garantías otorgadas por la Constitución y la Ley, y por ende la acusación debe ser motivada.**

“Ahora bien, por tratarse de un procedimiento especial y expedito, la disposición refiere que la resolución de acusación contendrá *“una exposición fáctica y descripción jurídica de los cargos”*, también es apreciable entender que la misma debe ser precisa e idónea, de tal forma que quede claro el ámbito dentro del cual se desarrollará el juicio, y con ello la sentencia que le pondrá fin al proceso. Por ello, es perentorio en su contenido una descripción fáctica (hechos jurídicamente relevantes) y jurídica (calificación de la conducta), siempre con el análisis probatorio, esto es, la valoración de las pruebas empleadas para la formulación de la imputación, de tal forma que el procesado conozca enteramente los cargos, que podrá aceptar o refutar, pues esa resolución es la que lo posibilita para ejercer su derecho de contradicción, todo ello siempre que se cuente con claro conocimiento acerca de los motivos de la acusación, ya que por tratarse, se recaba, de un procedimiento especial que tiene la categoría de expedito, dicha motivación aunque lo puede ser sucinta, sí debe permitir al procesado y los demás sujetos procesales, conocer la posición del ente acusador.”

“(…) debe entenderse que el nuevo procedimiento de la citada Ley 1058 no puede desconocer que a pesar de tratarse de un procedimiento más sucinto con respecto al consagrado en el art. 552 y siguientes del C.P.M., ello no impide para que se garantice el debido proceso y específicamente el derecho de defensa, al no conocer en forma completa la decisión por la que se adoptó una calificación en el sentido de acusar al procesado. Todo lo contrario, es perentorio verificar que el procesado conozca cabalmente el estadio dentro del cual debe asumir su defensa, lo mismo que para los sujetos procesales, a fin de que puedan cumplir en debida forma su papel. Es decir, no basta con un escrito o resolución, así simple y gramaticalmente como lo consagra el actual procedimiento especial, sino que en virtud al debido proceso y derecho de defensa, el procesado debe conocer no solamente las circunstancias fácticas por las que es llamado a responder en juicio, y la calificación jurídica dada por el ente acusador, sino que ello debe responder a una motivación y evaluación del recaudo probatorio, de tal forma que permita en el momento procesal oportuno, esto es, conociendo los argumentos de la Fiscalía, solicitar las pruebas que puedan degradar la acusación, infirmar las pruebas valoradas por la Fiscalía, controvertir la valoración probatoria, y en fin, conocer íntegramente la posición del Fiscal Penal Militar.



Por ello, es entendible que la resolución de acusación es “*presupuesto y límite del juzgamiento*”, como lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia (Radicalo 18068 del 13 de marzo de 2.003 – MP Jorge Aníbal Gómez Gallego). **(Rad. 155033, 20 de octubre de 2008, MP. CN. JORGE IVAN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de decisión).**



## ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Su observancia por el Juez Penal Militar.

El punto de partida corresponde a la verificación del modelo de Estado, valga decir, cuando el Constituyente Primario buscó fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus asociados la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico y determinó que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana. Significa que un valor ético como la dignidad se normativiza y destaca al hombre por encima del Estado. Cobran vigencia aquí las normas sobre derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el catálogo de derechos fundamentales.

Ubicados en la voluntad del Constituyente expresada en el texto Constitucional nos hemos de centrar en los artículos 93 y 94 superiores que se convierten en el fundamento para dar vía a un importante número de instrumentos internacionales que regulan la materia de los referidos derechos nominados e innominados. Su incorporación acontece por vía de lo que desde el modelo del derecho francés se conoce como bloque de constitucionalidad, esto es, aquel conjunto de normas y principios que sin estar consignadas formalmente en el texto Constitucional hacen parte de la misma Constitución. (...) En este orden de ideas, identificada la prevalencia de los artículos 93 y 94, la incorporación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario (Protocolo I, Protocolo II, Convenios de Ginebra I, II, III, IV; artículo 3 Común, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1969, etc.), se realiza por vía de los artículos 18 y 198 del Código Penal Militar. La invocación y aplicación de la normatividad referida se constituye en imperativa, lo que no significa que se deba desconocer la estructura dogmática de la norma penal interna, menos aún que la incorporación del bloque de constitucionalidad constituya violación al principio de Soberanía. (...) Como se ha señalado, al Derecho Internacional Humanitario le caracterizan el expresarse por vía de normas de “*ius cogens*”, vale decir, una norma aceptada y reconocida a nivel internacional y que no admite acuerdo en contrario, entendiendo su incorporación automática en el derecho interno Colombiano. Dispone igualmente la sentencia C-225/95 que las normas de Derecho Internacional Humanitario imponen obligaciones a todas las partes comprometidas en un conflicto armado, esto es, su observancia no sólo se pre-

dica de aquellas fuerzas armadas regulares, sino igualmente a las irregulares, destacándose en consecuencia que no se puede invocar para su cumplimiento el principio de reciprocidad de las partes. Vale decir, el acatamiento de esta normatividad se extiende en el caso colombiano al Estado representado en su Fuerza Pública y a los grupos al margen de la Ley, Farc, Eln, etc., (...). Una lectura sistemática de los artículos 93 y 94 Constitucionales, artículos 18 y 198 del C.P.M., el Derecho de Ginebra (Convenios I, II, III, IV), de la Haya (Protocolos I y II) y las sentencias de constitucionalidad en mención, nos permiten ratificar una vez más, la incorporación automática del Derecho Internacional de los conflictos armados en el Derecho Penal Interno, del cual no puede sustraerse el Juez Penal Militar.

Es precisamente el inciso segundo del artículo 198 del Código Penal Militar el que impone al Juez Penal Militar respetar y atender las normas internacionales sobre derechos humanos y el derecho internacional humanitario (...) Estos principios básicos que se encuentran en la normatividad citada deben ser considerados por el Juez militar en sus decisiones, **su estudio y ámbito de aplicabilidad que se alcanza ante la vigencia del bloque de constitucionalidad y ante la verificación probatoria de una situación de combate y dentro del contexto de conflicto interno.** El operador jurídico penal militar concitará el episodio fáctico con el Derecho Internacional de conflictos armados y lo decantará en la norma penal interna, lo que le permitirá establecer cuándo realmente está frente a una causal de ausencia de responsabilidad o frente a fenómenos de atipicidad. Un entendimiento claro, objetivo y razonado del Derecho Internacional Humanitario y del conflicto interno conlleva en su estructuración al diseño de ingredientes normativos y subjetivos del tipo que generan soluciones diversas, pero precisas cuando se trata de establecer una causal específica de ausencia de responsabilidad, lo que evita que el operador jurídico elucubre, divague y en consecuencia desconozca la dogmática penal cuando cita diversas causales para resolver un asunto, como acontece en este caso.

En la dinámica del conflicto interno se presentan situaciones que suscitan discusión respecto a la normatividad aplicable para resolver el asunto puesto en conocimiento. La tensión obedece respecto a si el asunto ha de ser resuelto desde la perspectiva exclusiva de derechos humanos o si encuentra mayor sustento en el derecho internacional de los conflictos armados. La génesis de la propuesta de solución corresponde al prudente juicio del operador jurídico para determinar cuándo se está frente a una situación de conflicto interno.

La verificación de conflicto interno permite construir el ingrediente normativo del tipo que ha de sustentar hipótesis de causales de ausencia de responsabilidad decantadas en sede de antijuridicidad o culpabilidad cuando de esquema causalista se trata, o en sede del tipo subjetivo si se invocan corrientes del pensamiento penal de contenido finalísticas o neo- finalísticas. La consideración de la existencia de un conflicto interno y que partir de él se desarrolle el episodio fáctico, corresponde determinarla, cuantificarla, y ponderarla al funcionario ju-



dicial, lo que desde ya nos deja en claro que tal determinación, de cara al derecho penal, no corresponde establecerla al ente político sino al jurídico.

En este orden de ideas, la incorporación de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en las decisiones del Juez militar deben corresponder a los postulados expresados de la existencia de conflicto interno y verificación probatoria que del episodio fáctico acontece en tal escenario y que debe tener directa relación con el servicio, Vg. la muerte del adversario, debe corresponder a una situación de combate: A partir de allí el conflicto interno al formar parte de ingrediente normativo del tipo, da paso a que se verifiquen los principios del Derecho Internacional Humanitario en la construcción dogmática de una causal de ausencia de responsabilidad o en los elementos del tipo subjetivo.

Debe precisar la Sala que contrario a lo anterior, si conforme las voces de los artículos 221 Constitucional, artículos 1, 2, y 3 de la Ley penal militar, se establece que dentro del marco del conflicto interno un miembro de la Fuerza Pública realizó alguna de las conductas descritas en el Título II del Código Penal (Contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, artículos 135 al 164), el tema adquiere dimensión diferente, ya que tal hecho rompe el nexo funcional con el servicio y en consecuencia **no sería de conocimiento de la Justicia Penal Militar, sino de la Justicia Ordinaria**; tal y como lo han dispuesto reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional (...)” (**Rad. 154833, 29 de agosto de 2008, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión**).



## **APLICABILIDAD ARTÍCULO 70 LEY 975 DE 2005**

### **Principio de igualdad – Justicia Penal Militar.**

“En cuanto al requisito contemplado en el artejo en estudio, la Sala de Decisión encuentra que si bien es cierto al ex policial le fue confirmada en segunda instancia el 11 de marzo de 2005 la sentencia que lo condenó a treinta y seis (36) meses de prisión, la que fue adicionada de manera oficiosa el 23 de mayo de 2005 fijándole como pena de prisión dos (2) años y seis (6) meses quedando ejecutoriada el 1º de julio del mismo año<sup>1</sup>, observando que la Ley 975 de 2005 fue publicada el 25 de julio de 2005 y que efectivamente para esta fecha ya se encontraba ejecutoriada la sentencia que condenaba al SI. F. L. J.W., no es menos cierto también que el procesado para la fecha en que entró en vigencia la Ley no se hallaba cumpliendo la pena por la cual fue sancionado y sólo desde el 2 de enero del presente año se encuentra recluso en el Centro de Reclusión para

miembros de la Policía Nacional tal como consta en el expediente<sup>2</sup>; coligiendo así, que esta circunstancia no permite dar aplicación al artículo 70 de la mencionada normatividad, la cual exige de manera absoluta que para hacerse acreedor a la rebaja de la décima parte es requisito sine qua non cumplir con cada uno de los requisitos que se describieron en la norma, debiendo la Sala de Decisión denegar la rebaja de pena que demanda el condenado, por cuanto no reúne el requisito “la persona debe estar cumpliendo pena por sentencia ejecutoriada al momento de entrar en vigencia la Ley 975 de 2005” (subrayado nuestro). (...).

Así las cosas, como la jurisprudencia de esta Sala ha indicado que la rebaja de pena de que trata el artículo 70 de la Ley 975 cobija a todos los condenados excepción hecha, desde luego de los que hubieran sido por los delitos taxativamente excluidos y los cometidos por los integrantes de grupos al margen de la Ley “durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos” (Cfr. Tutela 26.424 de julio 27 de 2006), no existe razón alguna para que se excluya a los militares que se encuentran descontando pena impuesta en virtud de sentencia ejecutoriada con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del referido artículo 70 y menos con el argumento consignado por los jueces accionados, puesto que ello atenta contra el derecho a la igualdad.

En este caso, a pesar de que existe un proceso en trámite y de que el accionante ha acudido reiteradamente ante el Juez que vigila la ejecución de su condena, atendiendo incluso lo planteado en anterior oportunidad en la que también interpuso tutela frente a otra decisión similar<sup>3</sup>, se le ha dicho que no es procedente la aplicación de la norma invocada para la justicia penal militar. En consecuencia, no puede aceptarse que al accionante se le aplique una restricción que no prevé la norma y que en virtud de ello, se le afecte su derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad.

Acorde con lo expuesto, se decreta la nulidad de las decisiones adoptadas por el Juez de Instancia adscrito a la Auditoría de Guerra 146 Metropolitana del Departamento de Policía Antioquia y el Tribunal Superior Militar, a fin de que procedan de nuevo al estudio de la solicitud formulada por (XXX). Dicho estudio debe hacerse a la luz de la Ley 795 de 2005 y su Decreto Reglamentario No. 4760 de 2005, es decir, que no se le negará la petición con fundamento en que se trata de un proceso adelantado por la justicia penal militar y, por el contrario, se entrará en el análisis de los demás requisitos exigidos, a fin de verificar si resulta procedente conceder la rebaja de pena a que hace alusión la norma invocada”.

Con el fallo de tutela anteriormente señalado, en el presente proceso tenemos que el beneficio de rebaja de la décima parte que otorga la Ley 975 de

2 FI 839 C.O. 2

3 El accionante había instaurado anteriormente otra tutela en contra de una decisión que le negó la rebaja de pena prevista en la Ley 975 de 2004, artículo 70 y en esa oportunidad esta Corporación le había sugerido elevar nueva petición ante el funcionario competente (Radicado No.28.869 fallada en diciembre 5 de 2006)



2005 por el principio de igualdad se debería aplicar en el asunto que se resuelve, puesto que efectivamente el procesado allegó constancia de conducta ejemplar para ser merecedor del beneficio, encontrándose además ejecutoriada la sentencia que lo condenó en fecha 1º de julio de 2005, empero el ex policial no se encontraba cumpliendo la pena al momento de entrar en vigencia la tantas veces mencionada Ley”. (Rad. 147461, 15 de septiembre de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).



## ATAQUE AL INFERIOR

Se protege la dignidad del Soldado.

“No se puede disciplinar a un subalterno, ejecutando conductas contrarias a la propia disciplina y por fuera del marco normativo impuesto por el Código Penal Militar. No debe olvidarse que frente a actos indisciplinados de los subalternos, hacen falta Comandantes que hagan valer primero la autoridad que la fuerza, porque si hacen lo contrario, las ofensas y agresiones que reciban no podrán tomarse como naturales de un ataque al superior, sino que tienen que interpretarse como mecanismos de defensa contra el poder abusivo de los Comandantes. El respeto de la dignidad humana, de la cual son merecedoras todas las personas, sea cual fuere su condición social, impone límites al ejercicio de la autoridad. (...).

Nuestra Constitución protege la vida, la integridad física y moral y proscribela tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La singularidad en el ámbito castrense radica en la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las unidades militares. Si se otorga el poder al mando es preciso limitarlo, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los militares, en relación a los cuales se ejerce la jerarquía, otra cosa sería admitir la arbitrariedad y hacer factible que en la convivencia militar pudiera existir cualquier forma de vía abierta a actividades contrarias a la dignidad de la persona.

Esa necesidad de garantía plena y obligada, en una convivencia social que es casi permanente y que está estructurada con base a la subordinación a las órdenes legítimas, es la que justifica la oportunidad y necesidad de descripciones típicas como las contenidas en el capítulo referente a los ataques y amenazas a superiores e inferiores del Código Penal Militar.

Estas tipicidades específicas de las conductas señaladas para el ámbito militar por la especial configuración de las relaciones castrenses y por la naturaleza pluriofensiva de estos delitos (artículos 118 y 119 del Código Penal Militar), afecta el bien jurídico militar protegido de la disciplina, pero también, puede llegar

a afectar la dignidad humana de los soldados, que busca protección por medio de estas normas.

Sin embargo, el orden jurídico plantea otras salidas en caso de comprobados y verdaderos atentados contra la dignidad humana, las que serían aplicables en un determinado caso concreto. La doctrina internacional delimita como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o de alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana.

Innegable es que como Comandante de una escuadra, de un pelotón o de una Compañía, se tiene el deber de preservar la disciplina, pero para ello debe encauzar sus actos dentro del ordenamiento penal y disciplinario, de tal manera que no quebrante la disciplina, pretendiendo imponer disciplina. Resulta pertinente traer a colación apartes de la Ley 836 de 2003, por medio de la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, que en sus artículos pertinentes, refiere:

**“Artículo 17.** La disciplina, condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional.

**“Artículo 18.** Medios para la efectividad de la disciplina. Los medios para encauzar la disciplina pueden ser correctivos o sancionatorios; los primeros se utilizan para conservarla, mantenerla y vigorizarla; los segundos para restablecerla cuando ha sido quebrantada”.

**“Artículo 19.** Medios correctivos. Son las normas y preceptos cuya finalidad es proteger a los hombres contra su propia debilidad, preservándolos de toda influencia nociva y aquellos que incitan a perseverar en el cumplimiento estricto de los deberes”.

Así, se considera que al procesado le era exigible proceder conforme las normas reproducidas y no atacar por vías de hecho a un subalterno, de donde el procesado tuvo la oportunidad de escoger entre actuar conforme a derecho o actuar contrario al ordenamiento jurídico, siendo de su entera decisión libre y voluntaria, emplear la violencia física, a sabiendas que ello era constitutivo de una infracción penal militar, dada su jerarquía, su antigüedad y su experiencia”. **(Rad. 154508, 26 de junio de 2008, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Sala Primera de decisión).**





## **ATAQUE AL SUPERIOR**

**Constituye vía de hecho un simple empujón, para estructurarse no se requiere lesión.**

(...) los aludidos empujones contra el Oficial, que es en últimas la traducción a las vías de hecho que señala el tipo penal de Ataque al Superior.

(...) pues es indudable que B.B. tuvo toda la intención de contrarrestar la acción de control ejercida por el Subteniente, quien al hacerse presente en la Estación y observar actos de indisciplina como era haber visto dos auxiliares en la moto institucional, otros saliendo de las instalaciones en traje de civil y no encontrar al comandante encargado, el cual fue llamado por sus subalternos, de lo contrario no hubiese llegado, con la sorpresa que ni siquiera estaba uniformado y regresaba en su vehículo particular, motivos más que suficientes para hacer un llamado de atención, el cual por obvias razones requería de la energía y drasticidad que el caso ameritaba, a lo que al contrario, saber reconocer el error o aceptar el llamado de atención, es víctima de empujones y groserías, con el argumento que como en ese momento estaba disfrutando de permiso no tenía mando o había perdido la condición de Oficial de la Policía Nacional, que ante la presencia de alguna irregularidad no podía pronunciarse o ejercer acciones tendientes a evitar los actos de indisciplina claros y concretos que se presentaban en la Estación Apiay aprovechándose de la ausencia temporal del Subteniente.

Asiste razón a los Apelantes cuando hacen ver que la estructura del delito no requiere de la existencia de lesiones personales, por cuanto las vías de hecho en el Ataque al Superior no solo se configuran sobre la humanidad a través de generadores de lesión, sino que puede presentarse de múltiples formas, siempre y cuando constituyan ataque que menoscabe la disciplina institucional. (...)

La vía de hecho, definida como una actuación violenta contraria a la disciplina y por ende a la Ley, es decir, implica abandonar el ámbito de respeto para superior o subalterno contrariando las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y especialmente de las órdenes que consagran el deber profesional, que es precisamente el bien jurídico tutelado por el Estatuto Punitivo Militar al posicionar el ataque por vías de hecho dentro de los delitos típicamente militares, pilar fundamental para el sostenimiento de las instituciones castrenses como organizaciones jerarquizadas, donde ya sea hacia superiores o subalternos se sanciona comportamientos de esta naturaleza, repetimos, por atentar contra la disciplina." **(Rad. 152644, 26 de abril de 2007, MP. CN. (R) GERMÁN PRIETO NAVARRO, Sala Cuarta de decisión).**



## ATAQUE AL SUPERIOR

No se configura entre Soldados. No existe mando entre soldados.

“Demostrada quedó en la actuación la calidad de militares que para la fecha de los hechos ostentaban los procesados y el afectado, igualmente se aprecia que el acontecimiento se presentó en las instalaciones del Batallón de Artillería No. 3 “Batalla de Palacé”, ubicado en Guadalajara de Buga (Valle) cuando el SLP. B., en cumplimiento de su función como Relevante, hiciera el llamado a los soldados que deberían comenzar el turno de guardia, lo que hizo en forma ruidosa y persistente que conllevó a quienes estaban durmiendo a que reaccionaran en forma agresiva.

(...) el delito de ATAQUE AL SUPERIOR no se tipificó, en la medida que los soldados profesionales no tienen grado o antigüedad respecto de los otros soldados, pues no hacen parte del escalafón de la carrera militar y si bien los soldados profesionales prestaron el servicio militar y tendrían más experiencia en el medio castrense, esto de por sí no les da antigüedad como equivocadamente lo planteara el fallador de primera instancia.

“El hecho de que cumplierse funciones como Cabo Relevante y que ello le diese cierto mando sobre los otros soldados, no le otorgaba categoría, grado o antigüedad, respecto a los otros soldados. Es tanto como decir que el Dragoneante tampoco tiene mando sobre los compañeros porque se trata de un soldado distinguido y el soldado es y seguirá siendo soldado sea que su forma de vinculación haya sido como bachiller, como campesino, como regular o como voluntario. La antigüedad no existe entre los soldados que como lo acotáramos no hacen parte del escalafón de la carrera militar, por lo tanto el soldado profesional no tiene mando alguno sobre los otros soldados y por ello los soldados regulares no incurrieron en la conducta descrita por el ordenamiento penal militar.

“Las funciones del Cabo Relevante, como la forma de vinculación que fuera objeto de examen por el operador judicial no tienen aplicación al caso en estudio y de ahí que con todo respeto nos apartemos de su conclusión respecto a que dado que el Soldado Profesional era más antiguo, el ataque se configuraba, planteamiento que dista mucho de lo que debe entenderse propiamente por superior en grado o antigüedad. (Rad. 153666, 02 de febrero de 2007, MP. MY. (R) SALOMÓN GÓMEZ DUEÑAS, Sala Primera de decisión).





## **AUTO INHIBITORIO**

**Procedencia del recurso de apelación por parte de la víctima no constituida en parte civil.**

Sea lo primero precisar que se da curso a la impugnación planteada por M. A. C. P., en razón al interés que le asiste para recurrir, toda vez que lo actuado deja ver su calidad de denunciante y víctima en los hechos que se investigan. Si bien es cierto, un principio general del proceso corresponde a que los medios de impugnación solo pueden ser utilizados por quien es parte en el proceso (legitimatío ad processum) y tenga interés jurídico (legitimatío ad causam), también lo es que ciertas providencias, como es un auto inhibitorio, puede ser impugnado por quien sin tener calidad de parte, tenga particular interés para recurrir, como acontece en quien concurren las calidades de denunciante y víctima. Debe recordar la Sala al Instructor que la legitimidad de un sistema de administración de justicia va mas allá de la “simple” percepción, pues la legitimidad de la administración de justicia se soporta en la validez, en eficacia de la norma y en la capacidad del juez para aplicarla, en la decisión oportuna, motivada, en la capacidad de generar confianza y seguridad a la sociedad. No puede el juez en sus decisiones desconocer principios y garantías fundamentales, so pena de rayar en conductas típicas por vulnerar el preciado bien de la administración de justicia. La legitimidad de nuestra jurisdicción penal militar, en veces tan mancillada, una veces en forma injusta, otras no, por lamentables preciarías actuaciones de algunos funcionarios, se mide cuando se verifica con efectividad la capacidad de investigar, de tomar en forma oportuna y cumplida decisiones judiciales. **(Rad. 155280, 17 de septiembre de 2008, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de decisión).**



## **CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO EN LA ETAPA INSTRUCTIVA**

**Requiere de la demostración plena de cualquiera de los presupuestos de hecho relacionados en el artículo 231 del Código Penal Militar.**

Sea lo primero puntualizar que esta Colegiatura en forma pacífica y reiterada, acorde con la jurisprudencia y la doctrina en múltiples oportunidades, ha manifestado que para ordenar el cese de procedimiento en la etapa instructiva, con fundamento en el artículo 231 del Código Penal Militar, es indispensable que cualquiera de los supuestos de hecho contemplados en dicha preceptiva, invocado para tal efecto, esté plenamente demostrado en el proceso, en otras palabras, que no exista la más mínima duda sobre su existencia, que las pruebas reflejen en forma plena y completa que es innecesario continuar con la investigación o el juicio.

Por manera, que en este marco de hechos y circunstancias, no es viable jurídicamente confirmar el auto interlocutorio consultado, debiéndose continuar con el adelantamiento de la acción penal, siendo de reiterar, que de no estar demostrado en el grado de certeza cualquiera de los supuestos de hecho que contempla el artículo 231 del Código Penal Militar, es improcedente la terminación anticipada del proceso, y este debe remitirse a la Fiscalía Penal Militar respectiva, para que proceda a la calificación del mérito del sumario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 554 de la citada codificación. **(Rad. 155049, 25 de junio de 2008, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de decisión).**



## COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Relación con el servicio en el delito de falso testimonio.

“Así y descendiendo al caso en concreto, no se encuentra que el hecho investigado guarde una relación directa y estrecha con el servicio, pues el hecho de que haya intervenido en una diligencia como testigo, es una situación que lo ubica como una persona común y corriente, como un ciudadano normal, despojado de cualquier investidura, no pudiéndose aceptar que por el hecho de pertenecer a la Policía Nacional como uniformado en servicio activo y por rendir una declaración sobre hechos que efectivamente guardan relación con el servicio, sea esta Justicia la competente, cuando existen pronunciamientos jurisdiccionales de obligatorio acatamiento, precisamente, en aras de salvaguardar ese fuero penal militar, bastamente reprochado justamente por conocer de conductas que nunca han debido ser avocadas.

De esta forma, no se encuentra ninguna relación entre el hecho de haber rendido un testimonio bajo la gravedad del juramento, y el servicio, entendido este en la forma en que ha sido sentado por la Corte Constitucional. Y ello es así, si se tiene en cuenta que al momento de rendir su versión, lo importante es el conocimiento que tenga con respecto a unos hechos que se investigan, más no la calidad o investidura que ostenta, lo que pudiere servir para la valoración del testimonio, más no para estrechar tal acto, con el servicio”. **(Rad. 154673, 25 de enero de 2008, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Sala Primera de decisión).**





## CONCURSO

### Entre el Tráfico ilegal de armas municiones, y explosivos y el Hurto.

(...) En cuanto al delito de *fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego o municiones*, y que está previsto en la Ley 522 de 1999, generalmente su comisión no se da de manera única, sino regularmente va acompañado por otras conductas ilícitas.

En principio tenemos que este tipo penal es de mera actividad o de peligro abstracto, lo que nos está indicando que con la mera ejecución de cualquiera de los verbos rectores, se realiza la conducta típica sin exigirse la producción de un resultado lesivo o peligro concreto.

La Fiscalía 25 Penal Militar en la resolución acusatoria, consideró que los procesados B.P.J. y A.J.J.L. habían incurrido en este tipo penal, por el hecho de haber suministrado a cualquier título 4 granadas de fragmentación, al haberlas vendido a un amigo del tío de la novia de uno de ellos.

Por su parte el Hurto agravado, solo le fue atribuido al soldado A.J.J.L., por ser ésta la persona que se apoderó de las granadas de los soldados C., A. y B.

El artículo 239 de la Ley 599 de 2000, tipifica la conducta del *hurto*, como la acción de apoderarse de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro.

Esté tipo penal, es *de resultado objetivo*, por cuanto la acción de apoderamiento determina la modificación en el mundo exterior que debe necesariamente soportar el objeto material de la infracción. *De Lesión*, por cuanto implica la necesaria valoración de los intereses patrimoniales del propietario del objeto material y de *conducta instantánea*, al perfeccionarse el hecho punible cuando ocurre el desapoderamiento de la cosa al sujeto pasivo, con el correlativo apoderamiento por parte del agente, adquiriendo, de acuerdo al criterio sentado por la doctrina y jurisprudencia en nuestro medio, la disponibilidad corporal efectiva del objeto para el hurtador<sup>4</sup>. Situación que se dio en este evento, donde fue necesaria su recuperación para el reintegro posterior que se dio de tales elementos.

Precisado lo anterior, debemos responder si el delito de *Fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos*, puede en este evento concurrir con el delito de *Hurto*, o si por el contrario uno ha subsumido al otro.

Revisado el acopio probatorio, encontramos que tanto el delito de *fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos*, como el *hurto*, reca-

4 Manual de Derecho penal. Parte general- Parte Especial- séptima Edición- 2005. Pg. 869. Pedro Alfonso Pabón Parra.

veron sobre el mismo objeto material a saber, las 4 granadas de fragmentación, que para el caso en comento por recaer sobre efectos y armas destinadas a la seguridad y defensa nacional, se consideró el agravante que consagra la ley sobre este aspecto.

Encontramos también que la conducta o verbo rector que se tomó en cuenta para adecuar la conducta al tipo penal que consagra el artículo 152 del C.P.M., fue el de suministrar, entendido como el acto de provisión del elemento que se incrimina, como la acción de proveer, de dar. Y en el de *hurto*, el de apropiarse, conductas o acciones éstas que ocurrieron en momentos diferentes y que no ostentan sinonimia y que más bien una fue el medio para la realización de la otra, por cuanto se requirió previamente del apoderamiento para llegar al suministro del elemento.

(...) Pedro Alfonso Pabón Parra, referente al concurso en los delitos de peligro común, ha dicho que los tipos que contiene el capítulo que los consagra, son tipos de peligro y mera conducta; que no incriminan resultado o medios y que por lo tanto es admisible el concurso material para los casos en que el resultado de la acción constituya *per se* delito autónomo y que lesione bien jurídico diverso. Por lo tanto, se puede presentar el concurso con delitos contra la vida e integridad personal o contra el patrimonio económico.

En este orden de ideas, para el caso que hoy nos convoca este proceso, es claro que el concurso es perfectamente predicable para los dos tipos penales en comento, por cuanto una es la acción que se realiza mediante el apoderamiento del objeto mueble y otra muy diferente la de suministrar a cualquier título. Cada uno de estos actos es separable, dentro de la complejidad de un comportamiento, uno de ellos supone una maniobra sobre el objeto del hurto para cambiar su disponibilidad y el otro ocurre en un momento posterior, sin que constituya requisito para la configuración del delito de hurto. Es así entonces, que cada uno de ellos es constitutivo de delito autónomo, como antes se explicó, y han lesionado diversos bienes jurídicos a saber, contra la seguridad pública y contra el patrimonio económico respectivamente y ninguno de los dos ésta contenido como agravante del otro. Por ello la posibilidad jurídica plena de conformar el concurso delictual, sin que sea aceptable que una de ellas subsuma a la otra. **(Rad. 155012, 21 de julio de 2008, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de decisión).**





## CONCURSO

### Tráfico ilegal de armas y Peculado sobre bienes de dotación.

(...) Sobre el concurso de delitos, aunque la defensa no fue muy clara sobre este aspecto y podría decirse algo confusa, esta Sala considera que desde la propia resolución de la situación jurídica de los procesados<sup>5</sup>, el juzgado instructor acertó en la adecuación típica de los hechos “Peculado por Apropiación” y “Tráfico, Fabricación, Posesión Ilegal de Armas, municiones y explosivos”, entendiéndose que son dos conductas perfectamente escindibles.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha clarificado que el concurso aparente de tipos penales emerge solo en aquellas hipótesis en que una conducta pareciera simultáneamente concurrir en la estructura típica de diversos hechos punibles, aun cuando una detenida valoración de la misma permite demostrar su exclusión entre sí, en forma tal que solamente un delito se consolida como existente; afirmando que “el supuesto predicable del concurso aparente de normas penales lo es de la existencia de unidad de acción, la afectación de un único bien jurídico tutelado y la pluralidad de tipos excluyentes entre sí, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente”<sup>6</sup>.

Frente al peculado tenemos que decir que los soldados P. M. M. S. y R. B. D. F., se les había confiado la administración, tenencia y custodia de los elementos que se reputan como apropiados, asignación hecha con ocasión de las funciones que desempeñaban al cumplir con el servicio militar obligatorio, convirtiéndolos en sujetos activos del ilícito.

La inflexión verbal utilizada por este tipo penal, se concreta en el acto de apoderamiento del objeto material de la infracción, que implica el “ánimus” o voluntariedad de hacerse propietario o dueño de los bienes, y se manifiesta en actos de plena disposición de ella, tales como su venta o donación, su consumo, su retención definitiva o destrucción<sup>7</sup>.

Para esta sala es claro que los procesados ejercieron actos de dominio incompatibles con el título que justificaba su tenencia, y que el solo hecho de sacarlos de la unidad militar a la que pertenecían, entraron en la posibilidad de disponer de ellos, acto que realizaron en desempeño de sus funciones, toda vez que la administración y custodia de los elementos la ejercían materialmente en el desarrollo normal de la actividad que cumplían como soldados del Ejército Nacional. Como que el ánimus que los acompañó indiscutiblemente fue el de apropiarse definitivamente de ellos, demostrado en la venta posterior que hicieron de ellos.

5 Folio 64 y ss

6 CSJ Junio 15 de 2005 Rad. 21629 MP. Alfredo Gómez Quintero

7 Manual de Derecho Penal Pedro Pabón Parra. Pág. 1240

De otro lado, la fabricación, posesión tráfico de ilegal de armas, municiones y explosivos que contempla el artículo 152 del Código Penal Militar como delito de conducta alternativa, permite que con cualquiera de ellas realizada por el agente, se logre el perfeccionamiento del ilícito. Es así, que no se requiere en todos los eventos como parece entenderlo el recurrente, que el elemento (arma) haya sido fabricado por él.

La conducta atribuida a los procesados es la de la venta de los fusiles a unas personas al parecer pertenecientes a un grupo de autodefensas, conducta verdaderamente grave, si tenemos en cuenta los problemas que se relacionan con la violencia del país, donde las posibilidades de daño son altas, y donde las armas pueden llegar a ser utilizadas para incontables fines ilícitos, como dotación de grupos armados, milicias, sicarios o cualquier otra de tantas hipótesis factibles en el país.

Cada una de las acciones que comprende cada uno de los tipos penales son superables, dentro de la complejidad de un comportamiento, uno supone una maniobra sobre el elemento para apropiarse de él, sin que sea necesaria su venta para obtener el beneficio o aprovechamiento requerido, consumando el delito contra la administración pública, y el otro supone una transacción real y efectiva del elemento vulnerando la seguridad de la Fuerza Pública.

Surge entonces de manera nítida, que se han necesitado dos acciones y que se han infringido dos disposiciones, que en forma alguna puede conducir a idéntica tipicidad, al haber puesto efectivamente en peligro o afectar más de un bien jurídico protegido.

En este orden de ideas, lógico es concluir que en el presente asunto se configuró un concurso en concreto, además porque los elementos estructurales de cada uno de los tipos penales no se encuentran cabalmente comprendidos en el otro. **(Rad. 154397, 29 de octubre de 2007, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**



## CONCLUSIÓN

**Funcionario de facto.**

“(…) Observamos que, contrario a lo señalado por el Doctor A.T.R., el Suboficial sí tenía la responsabilidad, el mando y el control de detenidos, al instante en que propiamente da la oportunidad a los soldados para salir de las instalaciones militares, pues si bien es cierto no hay un acto administrativo como tal que acredite esa condición, el hecho de haberse demostrado que desde el 28 de marzo de 2004, mediante orden del día 272 el Cabo Tercero P.R.Q. fue trasladada-



do internamente del pelotón ALFA 1 al pelotón ALFA 3 (Base Militar Polvorines), como Comandante del Núcleo Centauro, (fl.8 vto.), donde no tenía otra función distinta a las de llevar comida al personal de detenidos cuando el comandante de pelotón se lo ordenara, no permitir que los soldados detenidos salieran de la pieza y prestar seguridad al lugar, según lo dicho por el Capitán P.S.G., generador del acto administrativo citado con antelación, incluso ratificado por el mismo procesado, cuando en indagatoria, al respecto reconoció que su labor estaba encaminada a llevar comida a los detenidos, darles la hora de sol correspondiente y que la noche de los hechos pidió prestada la llave de la pieza al Sargento F.H.A., sacando a los soldados, supuestamente para subir una pipeta de gas, que los dejó ir a la Olímpica por un instante corto de tiempo, lo colocan dentro del ámbito de la responsabilidad sobre el manejo del personal que salió con su permiso y anuencia, primero de la pieza de detenidos y después de la base militar.

(...) Ese hecho propiamente dicho, el tener la posibilidad de abrir la puerta de la pieza de detenidos, el tener potestad sobre los soldados detenidos, insistentes, colocan al Suboficial bajo los esquemas de la responsabilidad que como servidor público tenía sobre ellos, luego entonces estaba dentro de su cargo y función la disposición de este personal que fue en últimas lo que concretó al permitirles salir del lugar destinado para detenidos, es más obviando incluso los parámetros judiciales y administrativos que estaba obligado a tener en cuenta, asumiendo las funciones asignadas por su superior, y aún cuando no asignadas específicamente mediante una orden del día o acto administrativo similar, ejercía de hecho o de facto.

Si bien P.R.Q., como lo dijo su defensor apenas estaba limitado a llevar la comida a los detenidos, aprovechándose de esa condición usurpó funciones que no le correspondían, por tanto asumió de facto una función, colocándose así en el requisito exigido por el tipo penal de concusión, que no es otro que en el ejercicio del cargo o de su función pudiera exigir dinero a los soldados para dejarlos salir de las instalaciones militares, como se ha repetido a través de esta providencia (...)” (Rad. 151594, 7 de febrero de 2008, MP. CR. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA. Sala Primera de decisión).



## **CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL**

**Procede en los delitos de peculado culposo, cuando se trata de armas de defensa personal.**

“Desde ya, la Sala estima que procede acoger en su integridad los respetables argumentos esbozados por la apelante y avalados por el ilustre Representante del Ministerio Público dr. I.E.P.C, para conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional solicitada por la defensa, por cuanto le asiste razón a

la impugnante en su juiciosa argumentación respecto a las características del revólver extraviado, que esta es un arma de defensa personal conforme a lo dispuesto en el ordenamiento legal que consagra el Decreto 2535 de 1993, en su artículo 11, no hace parte de las señaladas para la defensa y seguridad nacional. Además que de la prueba recaudada y de la aceptación de cargos por parte del procesado y la defensa, la pérdida del arma materia de esta investigación fue como consecuencia directa de la actitud negligente que asumiera el enjuiciado, al no adoptar las medidas extremas de seguridad para su custodia o guarda, es decir por la culpa y no de dolo por parte de éste.

Cabe resaltar que al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha sido clara y enfática en señalar que hacen parte de las armas para la defensa y seguridad del Estado, aquellas superiores a los 9.652 mm (38 pulgadas) y el arma materia de la causa que nos ocupa, según oficios N° 126 (fl. 22), listado por marca de armamento (fl. 59) y acta que trata de la revista fiscal de material de guerra asignado a la Estación de Argelia (fl. 101), se trata de un revólver Smith & Wesson 4", calibre.38 largo, de 6 alvéolos, de dotación personal asignada al policial encartado conforme a los testimonios del personal policial que obran en el plenario, que no está contemplada en el artículo 8° del Decreto 2535 de 1993, como arma de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública, como lo arguye el *a quo*, al negarle el beneficio de la condena de ejecución condicional al enjuiciado.

Así mismo ha pregonado la alta Corporación citada en precedencia, con relación a este tema lo siguiente: *"Esta síntesis permite ver que para determinar si un revólver o pistola es de defensa personal o de uso privativo de las Fuerzas Armadas, son aspectos esenciales, de una parte el calibre, sea que tenga uno inferior, igual o superior a 9.652 mm., (.38 pulgadas), y de otra, el mecanismo de funcionamiento: de repetición, semiautomáticas o automáticas"*.

*"Precisamente, tomando el calibre del arma como punto de partida de esa definición, la Sala se vio en la necesidad de interpretar lo que ocurría con las armas de calibre inferior a 9.652 mm., (.38 pulgadas) que no reúnan todas las características que describe el literal a) del citado artículo 11 del Decreto 2535/93, por cuanto, el entendimiento literal de esa norma conduciría a convertir en arma de uso privativo de la Fuerza Pública armas cuyas peculiaridades en nada concuerdan con las armas de guerra y con la finalidad que estas últimas tienen".* (MP. doctor Juan Manuel Torres Fresneda).

Es por lo anterior, que la Sala acogiéndose al respetado concepto del Ministerio Público ante esta instancia y a la juiciosa argumentación planteada por la defensa y al reunirse los requisitos establecidos en el artículo 71 del Código Penal Militar, se concederá al encartado el subrogado de la condena de ejecución condicional, por el lapso de dos (2) años, previa caución juratoria y la suscripción de las obligaciones contempladas en el artículo 72 ibídem, que inexplicablemente omitió el *a quo* reconocer en la parte motiva, pero que de igual forma no dispuso su aceptación en la parte resolutive, por tal motivo no se revocará el



beneficio sino que se otorgará por parte de la Sala. (Rad. 153975, 24 de Julio de 2008, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Sala Primera de decisión).



## **CONFLICTO DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES DE INSTRUCCIÓN, NO PROCEDE**

“(…) En primer lugar, ha de precisarse que NO EXISTE en el presente asunto un conflicto de competencia, pues de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 273 y 274 de la Ley 522/99; le corresponde al Tribunal Superior Militar, para que decida de plano, según sea el caso, los conflictos de competencia que se presenten entre dos (2) o más jueces de conocimiento, cuando reclaman que cada uno de ellos corresponde exclusivamente el conocimiento o tramitación de un proceso penal, o cuando se niega a conocer de él por estimar que no es de la competencia de ninguno de los ellos. (Subrayado de la providencia).

Ello en concordancia con el artículo 273 del Código Penal Militar que define la COLISION DE COMPETENCIAS. Noción. “Hay colisión de competencias cuando dos (2) o más jueces de conocimiento o fiscales, reclaman (...). (Subrayado de la providencia).

(…) En efecto, no puede existir conflicto de competencia entre funcionarios de Instrucción, de acuerdo con la ritualidad procesal penal militar, específicamente a la luz de lo dispuesto en el artículo 264 ibídem, que establece: “COMPETENCIA DE LOS FUNCIONARIOS DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR. Los jueces de Instrucción Penal Militar tienen competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho.”

(…) En segundo lugar, como el incidente de competencia en estudio surge a raíz de la promulgación de la Resolución 000187 del 2007, por parte de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, esta actuación se debe estudiar a la luz de lo dispuesto en los artículos 6, 28, 29, 83, 95- 7,113, 121, 228, 230 de la Constitución Política, y Decreto 1512 del 2000, artículo 26 numerales 2, 11, 12 y 13; (...).

Bajo estas precisiones, de conformidad con este mandato suprallegal, y en desarrollo de las facultades otorgadas a la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar a que se refiere el artículo 26 del Decreto 1562 del 2000, específicamente el adoptar las decisiones necesarias para que la Justicia Penal Militar se administre oportuna y eficazmente, llevar el control de rendimiento y gestión de los Despachos y recomendar las medidas para evitar la congestión en los distintos Despachos de la jurisdicción especial, se observa acertada la acción de reubicación y redistribución de los Despachos que realiza la DEJUM a través de Resolu-

ciones, como la 187 de 2007; sin que ello signifique un cambio de competencia como erradamente se afirma en algunas de las actuaciones, pues ésta solo surge de la ley, para el caso, fijada por el Código Penal Militar.

El factor de descongestión referido, responde a la reubicación y redistribución de los Despachos de acuerdo con la carga laboral, a efectos de que se dé cumplimiento al mandato consagrado en el artículo 229 de la misma Carta Política, tendiente a garantizar que toda persona (miembro de la Fuerza Pública en nuestro caso), pueda acceder a la administración de justicia, de ahí que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, al expedir la Resolución 000187 del 2007, previó, bajo los parámetros legales de la necesidades de la misión constitucional de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como lo ha reiterado el Juzgado 16 de Instrucción Penal Militar, en su auto del 12 de junio del 2008 ( fls. 2 y 3 del C. C.), en sus artículos 2º y 3º, el trámite a seguir con las investigaciones que estuvieran en curso al momento de entrar en vigencia la disposición; situación que no se presenta en esta investigación, pues sólo fue remitida por la justicia ordinaria el 22 de febrero del 2008.(fl 9).

Por lo anterior , cabe concluir que No existe conflicto de competencias que dirimir, siendo lo procedente dar aplicación a la resolución 00187 de 2007 calendarada el 31 de julio de 2007, por medio de la cual resuelve: “Fijar las sedes, la nomenclatura y asignar unas Unidades Militares y Policiales para el conocimiento de unos Jueces de Primera Instancia, Fiscalías Penales Militares, y Juzgados de Instrucción Penal Militar”, emitida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, por lo que corresponde al Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar, adelantar la respectiva investigación, pues de conformidad con lo dispuesto en este acto administrativo se le asignó el conocimiento de los delitos cometidos por miembros del Ejército Nacional, orgánicos del Batallón Especial Energético y Vial No. 5 General JUAN JOSE REYES, Unidad de la cual se observa era orgánico el personal presuntamente involucrado en los hechos.

Si bien los acontecimientos tuvieron ocurrencia con anterioridad a que se expidiera la Resolución 187 del 2007, esta solo excepciona específicamente en su artículos 2, los casos en que la investigación estuviere en curso al momento de entrar en vigencia la Resolución, circunstancia que se reitera, no se da en las sumarias pues solo fueron remitidas las diligencias por la Fiscalía en febrero del presente año, por lo que es al Juzgado 42 IPM, el despacho al que le asiste el factor legal de avocar y perfeccionar la presente investigación, bajo los parámetros legales a que se refiere el Código Penal Militar, en sus artículos 451 al 457, 460 al 467 y 469 al 523; como lo dispuso en su auto del 18 de julio del 2008, a través del cual dispusiera la APERTURA DE INVESTIGACIÓN (folios 55 al 58). **(Rad. 155230, 8 de agosto de 2008; MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCÍA, Sala Primera de decisión).**





## **COPARTICIPACIÓN Y CONCIERTO PARA DELINQUIR**

### **Requisitos.**

(...) Agrega el actor que en cuanto a la imputación del concierto para delinquir, se le impone 3 años de prisión con el fundamento de que las personas asociadas criminalmente llevaban a cabo múltiples, continuas y sucesivas operaciones fraudulentas consistentes fundamentalmente en la apropiación de material de guerra y su venta a grupos al margen de la ley, desestimando la intervención del señor Procurador quien en audiencia afirmó que no se dio un acuerdo o concierto sino una coparticipación que requiere de una concreción de uno o más delitos, en tanto el concierto no, éste se valora a priori por el simple hecho de coincidir una pluralidad de voluntades, argumento que justamente justifica la imputación en Concurso del Concierto para delinquir, pues bastaba el acuerdo sin un resultado objetivo, siendo evidente que no solo este punible tuvo ocurrencia sino igualmente la consumación de los ilícitos para los cuales existió la concertación; apartándose en consecuencia la Sala del respetable concepto del Ministerio Público, pues éstas figuras no son excluyentes, aún cuando en efecto se dio una coparticipación en los demás delitos, de ahí que se esté responsabilizando a los diferentes procesados como coautores de las distintas imputaciones.

(...) en la jurisdicción castrense no rige el sistema de cuartos, sino que a efectos de los límites mínimo y máximo de la pena a imponer determina el Código Penal Militar en su artículo 70 que “Sólo podrá imponerse el máximo del a pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurren exclusivamente circunstancias de atenuación, sin perjuicio de los criterios para fijar la pena” fijados éstos en el artículo 65 ídem “Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, la personalidad del procesado, el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación o agravación”. Tal diferencia en el sistema de individualización de la pena entre el Código Penal Ordinario y el militar no es contraria a la Constitución. (...) yerra el operador judicial primario en la metodología, al sumar las penas a imponer por cada delito, por cuanto estando frente a un Concurso de hechos punibles; de conformidad con el artículo 30 del Código Penal Militar, la pena a imponer será la más grave imponible aumentada hasta en otro tanto.

(...) En cuanto al concierto para delinquir cita pronunciamiento Constitucional según el cual la asociación requiere que el acuerdo se refiera a delitos indeterminados, no solamente en la especie sino en el tiempo, modo y lugar en las personas o bienes cuyo daño se busca, lo que conlleva que el convenio no tenga un carácter momentáneo sino determinado por un móvil de permanencia; ayudando con la cita jurisprudencial a confirmar los cargos, pues la organización y acuerdo que evidencia el plenario entre los procesados justamente reviste tal característica de permanencia, (...) la existencia de una organización que con

carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados, y que los miembros lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo y que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen pongan en peligro o alteren la seguridad pública, (...) (Rad. 151624, 22 de octubre de 2007, MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA, Sala Primera de decisión).



## **COSA JUZGADA**

**Sentencia ejecutoriada. Extemporaneidad de la solicitud de nulidad.**

Analizadas cuidadosamente las razones expuestas por el togado, se ha de señalar que en el estadio procesal que se encuentra el expediente, se desestima su pretensión, toda vez que goza de presunción de legalidad la actuación surtida ante el Ad quem, la cual no es objeto de cuestionamiento alguno una vez efectuado el trámite ante la Primera Instancia, hasta el punto de declararse extinguida la pena. Después de cuatro años, pretende el accionante revivir una actuación que hizo tránsito a cosa juzgada y que para este momento procesal sólo procede la acción de revisión consagrada en el Capítulo VIII artículos 373 a 383 de la Ley 522 de 1999, acorde a las causales allí establecidas.

Es diáfano que el proceso penal se ha edificado sobre una serie de etapas que a su vez constituyen presupuesto fundamental de los periodos o momentos subsiguientes, dado el orden estricto que debe seguirse para la buena marcha del proceso. Agotados cualquiera de esos periodos fundamentales, no es posible renacer controversias propias de dichos momentos porque se afectarían los actos procesales subsiguientes.

Es de advertir, que en razón al principio de la seguridad jurídica, la facultad del Juez para decretar las nulidades consideradas por el legislador como insanables, debe tener un límite, y eso no es otro que la existencia de la sentencia que ha puesto fin al proceso respectivo.

Hay pues, diversidad de oportunidades para alegar la nulidad, pero lo que no podría permitirse porque sería contrario a la seguridad jurídica y dejaría abierta la puerta para que en cualquier tiempo el juez que hubiese conocido del proceso, es que declare oficiosamente o a solicitud de los sujetos procesales, su nulidad, menos aún de una actuación que ni siquiera reposa en la segunda instancia. Ello implicaría la destrucción de la cosa juzgada.

Sobre las partes recae la carga procesal de formular sus peticiones dentro de los términos que la ley establece en el trámite de los recursos, luego de pro-



ferida la decisión, el funcionario pierde de ordinario, competencia para hacer pronunciamiento alguno sobre las peticiones que formulen las partes.

No siempre el Ad quem puede decretar una nulidad, sino ordinariamente en el momento mismo de pronunciarse como juez de segunda instancia. Resuelto el recurso como en el sub exámine, pierde competencia para decidir sobre las nulidades legales, como la del presente caso, que pretende la consideración de un recurso de casación; hacer lo contrario lo convierte en juez de primera instancia, o en su lugar, lo conduce a invadir órbita de competencia de la Corte Suprema de Justicia, quien en últimas es la indicada para conceder en definitiva el recurso extraordinario de casación. **(Rad. 147789, 21 de abril de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**



## CULPA RECÍPROCA

### Límites.

La culpa supone, pues, un comportamiento voluntario que se orienta conscientemente hacia una finalidad determinada que es penalmente indiferente, pero en cuyo desarrollo produce un resultado delictivo o contravencional que el sujeto no quería y que pudo y debió evitar.

Ese resultado típico y antijurídico se produjo no porque el agente hacia él hubiera dirigido su voluntad, sino porque omitió el deber de cuidado a que estaba obligado en el caso concreto; por eso su conducta es jurídicamente reprochable.

Una persona actúa, entonces, con culpabilidad culposa cuando mediante acción u omisión voluntarias produjo un evento antijurídico no querido, porque no desplegó el cuidado necesario a que estaba obligado para evitar su verificación pudiendo hacerlo, habida cuenta de su situación personal y de las concretas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el hecho se realizó.” (Obras Completas. Volumen I, Alfonso Reyes Echandía).

“Creemos que la culpa, como especie del fenómeno culpabilidad, pertenece al hombre puesto que proviene de su mundo interior y no puede, por lo mismo, ser borrada o compensada por la culpa de otro; la omisión del cuidado y diligencia en una determinada conducta mía que me hace ser imprudente, negligente o imperito y que da lugar a un hecho antijurídico, no desaparece ni puede ser contrarrestada por comportamiento semejante de quien resultó lesionado por mi acción. Lo que ha de examinarse en tales casos es si descuido en la situación concreta habría producido de todos modos el evento ilícito aunque el sujeto pasivo hubiese actuado sin culpa alguna; si la respuesta es afirmativa, mi acción es culposa; si es negativa, no lo será porque la magnitud del descuido

proveniente de la víctima fue tal que el resultado antijurídico se habría producido aunque mi comportamiento hubiese sido social y jurídicamente intachable”.

Así las cosas, no considera el Colegiado que estén dadas las condiciones para aceptar la existencia de la culpa de la propia víctima y al contrario resulta del caso señalar que podemos concluir que existe la certeza acorde con el material probatorio, no solo del hecho punible, sino también de la responsabilidad del sindicado. **(Rad. 150951, 30 de abril de 2008, MP. CR. (R) TULIA CLEMENCIA GONZÁLEZ PÉREZ, Sala Segunda de decisión).**



## DE LA PROVIDENCIA DE REEMPLAZO

### Efectos y alcance.

“(…) en la intervención del Fiscal se aparta de la decisión de su ad quem al haber revocado la cesación de procedimiento y proferido resolución de acusación contra el procesado, manifestando que “(…) conforme al acervo probatorio respeta pero no acoge lo dispuesto, (...)”; posición personal que olvida que la providencia sustitutiva la profiere el Fiscal de segunda instancia de acuerdo a su competencia funcional, sobre lo cual ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, en decisión cuyos apartes se transcriben, al dejar en claro la obligatoriedad de acatamiento de las decisiones adoptadas por el superior funcional de acuerdo a la jerarquización del esquema de la justicia en Colombia, cuya inobservancia constituye vulneración del principio de la doble instancia entre otras garantías procesales (T-30-ABR-2002, MP. Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU).

(…) la decisión del ad quem reemplaza la consultada o apelada y el omitirla, de bulto afecta el debido proceso, al desconocerse el principio de la doble instancia, la jerarquización de la justicia y la competencia funcional y facultades del ad quem.

En cuanto a la coautoría, olvida el a quo que a efectos de la imputación que dice analizar, tal acuerdo puede ser expreso o tácito y previo o concomitante y que justamente en el caso de la coautoría impropia por ejemplo, los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hacen prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo. Aspecto del condominio que tampoco es analizado, dejando igualmente de lado al realizar el juicio de responsabilidad, el estudio de la importancia del aporte, que puede degradar el grado de responsabilidad a la complicidad; pues ha de recordarse lo que respecto de la complicidad por omisión señala la jurisprudencia (...).



(...) Insiste entonces la Corporación en que el operador judicial primario aún si analizados todos los elementos de la coautoría, la descartaba concluyendo que no existió un acuerdo común sino una especie de accidental coparticipación debió pronunciarse sobre otros grados de responsabilidad, como la complicidad, en la que aún cuando el sujeto no realiza el tipo, contribuye con el ejecutor a la realización de la conducta antijurídica (por acción u omisión) o presta una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma. Pues es claro para la Sala que aún cuando XXX no haya sido el autor del disparo que causó la muerte del particular, como lo dispuso la Fiscalía de segunda instancia, lo que corresponde realizar en el juicio de responsabilidad, es la valoración o juicio de reproche por su omisión, por lo que no podría sostenerse que su actuación se limitó a prestar seguridad y en consecuencia era solo un observador (...).

Fundamenta el *a quo* (...), partiendo de una errónea apreciación, pues tal argumento defensivo no solo no encuentra demostración sino que la prueba testimonial desvirtúa y la técnica no avala y olvida el juez que tal hallazgo no contó con cadena de custodia alguna y que son los mismos sindicados los que dicen haberle encontrado el arma junto con el radio, elementos respecto de los cuales de ser cierto que se encontraban en el sitio, debieron los policiales observar el procedimiento correspondiente (...).

Extraña la Sala entonces, que el operador judicial primario se limite a afirmar que no hubo un acuerdo previo, tal como lo hace en el interrogatorio en la audiencia, en la que simplemente insiste en si conocía con anterioridad al sujeto fallecido y si previamente acordó algo con XXX sobre cuál de los dos actuaría, para desestimar la autoría con el fundamento de que no hubo un acuerdo previo, sin analizar si el actuar del procesado corresponde a un supuesto de hecho, si existe una justificación legal para el actuar del patrullero XXX para en primer lugar haber realizado una persecución sin un motivo aparentemente válido, “unos gestos sospechosos” y luego, si bien es cierto se pudiera haber visto sorprendido por la reacción de su compañero de haber disparado al particular por la espalda, según se constata del impacto recibido, y sin ningún motivo de acuerdo a los testigos que niegan que éste hubiera disparado primero contra los policiales y cuya circunstancia no puede considerarse probada de acuerdo con la prueba en que se fundamenta el juez, pues que el arma entregada por los procesados, sin ninguna cadena de custodia hubiera sido disparada como lo afirma la prueba técnica, no indica que haya sido el occiso quien la disparó, pues como lo señala el dictamen de balística “No fue posible establecer o determinar técnicamente si la hoy víctima realizó o no disparó antes de ser herido, ya que algunas fachadas fueron revocadas, cubriendo posibles impactos por proyectil de arma de fuego” por lo que de acuerdo con la lógica y la razón con que ha de analizarse la prueba, al contrario en lugar de arrojar certeza se torna sospechosa, (...).

Retomando, si XXX fuera solo un espectador como avala el Ministerio Público *ad quem* y no esperaba que su compañero disparara al sujeto, una vez lo observó en el piso no puede aceptarse el argumento de que salieron corriendo

por miedo, pues no existe siquiera indicio de presencia de otras personas en el sector, distintas al señor del taller y las dos testigos que observaron la persecución y el disparo, luego, temor de qué? Dicen los procesados que por tratarse de zona de orden público, pero era que ellos no estaban solos, había por lo menos otros 20 policías en el lugar con motivo de la prueba ciclística, no había tampoco un peligro inminente o una circunstancia de fuerza mayor que los hubiera obligado a irse del lugar, salvo su propio miedo por el actuar injustificado contra el ciudadano; luego es ahí donde por lo menos, se compromete el actuar del policial, por omisión, pues no se observa justificado que hubieran dejado a la víctima abandonada y que solo la población hubiera acudido a trasladarla en una ambulancia; esperando aproximadamente una hora, antes de avisar a sus superiores, (cuando éstos conocían ya por voces ciudadanas), y de ser cierto que el radio no tenía el alcance suficiente, estaban los radios de sus compañeros, y contaban con todos los medios para haber dado aviso y auxiliado a la persona (...) **(Rad. 154142, 14 de septiembre de 2007, MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA, Sala Primera de decisión).**



## **DEL INJUSTO DE COHECHO**

### **Elementos estructurales.**

(...) la configuración de este tipo penal no admite la modalidad culposa, pues para que el comportamiento descrito sea punible, se exige que el servidor oficial tenga pleno conocimiento de estar prohibida la conducta de recibir dinero o cualquier otra utilidad de persona que tenga alguna clase de interés en los resultados de un asunto sometido a su conocimiento, el cual deba resolver por razón de su cargo o sus funciones, y sin embargo, voluntariamente reciba para su beneficio, la dádiva u ofrenda dada por el particular.

En el caso de los servidores oficiales, representan el beneficio patrimonial a cargo de la administración por los servicios a ella prestados, sin que haya lugar al recibo de más recompensa que el salario, la seguridad social y demás prestaciones sociales, o en algunos casos las costas, o tarifas cuyo cobro se autoriza por ciertos funcionarios como los notarios o registradores por los actos que realizan. De ahí que el halago, la dádiva, la ofrenda, la oferta o entrega de dinero, o la utilidad, otorgados por el particular no en consideración a la persona del funcionario sino de su cargo, estén prohibidos penalmente, tanto para el particular que ofrece, como para el funcionario que recibe, pues es de entenderse, que así expresamente no se anuncie la intención que anima ofrecer de una parte y recibir de otra, de todas maneras, el interés oculto de una solución favorable a los intereses particulares, y la percepción pública del favoritismo, se mantienen, poniendo en tela de juicio la imparcialidad y transparencia con que debe actuar la administración en la definición de los asuntos a su cargo”.



Así las cosas, están dados los presupuestos objetivos y subjetivos del hecho punible ya que N.C. no solo adecuó su comportamiento a la descripción de la norma sino que trasgredió el interés jurídico protegido por el legislador, la administración pública, de manera consciente, expresa y voluntaria, por lo que ante lo evidente de la comisión del hecho punible y de la responsabilidad del policial están dados los requisitos para proceder a su declaratoria de responsabilidad, así que habrá de condenarse a la pena mínima prevista para el delito. **(Rad. 153852, 16 de marzo de 2007, MP. TC. TULIA CLEMENCIA GONZÁLEZ PÉREZ, Sala Segunda de decisión).**



## DEL INJUSTO DE FALSEDAD

### Configuración.

“(…) Respecto al delito de Falsedad ideológica en ejercicio de funciones, entidad esta que comete el verdadero autor de un documento público al expresar cosas o circunstancias contrarias a la verdad que puedan servir de prueba, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en señalar que la falsedad es la alteración consciente de la verdad para suscitar un juicio equivocado sobre un hecho concreto a fin de crear, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica; se predica de la falsedad cuando en un documento auténtico se consignan hechos falsos, pues con la sola creación fraudulenta, ya existe un daño en la fe pública, esa consignación de hechos falsos deben concernir a un hecho que el documento deba probar.

Ilustra la doctrina<sup>8</sup> que el punible de Falsedad Ideológica se consuma en un documento público desde el momento que fue autorizado por el funcionario público, porque la lesión a la fe pública se produce en ese instante; al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia<sup>9</sup> ha dicho: *“la necesidad social de preservar la fe pública impone a la administración el deber de corresponder a estas expectativas de autenticidad, integridad y genuidad en el cumplimiento de la función documentadora en cuanto ha sido ésta la forma convenida y legalmente consagrada para demostrar las situaciones concretas de derecho que surjan en las relaciones de ella con el conglomerado.”* **(Rad. 148845, 20 de mayo de 2008, MP. CR.(R) LUCY EUGENIA RESTREPO DE VARGAS, Sala Segunda de decisión).**



8 Falsedad documental, Estudios de Derecho Penal Especial, Editora Jurídica de Colombia 1992, Fernando Quiceno Álvarez.

9 Sentencia del 17 de marzo de 1998 MP. DR. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

## DELITO CONTRA LA DISCIPLINA

Contenido del injusto de ataque al inferior.

“El delito de ataque al inferior es de mera conducta o actividad que no exige para su consumación que se produzca ningún resultado perceptible por los sentidos o efecto en el mundo real, pues el contenido de su injusto radica en el peligro que representa la conducta típica realizada para la disciplina, que es el medio o instrumento que le permite a la fuerza pública mantener su cohesión para el logro de los fines esenciales que la Carta Política le asigna a las Fuerzas Militares en un Estado social y democrático de derecho. (Rad. 149290, 24 de enero de 2008, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de decisión).



## DELITO DEL CENTINELA

Las funciones materialmente asignadas y las características del servicio, son las que permiten establecer si se está ante este eventual delito o uno de Abandono del Puesto.

No es la duración del servicio lo que puede catalogar la calidad de Centinela, sino materialmente sus funciones, que como en este caso correspondían a las endilgadas a un hombre armado, en un lugar determinado y con misiones también determinadas para la vigilancia y seguridad. En este sentido, es apreciable la definición de Centinela en el Diccionario de la real Academia Española, Vigésima Segunda Edición al definir Centinela como el “Soldado que vela guardando el puesto que se le encarga. Persona que está observando algo. La que se pone al preso para no perderlo de vista. La que se envía para que corriendo la campaña, observe mejor al enemigo, y va muy expuesta a perderse”. (Rad. 155035, 30 de octubre de 2008, MP. CN. JORGE IVAN OVIEDO PÉREZ, Sala Primera de decisión).



## DELITOS DE DESOBEDIENCIA Y ABANDONO DEL SERVICIO

No existe concurso real.

Resaltamos, como las “órdenes superiores para el cumplimiento de actos del servicio” – presentación a una nueva unidad por traslado -, para el caso que nos ocupa, es una clara desobediencia, que por nítida descripción del legislador, al agregarle algunos elementos de tiempo y modo, afectan también el servicio, por lo que, para esas especiales circunstancias se requiere que la “Desobediencia” para la específica orden, se deje de cumplir dentro de los diez (10) días



siguientes señalados en la misma orden, de lo contrario, no estaríamos en el campo penal, sino en el disciplinario, lo que impide que se pueda en forma legal y en caso de incumplimiento de tan específica orden, sancionar y juzgar por un concurso real de tipos – Desobediencia y Abandono del Servicio -sin que se viole flagrantemente el principio del Non Bis In Idem “no dos veces sobre lo mismo”, siendo de elemental equidad, la inaplicabilidad de que a una misma persona o miembro de la fuerza pública se le pueda sancionar dos veces por el mismo delito.

Para completar, es de suma importancia traer a colación la providencia de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia del 23 de mayo de 2001, radicado No.12878, donde con ponencia del Honorable Magistrado Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, sentó jurisprudencia sobre la diferencia entre Abandono del Puesto y Desobediencia, desechando tácitamente el concurso real de tipos entre estos dos ilícitos militares que afectan la disciplina y el servicio, optando por el Abandono del Puesto, en cuanto el soldado allí sindicado cumplía función asignada - a pesar de su arbitraria separación que implicaba un incumplimiento de orden, quebrantando genéricamente la disciplina, se encontraba de facción, que es parte de la estructura del tipo penal de Abandono del Puesto y al separarse indudablemente adecuo su conducta a este ilícito militar.

Para arribar a la anterior conclusión basta cotejar los contenidos normativos de los artículos 115 (desobediencia) y 126 (abandono del servicio) del Código Penal Militar, para advertir que este último contempla claramente elementos estructurales del primero, y por consiguiente es de mayor riqueza descriptiva.

Como se observa, la hipótesis comportamental correspondiente al delito de abandono del servicio, incluye categóricamente dentro de su descripción típica el incumplimiento de órdenes superiores, haciendo por lo tanto mas rica su descripción por lo que parafraseando a la Corte, consume el juicio de desvalor del otro delito, en este caso, la desobediencia.

“En conclusión, es clara la existencia de un concurso aparente de tipos, que se resolvió acertadamente por consunción, fundamento de la absolución por el delito de Desobediencia”. **(Rad. 152829, 15 de abril de 2008, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de decisión)**



## **DELITO DE FABRICACIÓN, POSESIÓN Y TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS**

**Antijuridicidad material.**

(...) la antijuridicidad material para el caso de las armas y las municiones, se fundamenta no solo en su capacidad de poder ser disparados y no desaparece por no encontrarse al tiempo las armas con las cuales pueda utilizarse la munición, sino también en la factibilidad del tráfico ilegal de tales elementos, dada la existencia de peligrosas estructuras delincuenciales altamente organizadas y bien provistas de armas, tales como las mafias narcotraficantes y los grupos paramilitares; donde los colombianos que mueren víctimas de las armas de fuego no mueren como consecuencia de la violencia indiscriminada, sino por el ejercicio profesional de la violencia.

Luego, el supuesto de hecho que predica la antijuridicidad material en este evento es bien claro, pues no es sola la circunstancia de conservar ilícitamente todo ese material que se ha relacionado a través de la investigación, sino también la información de inteligencia que originó la solicitud de allanamiento, de donde se supo que guardaba gran cantidad de partes de armamento, el transporte de elementos que dejó a guardar donde una vecina de su esposa, con el traslado posterior y nocturno hasta su vivienda y movimientos extraños cada cierto periodo de tiempo en la noche; circunstancias estas no suficientemente explicadas ni justificadas por el procesado, hacen inferir que no sólo se trataba del almacenamiento o conservación de esos artículos; lo que generaba la posibilidad de una comercialización o tráfico que aunque no comprobadas se podía dar, generando así el peligro para el bien jurídico protegido.

Se descarta en el presente caso, la tantas veces aducida excusa de la defensa, y que hace referencia a la munición la que era o hacía parte de colección o souvenir, por cuanto al haberse encontrado con otros elementos que constituyen partes de armas y repuestos para las mismas en grandes proporciones y almacenados en cajas que se utilizan por las Fuerzas Militares para su conservación y transporte, no permiten inferir que se trate de una tenencia casual e inofensiva. **(Rad. 149857, 24 de septiembre de 2007, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**



## **DELITO DE FALSA ALARMA**

**Alcance de la conducta.**

El sujeto de derecho o sujeto pasivo que en este delito tiene la titularidad del interés o bien jurídico primordialmente tutelado descansa en la seguridad de



la Fuerza Pública. Concepto “seguridad” que involucra un peligro, una amenaza de daño o lección de intereses jurídicos, que están radicados en todos y cada uno de los miembros pertenecientes a las Fuerzas Militares y Policía, que implica una seguridad subjetiva reflejada en la convicción íntima de cada miembro de no temer la producción de un hecho dañoso para sí, y objetiva, como la estabilidad de control de las causas o factores que tienen la potencia de afectar el desenvolvimiento armónico y normal de la vida militar.

Aquí se reprime con la protección de este bien jurídico (todo el capítulo II mencionado), la inestabilidad que al interior de la Fuerza Pública produce la realización algunas conductas descritas o sus consecuencias traumáticas, que impiden el normal desarrollo de las actividades del servicio.

Respecto de la conducta, o sea el comportamiento físico, particular y concreto que se elige sea ejecutado, encontramos que su designación es compleja al presentar especiales valoraciones normativas (ingredientes normativos) que hacen referencia a la conducta, cuando se refiere a que se produzca o difunda una falsa alarma.

“Producir” significa: originar, ocasionar, fabricar, verbo determinante claro e inequívoco que estructura el tipo penal orientado dentro de los restantes elementos configurativos a que se ocasiona la falsa alarma<sup>10</sup>.

“Difundir” por su parte es: Divulgar propagar, extender<sup>11</sup>. Se trata aquí de castigar a quien propague la idea de cometer esa falsa alarma. En este evento, el legislador dada la importancia del bien jurídico protegido, ha anticipado su protección extendiéndolo a esta actividad, sin que sea necesario exigir un resultado específico para pregonar desvalor en la conducta.

Cuando se trata de una difusión de ideas, debe orientarse lógicamente a que se produzca la falsa alarma, debiendo concurrir ese mismo ingrediente especial subjetivo que se persigue, como lo es que la unidad se prepare a la defensa o al combate.

En la noción de falsa alarma y con relación al primer término, tenemos que éste constituye una relación de engaño que afecta la credibilidad de los miembros de una unidad militar o policial, en la seriedad que deben tener determinados símbolos y formas que son usados en las relaciones cotidianas en la vida en cuartel.

La alarma, por su parte indica una voz o señal imperativa y apremiante para hacer conocer los peligros inminentes que puede afectar al personal que se encuentre dentro de una instalación policial o en cumplimiento de una actividad

<sup>10</sup> Diccionario averest lengua española

<sup>11</sup> Idem

de servicio<sup>12</sup>, este concepto no limita la forma en que deba producirse una alarma, bastaría una voz o señal, cualquiera que sea lo suficientemente apta para ocasionarla.

Ahora, ¿cuándo podemos afirmar que hay una preparación a la defensa o al combate?

Las acciones defensivas se presentan bien como complemento a las acciones ofensivas iniciales, o como una manera de sobrevivir ante las acciones ofensivas de las fuerzas regulares. Son consideradas pasivas, aquellos en los cuales las circunstancias obligan a los grupos a asumir actividades ofensivas de tal manera que se llega a la acción individual para evadir la persecución de las fuerzas regulares, entre las que encuentran la dispersión transitoria y la retirada<sup>13</sup>. Las activas se utilizan en situaciones en las cuales los grupos, mediante acciones de engaño o el empleo sistemático de la fuerza, enfrentan la persecución o actividad ofensiva por parte de las unidades regulares.

Es así entonces, que la declaración del AR. O. T. A. ha encontrado respaldo en la prueba recaudada, la que nos permite concluir que el AR. L. W. O. adecuó su comportamiento al tipo penal de la falsa alarma que se le imputara, no solamente por haber difundido previamente la producción de la misma, sino también porque efectivamente ésta se originó, ocasionando la reacción de los integrantes de la estación con la activación del plan de defensa, el que consistía en casos como este, de tomar las posiciones ubicadas en los puestos que fungían o habían cumplido para reforzar la seguridad, logrando que accionaran sus armas en forma repetida, disparos que hizo dirigir hacia afuera de la base, con el consecuente riesgo para la comunidad.

De otra parte, el hecho que los superiores en la estación de policía tuvieran conocimiento de lo que pretendía realizar el AR. L. W. O. no impide su adecuación al tipo penal en comento, por cuanto antes de ocasionarse la alarma, ya su comportamiento había encontrado su correspondencia a la falsa alarma, a la que se incurre desde la misma incitación o difusión. **(Rad. 155229, 17 de diciembre de 2008, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**



12 Reglamento de servicios de guarnición para la policía nacional. R.N. 9857 noviembre 9 de 1192

13 Reglamento de operaciones de combate irregulares reglam. Fuerzas militares 3-10 reservado



## **DELITO DE FALSEDADE IDEOLÓGICA**

**Naturaleza del bien jurídico protegido y la antijuridicidad material.**

(...)Luego, no se observa de dónde concluye el operador judicial primario que no existe lesividad, pues el centrar su análisis en la cantidad de munición, considerando que 50 cartuchos encajan en la ley de “cuadre” que ronda en las Instituciones castrenses, constituye una circunstancia que bien podrá incidir en la pena a imponer en la imputación del hurto, más no influye en la validez, autenticidad y confiabilidad que debe ofrecer el documento o Acta del 1-feb-2005 en la que faltó a la verdad, esto es, incurrió en una “falsedad” entendida como la alteración de la verdad y como lo cita Pabón Parra “en sentido jurídico- penal, es toda “maniobra utilizada con el fin de engañar”. La falsedad incriminada es la que ataca el contenido legítimo de documentos que pueden servir de prueba”.

Confunde así el operador judicial primario, la antijuridicidad material al graduarla por la cantidad adulterada, pues respecto de la Falsedad solo puede predicarse que corresponde o no a la verdad, sin poderse afirmar que en ésta no se incurra por la mayor o menor mutación de la verdad, su cantidad o gravedad; pues en ese caso el único juicio que correspondería hacer de acuerdo con las características del documento, sería de una falsedad inocua que puede tener lugar cuando es tan burda la falsedad, que no puede conllevar a un potencial daño o perjuicio, pues al recaer en un documento que de bulto se observa nulo o inexistente no debe tener relevancia jurídica, lo cual no acontece en el caso investigado.

Es preciso aclarar que la simple tipicidad legal, no genera tipicidad penal, de acuerdo al concepto ontológico de acción adoptado en el esquema finalista, ésta no se agota con la simple descripción, sino que exige valorar el aspecto subjetivo, el cual igualmente confluye cuando de manera conciente el procesado XXX reconoce que registró determinada cantidad de munición, para “cuadre” la que se utiliza cuando a algún soldado se le extravían unos pocos cartuchos, finalidad que se desvirtúa en el plenario cuando se termina vendiendo por una determinada cantidad de dinero. De conformidad con esta Escuela, (aún cuando no es la adoptada por el Estatuto Castrense que continúa en el causalismo) la contrariedad frente al derecho se desprende de la actitud interior del sujeto agente, de su propósito o intención, aspecto psicológico decisivo para deslindar las conductas que interesan al sistema penal, ya que desposeída de su contenido interno o psiconormativo, ahí si la acción es un movimiento corporal, un simple proceso causal, sin sentido social.

Consignar entonces una falsedad, es incorporar, señalar o declarar hechos falsos o negar hechos verdaderos, ciertos o conocidos, en el cuerpo del objeto material de la infracción y exige que el sujeto activo actúe motivado por un propósito determinado que pueda afectar en este caso, los intereses exclusivos de la Fuerza Pública, intereses que se observan afectados en el presente caso

al momento de consignar la falsedad en los libros o actas de reintegro, que son documentos llamados a ofrecer plena credibilidad en el ámbito castrense; máxime que el material de guerra para ese momento iba a ser utilizado supuestamente dentro de la misma fuerza como “cuadre” pero lo cierto se reitera, es que la novedad se dio a conocer cuando fue sustraída para su venta por parte del Suboficial.(...)” (Rad. 153935, 30 de mayo de 2007, MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA, Sala Primera de decisión).



## **DELITOS MILITARES**

### **Inimputabilidad y medidas de seguridad.**

El juzgador en su sentencia absuelve al SL. G.A. bajo el entendido que al ser considerado como inimputable, teniendo en cuenta el dictamen psiquiátrico obrante en el expediente, no existió una legal incorporación del acusado a las filas militares, por ende no está configurada la tipicidad de la conducta, siendo procedente absolverle de responsabilidad penal. Sustenta su decisión en la sentencia 9921 del 14 de marzo de 2002 de la Corte Suprema de Justicia M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En el punto señalado, son precisamente los argumentos de la misma Corte Suprema de Justicia los que no permiten Confirmar la decisión del A quo respecto del punible de la Desobediencia.

La honorable Corte Suprema de Justicia en decisión anterior a la que hace referencia el Juzgador de la Primera Instancia, de fecha 24 de enero de 2002 Acta No. 04 M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, relacionada con el punible de Deserción, expuso que la demostración posterior de alguna irregularidad en el proceso de incorporación aunque debe producir la responsabilidad administrativa, disciplinaria o penal para el respectivo funcionario de reclutamiento, no genera per se atipicidad de la conducta delictiva de deserción porque el hecho se comete bajo la presunción de una regular incorporación y en ejercicio real de esa condición, sin perjuicio obviamente de examinar 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.

La misma Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en la sentencia aludida por el Juez de Instancia señaló también respecto del punible de deserción que una vez producida la incorporación de conscripto al servicio, previo cumplimiento de los anteriores requisitos -los de incorporación- a través de dicho acto se entiende para todos los efectos legales discernida la calidad de militar que produce todas las consecuencias jurídicas que le son inherentes, tanto desde el punto de vista de los derechos, prerrogativas y estímulos que



esta condición otorga, como también en cuanto al sometimiento a la estructura, organización y disciplina castrenses, quedando subordinado por el régimen y jurisdicción especiales que le son propios y que se han establecido para el cumplimiento de la garantía constitucional de defensa de la independencia nacional y las instituciones públicas.

La alta Corporación haciendo referencia a la tipicidad absoluta, en el entendido de que no concurren los elementos objetivos propios del delito de desertión, como efecto de haber sido “mal incorporado” lo cual excluiría la cualificación del sujeto, como supuesto básico para la comisión de este punible, indicó que se previó por última vez y de manera expresa en el Decreto 0250 de 1958, precepto que no fue reproducido por el Decreto 2550 de 1988, como tampoco en la Ley 522 de 1999, en una evidente corrección legislativa, por cuanto la misma supone una circunstancia que debe ser apreciada por el juzgador competente de acuerdo a las características del caso, sin que para ello sea óbice el hecho de no contarse con dicha disposición y bajo el entendido que siendo el de incorporación un acto administrativo complejo, el acometimiento de su estudio y su legalidad misma podrían escapar al ámbito de competencia de la justicia penal, en la medida en que se trata sin lugar a dudas de una manifestación de la voluntad de la administración, susceptible por tanto de ser impugnada a través de las acciones previstas en la ley, para de este modo desvirtuar la presunción de legalidad que le son propios.

## DE LA INIMPUTABILIDAD:

En el sub exámine obra efectivamente la experticia médico psiquiátrica practicada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente en el cual se determina que el examinado R.A.G.A. presenta Inmadurez Psicológica que padece desde su primera infancia, y para la fecha de los hechos, 13 de marzo de 2004, no se encontraba con facultades mentales normales, no siendo apto para prestar el servicio militar.

No se puede pasar por alto que nuestra legislación penal considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, lo que equivale a situarla como conjunto de condiciones del sujeto, como capacidad del sujeto, que ha actuado típica y antijurídicamente, de obrar culpablemente. Se considera contrario sensu inimputable quien no puede comprender su actuación típica y antijurídica, por lo que no está en capacidad de orientar su comportamiento. Así las cosas, ante un hecho materialmente dañoso cometido por un inmaduro psicológico o un trastornado mental, el Juez debe proceder primero a asegurarse si existe o no acción típica bajo el entendido que se trata de la consagración legal del hecho como delictuoso, para luego verificar la comprobación del hecho y la verificación del fenómeno de la tipicidad por estar frente a un inmaduro psicológico o un trastornado mental permanente o transitorio. En segundo lugar debe verificar que no existan causales de justificación, pues en caso de presentarse debe ser reconocida, pues la existencia de un daño a un interés jurídicamente tutelado

es el límite que tiene la autoridad para entrar en la órbita del ciudadano. Finalmente debe examinar, si existe o no alguna causal de inculpabilidad y si a ésta es independiente de tal inmadurez o trastorno, debe reconocerse pues el fenómeno de la inimputabilidad nada tiene que ver aquí. De esta forma, si puesta de manifiesto la existencia de un comportamiento típico y antijurídico no se evidencian causales de inculpabilidad, la inimputabilidad existirá y entonces se pasará a la aplicación de las medidas de seguridad, con la aclaración que como los inimputables tal como se mencionó anteriormente no pueden ser sometidos a juicio de reproche por sus actos, de ellos no se puede predicar la culpabilidad precisamente por no tener la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Estas precisamente son las consideraciones que ha debido tener a bien el Juez de Conocimiento para determinar la responsabilidad penal del soldado G.A. en el punible de Desobediencia que se le endilga.

### DE LA RESPONSABILIDAD PENAL:

Comulga desde ya la Sala de Decisión con la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia para considerar que la conducta realizada por G.A. al no haber asumido el servicio de guardia para el cual fue designado por la Orden del Día No. 014 del Comando de la Compañía Editor para los días 13 y 14 de marzo de 2004, para prestar el servicio de la refinera de 01:00 a 04:00 horas en el puesto Timbre, es típica, pues se trata un sujeto activo calificado como era su condición de militar para la fecha de los hechos, así fuese un servidor de facto como a bien lo consideró la Corte en su pronunciamiento arriba enunciado, sujeto por lo tanto de la jurisdicción especial como es la penal militar, pues en dicha condición y conociendo la obligatoriedad de la prestación del servicio a prestar como bien lo expuso en su diligencia de inquirir, no lo hizo, como lo manifiestan sus superiores SS. Á.V.M. y el SS. G.M.E. permaneciendo fuera de su unidad hasta el día siguiente cuando fue sorprendido por miembros del Batallón en casa de una amiga, descartándose así cualquier pronunciamiento sobre la posible existencia de una atipicidad absoluta en su conducta por mala incorporación, situación administrativa ajena a la responsabilidad penal que hoy es sujeto de estudio por la colegiatura. No cabe duda alguna de su investidura militar para la fecha de los hechos y de la relación de los mismos con el servicio que debía prestar, sabía, como bien lo expuso el culpado del cumplimiento de dicho servicio como bien lo afirmó en su indagatoria, con la salvedad que si bien existió una puesta en peligro del bien jurídico tutelado de la disciplina, demostrable con su ausencia y la negativa a prestar el servicio sin que existan causales de justificación en su conducta y se vislumbren tampoco causales de inculpabilidad no puede existir juicio de reproche en materia de la culpabilidad, por no tener la capacidad de comprender y de determinarse para el momento de los hechos, empero dados los dos primeros elementos de la estructura de la conducta punible, se debe declarar penalmente responsable del punible de desobediencia, como consecuencia imponerle una medida de seguridad dada su condición.



## DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD:

El Código Penal Militar ha previsto como medida de seguridad para los inimputables diferente al trastorno mental permanente o transitorio, medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola, entendida ésta de acuerdo a lo consagrado en el artículo 95 numeral 2 de la misma normativa, como la internación en casa de estudio o trabajo que corresponde a los que siendo inimputables sufran de inmadurez psicológica. La misma codificación establece como duración para el cumplimiento de la medida, que en ningún caso podrá permanecer recluida en un establecimiento psiquiátrico por más del tiempo máximo de pena fijado para el respectivo hecho punible. La legislación penal ordinaria sobre este particular establece que para la internación en casa de estudio o trabajo esta no podrá exceder de diez años sin superar el máximo de pena privativa de la libertad fijado para el respectivo delito, y el mínimo dependerá de las necesidades asistenciales del imputado.

De la misma forma, en materia de suspensión de las medidas de seguridad, el Código Penal Militar en su artículo 98 indica que la medida de internación en establecimiento público o particular que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola, para los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se les podrá suspender condicionalmente cuando se establezca que la persona ha adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida. Esta norma, necesariamente debe complementarse por principio de integración normativa, con lo indicado en el artículo 72 inciso tercero del Código Penal Ordinario que establece que la suspensión igualmente procederá cuando la persona sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente. **(Rad. 154995, 08 de octubre de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**



## DENUNCIA

Valor probatorio.

Es bien conocido que la denuncia debe ser objeto de investigación, indicando el artículo 29 de Código de Procedimiento Penal que se inadmitirán las denuncias sin fundamento y las anónimas que no suministren pruebas o datos concretos que permitan encauzar la investigación, principio fundamental que orienta la actividad judicial a comprobar si lo denunciado corresponde a la realidad, por consiguiente, es claro que la denuncia no es prueba por sí misma, reiterándose que le corresponde al operador judicial desarrollar la diligencia necesaria para obtener las evidencias que permitan la verificación de lo denunciado.

La honorable Corte Constitucional en sentencia C-1177 del 17 de noviembre de 2005, con ponencia del Doctor Jaime Córdoba Triviño, sobre el alcance probatorio de la denuncia expone: “ el acto de denuncia tiene carácter informativo en cuanto se limita a poner en conocimiento de la autoridad encargada de investigar, la perpetración de una conducta presumiblemente delictuosa, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó y de los presuntos autores o partícipes, si fueren conocidos por el denunciante. No constituye fundamento de la imputación, ni del grado de participación, o de ejecución del hecho, careciendo en sí misma, de valor probatorio”.

Al instante de resolver la situación jurídica del encausado, la funcionaria de instrucción registró que solo se contaba con la denuncia y los documentos soportes existentes en los archivos y en el Sistema de Información de Reclutamiento, donde se colige como sustento solo lo dicho por E.C.G., donde si bien no se avizora una intención personal de hacerle daño al Oficial, no es el soporte necesario para proferir medida de aseguramiento en contra del investigado, añadiendo más adelante, que la denuncia aun no ha podido ser corroborada con el personal que de una u otra forma pudieron haber tenido conocimiento del hecho investigado, apreciando la Sala de Decisión que lo descrito por la instructora en su pronunciamiento en mención, permanece incólume debido a la falta de pruebas que vigoricen la denuncia, pues, solo se tiene lo aseverado por el denunciante CG y su posterior ratificación (...)

Las imputaciones o cargos esgrimidos en contra de una persona, están sometidos a lleno de requisitos formales y sustanciales, donde la precisión y la claridad de los hechos tienen especial trascendencia al igual que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, principios que en el sub examen brillan por su ausencia. **(Rad. 151288, 07 de marzo de 2007, MP. MY.(R) YESID SANTOFIMIO MURCIA, Segunda Sala de decisión).**



## **ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL TIPO**

**Delitos militarizados. Colisión de competencia negativa.**

En reciente sentencia de la Honorable Corte Constitucional<sup>14</sup>, al conocer la Alta Corporación de las objeciones al proyecto del nuevo Código Penal Militar, expuso que en el plano normativo el legislador al configurar el Código Penal Militar, puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios de servicio militar y policial, es decir, los adapte al contexto de la función militar o policiva. De tal manera, el Código Penal Militar puede contener, en relación con el servicio, (i) tipos penales típicamente militares, siempre y cuando consideren las características propias del ser-

14 Sentencia C-533, M.P. Dra. Clara Inés Vargas de Hernández, 28 de mayo de 2008.



vicio militar y policial, y (ii) tipos penales comunes, incorporando los elementos y circunstancias propias del servicio que presta la Fuerza Pública y que resulta relevante tomar en consideración.

Como lo ha considerado esta Corporación, tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes adaptados a la función de la Fuerza Pública, el concepto del servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, quien toma de éste características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acuciosa los elementos personales y funcionales que integran la Justicia Penal Militar.

Sobre este particular huelga decir que como consecuencia de los pronunciamientos de la misma Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997 y posteriormente en sentencia C-445 de 1998, en materia de la punibilidad en los delitos de homicidio y peculado respectivamente, que consagraba el Decreto 2550 de 1988 antiguo Código Penal Militar, punibilidad que por principio constitucional de la igualdad fue declarada inexecutable, el legislador penal militar al adoptar el nuevo código Penal Militar en su artículo 195 delitos comunes estableció una norma de reenvío a la codificación penal ordinaria del fuero penal militar cuando un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, comete delito previsto en el Código Penal Común.

Y es que en efecto, en esa potestad de configuración del legislador, los delitos a que aluden los artículo 140 de la injuria y 141 de la calumnia fueron ubicados dentro del Título VI de la parte especial del Digesto Castrense en delitos contra el bien jurídico del Honor, con una descripción y unos elementos normativos que sí permiten ser cometidos por miembros de las fuerzas militares y de policía, amparados por el fuero militar, configurados en el código Penal Militar con elementos estructurales que permiten la relación con los servicios que la Constitución, la Ley y los Reglamentos consagran.

De esta forma, claro es que en el tipo penal militar de la calumnia, existe un sujeto activo calificado y uno pasivo igualmente calificado, es decir, se trata de miembros de la Fuerza Pública, con unos elementos normativos propios como son: “El que impute falsamente a otro militar o policía un hecho punible relacionado con sus deberes militares o policiales, incurrirá en (...)”

Así las cosas, el legislador en su voluntad legislativa quiso proteger el bien jurídico del honor tipificando esta conducta y considerándola relacionada con el servicio, por ende, pensar, como lo pretendió hacer el instructor dentro de la presente investigación, de integrar la conducta punible del Código Penal Ordinario al caso particular, es desconocer el principio de legalidad en materia penal, pero más aún, sería desconocer los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia del alcance del fuero militar al llegar a pensar que dando aplicación al artículo 195 de la normativa Penal Castrense, la norma a endilgarle al sindica-

do sería la consagrada en el artículo 221 de la Ley 599 de 2000 de la calumnia como conducta relacionada con el servicio, cuando precisamente el Legislador Penal Militar sólo quiso considerar en materia del fuero militar la conducta prevista en el artículo 141 cuando se trate del bien jurídico del Honor Militar, sin querer con ello afirmar que por la sola circunstancia de no estar descrito con estas características propias en el Código Penal Militar, no pueda ser sujeto de la ley penal ordinaria cuando precisamente no tenga relación con el servicio, como ocurre en el caso sub exámine.

De lo anterior se colige, que el punible de calumnia que se adecúa perfectamente al investigado es el que se encuentra tipificado en el artículo 221 del Código Penal Ordinario, por lo tanto de sus elementos específicos y compositivos puede concluirse que si bien la conducta se desarrolló en una actividad del servicio, no se trata de un punible que tenga relación con el mismo. Con el anterior análisis, se desprende que esta conducta no tiene vinculación directa con la prestación del servicio, por ende no está sometida al fuero militar y tampoco la puede investigar ni sancionar la justicia penal militar. **(Rad. 155071, 29 de agosto de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**



## **ERROR DE TIPO**

**Vencibilidad en el militar en servicio activo en virtud de ciertas condiciones, (experiencia, antigüedad, lugar de trabajo y características de la obra contratada).**

Cotejada la noción anterior, la conducta que se ha venido analizando, es preciso concluir que el procesado tenía una conciencia distinta a la realidad histórica, en cuanto el acta 009 que tampoco atendía la veracidad sobre el cumplimiento del objeto del contrato, no le permitió congruencia, entre su conciencia y la realidad, considerando que lo consignado en dicha acta correspondía a lo “auténtico” ó “verídico” como él lo acota en la injurada en repetidas oportunidades.

Desde otro punto de vista, y como también en un párrafo anterior, se insinuó, el Q R, como Jefe del Departamento de Administración y ante la última etapa del proceso contractual, debía como servidor público, haber llevado a efecto alguna indagación, o haber preguntado o constatado si el objeto del contrato en efecto se había cumplido, lo que era cómodo de hacerse, dirigiéndose a oficinas como por ejemplo, el Comando de la Base Naval o la Jefatura del Departamento Técnico, lo que omitió y que precisamente permite considerar la vencibilidad del error, puesto que en razón a su experiencia, antigüedad, lugar de trabajo y características de la obra podía exigírsele una acción al respecto, o como con base en lo que expone Eugenio Raúl Zaffaroni en cuanto a “*afirmar que error vencible*



*o evitable es aquel cuya superación puede exigírsele al autor y, por consiguiente, es el error reprochable a éste, no importa ninguna regla práctica para individualizar uno y otro supuesto”<sup>15</sup>. (Rad. 153267, 17 de diciembre de 2008, MP. CN. JORGE IVAN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de decisión).*



## **ESPECIALIDAD DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR**

**Inaplicabilidad de la ley 890 de 2004. Principio de favorabilidad.**

Respecto a la transgresión del principio de favorabilidad, claramente apreciamos como lo señalamos precedentemente, que el *a quo* para la tasación de la pena a imponer al procesado tuvo en cuenta realizar el incremento punitivo dispuesto en la Ley 890 de 2004, cuando esta ampliación única y exclusivamente es para el tratamiento especial que el legislador quiso imprimir al mecanismo de los preacuerdos y negociaciones contemplados en la Ley 906 de 2004 “Sistema Penal Acusatorio”, que no opera en nuestro ordenamiento Penal Militar, significando que la pena impuesta a D. A. G. R. está fuera de los límites establecidos por la ley, siendo imperativo de esta corporación establecer la pena real a imponer. (Rad. 154744, 03 de diciembre de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).



## **ESTRUCTURA DE LA CULPA**

**Proscripción de la responsabilidad.**

Para que se estructure la culpa, se requiere que el sujeto activo actúe con negligencia, imprudencia, impericia, violación de reglamentos y por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarla, lo que equivale a la inobservancia del deber objetivo de cuidado que se le exige a una persona.

La culpabilidad de la que tratamos es de carácter jurídico, no sólo ético. Está en relación con las normas legales, y las escalas a emplearse para los efectos de su medición son, asimismo, de naturaleza jurídica. De modo que el juicio de desvalor en que consiste la culpabilidad, y que se formula en relación al acto antijurídico cometido, es autónomo en relación a otros juicios de desvalor que pueden pronunciarse; por ejemplo, desde una perspectiva moral. De ahí que la afirmación de la preponderancia del principio “no hay pena sin culpabilidad”, en nuestro derecho penal, implica ni una confusión entre el derecho y la moral,

ni una sobreestimación de la culpabilidad en detrimento de la lesión del bien jurídico.

El juicio de reproche que se formula contra el sujeto activo de la conducta, es en razón del acto cometido, y respecto al cual ya se ha afirmado su naturaleza antijurídica. Los juristas han sostenido, teniendo en cuenta esta peculiaridad, que nuestro derecho penal es un derecho de acciones o de acto y que, por lo tanto, también la culpabilidad es una culpabilidad referida a comportamientos, mas no a la manera de ser del agente. De otro lado, no es de admitir la denominada “culpabilidad del carácter” o “culpabilidad por conducta de la vida”, en la que el juicio de reproche se formularía con ocasión de la realización de una acción; pero, en base a la total personalidad del agente. Sin embargo, hay que recordar que la determinación del grado de culpabilidad no sólo se hará teniendo en cuenta el acto antijurídico aislado, sino también considerando las circunstancias de hecho y personales en que actuó. **(Rad. 151444, 15 de julio de 2008, MP. Dr. GUSTAVO PIRABÁN CUESTO, Tercera Sala de decisión).**



## **FALSEDAD INOCUA**

**Atipicidad de la conducta. Los tachones y enmendaduras en la orden de comparendo son tan protuberantes que carecen de idoneidad para engañar.**

“Sobre el particular es de recordarse que el antiguo concepto de que la veracidad e intangibilidad de los documentos públicos debían ser respetadas con independencia de la nocividad o inocuidad de sus efectos en el tráfico jurídico por ser una emanación del poder documentario del Estado, y que la sola alteración de la verdad en los mismos merecía reproche penal, hoy en día con los modernos desarrollos dogmáticos ha quedado relegado a un segundo plano, para dar paso a otro prevalente en el derecho penal fundado en criterios de relevancia social y jurídica, según el cual los documentos deben representar la existencia de un hecho trascendente en el ámbito de lo social, sea creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas. De allí precisamente que en la actualidad se exija que los documentos sobre los cuales recae la acción falsaria necesariamente deban ser aptos para servir de prueba de un hecho social y jurídicamente relevante”. **(Rad. 154788, 26 de febrero de 2008, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de decisión).**





## **FUERO PENAL MILITAR**

**Graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos no son competencia de la Justicia Penal Militar.**

“Para que un miembro activo de la fuerza pública, sea investigado y juzgado por la justicia penal militar es presupuesto indispensable que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio. Esto significa que los actos deben estar orientados a realizar los fines que constitucionalmente le han sido asignados pero en desarrollo de ellos se presenta un exceso cuantitativo (...). No basta en consecuencia una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en que con ocasión o causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desbordan la misión constitucional asignada (...). Hay ciertos comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como aquellas violaciones graves a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, porque en ellos no puede afirmarse que la fuerza pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo”. **(Rad. 140077, 10 de marzo de 2008, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de decisión).**



## **HOMICIDIO**

**El fenómeno de la coautoría aditiva en materia penal militar.**

No encuentra la Sala elemento de juicio alguno, indicador de que el Capitán CX o el Soldado M. H hubieran disparado, menos aún que el Oficial hubiese previamente dado la orden de abrir fuego, ya que todo indica que para el momento de los hechos toda la unidad se encontraba descansando, salvo los centinelas que para ese momento eran el Soldado G y B. Tanto el Capitán CX como el soldado M.H, manifestaron en sus injuradas que descansaban cuando escucharon los disparos, y ningún medio de prueba obrante a este momento desvirtúa su dicho (...). Acorde con la doctrina y la jurisprudencia, autor es el sujeto que quiere y ejecuta el delito por sí mismo. Esto es, realiza las etapas ideativa, preparatoria, ejecutiva y consumativa del delito, teniendo la capacidad, como quiera que es su exclusiva “obra”, de interrumpir el curso causal de los acontecimientos, esto es, tiene un total dominio del hecho. En tanto, por Coautoría se entiende el número plural de personas quiere el delito y realizan el injusto, teniendo cada una de ellas compromiso en la conducta delictiva. La coautoría se ha concebido como propia cuando varias personas realizan de forma unívoca e unívoca la conducta delictiva, e impropia cuando hay una distribución de trabajo, mediando acuerdo previo, expreso o tácito, existiendo un plan de autor, orientado a alcanzar un resultado final de acción y con dominio funcional del hecho. Concibe el estatuto penal militar igualmente la categoría del determinador, esto es, quien crea en otro la idea de cometer un delito y mueve su voluntad para que lo materialice. No deja de lado la Sala de referir la autoría mediata, esto es, cuando se utiliza a otro como instrumento para materializar la conducta delictiva. Nuestra Corte

Suprema de Justicia desarrolló la tesis de la “Autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, basándose para ello en la tesis expuesta por el Profesor Claux Roxin: “hombre de atrás”, el que “mueve los hilos” da la orden de ejecutar el delito, con la seguridad de que algún miembro de esa estructura la cumple, es decir, éste último actúa como autor inmediato “fungible”, es decir, reemplazable, sustituible y quien responde como autor material del hecho punible.<sup>16</sup> En cuanto hace a la complicidad, esta sugiere concierto previo expresado en promesa anterior, para contribuir en la realización de conducta punible, o prestar ayuda posterior...Revisada la estructura dogmática citada en precedencia, de cara a la prueba obrante a este momento, no encuentra la Sala en el auto materia de impugnación, argumentación orientada a precisar cuál es la forma de autoría o participación en la que se compromete a los procesados CT. CX y M.H. De igual forma, al estudio del plenario no se reposa elemento de juicio que indique que el Soldado disparara, menos aun que hubiesen formado parte de un plan de autor, o que hubiese, previo acuerdo anterior, prestado ayuda posterior o concomitante. Lo que indica la prueba, a este momento, es que tanto el Capitán, como el Soldado, descansaban cuando se producen los disparos, y que la presencia del CT CX. obedece a la alarma suscitada y su verificación sobre lo ocurrido, con la realización del registro; respecto de Medina este no se hizo presente en el sitio de los hechos. En cuanto hace a G. (...), este refirió que tras efectuar una proclama le dispararon con arma de fuego que él definió como AK 47, y que por eso disparo hacia el sector de donde le dispararon. Ha de precisar la Sala, que pueden acontecer fenómenos de coparticipación criminal, sin que medie acuerdo previo, como acontece cuando imperando fenómenos de organización, que identifican la Fuerza Militar, se aprovecha una idéntica ocasión, para el desarrollo del injusto penal, concebidos por sectores de la doctrina como coautoría aditiva, pero que el Profesor Günther Jakobs, precisa en su obra sobre derecho penal general, en los siguientes términos: “(...) **La decisión común del hecho**, es el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares a un hecho. Se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación por su contenido y reciprocidad: Todo interviniente debe saber que otros cooperan dolosamente. Se trata de dos grupos de casos: A.1. Cuando un delito se compone de segmentos aislables de acciones ejecutivas y cada uno de los segmentos los ejecuta distinta persona, los intervinientes responden por el todo en concepto de autor, sólo si se unen con la finalidad de alcanzar el todo. La decisión común del hecho es aquí necesaria para la responsabilidad a título de autor por todo lo ocurrido. Si falta la decisión común del hecho no hay sino responsabilidad en concepto de autor por una parte. En la medida en que

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de agosto de 2007, radicado Nº 25974, M. P. Dra. Maria Del Rosario González De Lemus.



varias acciones delictivas las cometen distintas personas sin mediar acuerdo, aprovechando idéntica ocasión, cada uno responde en concepto de autor, pero sólo por su organización (...). (Subrayo nuestro). Así las cosas, si bien hasta este momento pareciera que entre el Soldado G y J, no medio acuerdo previo de voluntades, no resulta menos afirmar (establecido que ambos dispararon, en razón de una misma ocasión) que deviene en acertado el predicar una presunta responsabilidad, siendo procedente en este caso, la medida de aseguramiento adoptada. **(Rad. 155318, 29 de octubre de 2008, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁ-REZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**



## **IMPEDIMENTO**

**No es fundado por el solo hecho de que el Juez de ejecución de penas haya proferido resolución de acusación como Fiscal.**

“Si bien es cierto, el Juez de Instancia, quien se declara impedido calificó el mérito sumarial, también lo es que la Ley Penal Militar en su artículo 584 establece: **“Ejecución de la sentencia. La ejecución de la sentencia definitiva corresponde al juez militar que conoció del proceso en primera o única instancia mediante orden comunicada a los funcionarios administrativos encargados del cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad”**. Sobre el impedimento para vigilar la ejecución de la pena, la Alta Corte ha señalado:

“No queda duda que surtidas las fases procesales de investigación y juzgamiento con la consiguiente declaración de responsabilidad penal del enjuiciado, procede la etapa de conocimiento de ejecución punitiva, una vez la sentencia condenatoria hace tránsito a cosa juzgada. La inmutabilidad del fallo marca así un límite al restringir la competencia del juzgado encargado de velar por su cumplimiento por cuanto no puede volver a discutir aspectos probatorios o jurídicos que se abordaron en la providencia que decidió el objeto del proceso.

(...) tratándose de la ejecución de la sentencia, carecen de relevancia las decisiones adoptadas al interior del proceso, de ahí que la circunstancia aducida por el Magistrado por haber emitido fallo de primer grado, cuando anteriormente se desempeñó como juez, no tiene carácter vinculante para decidir aspectos relacionados con la vigilancia del cumplimiento de la sanción.

En efecto, no se trata del examen de alguna providencia por él dictada ni menos, el hecho de haber emitido el fallo de primera instancia puede considerarse como participación suya en el proceso, pues al fungir como juez, no se advierte la intervención como parte con interés jurídico, lo que hace inexistente algún compromiso del criterio del Magistrado en sede del recurso de apelación que se elevó contra una decisión adoptada por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad y por lo mismo, no se aviene la causal impeditiva para separarlo del conocimiento del asunto.

En consecuencia, como las razones expuestas por el (...) no comportan la asunción de una posición judicial determinada que afecte los principios de objetividad e imparcialidad que pongan en cuestión la transparencia en la decisión judicial, la Sala no lo apartará del conocimiento que como juez de segundo grado le compete”.<sup>17</sup>

De lo anteriormente señalado, se colige que el trámite a seguir luego de quedar en firme la decisión condenatoria que no casó la Honorable Corte Suprema de Justicia según sentencia fechada el 23 de enero del año que avanza (fl. 27 y ss. C – 14), no requiere pronunciamiento alguno por parte del *a quo* que afecte la decisión que ya se encuentra ejecutoriada, por lo tanto, se procederá a declarar infundado el impedimento planteado por el Coronel ® H.A.B.S. Juez de Primera Instancia de la Dirección General de la Policía Nacional, toda vez que en adelante sólo debe decidir aspectos relacionados con la vigilancia y cumplimiento de la sanción impuesta a los policiales, donde no se van a discutir aspectos probatorios o jurídicos que se abordaron en la etapa de calificación y juzgamiento; lo que hace inexistente algún compromiso como juez de ejecución de penas para el caso sub exámine que permitan apartarlo de su obligación legal.” (Rad. 138855, 09 de abril de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).



## **INDUBIO PRO REO**

**Para su declaratoria no se puede recurrir a una suposición propia emanada de la subjetividad.**

“Así las cosas, se debe precisar que sólo resulta viable aplicar el axioma del In dubio pro reo cuando en realidad se presenta alguna duda racional y objetiva que genere incertidumbre en torno a la autoría material del hecho punible atribuido al procesado, con fundamento en las pruebas legalmente recaudadas y controvertidas durante la actuación, valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, contrario sensu de lo que acontece en el sub litem, que cuenta con elementos de juicio suficientes para demostrar sin lugar a equívocos, no solo la materialidad de la infracción sino la responsabilidad penal del acusado, siendo por ende su conducta típica a título de dolo, antijurídica y como consecuencia culpable, pues su actuar coincide perfectamente con los elementos estructurales del tipo penal.

Es claro que una vez producida la incorporación del conscripto al servicio, previo el cumplimiento de los requisitos de Ley, a través de dicho acto se entiende para todos los efectos legales discernida la calidad de militar, que produce todos los alcances que le son inherentes, tanto desde el punto de vista de sus

17 Radicado 27003, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, 7 de marzo de 2007.



derechos, prerrogativas y estímulos que esta condición otorga, como también, en cuanto al sometimiento de la estructura, organización y disciplina castrenses, quedando subordinado por el régimen y jurisdicción especial que les son propios y que se han establecido para el cabal cumplimiento de la garantía constitucional de defensa de la independencia nacional y las instituciones públicas.

Según la línea Jurisprudencial trazada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, para llegar a una declaratoria de duda, el juzgador no puede recurrir a la suposición propia, simplemente emanada de su subjetividad, ni tampoco lo puede hacer a través de eco arbitrario a una expresión aislada, mentirosa y oportunista del procesado, sino después de otorgar a cada ítem informativo el valor que le corresponde y de aquilatar todos los medios de información integrados en conjunto, ponderación que realizó de manera acertada el *a quo* con argumentos que acoge esta Corporación en su totalidad.

Por otra parte, es palpable la confusión presentada por el *a quo* en cuanto a los subrogados: Condena de Ejecución Condicional y la Libertad Condicional; en la providencia inicialmente manifiesta taxativamente que “el artículo 71 del Código Penal Militar, permite al Juez de Oficio o a petición del interesado que se le otorgue el beneficio de la Condena de Ejecución Condicional a la persona o al procesado en caso de que se reúnan los requisitos para tal fin, sin embargo, expresamente prohíbe esta norma en el numeral tercero conceder el citado beneficio a los delitos que atenten contra el servicio”; pero posteriormente teniendo en cuenta una ponencia del “TC. (r) Jose Uriel Rojas Gutiérrez en el que concedió la Libertad Condicional a un condenado por el delito de soldados voluntarios o profesionales a la pena de un año de arresto (...)”, y citando la sentencia C-806 del 03 de octubre de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández, enuncia que el SLR. H. A. J. F. “se hará acreedor a recibir el subrogado o beneficio de la CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL (...)” confirmando dicho pronunciamiento en el numeral segundo de la misma sentencia.

Por lo anteriormente expuesto, esta Sala considera ineludible dilucidar la confusión en la que ha incurrido el *a quo*, es así como partimos de la exposición del concepto de Libertad Condicional, la cual es una institución sucedánea de la pena privativa de la libertad impuesta, actúa en beneficio del sentenciado que ha cumplido parte de la condena, pues le permite recobrar la libertad de manera provisional durante un periodo de prueba en el que debe cumplir ciertas exigencias, y satisfechas éstas, obtiene su liberación definitiva; se trata, en realidad, de un lapso de transición entre la prisión y la reincorporación a la vida en sociedad, de un “aprendizaje de la vida en libertad”.

Partiendo del concepto anteriormente descrito, considera la Sala que se le debe otorgar al procesado el beneficio de la Libertad Condicional, pues la Corte en la sentencia C-709 de 2002 MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, se pronunció al conocer de la demanda de inexecutable contra los artículos 71, numeral 3, 527 parcial, 529, numeral 2 y 539, numeral 1, parcial de la Ley 522 de 1999”.

(Rad. 154732, 30 de mayo de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).



## **INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA**

**Diferencia entre el propósito y el dolo del tipo.**

“(…) 1. La conducta del sujeto agente se concreta en los verbos rectores lesionar o inutilizar. 2. Que aquella se realice con el propósito de eludir el cumplimiento de los deberes militares o policiales o para obtener el retiro o reconocimiento de prestación social (ingrediente subjetivo). Es decir, para que se configure dicha conducta típica, no basta con la lesión o la inutilización del sujeto agente, sino que es necesario acreditar el ánimo o propósito que lo impulsa, o elemento subjetivo que exige la descripción legal, que no puede confundirse con el dolo. No obstante el dolo es el núcleo del aspecto subjetivo del tipo, es factible hallar en la Ley diversas figuras que exigen contenidos de naturaleza subjetiva diferentes del dolo a partir de la cual se ha creado la teoría de los elementos subjetivos del tipo, para algunos del injusto. En el caso objeto de estudio, el tipo penal requiere que el autor tenga un determinado propósito o intención, un impulso que debe adicionarse al conocimiento y la voluntad de ejecutar el tipo (dolo). (Rad. 155072, 27 de junio de 2008, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARREIRA, Sala Cuarta de decisión).



## **LA ACEPTACIÓN DE CARGOS Y LA CONFESIÓN SON INSTITUTOS DIFERENTES**

**La aceptación no goza simultáneamente de las virtudes de una confesión.**

En este orden de ideas, el Soldado xxxx no ha confesado ningún hecho, no colaboró de forma alguna con la justicia, su presencia material en el proceso no acontece por voluntad propia, sino por consecuencia de la captura, su estado de contumacia, lleva a que sólo se haga presente en virtud de lo dispuesto por el Juez de Instancia, en la audiencia de acusación y aceptación de cargos acontecida el 10 de septiembre de 2008. Por manera que no es que la administración de justicia le diera la oportunidad al Soldado (XXX) de admitir su responsabilidad sólo hasta ese momento, como lo refiere el Juzgador, todo lo contrario, es el encartado quien voluntariamente se sustrae a la acción de la justicia y al hacerse presente en la audiencia de acusación y aceptación de cargos, a partir del principio de preclusión de actos procesales, ha de asumir el proceso en el estado en que se encuentra. Resulta oportuno para la Sala precisar que, el acto de aceptación de cargos, dispuesto por la Ley 1058 de 2006, acontece en momento



procesal diferente al de la confesión, esto es, en la etapa de juicio, allí el procesado renuncia a la controversia fáctica, probatoria y jurídica que se ha de ventilar en audiencia de corte marcial al allanarse expresa, libre y voluntariamente a los cargos que le formula la Fiscalía Militar. Lo que se acepta es la responsabilidad penal por el hecho que endilga la Fiscalía Penal Militar formulado el cargo y así admitido, entra a imperar el principio de intangibilidad, esto es, que el procesado no puede pretender su modificación (...) Sobre este tipo de modificaciones no deja de lado la Sala el precisar que en el procedimiento especial dispuesto en la Ley 1058 de 2006 resulta procedente que concurran y se acumulen las rebajas de pena por confesión y allanamiento a cargos, pero sólo en las hipótesis que el procesado en ejercicio de su defensa material exprese en su primera versión (indagatoria) los elementos suficientes que permitan concebir que con su dicho se da celeridad a la investigación, se evita el desgaste y dilación de la instructiva, contribuyendo así con la pronta y cumplida justicia. Sólo ante la plena observancia de los presupuestos formales y materiales que identifican la confesión, devendrá en procedente la rebaja de pena. **(Rad 155365, 26 de noviembre de 2008, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de decisión).**



### LEGÍTIMA DEFENSA

**Alcance del ingrediente normativo. Necesidad y proporcionalidad.**

Respecto de la valoración que realiza el *a quo* a la prueba testimonial, basta a la Sala apoyarse en alguna jurisprudencia relativa, así: "(...) Conforme lo ha precisado esta Sala, es apenas natural que el juzgador esté facultado para tomar de un determinado testimonio los aspectos que advierta verosímiles y desechar los que no lo sean, o de acoger unas versiones y desestimar otras, sin que por ello incurra en un error de apreciación probatoria (...) (Sent. 25 de mayo de 2006, Rad. 21. 757 MP. Marina Pulido de Barón). Igualmente ha dicho la Corte en cuanto al testimonio, que se le debe dar mérito probatorio a dos testimonios que coinciden en lo principal, aunque diverjan en lo secundario. "La conclusión del Tribunal en este punto transgrede la lógica del razonamiento, pues ante dos testimonios que en su esencia y contenido son concordantes, dado que en la realidad es difícil encontrarlos idénticos, como al parecer se pretende para otorgarles credibilidad, se opta por magnificar contradicciones marginales que no alteran su evidente correspondencia (...). (Sent. 26 de enero de 2006, Rad. 23.706, ídem). "Hacer depender la credibilidad de un testigo de la plena identidad entre sus distintas intervenciones procesales, como lo plantea el defensor, en especial cuando las que se destacan como contradicciones se refieren a aspectos insustanciales de los hechos relatados o cuando (...) traduce introducir una norma de apreciación del testimonio inaceptable que conduciría a dejar ese tipo de prueba menguada en su capacidad demostrativa, casi hasta su inutilidad, porque lo

que enseña la experiencia es que quien expone varias veces sobre el mismo hecho varía detalles, omite circunstancias y agrega otras, (...). (Sentencia 29 de junio de 2006, Rad. 19.106 MP. Yesid Ramírez Bastidas).

(...) toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicato, cuando no haya modo de eliminarla (...).”, pues la prueba no tiene la calidad objetiva necesaria y suficiente para producir certeza sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad del sindicato. La apreciación racional de la prueba implica que para predicar la duda capaz de diluir la imputación a favor del acusado, debe ser una duda racional, una duda insalvable que impida que se tenga la certeza que la Ley exige para declarar la existencia del hecho y la responsabilidad del autor, que en consecuencia deja incólume para el procesado el principio de presunción de inocencia.

(...) la legítima defensa que reconoce el operador judicial primario al señalar que la Fuerza Pública, lo que hizo fue repeler la agresión, comportamiento que elimina la antijuridicidad de la conducta cuando el sujeto obra por la necesidad de defensa de un derecho propio o ajeno, contra injusta agresión actual o inminente; ha de recordarse que uno de los requisitos o elementos, siempre ha de ser la proporcionalidad de la reacción a la agresión, en tanto que se reitera, se desprende del plenario que aún aceptando que los sujetos hubieren disparado a los policías (según los impactos en las paredes dentro de la residencia), lo cierto es que ya habían sido neutralizados, cuando los policiales dispararon, lo que se evidencia de la distancia y ubicación de los disparos recibidos a menos de un metro.

(...) Como lo manifestara en anterior oportunidad este Colegiado, la legítima defensa es la repulsa de una agresión ilegítima, actual o inminente, por el agredido o un tercero, contra el agresor, dentro de los límites de la defensa y con proporcionalidad de los medios empleados para el rechazo. Actual es el riesgo que ya ha comenzado y no ha concluido aún, el que se concretó en un daño real y pervive todavía, mientras que inminente es el que representa cualquier amenaza inmediata para el bien jurídico, deducible de un gesto, actitud o movimiento, pero es necesario que el mal o daño no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial, esto significa que tras una valoración racional de la situación, el agente se vea obligado a actuar por no tener a su alcance otros medios legítimos o lícitos que eviten el perjuicio ajeno o que coadyuven a que éste sea de menor proporción, así las cosas el agente debe hacer todo lo jurídicamente exigible, dadas las circunstancias al momento del hecho, para evitar la causación del daño al derecho a bien ajeno con miras a proteger el suyo. (Subrayado de la providencia).

(...) Esto es que el riesgo para los policiales ya no era actual, y en consecuencia la reacción no era necesaria ni fue proporcional. Ha dicho la Corte respecto de la causal de ausencia de responsabilidad que ocupa la atención de la Sala y los criterios para valorar la desproporción entre la agresión y reacción, que la



necesidad es un requisito que no puede confundirse con la proporcionalidad, el cual se refiere a si el acusado disponía de otros medios menos gravosos para repeler la agresión (...) Sin embargo, en el caso de autos, ni siquiera podría reconocerse un exceso en una legítima defensa, por cuanto al momento de disparar los policiales, no existía el peligro inminente, ya se había neutralizado a los delincuentes, algunos de los disparos se realizaron por detrás y otros presentan tatuaje, luego no podían estar de frente disparándoles como concluye el a quo, por lo que el procedimiento a observar era su captura y no el uso de las armas (...). (Rad. 153111 del 12 de noviembre de 2007, MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA, Sala Primera de decisión).



## **LESIONES PERSONALES CULPOSAS**

**Error de prohibición vencible.**

“Una lectura cuidadosa de toda la actuación procesal, nos conduce por el convencimiento de que el procesado usó su arma de dotación porque pensaba que los pasos que escuchaba eran de guerrilleros que lo iban a atacar, atendiendo la oscuridad del lugar y los antecedentes de orden público en la región. Pero resulta que los pasos no eran de guerrilleros, sino de civiles que transitaban por ese sector. De esta forma, estamos frente a una conducta culposa, pues es evidente que el Soldado faltó al deber objetivo de cuidado, obrando de una manera imprudente, porque si bien es cierto no pretendía lesionar a los particulares, no se representó como posible que al accionar su arma hacia la oscuridad, donde se representó como posible que al accionar su arma hacia la oscuridad, donde escuchaba movimientos, podían causar daño a integrantes de la población civil.

Es indudable que faltó al deber objetivo de cuidado, cuando contrariando las normas que limitan el uso de las armas de fuego, la acciona sin un objetivo definido, hacia la oscuridad, lo que es prohibido ampliamente por el mismo decálogo de seguridad con las armas de fuego en cuyo numeral noveno se señala textualmente:

“No dispare su arma a través de un obstáculo que le impida observar lo que hay detrás de él; esté seguro de su blanco”. (...).

El disparar en las condiciones en que lo hizo el procesado al momento de los hechos, esto es, tendido sobre el piso, y con dirección a los ruidos que escuchaba, ofrece la posibilidad de imaginar que se puede causar una lesión a cualquier ser humano que se encuentre dentro del alcance del proyectil, pues la lógica y la experiencia en el uso de las armas de fuego, indican que al disparar en posición horizontal, se puede lesionar o matar a cualquier ser que sea alcanzado por el proyectil.

En la indagatoria el procesado afirma que tomó la decisión de efectuar los

disparos, porque los particulares no atendieron la proclama que lanzó, disparos que efectuó no con el fin de matar, “(...) sino para alertar a la gente a ver qué era, qué clase de ruidos se encontraban en el sector (...)”.

Ahora, bien puede aceptarse que el procesado actuó movido por un error, si se tiene en cuenta que dentro de su psiquis, atendiendo las circunstancias que rodearon los hechos y los antecedentes de orden público en la zona, imaginó que los ruidos provenían de personas que pretendían atacar a la tropa que se encontraba descansando. Pensaba que su actuación estaba amparada legalmente, que podía disparar antes de ser atacado, no con el fin de matar,” (...), sino para alertar la gente a ver que era, que clase de ruido se encontraban en el sector (...)”.

Desde este punto de vista, puede aceptarse que el procesado incurrió en un error de prohibición. Sin embargo, aquel era vencible, porque el procesado tenía a su alcance otras alternativas diferentes a las de disparar en forma horizontal, como podría haber sido la de disparar hacia el aire, tanto como para alertar a sus demás compañeros de tropa, como para esperar la reacción de las personas aparentemente sospechosas. **(Rad. 155221, 12 de agosto de 2008, MP. TC. IS-MAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Sala Primera de decisión).**



## **LIBERTAD CONDICIONAL**

### **En delitos contra el servicio.**

(...) Cabe precisar que el Código Penal Militar, no exceptúa en manera alguna la aplicación del subrogado de la libertad condicional para delitos típicamente militares como el que ocupa actualmente nuestra atención y que conforme a la sentencia C-806/02 de la Honorable Corte Constitucional, mediante la cual se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, no sería dable desconocerlo para delitos que tengan impuesta una pena menor, excarcelación anticipada de obligatorio y automático reconocimiento, siempre que se cumpla el requisito objetivo de las tres quintas partes de la condena y que no exista un concepto desfavorable respecto a su buena conducta. (...).

Fundamentos estos, perfectamente aplicables en la jurisdicción castrense, si tenemos en cuenta que el artículo 75 del C.P.M., trae una regulación idéntica en cuando a su concesión, respecto de la norma del Código Penal vigente para la entrada en rigor de la Ley 522 de 1999, es decir la Ley 100 de 1980, la que fuera reproducida en la Ley 599 de 2000, en cuanto a la pena de prisión, lo que quiere significar, que en su creación para nada se tuvo en cuenta el establecer un trato diferente hacia los destinatarios finales de la misma, en este aspecto.

Es así, que si ese límite de 3 años desaparece en aplicación de principios constitucionales, es procedente su extensión en la Justicia Penal Militar, pues su



discusión no deriva de una base legal, sino que deriva de valores constitucionales, toda vez que con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, el derecho en general y en especial el penal se ha constitucionalizado, tomando una nueva dimensión normativa. Luego, si el supuesto de hecho es idéntico para ambas jurisdicciones es dable con fundamento en el principio de favorabilidad conceder el subrogado aludido. **(Rad. 147874, 29 de junio de 2007, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de decisión).**



## **MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO**

**No constituye un juicio de responsabilidad.**

Sea lo primero recordar que el artículo 522 del Código Penal Militar prevé que la medida de aseguramiento procede cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. Esto es, se rodea su aplicación de una serie de requisitos de orden sustancial y formal, que debe atender el Juez de Instrucción para adoptar la medida cautelar, que se soporta por lo menos en el indicio grave de responsabilidad. Tal y como lo ha expresado la Sala, la medida de aseguramiento de detención preventiva no constituye un juicio de responsabilidad, no es una pena, su aplicación es compatible con la presunción de inocencia y en consecuencia que no comporta una presunción de culpabilidad. Por manera que al adoptar una decisión de carácter provisional, como la que nos convoca, con connotación de ejecutoria formal, no se quebranta de suyo con la presunción de inocencia, razón por la cual para proferirla, no se requiere de plena prueba, menos aún de la certeza, (ya que aquí aún no se discute de fondo el tema de la responsabilidad, la que sólo se verifica cuando se alcanza la certeza que ha de tener el juzgador para proferir una sentencia conforme al artículo 396 del digesto penal militar o cuando el funcionario instructor o calificador deciden de fondo mediante cesación de procedimiento por imperar una causal subjetiva de ausencia de responsabilidad), en consecuencia lo que ha dispuesto el legislador de 1999, es que en el proceso se viertan los contenidos de prueba mínima. El fundamento probatorio de la medida de aseguramiento remite acorde con las voces del artículo 522 del C.P.M., a la presencia de prueba directa o indirecta, aquella comporta el testimonio, la confesión, el documento, la inspección y la peritación y ésta el indicio que para el caso de medida de aseguramiento debe ser grave, el que se entiende cuando entre el hecho indicador y el hecho indicado concurre una inferencia lógica inmediata, lo que sugiere el grado de compromiso penal del procesado frente a los hechos objeto de investigación, así, el indicio ha de llevar al funcionario judicial al grado mental de probabilidad de que el sindicado obró realizando la Ley penal. **(Rad. 155457, 02 diciembre de 2008, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de decisión).**

## **NO REFORMATIO IN PEJUS**

**Omisión del Juzgado de Primera Instancia al imponer penas accesorias.**

“Respecto de las penas accesorias dejadas de imponer por el Iudex a quo, considera la Sala que por razón de la prohibición de reforma peyorativa, no es posible corregir los vicios de legalidad, porque con ello se desmejora la situación del procesado. Así, si el artículo 60 del Código Penal Militar asigna la obligación legal de imponer como penas accesorias la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cada vez que se imponga como principal una pena de prisión, su desconocimiento por el Juez Penal Militar no puede ser corregido en virtud del recurso por la segunda Instancia, tratándose de apelante único como en el presente caso.

En Sentencia del 17 de octubre de 2007, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 20026, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, expresó:

“El principio que se afirma violado prohíbe al juez de apelación agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único, prohibición que la Corte ha entendido referida no solo a la pena en sentido estricto, como sanción principal o accesoria propiamente dicha, sino a toda decisión que modifique la situación jurídica del procesado, haciendo más gravoso su estado precedente”.

No hay duda que las penas accesorias dejadas de imponer, causarían un desmejore en la situación del condenado, pues aunque encontrándose actualmente en situación de retiro, la separación de la Fuerza Pública quedaría anotada en su hoja de vida, así mismo la interdicción conllevaría la privación de los derechos políticos reconocidos en el artículo 40 de la Constitución Política de Colombia. De manera que si el Juez de conocimiento dejó de aplicar las mismas como era su obligación, ya en esta instancia no es posible enmendar el error en la forma que lo propone el Ministerio Público a *quem*, reiterándose, que la dificultad estriba en que hay un apelante único y al darse cumplimiento a éstas, se haría más gravosa la situación del condenado. **(Rad. 149957, 08 de mayo de 2008, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Sala Primera de decisión).**



## **NOTIFICACIONES**

**Deber de notificar oportunamente las providencias.**

“En segundo lugar, la Sala ha de referirse al defecto encontrado por la Defensa, acerca de la inobservancia de los términos procesales, específicamente en lo que hace relación a la notificación de la sentencia condenatoria que siendo



proferida el 09 de agosto de 2007, sólo vino a ser notificada al Defensor el día 14 de diciembre de 2007, lo que para nada interfiere en la validez del recurso de apelación, entratándose de un defecto atribuible a la propia administración de Justicia Penal Militar, cuya consecuencia debe ser ajena a la defensa, pero si fuertemente reprochada al funcionario en quien asiste el deber de notificar en forma oportuna las decisiones judiciales, existiendo para ello unos términos procesales impuestos por la Ley, que no han debido ser desconocidos caprichosamente; pues como se observa en la presente actuación, no se realizó ninguna diligencia tendiente a notificar personalmente la providencia, dentro de los dos días siguientes a su proferimiento, de la forma como lo manda el artículo 341 del Código Penal Militar; esto es, citando a las partes para que comparezcan por el medio más eficaz posible, y si no comparecen dentro de los dos días, habiéndose realizado las diligencias para ello, deben notificarse por edicto o por estado, según el caso". (**Rad. 149957, 8 de mayo de 2008, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Sala Primera de decisión**).



## **NULIDAD**

**Falta de motivación de la resolución de acusación dispuesta en la Ley 1058 de 2006.**

No asalta el juicio afirmar que las reformas normativas por importantes que sean no constituyen en sí mismas la solución a las deficiencias judiciales, ya que sin duda, el Funcionario Judicial es elemento esencial para que la administración de justicia no sólo sea eficiente, sino lo que es más importante, que sea un verdadero instrumento de realización de justicia material, con pleno respeto a los derechos fundamentales. Valga decir, cuando el funcionario judicial esté frente a normas que parecerían limitar derechos fundamentales, lo que debe es realizar un juicio de razonabilidad<sup>18</sup>, que lo lleve a ponderar, a partir de los principios generales que rigen el procedimiento penal militar, la verdadera afectación de los derechos en juego; dando prevalencia a la norma de derecho fundamental, generando así la posibilidad jurídica de la realización de la norma.

A partir de los presupuestos señalados, el funcionario penal militar debe dar aplicabilidad a la Ley 1058 de 2006, normatividad que estableció un procedimiento especial, con términos más breves, respecto al procedimiento ordinario dispuesto en la Ley 522 de 1999, pero que de manera alguna debe interpretarse o aplicarse como sinónimo de vulneración de derecho y garantías, en particular el debido proceso y el derecho de defensa.

<sup>18</sup> Respecto de la Razonabilidad señala Jaime Araujo Rentarías en su obra sobre la Igualdad: "¿Qué quiere decir este concepto? Lo primero que debemos señalar es que se refiere a la interdicción o prohibición de arbitrariedad: lo segundo que busca analizar si la distinción que hizo el legislador está justificada a o no".

La Ley 1058 de 2006, no puede tener una lectura aislada del contexto y universo dispuesto en la Ley 522 de 1999, ya que aquella hace parte integral de ésta, como quiera que la voluntad del Legislador fue incorporar dos artículos a la citada legislación; articulado que demanda una lectura sistemática con los principios rectores dispuestos en los artículos 196 al 218 del C.P.M. y la especial atención al párrafo que estableció: “los aspectos procesales no previstos en este procedimiento especial se regularán de conformidad con lo normado en este código”.

La Resolución de Acusación permite soportar el principio de la congruencia, esto es, demarca el ámbito del debate contradictorio y la sentencia. En consecuencia, el procesado tiene derecho a conocer claramente de qué se le acusa, de qué se debe defender tanto material como técnicamente, conclusión a la que se llega cuando en la acusación se plasman los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron, las pruebas y su valoración, así como la calificación jurídica provisional. Su motivación encarna una elemental observancia al principio de legalidad y de seguridad jurídica, máxime en un Estado Social de Derecho, en donde la acusación desde el punto de vista probatorio debe ser integral, vale decir, contener lo fáctico, análisis probatorio que la justifica, la soporta y la calificación jurídica.

No resulta afortunada la concepción, por demás equivocada, de la Fiscalía 26 y del Juzgado 5º de Brigada, cuando dan una lectura sesgada, exegética y contraria a los postulados constitucionales del debido proceso, a las expresiones “**exposición fáctica y descripción jurídica de los cargos**”, ya que tales referencias, las dinamiza y las llena de contenido el funcionario, cuando argumenta y de contera motiva su decisión, soportado en el principio de la trascendencia. Esto es, al formularse la resolución de acusación, el ente fiscal debe expresar como mínimo, de forma clara y precisa los hechos jurídicamente relevantes, argumentar el proceso de adecuación típica, refiriendo el injusto penal dentro del marco de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta, así como el tema de la culpabilidad y no el mero señalamiento de la norma en la que se ubica el comportamiento, sino fundamentar el por qué, expresar la razón en la que fundamenta la acusación a partir de la valoración probatoria, el grado de responsabilidad y lo atinente a circunstancias específicas o genéricas respecto de agravantes o atenuantes. (...). En cuanto hace a la libertad provisional por superarse los sesenta días de privación efectiva de la libertad, de que trata el numeral cuarto del artículo 539 del C.P.M., estos sesenta días a que se hace alusión en el inciso tercero del numeral 4º art. 539 C.P.M., hacen referencia es a dos aspectos: El primero, que el procesado estuviese privado de la libertad por sesenta días y segundo, que durante ese lapso de tiempo y al vencimiento del mismo, no se hubiese dictado resolución de acusación; por manera que no se está haciendo referencia al auto de iniciación del juicio, como erradamente lo concibe el *a quo*, sino que sujeta la concesión de libertad a que no se hubiese proferido la resolución de acusación. El procedimiento especial dispuesto en la Ley 1058 de 2006 no denominó un momento específico del procedimiento como “iniciación del



juicio” (El que se entiende con la fijación de fecha para audiencia de acusación y aceptación de cargos), por lo que tal expresión contenida en el inciso tercero del artículo 539 del C.P.M., pierde vigencia, máxime si se tiene en cuenta que ésta correspondía a un procedimiento que tenía sólo dos etapas.

En consecuencia, para efectos de términos de libertad provisional se debe tener en cuenta es el momento en que se profiere la resolución de acusación, ya que la lógica procesal indica que al recibir el Juez de Instancia el proceso con preso (lo que entre otros aspectos facilita la realización del preacuerdo), inicia a correr es un término diferente al referido en el numeral cuarto del artículo 539, en consecuencia lo que le corresponde es fijar y realizar dentro de los ocho días siguientes, la audiencia de acusación y aceptación cargos.

Debe igualmente la Sala precisar que llegado el día y la hora para la audiencia de acusación y aceptación de cargos, deben concurrir imperativamente el fiscal, el procesado, su defensor y el ministerio público, quienes pueden hacer uso de todos los derechos que les asiste como partes de proceso. El legislador denominó este acto procesal como de “acusación y aceptación de cargos”, lo que implica que el fiscal debe manifestar cuál es su acusación, contra quién, en qué se centra, expresando de forma precisa y clara el (o los) cargo (s), y si se llegó a un acuerdo o no. Acuerdo que no debe quedar por escrito, ni corresponde a diligencia judicial alguna, ya que para el momento en que se realiza el fiscal no ostenta la calidad de funcionario sino de parte. Dicho acuerdo no obliga al Juez, quien de advertirlo puede impartir su ilegalidad.

Una vez superado este momento, intervendrá el procesado, quien debe estar presente y previa observancia, verificación del Juez sobre postulados de presunción de inocencia, del derecho a guardar silencio, de no autoincriminarse, que lo que expresa es de forma consciente, libre y voluntaria, entrará el procesado a manifestar si se dio el acuerdo, en qué consiste, si acepta o no los cargos y responderá al interrogante del Juez si se declara inocente o culpable de dichos cargos. De aceptarlos se anunciará el sentido del fallo y de no aceptar los cargos, lo que implica una reafirmación del principio de inocencia, de inmediato el Juez de Instancia iniciará la audiencia de Corte Marcial conforme el rito señalado en la Ley 1058 de 2006, en la cual surtido el trámite y terminado el debate, procederá el Juez a anunciar el sentido del fallo. **(Rad. 155034, 03 de octubre de 2008, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de decisión).**



## **NULIDAD**

**Omisión de traslado de prueba pericial no la genera.**

En lo atinente a la prueba pericial, se observa que el auto en virtud de la cual fue ordenada (fl. 12), así como el resultado de la misma (fl. 14), fue notifi-

cado personalmente tanto al sindicato (fl. 15), como a la representante del Ministerio Público (fl. 16), y en forma errónea, y tal vez por equivocación y ligereza del despacho judicial, al parecer a un abogado de nombre G. C., que no se sabe cómo apareció en el proceso, pues no existe ninguna constancia procesal que indique que haya sido designado como defensor de R. Z., que en ese momento aún no se había vinculado a la investigación, por lo que dicho acto procesal de notificación resulta inane, notándose que el defensor designado de oficio no protestó ni reclamó por la omisión de dichas notificaciones, ni su inconformidad con el resultado del peritazgo, como tampoco ningún otro sujeto procesal, siendo de aclarar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la omisión de darle traslado del dictamen pericial por tres días a los sujetos procesales no genera nulidad de la actuación (...).

Además, dicha omisión se puede aún subsanar aplicando el contenido normativo del artículo 423 del Digesto Castrense, que permite que dicho trámite lo ordene el juez, en cualquier momento, antes de que el proceso entre al despacho para dictar sentencia, y durante ese tiempo, las partes pueden pedir que se amplíe, se complete o aclare, lo cual se hará dentro del término que prudencialmente asigne el juez; es más, prevé la aludida preceptiva, que en cualquier momento, antes de que el proceso entre al despacho del juez para dictar sentencia, cualquiera de las partes puede objetar el dictamen por error, violencia o dolo (con lo cual se garantiza el derecho de contradicción y defensa). **(Rad. 154688, 06 de febrero de 2008, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de decisión).**



## **PECULADO CULPOSO**

**Extravío de arma de fuego de dotación oficial. Deber de incrementar las precauciones en la vigilancia de las armas.**

“Afirmación que bien es válidamente aplicable no solo a los funcionarios judiciales, sino también a los miembros de la Fuerza Pública, quienes por sus específicas funciones, por su formación y experiencia, tienen el deber de incrementar las precauciones en la vigilancia de las armas de fuego que el Estado les ha confiado bajo su responsabilidad, sin que a causa de tal deber, se pueda argumentar violación al principio Constitucional de dignidad humana, porque para evitar portar el arma en forma permanente, se han creado en las unidades los denominados “armerillos”, sitios especiales donde con seguridad se conservan las armas de fuego y municiones que permanecen disponibles. Porque cierto es que no se está obligado a portar en forma permanente las armas de fuego, pudiendo desprenderse en algunas eventualidades de ella, pero en tal caso, quedando a buen recaudo y con las medidas de seguridad necesarias para no someterlas al riesgo de un mal uso por parte de terceros, o como en el caso presente, a que sea hurtada y sacada de la esfera de responsabilidad del Esta-



do". (Rad. 155129, 20 de noviembre de 2008, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Sala Primera de decisión).



## **PECULADO POR APROPIACIÓN**

**Aprehensión policial de bienes. Concurso aparente de tipos.**

"(...) el objeto jurídico protegido por el legislador ha de servir de orientador al operador judicial para la tipificación de la conducta, destacándose que a pesar de tratarse de un tipo plurisubjetivo como se acotó, el interés o finalidad primaria de la norma es la tutela de la correcta función administrativa pública, con independencia de que no solo se cubran los intereses patrimoniales del Estado sino de los particulares que deben protegerse en razón a encontrarse afectados de un acto de autoridad pública.

(...) Ahora bien, es requisito para que los bienes de particulares lleguen a constituirse en objeto material del delito de Peculado, que el servidor público los tenga en su poder porque la administración y/o custodia le fueron confiadas por razón de sus funciones; considerando este Colegiado al respecto, que tratándose de la función policial no se requiere un acta formal que someta a la responsabilidad del Agente determinados bienes, ni que como en el caso de autos se haya dado por terminada la diligencia como lo considera el Ministerio Público ante la Segunda Instancia, sino que en razón de la naturaleza de sus funciones le corresponde aprehenderlos y ponerlos a disposición de la autoridad correspondiente, teniendo la custodia de los mismos una vez entra en contacto con ellos por razón de su función policial, por lo que debe entenderse que XXX al estar en ejercicio de la misma adquiriría la custodia de los bienes que en desarrollo del registro se incautaran.

(...) Tenemos entonces que la atribución respecto del bien no requiere de una competencia estricta ni de una mera relación material entre el funcionario y el bien, sino un vínculo en que está comprometida la administración pública que se afecta en su prestigio, siendo el peculado ante todo, la violación de un deber funcional, expresión que exige que el bien haya entrado al ámbito de la administración pública previamente a través de uno de sus agentes, no obstante dada la naturaleza de la función policiva ese acontecer puede ser coetáneo e inmediato en desempeño de su función, pues la custodia se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer.

(...) teniendo en cuenta finalmente que fue acertada la decisión del *a quo* relativa al Porte ilegal de armas pues está demostrado que el arma encontrada en el fiyak del procesado, fue la que junto con el dinero se apropió, luego estaríamos frente a un concurso aparente de tipos a resolver a través del principio de

consunción en una de sus formas posibles como es el tipo copenado posterior, pues no podría endilgarse el porte ilegal del arma, cuando éste fue producto del apoderamiento previo que se tipifica en el Peculado por Apropiación.” (Rad. 150977, 23 de julio de 2008; MP. CR. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA, Sala Primera de decisión).



## **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN LA LEY 1058 DE 2006**

Como es del caso la aplicación del principio de favorabilidad, resulta conveniente precisar el concepto de la misma, así como su alcance, siguiendo los lineamientos trazados por la alta corporación, pudiéndose afirmar que este principio tal como lo enuncia la Carta Magna, al lado del de Legalidad, de Defensa, Presunción de Inocencia, Cosa Juzgada, etc, es un elemento del Debido Proceso. De igual manera es de resaltar que este principio encuentra asiento en el tránsito de legislaciones, y mas como en el caso presente donde otra ley ( Ley Nº 1058-26-Julio 2006), regula que las decisiones proferidas por este procedimiento especial no serán susceptibles del grado jurisdiccional de consulta, y además que los procesos que se vienen tramitando y se hubiese iniciado el juicio, se continuarán tramitando hasta su culminación por las normas de procedimiento de corte marcial, salvo lo relacionado con el principio de favorabilidad, ubicándonos frente a la aplicación del principio en comento.

El principio de favorabilidad en el plano sustancial, se tiene que la misma legislación ha reconocido en casos excepcionales la posibilidad de que una ley que en el tiempo resulta ser posterior al momento de materialización del acto cuya patentización se censura, le sea aplicable a este último. En materia penal la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Los principios de Favorabilidad y de Legalidad, de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial del Colegiado, ha señalado: “nos permite observar que dicha norma procedimental, que es de orden público, y estricto cumplimiento, obligando en éste asunto, aplicar el principio de Favorabilidad, respecto del delito de Abandono del puesto, el cual fuera debatido en la Corte Marcial y como resultado de la misma llevara a la Presidencia, responsabilizar al SLR. C.B.A., decisión que no fuera impugnada por ninguna de las partes y por ende no se puede conocer en grado jurisdiccional de consulta el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 367 de la Ley 522/99, máxime que el estatuto procesal penal militar,- ley 1058/06- estableció su investigación y juzgamiento en vía de única instancia, lo cual obliga a Sala a abstenerse de conocer del asunto en lo que respecta a este punible, quedando la decisión ma-



terialmente en firme. (Rad. 154466, 22 de octubre de 2007, M.P. MY. (R) ANA IMELDA TRIVIÑO LOPERA, Sala Primera de decisión)



## **PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA**

**No reformatio in pejus.**

Sobre este particular existen antecedentes jurisprudenciales tanto de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal como de la Honorable Corte Constitucional. Estos pronunciamientos se sientan sobre la base inicial que irrogar una pena inexistente, pero también dejar de aplicar la prevista por el legislador, o imponerla por exceso o por defecto sin advertir los parámetros legales, conllevaba indudablemente una infracción al principio de legalidad que el superior funcional de quien la impuso, la omitió o la fijó por fuera de los límites prefijados en la Ley, podía y debía – oficiosamente – corregir ajustando la sanción al precepto o preceptos que con antelación a la comisión de la ilicitud prevenían. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal venía considerando<sup>19</sup> que la prohibición de la reformatio in pejus no tiene lugar cuando la sentencia materia de recurso de apelación ha desconocido el principio de legalidad, sustentada dicha posición en que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de reforma en peor de las sentencias (art. 31 C.P.), para aplicar esta última disposición en perjuicio de aquél. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (C.P. art. 29) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la “protección del procesado” en un evento determinado, sin que ello trasciende en general a todos los destinatarios de la Ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la Ley, esto es, los jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada clase de hecho punible. Grave perjuicio a la igualdad de todos ante la Ley penal (basilar en el Estado de Derecho) se originaría de admitir que por la vía particular de la sentencia, un sujeto de derecho pudiese recibir penas más allá de los límites máximos dispuestos por el legislador, o que estén por debajo de los límites mínimos, o no consagrados en la Ley. De ahí que se acuda al principio de coexistencia de las disposiciones constitucionales para intentar un marco de aplicación que no sacrifique ninguna de las garantías (legalidad de la pena y exclusión de reformatio in pejus) en detrimento de la otra, y que de paso tampoco desconozca principios, valores y derechos también fundamentales como la separación de poderes (arts. 1º y 113 C. P.), sometimiento del juez al imperio de la Ley (entendiendo en ella a la Constitución misma) (arts. 4º y 230 C.P.) primacía y aplicación inmediata de los derechos fundamentales (arts. 84, 93, y 94

<sup>19</sup> Sala de Casación Penal Rad. 13309, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo, 26 de noviembre de 2003.

C.P.) y reserva del legislador para la expedición de códigos (arts. 28 y 150 C.P.) entre otros.

Como lo indicó la misma Corte Constitucional<sup>20</sup>, salvo en dos oportunidades, ha sido reiterativa en afirmar que el segundo inciso del artículo 31 de la Carta, impone al juez penal un deber imperativo de asegurar que la sentencia de segunda instancia no empeore la situación del apelante único. En efecto, ha indicado el máximo Tribunal Constitucional, la no reformatio in pejus no sólo es una garantía de respeto por los derechos individuales del condenado sino que es una derivación del principio de legalidad, el cual impone autolimitación y exclusión de la arbitrariedad y del exceso del ius puniendi del Estado.

Pero tal vez el pronunciamiento de mayor relevancia que haya realizado la Honorable Corte Constitucional ha sido la sentencia SU-1553 del 21 de noviembre de 2001 donde claramente indicó que la interpretación del artículo 31 de la Carta parecería sencilla: en todo caso en donde existe un apelante único, que impugna una decisión condenatoria, no es posible que el superior agrave la pena. Sin embargo, la situación se hace compleja cuando el superior jerárquico pretende corregir errores cometidos por el juez de primera instancia, para efectos de mantener la legalidad de la pena.

Teniendo en cuenta los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional en este sentido, la misma Corte Suprema en su Sala de Casación Penal se inclinó por la prevalencia del principio de la no reformatio in pejus. Fue así como en decisión<sup>21</sup> posterior, consideró que una tal situación ha conducido a observar la conjugación o concurrencia de dos garantías superiores que muestran una tensión a la hora de valorar su aplicación, de un lado, el principio de legalidad de la pena, y de otro el de la prohibición de agravarla en las condiciones del artículo 31 de la Carta, respecto de los cuales la Sala de Casación Penal se inclinaba por dar prelación al primero de los mencionados bajo entendido que la limitante sólo puede operar respecto de una pena legalmente señalada e impuesta. Sin embargo, no hay duda que la nueva visión del instituto por parte de la Corporación también debe aparejar la expresión de un argumento en contra de lo que se venía sosteniendo.

En efecto, dice la Corte, aparte de un incremento de la pena impuesta a quien luego se convierte en apelante único constituye un evidente sorprenderamiento, respecto del cual ningún reclamo medió ante el superior que conoce de la apelación; y asimismo que emerge como un factor de incompetencia predicable del ad quem, sobre todo cuando ese aspecto no ha sido materia de discusión en el recurso, para la Sala es claro además que una decisión en esa dirección por parte del superior no hace más que reconocer que por intermedio de quien representa – que no es otro distinto al juez inferior, el Estado ha cometido un error, siendo palmario, igualmente, que en un evento tal la carga

20 Sentencia SU-1553, M.P. Dr. Jairo Charry Rivas, 21 de noviembre de 2000.

21 Rad. 22323, M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, 18 de mayo de 2005.



de la corrección comporta un ingrediente peyorativo que vendría a recaer con exclusividad en hombros del condenado como único recurrente, quien, como se insistirá, jamás aspiró a la hora de impugnar hallarse frente a una respuesta o una situación más grave que la resuelta en primera instancia. No resulta en consecuencia lógico que en ese contexto que al condenado como apelante único que pretende su absolución o una más benéfica situación, le sea finalmente agravada cuando evidentemente ese no era su objetivo ni ese el propósito de los medios de impugnación general.

Por dichas consideraciones la Corte expone que ni siquiera bajo el uso de la oficiosidad de la que se faculta a la Corte respecto de la protección de garantías fundamentales puede agravarse la situación del condenado recurrente único.

Recientemente la misma Corte Suprema de Justicia<sup>22</sup> se pronunció el ibídem sentido al señalar que ocurre que las nulidades tienen la potencialidad de derrumbar todo aquello que se ajuste a lo normado en el artículo 306 de la Ley 600 de 2000, por ser taxativos sus motivos; sin embargo, como en el caso de reflexión, el postulado de reforma en perjuicio, implica que cuando el sujeto procesal afectado recurra la sentencia, siendo apelante único, jamás se le podrá agravar su situación aumentándole la pena u ordenando que así sea, mediante el remedio extremo de la declaratoria de nulidad, así se piense que la razón para tomar tal determinación están de su lado, por vulneración al principio de legalidad de las penas; pues como se viene advirtiendo, es prevalente la reformatio in pejus, entre otros argumentos, porque en el sentenciado no puede recaer los efectos de los yerros conculcados por los funcionarios que administran justicia, al imprimirle total validez al principio de legalidad de la pena, menospreciando de manera ostensible los derechos y garantías fundamentales del condenado, justamente, por esa razón.

Basta mencionar finalmente para abstenerse esta Sala de corregir el yerro en que incurrió el ad quo, el criterio de la Corte Constitucional en el sentido que cuando una sentencia amenaza o infringe el ordenamiento legal en desmedro de los intereses del Estado o de la sociedad misma, es a la Fiscalía o al Ministerio Público a quienes atañe la restauración del régimen legal vulnerado por vía del ejercicio de los correspondientes medios de impugnación, ordinarios o extraordinarios, sin que le sea dable al juez —a riesgo de derruir la estructura del sistema— asumir oficiosamente las labores que sólo a aquellos conciernen. **(Rad. 154228, 14 de julio de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**



<sup>22</sup> Sala de Casación Penal, Rad. 23544, M.P. Dr. Javier Ortiz Zapata, 11 de abril de 2008.

## **PRISIÓN DOMICILIARIA**

**Procedería en la Justicia Penal Militar a mujer cabeza de familia, cuando se demuestre total abandono y desprotección de los hijos menores.**

(...) Aunque el Código Penal Militar reguló de manera expresa los beneficios o subrogados penales aplicables a los militares y policiales en servicio activo que consumen hechos punibles relacionados con el mismo, dentro de los cuales no incluyó la prisión domiciliaria, en aras de proteger bienes jurídicos supremos, indispensables para preservar los más caros valores que fundamentan nuestra institucionalidad, reglas que por su especialidad prevalecen sobre aquellas contenidas en el régimen penal ordinario, dadas las características de las Leyes 82 de 1993 y 750 de 2002, implementadas para garantizar la igualdad real y efectiva entre los sexos, mediante una protección especial a la mujer, cuando es la única persona encargada del amparo, manutención y cuidado de los menores y ante la necesidad de preservar la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos, que protegen los derechos de los niños de manera especial y prevalente, normas de mayor rango y jerarquía incorporadas por el artículo 93 de la Carta al Bloque de Constitucionalidad, concretamente la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU y ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, podría válidamente hacerse extensiva esta prerrogativa a los militares, o policiales condenados que realmente enfrenten y acrediten una situación similar, previo análisis de otros factores de trascendental importancia, como la necesidad de la pena, de acuerdo con la entidad y gravedad del delito y el impacto social generado por la infracción.

En efecto, la figura de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión carcelaria, introducida en la legislación nacional a través del artículo 38 de la Ley 599 de 2000 y regulada de manera especial en nuestra legislación interna para apoyar a la mujer cabeza de familia condenada a pena privativa de la libertad, para que pueda reintegrarse al seno de su familia, de acuerdo a la sentencia C-184 de 2003, requiere que su presencia en el hogar sea manifiestamente necesaria, pues el bien jurídico que se pretende tutelar, es la familia y no a la mujer cabeza de ella, y en especial, a los menores que la integran, sin tener en cuenta la condición de casada, o soltera, ya que el estado civil no es lo esencial para establecer tal requisito, sino el hecho de estar al frente de una familia a cargo de niños, o de personas incapaces, pero es al peticionario a quien compete demostrar no el apoyo económico de su familia con anterioridad a la privación de libertad, sino que se ha encargado de manera exclusiva del cuidado y el amor requeridos por sus hijos menores para su adecuado desarrollo y crecimiento, en aras de evitar exponer a los hijos de los condenados a condiciones de total abandono y desprotección, circunstancias no demostradas plenamente en el expediente, que por tanto, impiden al *a quo* y a esta Sala pronunciarse sobre la aceptación en el sub litem de esta figura jurídica.



De otra parte la Ley 82 de 1993 aclara y define el concepto de madre cabeza de familia en los siguientes términos: “quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica, o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios y otras personas o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente, o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”, condición que, debe ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso”, prueba de la que adolece la actuación, tal como acertadamente aduce el Juzgador de la Primera Instancia. Al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia 21734 del 13 de abril de 2005, Magistrado Ponente Doctor Mauro Solarte Portilla, ha precisado que para la aplicación de tan especial prerrogativa el legislador se encargó de precisar unos condicionamientos de carácter objetivo y subjetivos, que son de imperativo cumplimiento, requisitos que no se encuentran plenamente demostrados en el sub litem circunstancia que conduce a esta Corporación a avalar la decisión adoptada por el fallador primario.

Sin embargo, esta instancia disiente de la valoración relativa al alcance de los registros civiles que militan a folios 626 y ss, del expediente, documentos públicos que según el artículo 429 del Código Penal Militar, se presumen auténticos mientras no se demuestre su falsedad, pese a la facultad que ostenta pues la aclaración y comprobación de estos aspectos como autoridad encargada de velar por la ejecución de la sentencia, para evitar que esta medida sea objeto de manipulación por parte del policial condenado, o que se conculquen los principios de humanidad y equidad esenciales para una pronta y cumplida justicia, teniendo en cuenta además, si frente a la gravedad o complejidad de la infracción imputada a la AG. T.J.M. se puede privilegiar de esta manera a una servidora del Estado que ha consumado un delito contra la Fe Pública, o si por el contrario se hace necesario cumplir de manera efectiva la pena impuesta, para afianzar su poder ejemplarizante, disuasivo, e intimidatorio y la confianza ciudadana en la efectividad de la Fuerza Pública y el Ordenamiento Jurídico castrense, sin olvidar la obligación del estado, por mandato constitucional de proteger derechos fundamentales de menores de edad, los cuales ante la privación de la libertad de su progenitora, quedarían expuestos a la indefensión y a la ausencia de afecto, compañía y cuidado indispensable para su sano desarrollo, si se llegase a demostrar su condición de madre cabeza de familia.

Cabe aclarar que, conforme a la línea jurisprudencial trazada por la corte Constitucional, a partir de la Carta de 1991, se constitucionalizó todo el régimen penal y procesal penal en nuestro país, inclusive el penal militar, al que, sin perjuicio de su especialidad, deben igualmente aplicarse las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar los tratados que en esta materia resultan vinculantes para Colombia en el sistema regional, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del plexo Constitucional, en virtud de las cuales, la ejecución de medidas que afecten derechos fundamentales tan importantes como el de la libertad, no opera de plano, sino que exige efectuar un test de razonabilidad, conducente a verificar en cada caso concreto si resulta

adecuada para obtener los fines constitucionales legítimos perseguidos por el legislador, la necesidad de su aplicación, o sea, que no existan otras alternativas menos gravosas para el agraviado y la proporcionalidad en sentido estricto, en virtud de la cual se requiere ponderar además, la relación costo beneficio. **(Rad. 154217 del 30 de julio de 2007 MP. CR.(R) MARGARITA ROSA ZULUAGA SÁNCHEZ, Sala Tercera decisión).**



## **PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

**La omisión de adelantar la audiencia de acusación y aceptación de cargos y el traslado a las partes para solicitar pruebas, constituye causal de nulidad.**

“Al emprender una lectura del compendio procesal, encuentra la Sala que en la etapa del juicio se incurrió en una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso, hallando que la única forma de remediar el error es mediante la declaratoria de nulidad de lo actuado, para que conforme a la ritualidad establecida para el procedimiento especial, se restablezcan las garantías desconocidas en la última etapa del proceso.

Bien es sabido que conforme al artículo 578 del Código Penal Militar, incorporado mediante la Ley 1058 de 2.006, los procesos que se adelanten por el delito de Desobediencia, entre muchos otros, se tramitarán por el procedimiento especial, y teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron el 01 de octubre de 2.006, se debe aplicar la Ley 1058 de 2.006, vigente desde el 26 de Julio de 2.006.

(...) Efectuada la comparación entre el procedimiento normado y el adelantado por el Juez de Primera de Instancia, según acta visible a folios 313 a 342, se observa que pese a que mediante auto del 26 de marzo de 2.008 se citó a las partes para audiencia de acusación y aceptación de cargos, imprimiendo a la etapa del juicio el procedimiento especial, esta jamás se realizó.

Así, no obra antecedente escrito acerca de la actuación que se ha debido surtir entre el Fiscal y el procesado, quien debe estar acompañado por su defensor, con el propósito de acordar sobre la eventualidad de aceptar o no los cargos y las consecuencias que de ello se deriven. Es decir, no se intentó esta posibilidad, de manera que se infringió el precepto legal, en la medida que la Ley 1058 de 2.006 señala que el Fiscal y el procesado “deberán” reunirse, trámite no potestativo, sino obligatorio, salvo causa justificada.

Para la Sala, es claro que la reunión entre el Fiscal y el procesado y su defensor, a fin de examinar la posibilidad de aceptar o no los cargos y sus consecuencias, es obligatoria y debe ser realizada antes de la instalación de la audiencia



de acusación y aceptación de cargos, de lo que debe levantarse un acta que se agregará al proceso. Actuación que se debe cumplir dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria de la resolución de acusación.

Del mismo modo, en la audiencia de acusación y aceptación de cargos del día 14 de abril de 2.008, se omitió advertir al sindicato el derecho que le asistía de guardar silencio y de no autoincriminarse y de concederle el uso de la palabra para que manifestare si llegó a algún acuerdo con el Fiscal o si se declara inocente o culpable. Aspecto que pareciere una simple formalidad, pero cuya omisión, puede significar para el procesado la obligación de dar una respuesta, cuando es claro que frente a la acusación, puede hasta guardar silencio. Por ello, violatorio del derecho de defensa. (...).

También, se desconoció el debido proceso durante el trámite de la Corte Marcial, siguiendo el derrotero establecido en el actual artículo 579 del Código Penal Militar, cuando de igual forma se omitió ostensiblemente correr traslado a los sujetos procesales por el término de dos (2) horas renunciables, con el fin de darles la oportunidad de aportar o solicitar las pruebas que consideren pertinentes y conducentes, las que el Juez debe resolver de plano, acogiéndolas o rechazándolas.

Una lectura cuidadosa del acta de la Corte Marcial realizada el 14 de abril de 2.008, así lo refleja. En consecuencia, estamos frente a una pretermisión de la etapa probatoria del juicio, con lo que se coartó a las partes la posibilidad de presentar pruebas de acuerdo a sus especialísimos intereses, pero más aún, limitando el derecho de defensa en cuanto se pudo considerar esta como una oportunidad para reforzar los argumentos defensivos.

Como ni en los actos previos, ni dentro de la audiencia de Corte Marcial se dio a las partes la oportunidad de solicitar pruebas, así como de procederse a la práctica de las conducentes y necesarias, se concluye que se ha configurado una irregularidad de tipo sustancial que afecta tanto el debido proceso como el derecho de defensa.

Las falencias anotadas en precedencia que consideradas de manera insular, podrían parecer meras ritualidades, vacías de contenido sustancial, pero al articularse en su conjunto, conculcan de manera grave, e irreparable, el derecho a un debido proceso y por ende el de defensa, que, según la doctrina y jurisprudencia imperantes en nuestro país, por regla general, está desligado del rigorismo inherente a los demás principios que regulan la declaratoria de nulidad, tales como, el de trascendencia, protección, e incluso el de convalidación y derrumban las bases del juzgamiento, ante lo cual es preciso invalidar lo actuado, conforme a lo estipulado en los numerales segundo y tercero del artículo 388 del Código Penal Militar, pero a partir de la instalación de la Corte Marcial, folio 313 inclusive, en atención al principio de residualidad que rige las nulidades, para producir el menor traumatismo posible y evitar dilatar aún más el trámite del

proceso, restaurar en debida forma el contradictorio y retornar las cosas al ámbito de legalidad compatible con el esquema propio del Estado social democrático de derecho”. **(Rad. 154818, 25 de Julio de 2008, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Sala Primera de decisión).**



## QUERELLA

La formulación verbal constituye noticia criminal.

“(…) Desconoce la funcionaria que los hechos se establecieron justamente por la denuncia verbal que realizara el afectado, Fernando Prada González al momento de retirar su vehículo de las instalaciones de la URI, y que además fuera ratificada en entrevista obrante a folio 53 ante la Policía Judicial (observándose un error del nombre en la post-firma, más no en la firma y número de cédula) pues se reitera este es el procedimiento en el sistema acusatorio, dando prelación el funcionario instructor a un aspecto formal sobre lo sustancial, pues al parecer pretender que obre una denuncia formal y escrita, y que específicamente el ciudadano denomine “querella” para darle el tratamiento de tal; por lo que ha de recordarse que de conformidad con el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, “la denuncia, querella o petición se hará bajo juramento, verbalmente o por escrito, (...). Si la denuncia fuere escrita, el juramento se entenderá prestado por la sola presentación de la misma”.

Igualmente, establece la norma en cita, que se dejara constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante, quien deberá manifestar si conoce que hayan sido puestos en conocimiento de otro funcionario (sin que la omisión de esta última afirmación descalifique la denuncia como tal, pues es obvio que no existía otra autoridad con el conocimiento de los hechos, pues se están denunciando al momento de detectarlos). Esto es, que la queja presentada por el particular Prada González, ante el Subteniente Garzón Gómez; Coordinador SIJIN URI- Kennedy, constituye la “querella” que extraña la funcionaria Instructora, según informa a folio 62 y 63; pues como lo ha definido la jurisprudencia, “La querella es la solicitud que hace el sujeto pasivo de la conducta punible para que se inicie la correspondiente investigación penal ante la comisión de un ilícito para el cual el legislador estableció esa condición (...)”. (CSJ, Cas. Penal, Sent. 24 de abril de 2003, Rad. 15820, MP: Herman Galán Castellanos). **(Rad. 154216, 31 de agosto de 2007, MP. TC. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA, Sala Primera de decisión).**





## **REBAJA DE PENA**

### **Procedencia y presupuestos para la concesión de la rebaja de pena dispuesta en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 en materia Penal Militar.**

Permite lo anterior, reiterar a la Primera Instancia y aclarar su confusión, como lo hiciera la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar en julio 16 de 2008<sup>23</sup>, que el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 si tiene aplicación para todos los condenados y en particular deviene en procedente en materia penal militar, toda vez que la norma tuvo vigencia desde su promulgación hasta la declaratoria de inexecutable, esto es desde el 25 de julio de 2005 hasta el 18 de mayo de 2006. Por lo que si dentro de este lapso de tiempo se estaba cumpliendo pena y se formuló la petición la diminuyente deviene en procedente, conforme se infiere de la necesaria sistemática lectura de la Ley 975/05 -70, C-370/06, T-153150 Mayo 10 de 2007, T-31922 17 de julio de 2007. CSJ Rad. 25705, ago. 10-06 (...). Obsérvese como el incidente de reparación integral, es un instituto procesal muy propio de esquemas de matiz acusatorio dispuestos en la Ley 906 de 2004 y Ley 975 de 2005, en ésta el incidente de reparación se desarrolla ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial en audiencia que declare la legalidad de la aceptación de cargos, con trámites e intervenciones muy propias, conllevando a que en la sentencia se imponga a más de la pena principal, la accesoria, la pena alternativa y los compromisos, la imposición de la de reparación moral y económica de las víctimas y la extinción de dominio de los bienes que se destinarán a la reparación. Vale decir, instituciones tan propias del objeto de la Ley 975 de 2005 que consultan su inspiración y filosofía, no pueden aplicarse en el caso en estudio, no sólo por la sustancial diferencia que se percibe, sino porque los momentos históricos y procesales son ostensiblemente diferentes. (...). Debe precisar la Sala que los actos de reparación dispuestos en el artículo 44 de la Ley 975 de 2005, se constituyen en presupuestos para obtener el beneficio de libertad a prueba, tema que no es objeto de discusión en el asunto que nos ocupa. (...) Ahora bien, cierto es que de una lectura sistemática de los artículos 27 del Decreto 4760 de 2005 y 70 de la Ley 975 de 2005, infiere que su redacción generó una situación general en su aplicación al concebir una rebaja de pena de una décima parte para todo tipo de condenado, encontrando la Sala que para el caso del condenado Julio Rojas se reúnen los presupuestos de los numerales uno al cinco, tal y como se ha expuesto, ya que a más de haberse acreditado su conducta como ejemplar según constancia obrante a folio 1940 del 5º cuaderno original, el procesado estuvo presto a atender los requerimientos que en su momento le hizo la justicia para contribuir con la misma, de igual forma ha expresado su compromiso de no repetición de actos delictivos, lo que se infiere no sólo con su voluntad expuesta desde que ha formulado la solicitud de acogimiento al artículo 70, sino por manifestación expresa, en donde en forma evidente con ánimo y voluntad, el condenado también ha hecho público su pedimento de perdón que ha de entenderse referido al asunto objeto de este proceso, tal y

23 Tribunal Superior Militar Rad. 104847-8841 PONAL. Julio 16 de 2008. M.P. Gustavo Piraban Cuesto.

como obra a folios 1934, 1935 y 1936 del quinto cuaderno original. (...) Tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional y con razón lo invoca el impugnante, en la aplicación del artículo 70, tantas veces citado, su desarrollo jurisprudencial y legal, los requisitos allí impuestos, no tienen carácter concurrente, que es en lo que se equivoca la Sala Tercera, sino que por el contrario “(...) el juez debe estudiar en cada caso el cumplimiento de uno o varios de ellos y en consecuencia realmente tasar el beneficio legal (...)”, partir de la premisa según la cual el juzgador no debía tasar el beneficio sino simplemente reconocerlo o negarlo en su integridad, al verificar el incumplimiento de uno de los requisitos vulnera derechos fundamentales propios del debido proceso como lo señala la Corte Constitucional en estos términos: “... es decir, bastaba con constatar el incumplimiento de uno solo de los requisitos previstos en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 para negar la petición, así se cumpliera total o parcialmente los demás. Tal interpretación, como se ha explicado, conduce a vulnerar el derecho fundamental del debido proceso penal, por cuanto el condenado tiene derecho a que el juez no simplemente le reconozca o niegue el beneficio, sino a que efectivamente aquel sea tasado, sirviéndose para ello en todas las pruebas que reposen en el expediente, bien sea aportadas por el peticionario o aquellas que para tal efecto hubiesen sido decretadas de oficio<sup>24</sup>”. **(Rad. 104847, 17 de diciembre de 2008, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**



## RECURSO DE HECHO

Solo es viable cuando se ha negado la apelación.

“(...) el hecho de que ya el Juzgado Instructor hubiere decretado la práctica de unas diligencias en acatamiento a lo dispuesto pretéritamente por la Sala, no era óbice para que en su desarrollo, si estableció que los hechos a investigar no eran de su competencia, máxime que nos encontramos frente a una jurisdicción restringida por el fuero penal militar, que exige además de la condición militar en actividad, que la conducta se realice en actos relacionados con el servicio; procediera a su envío a la autoridad que considera competente,(...)”.

(...) Para admitir el recurso de hecho, se requiere que la apelación sea procedente conforme a la Ley, que haya sido interpuesta en tiempo y que en tiempo también se haya pedido la reposición e interpuesto éste (...).

(...) el auto que ordena la remisión de un proceso a la Justicia ordinaria por competencia, no está contemplado dentro de lo autos de sustanciación notifiables, por lo que el recurso presentado en contra del auto en mención sería improcedente, más aún cuando fue presentado según lo manifiesta la defensa, tiempo después de haber sido remitido el expediente a otra jurisdicción, (...).

24 Corte Constitucional Revisión. Sentencia T1531158010 de mayo de 2007. M.P. Humberto Sierra Porto.



Así, el recurso de hecho impetrado, solo es viable cuando se ha negado la apelación (...). (Rad. 154030 28 de enero de 2008, MP. CR. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA Sala Primera de decisión).



## RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

La ausencia total de valoración de las pruebas, que sirven de sustento para la formulación de la imputación genera nulidad.

“Como el tema se centra, en los requisitos que debe contener la resolución de acusación a las voces de la Ley 1058 de 2006, al tratarse de un procedimiento especial y expedito, debemos indicar, que si bien esta disposición únicamente hace énfasis en que esta contendrá **“una exposición fáctica y descripción jurídica de los cargos”**, no es menos cierto, que al funcionario acusador le corresponde formular la misma en términos unívocos, precisos e idóneos, para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin, es decir, debe contener una clara e inequívoca delimitación tanto de los hechos jurídicamente relevantes (exposición fáctica) como de los cargos que en razón de tales acontecimientos se formulan (descripción jurídica), pues el no contener ello es una clara violación al debido proceso y derecho de defensa, ya que desde el punto probatorio, ésta tiene que ser completa, es decir, de forma tal que el sindicado tenga la posibilidad de aceptar o refutar los cargos, pues a partir del conocimiento claro sobre los motivos de la acusación, es que éste puede ejercer los mecanismos de oposición y contradicción que considere pertinentes, y además, que de antemano sabrá en caso de aceptación de cargos, que no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí. Por tanto, la providencia acusatoria de que trata la Ley 1058 de 2006, debe estar integrada específicamente, por una narración de los hechos investigados e indicación de las circunstancias que las especifican (exposición fáctica), valoración o evaluación de las pruebas empleadas para la formulación de la imputación (análisis probatorio), y una calificación típica de la conducta objeto de la investigación (descripción jurídica).” (Rad. 154915, 29 de julio de 2008, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de decisión).



## RECURSO DE APELACIÓN

Legitimidad cuando el procesado acepta cargos en el procedimiento especial. Principio de irrevocabilidad.

“Así las cosas, la aceptación de cargos es una figura que podría considerarse propia de una justicia consensuada, que a su vez forma parte del denominado

derecho premial, en la medida en que el procesado manifiesta consciente, espontánea y libremente su voluntad de aceptar los cargos que la Fiscalía Penal Militar le ha formulado; y a cambio de ello y como retribución, recibe como beneficio una rebaja de la pena que le correspondiere.

Precisamente, ese beneficio es a manera de compensación, por cuanto la declaración de culpabilidad permite al Juez de Primera Instancia omitir la etapa del juicio, profiriendo sentencia casi de manera inmediata.

Luego, la aceptación de cargos se constituye en una renuncia voluntaria de una etapa en la que los sujetos procesales tienen derecho a la práctica de las pruebas que soliciten en pro de sus intereses, así como a controvertir las existentes. En consecuencia, la aceptación consciente y voluntaria de los cargos, debe regirse por el principio de irrevocabilidad, en virtud del cual, aceptados los cargos, el procesado y su defensor renuncian a controvertir la prueba y el contenido de la acusación.

Es por ello que no se pueden aceptar los argumentos del Ministerio Público apelante, quien pretende la revocatoria de la condena impuesta, aduciendo que en el proceso existen serias dudas, las que han debido resolverse a favor del sindicado.

Obviando la falta de legitimidad para recurrir, la Sala considera que frente a la renuncia voluntaria de la etapa del juicio y con ello la renuncia a una nueva etapa probatoria, en la que se habrían podido despejar las dudas planteadas por la apelante, no es procedente la argumentación de falta de pruebas para derribar el fallo condenatorio. Porque en una decisión libre y voluntaria, el procesado admitió su responsabilidad frente a la conducta imputada por la Fiscalía Penal Militar". **(Rad. 155093, 29 de agosto de 2008, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Sala Primera de decisión).**



## **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN**

### **Deber de motivación.**

“Aún en el procedimiento penal militar especial, que consagró la Ley 1058 de 2.006, el Fiscal Penal Militar tiene el deber de sustentar y motivar su decisión, pues tal obligación deviene del carácter propio de nuestro Estado Social de Derecho, siendo un deber implícitamente previsto en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Y aunque solo se exige la exposición fáctica y la descripción jurídica de los hechos, como contenido de la resolución acusatoria, se entienden estos como la imputación fáctica que sería la atribución de la conducta objeto de reproche



con la exacta indicación de todas sus circunstancias, y la imputación jurídica o señalamiento preciso de las normas que recogen de forma abstracta aquellos condicionantes fácticos. Imputación que debe ser clara, precisa y coherente, de manera que no haya lugar a equívocos, pues de lo contrario, el Juez no podrá de ningún modo entrar a suponer lo que no fue claramente definido.

Contra esta resolución solo cabe el recurso de reposición, de manera que para garantizar ese derecho de contradicción, la providencia calificatoria debe tener un mínimo de motivación que permita orientar la impugnación, así como que permita diseñar la estrategia de defensa, bien sea aceptando los cargos por ser estos sólidos y bien estructurados o por el contrario, permitiendo el desarrollo de la Corte Marcial, la que inicia dando la oportunidad a las partes de solicitar o aportar pruebas, siendo por ello necesario que el procesado sepa cuáles son las pruebas que sustentan los cargos a fin de determinar la necesidad de solicitar o aportar las que estime necesarias en pro de su interés.

No debe olvidarse que una vez ejecutoriada la resolución de acusación, el Fiscal adquiere la calidad de parte, entrando en igualdad de armas con el procesado en la etapa de juicio, y ya estando en la Corte Marcial, lo que hace es intervenir oralmente para sustentar su acusación, no para acusar, originando el debate del cual el Juez toma su decisión.

Obvio es que el propósito de la Ley 1058 de 2.006 fue el de propugnar por el descongestionamiento de procesos y encaminar el proceso hacia un sistema acusatorio, demandando para ello rapidez y oralidad en el trámite, pero aún así, en todo caso se deben garantizar los derechos consagrados a favor del procesado.

Por ello, el procedimiento especial militar básicamente lo que hace es reducir los términos procesales, pero manteniendo el esquema del proceso ordinario, esto es, instrucción, calificación y juzgamiento, salvo algunas variaciones sustanciales. En la etapa de calificación, el Fiscal puede escoger entre cesar procedimiento o bien proferir resolución de acusación, en cuyo caso debe exponer razonablemente y con un mínimo de análisis probatorio, la imputación fáctica y jurídica de los cargos, a fin de demostrar el mérito encontrado para acusar, como así expresamente lo señala el actual artículo 579 del Código Penal Militar, cuando en su inciso quinto dice: “Producida tal determinación, si encuentra mérito para acusar, formulará dentro de los cinco (5) días la respectiva resolución (...)”. (Subrayado de la Sala).

La diferencia entre la resolución de acusación del procedimiento ordinario y la del procedimiento especial, radica en que aquella debe contener los requisitos formales que exige el artículo 557 del Código Penal Militar, estos son: 1. La narración sucinta de los hechos investigados, con la especificación de todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar. 2. La indicación y evaluación de las

pruebas allegadas a la investigación. 3. Las razones por las cuales comparte o no los alegatos de las partes. y 4. La calificación jurídica en que fundamenta la acusación, con señalamiento expreso del delito o delitos y de sus circunstancias específicas. Mientras que la del procedimiento especial tan solo debe contener una exposición fáctica y jurídica de los cargos.

Pero tanto la una como la otra, deben cumplir con el requisito sustancial señalado en el artículo 556, necesitando el Fiscal para proferir su acusación, demostrar que hay merito para acusar, esto es, que esta demostrada la ocurrencia del hecho, su tipicidad y, además, que exista confesión, testimonio que ofrezca credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio, pues de no encontrar suficiente prueba para calificar, el Fiscal puede devolver el proceso al Juez de Instrucción para que practique las pruebas indispensables.

Y es precisamente en la resolución de acusación, donde el Fiscal al realizar su exposición fáctica y jurídica de los cargos, debe por los menos anunciar o valorar la prueba con la cual sustente su acusación, así sea de forma breve, de manera que no sea una simple, escueta y vacía identidad del factum, sino de aquella identidad de cargos con relevancia frente al grado de responsabilidad que haya de inferirse al procesado. De tal forma que los sujetos procesales puedan conocer sus fundamentos, y ejercer un adecuado control sobre la acusación, ejerciendo actos de contradicción o impugnación, dadas las implicaciones que en el desarrollo del proceso y las funciones que allí está llamada a cumplir.

En el procedimiento penal militar especial, la resolución de acusación debe contener la narración de los hechos investigados y la indicación de las circunstancias que las especifican (imputación fáctica); y la calificación típica de la conducta objeto de investigación (imputación jurídica). Este condicionamiento formal implica que el funcionario judicial debe presentar en forma clara y precisa las razones que la sustentan, de manera tal que los sujetos procesales puedan conocer el fundamento fáctico y jurídico de la acusación. Garantizándose así el principio de lealtad procesal y en esa misma medida, el derecho de defensa y contradicción". **(Rad. 154912. de 28 de mayo de 2008, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO. Sala Primera de decisión).**



## TEORÍA DEL ERROR

Defensa putativa como un error de prohibición indirecto.

“No se puede pasar por alto que la defensa putativa, como un error de prohibición indirecto o concreto, se presenta sobre los presupuestos objetivos de la causal de justificación denominada legítima defensa, y es que en efecto, el



error puede versar sobre un elemento del tipo, bien sea el elemento descriptivo o normativo; o sobre la permisión de la conducta, en el primer caso se habla de error de tipo, en el segundo de error de prohibición, el cual como bien es sabido, se da sobre la existencia de la causal de justificación, sobre los límites de ella o sobre sus presupuestos objetivos. De esta forma, en la defensa putativa se presenta un error de prohibición concreto e indicativo: el sujeto realiza la acción típica y antijurídica, sin culpabilidad, él sabe que lo que hace en abstracto está prohibido, pero cree que la prohibición sede en su beneficio, viola la Ley, obra antijurídicamente, pero sin culpabilidad, no tiene conciencia de la ilicitud de su conducta. Es este, digámoslo así, el alcance de la figura jurídica en el derecho penal.

Empero, de otro lado, desde el punto de vista psicológico se entiende la defensa putativa como la reacción que se ejerce ante un peligro que no existe en el mundo real pero sí existe como realidad psíquica, existiendo el peligro sólo en el campo conductual, en el mundo del sujeto, donde el error se presenta por discordancia entre la percepción y la realidad, entre la idea y el objetivo, pues el sujeto se defiende igual a como se defendería si hubiera sido en realidad atacado.

Sin lugar a dudas, los factores que inciden en un acto y en un momento dado deben mirarse en las circunstancias antecedentes, inmediatas o concomitantes con el hecho. Como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia desde hace varios años, así: “para que se presente la defensa subjetiva se requiere, sí, un principio de agresión, un movimiento que le haga aparecer como real, aunque tal principio de agresión, sea falso (...). La ilusión del injusto peligro debe fundarse en los hechos, la creencia debe ser razonable”<sup>25</sup>.

Es diáfano entonces que el sujeto debido a su estado anímico, malinterpreta un comportamiento que a veces parece ser inocente, o no tener la entidad destructiva o de gravedad que se le atribuye.

Son precisamente estas circunstancias las que permiten inferir la existencia de la defensa putativa, pues no puede colegirse la presencia de una conducta culposa en el sindicado, primero porque las instrucciones impartidas por sus superiores eran claras en el sentido de tener su arma cargada, donde existían antecedentes de hostigamientos por parte de los insurgentes que hacían presencia en el área, agregado a las condiciones climáticas que se presentaban para ese entonces, aunado además a que el mismo soldado realizó como le estaba ordenado, las advertencias como el santo y seña, y por esta potísima razón, muy diferente hubiese sido el reconocimiento del error de prohibición en otro lugar, en circunstancias de modo, tiempo diferentes y de orden público que no ameritaran las medidas de seguridad dispuestas en este caso por el mando, basta remitirse a la foliatura para concluir con los testimonios existentes y contestes, que la realidad fáctica fue la narrada por el sindicado, sin que exista prueba que contradiga su dicho, por demás plenamente creíble y soportado con las de-

más probanzas. (Rad. 154679, 22 de agosto de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).



## **VALORACIÓN PROBATORIA**

**Eta**pa de calificación y de juicio.

“(…) la resolución de acusación no requiere la certeza de la existencia del hecho punible, ni de la responsabilidad del sindicado, presupuesto jurídico que solo es exigible para emitir sentencia condenatoria, aspecto que corresponde establecer al fallador de primer grado, luego de la valoración global del acervo probatorio que al momento de emitir el fallo, debe someter el tamiz de las reglas de la sana crítica, y además, los sujetos procesales durante el juicio pueden ejercer el derecho de contradicción y rebatir los argumentos presentados por la Fiscalía, quedando de esta manera garantizado el derecho de defensa de los procesados. Por manera, que bien hizo el a quo al denegar las nulidades solicitadas por los recurrentes”. (Rad. 149562, 13 de mayo de 2008, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de decisión).



## **VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA**

**Motivación de la resolución de acusación en el procedimiento especial.**

Con antelación ha reiterado esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos, que la Ley 1058 de 2006 atendió los requerimientos de la Corte Constitucional plasmados en la sentencia C-178 de 2002 para establecer un nuevo procedimiento especial, esta vez ajustado a las etapas de instrucción, calificación y juzgamiento, pero además, con el propósito de buscar una pronta y cumplida justicia, con un procedimiento caracterizado por la economía procesal, celeridad y eficacia, pero sobre todo, bajo la égida del respeto al debido proceso y el derecho de defensa de quien está incurso en las breves del proceso.

Sobre estos principios se edificó la Ley denominada en su momento de “Choque,” norma que por mandato Constitucional debe guardar el equilibrio e igualdad entre la eficacia y eficiencia de la administración de justicia y el respeto de los derechos del procesado y de las víctimas, principios estos últimos que no pueden ser sacrificados so pretexto de lograr una oportuna y pronta justicia, desconociendo el respeto de las normas procesales sustanciales.

Bajo esta premisa, el operador judicial no puede considerar que al tenor del artículo primero de la Ley en mención, artículo 579 del Código Penal Militar en



su inciso quinto “Producida la determinación, si encuentra mérito para acusar, formulará dentro de los cinco (5) días siguientes la respectiva resolución, que contendrá una exposición fáctica y descripción jurídica de los cargos (...)”, debe limitarse única y exclusivamente a ese tenor literal para proferir la acusación en contra del culpado, es decir, a efectuar la exposición fáctica y a indicarle jurídicamente cuál es la presunta norma en que se encuentra incurso, sin argumentos y valoración alguna, en el mal entendido que el legislador lo único que quiso fue buscar agilidad y prontitud en la administración de justicia.

Es del caso resaltar que en decisiones emitidas con anterioridad por los Honorables Magistrados de las Salas Primera<sup>26</sup>, Tercera<sup>27</sup> y Cuarta<sup>28</sup> de esta Corporación en lo atinente a la existencia de nulidad por el incumplimiento de las formalidades que exige la resolución de acusación las cuales son imperativas y de omitirse suscitan la afectación de los derechos de debido proceso y de defensa, se ha decantado que debe existir en materia de la Ley 1058 de 2006 y en particular de la resolución de acusación, una motivación así sea mínima, con valoración de las probanzas arrojadas a la foliatura, obviamente con fundamento en una imputación fáctica y jurídica como lo ha reiterado este Colegiado en los pronunciamientos anteriormente enunciados.

Así las cosas, no basta con que el Fiscal Penal Militar se limite a indicar los medios probatorios que sustentan la legalidad del proceso, sino que está en la obligación de analizar y valorar los elementos de convicción con base en los cuales fundamenta su juicio de responsabilidad para calificar el mérito del sumario con la acusación, pues este pliego de cargos se debe ceñir a una serie de requisitos formales y sustanciales, con especial trascendencia en la precisión y claridad de los hechos que son motivo de investigación y por los cuales se formula la imputación de la misma manera que las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ellos ocurrieron, así como de las circunstancias de agravación o atenuación punitiva y de la calificación de la conducta punible sobre la cual se edifica la acusación.

De esta manera, dentro del análisis jurídico de la calificación que se da a los hechos motivo de investigación, se debe realizar el correspondiente análisis probatorio para la demostración no sólo de los factores objetivos del hecho ilícito, sino también de la imputación subjetiva del mismo, y el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006 no puede ser ajeno a estas exigencias y garantías legales y constitucionales.

El no cumplimiento de dichas formalidades y requisitos, conlleva imperiosamente a la existencia de nulidad, no sólo del debido proceso, sino del derecho de defensa, por la existencia de un acto de formulación de cargos anfibológicos,

- 
- 26 Proceso 154913, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 28 de mayo de 2008.
  - 27 Proceso 154914, M.P. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira, 18 de junio de 2008.  
Proceso 154753, M.P. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira, 7 de julio de 2008.  
Proceso 154911, M.P. MY.(r) Marycel Plaza Arturo, 27 de junio de 2008.
  - 28 Proceso 154917, M.P. CN.(r) Germán Prieto Navarro, 10 de junio de 2008.

carentes de motivación, puesto que no daría posibilidades defensivas, al no saber a ciencia cierta cuáles son los cargos de los cuales se debe defender y saber en qué valoración probatoria se soportan. **(Rad. 154919, 14 de julio de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**

## **VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO**

**En el procedimiento especial.**

Esta Sala de Decisión en anterior pronunciamiento sobre el particular, expuso lo siguiente:

“En efecto la sentencia C-178 DE 2002 de la Corte Constitucional consideró que la existencia de un régimen especial en materia penal militar no puede convertirse en una razón que justifique el desconocimiento de la Constitución y los derechos fundamentales que el Ordenamiento Superior reconoce a todos los ciudadanos, también a quienes forman parte de la fuerza pública. Por ende, buena parte de la eficacia que se predica de un ordenamiento jurídico como instrumento social encaminado a proteger los derechos fundamentales de los miembros de una comunidad y resolver los conflictos que se presentan entre diferentes actores sociales, depende de la existencia de principios que garanticen el debate razonado de los argumentos enfrentados que permitan que las demandas y pretensiones que presentan los ciudadanos en defensa de sus intereses, puedan ser discutidas y resueltas sobre la base de procedimientos claramente establecidos por las normas jurídicas, de esta manera, se evita la incertidumbre y la arbitrariedad en la definición de los derechos reconocidos a los individuos por la Constitución y la Ley. De esta forma, ha dicho la Corte, la consagración del debido proceso como principio articulador de las controversias jurídicas, es fundamental para asegurar la efectividad del derecho de defensa, no sólo en las actuaciones que comprometen a la autoridad y a los ciudadanos, sino también en el ámbito específico de la relación jurídica entre el Estado y sus servidores, por ejemplo, los integrantes de la Fuerza Pública.

Fue así como estableció el alto Tribunal que el procesado debe conocer los hechos y pruebas en los que se sustente una acusación que se hace en su contra y presentar los recursos legales procedentes contra la misma y así preparar mejor su defensa; pues consagrar una estructura procesal que no distingue con claridad las etapas de investigación, acusación y juzgamiento, es impedir el ejercicio efectivo del derecho de defensa en la posibilidad de conocer por ejemplo los cargos específicos y sus fundamentos de hecho y de derecho.

Como bien lo indicó la Corte en su misma decisión, la existencia de un régimen especial en materia penal militar no puede convertirse en una razón que justifique el desconocimiento de la Constitución y los derechos fundamentales,



por eso la regulación legal de un procedimiento especial en el ámbito de la justicia penal militar, es inconstitucional si desconoce la estructura procesal que permite distinguir con claridad las etapas de investigación, acusación y juzgamiento y cuando limita el derecho de defensa del procesado.

La Ley 1058 de 2006 como bien lo indica la Fiscal 26 Penal Militar, atendió los requerimientos de la Corte Constitucional plasmados en la sentencia C-178 de 2002 para establecer un nuevo procedimiento especial, esta vez ajustado a las etapas de instrucción, calificación y juzgamiento, pero además, con el propósito de buscar una pronta y cumplida justicia, con un procedimiento caracterizado por la economía procesal, celeridad y eficaz, pero sobre todo, bajo la égida del respeto al debido proceso y el derecho de defensa de quien está incurso en las breves del proceso.

Sobre estos principios se edificó la Ley denominada en su momento de “Choque,” norma que por mandato Constitucional debe guardar el equilibrio e igualdad entre la eficacia y eficiencia de la administración de justicia y el respeto de los derechos del procesado y de las víctimas, principios estos últimos que no pueden ser sacrificados so pretexto de lograr una oportuna y pronta justicia, desconociendo el respeto de las normas procesales sustanciales.

Bajo esta premisa, el operador judicial no puede considerar que al tenor del artículo primero de la Ley en mención, artículo 579 del Código Penal Militar en su inciso quinto que indica “Producida la determinación, si encuentra mérito para acusar, formulará dentro de los cinco (5) días siguientes la respectiva resolución, que contendrá una exposición fáctica y descripción jurídica de los cargos (...)”, debe limitarse única y exclusivamente a ese tenor literal para profirir la acusación en contra del culpado, es decir, a efectuar una simple exposición fáctica y a indicarle jurídicamente de manera escrita cuál es la presunta norma en que se encuentra incurso, sin argumentos y valoración alguna, en el mal entendido que el legislador lo único que quiso fue buscar agilidad y prontitud en la administración de justicia.

Craso error en que incurre el ente acusador bajo estos argumentos que desvertebran el derecho procesal sustancial que debe terminar siendo derecho constitucional aplicado, por cuanto se orienta hacia el equilibrio, no siempre fácil, entre estos dos propósitos estatales de máxima importancia: la justicia y la garantía de los derechos fundamentales. Es por ello que la incidencia de la estructura estatal y de la escala de valores acogida en la Constitución puede apreciarse, por ejemplo, en cuanto a la necesidad de sustentación explícita conforme a la legalidad en países como el nuestro, ajeno a la tradición jurídica anglosajona, lo que implica que no es posible en Colombia, mientras no se reforme sustancialmente la Constitución Política, prescindir de la motivación explícita de las decisiones judiciales, lo cual conlleva en materia penal, la argumentación relativa a cada uno de los elementos dogmáticos del hecho punible descritos en la legislación sustancial y el consiguiente análisis valorativo de las pruebas en las que se fundamenta la decisión.

Una mal entendida eficacia de la administración de justicia, no puede convertirse en justificación de actuaciones violatorias de derechos fundamentales.

Es claro que dentro de un Estado social y democrático de derecho los operadores judiciales deben motivar sus decisiones, esto es, deben mostrar las razones que permiten justificar su decisión en términos jurídicos. Deben pues argumentar. Es así como la labor de quienes prestan sus servicios a la Administración de Justicia está en proponer razonadamente, la adopción de medidas que conduzcan a la aplicación y producción del derecho dentro de una realidad social aplicada a un caso concreto. La función esencial de la dogmática por eso, entre otras razones, no constituye una ciencia, sino un saber de tipo técnico que consiste en suministrar argumentos para la toma de decisiones dentro de un sistema jurídico desarrollado para la producción y aplicación de normas. Así, motivar una sentencia o una decisión judicial significa ofrecer una justificación -no una explicación- de la decisión en cuestión, por esto, en cierto modo, sólo puede hacerse a partir de un esquema - el silogismo judicial-, una de cuyas premisas es el enunciado empírico (la afirmación de que ocurrió el hecho) para cuyo establecimiento se necesita contar con razones explicativas adecuadas.

Así las cosas, no basta con que el Fiscal Penal Militar se limite como lo hizo la funcionaria a efectuar una simple y llana imputación fáctica con un mínimo resumen de hechos para, a renglón seguido describir la norma en que presuntamente se encuentra incurso, sino que está en la obligación de analizar y valorar los elementos de convicción con base en los cuales fundamenta su juicio de responsabilidad para calificar el mérito del sumario con la acusación, pues este pliego de cargos se debe ceñir a una serie de requisitos formales y sustanciales, con especial trascendencia en la precisión y claridad de los hechos que son motivo de investigación y por los cuales se formula la imputación de la misma manera que las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ellos ocurrieron, así como de las circunstancias de agravación o atenuación punitiva y de la calificación de la conducta punible sobre la cual se edifica la acusación.

De esta manera, dentro del análisis jurídico de la calificación que se da a los hechos motivo de investigación, se debe realizar el correspondiente análisis probatorio para la demostración no sólo de los factores objetivos del hecho ilícito, sino también de la imputación subjetiva del mismo, y el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006 no puede ser ajeno a estas exigencias y garantías legales y constitucionales.

El no cumplimiento de dichas formalidades y requisitos, conlleva imperiosamente a la existencia de nulidad, no sólo del debido proceso, sino del derecho de defensa, por la existencia de un acto de formulación de cargos anfibológicos, carentes de motivación, puesto que no daría posibilidades defensivas, al no saber a ciencia cierta cuáles son los cargos de los cuales se debe defender y saber en qué valoración probatoria se soportan.



Es diáfano que la resolución acusatoria debe ser un todo armónico, dinámico y coherente entre la parte motiva y la resolutive, de no ser así, la decisión no puede ser otra que la nulidad como ocurre en el sub litem donde se aprecia como la Fiscalía 26 Penal Militar omitió la valoración jurídica y fáctica con base en las pruebas allegadas al expediente, violando así las formas propias del juicio, amén de que no se hizo la mínima valoración probatoria para precisamente demostrar los factores objetivos y subjetivos del presunto hecho ilícito.<sup>29</sup>

En anterior decisión de la Primera Sala de Decisión de esta Corporación, respecto al tema de la nulidad expuso:

La motivación surge de la necesidad de sustentar la decisión a fin de apartar el capricho o la arbitrariedad del funcionario, de manera que la decisión sea el fruto de un juicio objetivo y no de la subjetividad de quien aplica la Ley. Máxime cuando tal decisión, comporta la vinculación del procesado a otro estadio procesal más avanzado, donde el grado de certeza es más exigente, y cuando el Fiscal ante el dilema de cesar procedimiento o acusar, selecciona uno cualquiera de estos caminos, debiendo sustentar su escogencia, pues tal decisión no está librada al azar, ni al capricho del funcionario, sino que debe ser el fruto de un razonamiento lógico que implique la valoración de las pruebas con las cuales pretende sustentar su elección.

El proceso penal militar es un escenario de controversia en el cual debe prevalecer la garantía de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. El derecho a la defensa del acusado y, como expresión de éste, el de contradicción e impugnación, constituye el pilar fundamental de la actuación judicial, toda vez que los recursos deben interponerse y sustentarse tomando como base la decisión judicial. De ahí que si la decisión no se encuentra motivada, es como si no existiera, tornando el proceso inconstitucional, lo que obliga al juez que advierta tal irregularidad a declarar la nulidad en procura de restablecer los derechos quebrantados.

Es importante significar la importancia que tiene el acto procesal de calificar el merito del sumario con resolución de acusación, pues este se constituye en el eje sobre el que debe girar la etapa del juicio, en virtud del principio de congruencia que debe existir entre la Resolución de acusación y la sentencia. Pues ella, es el límite que tiene el Juez de Primera Instancia y a la vez, garantía para el procesado.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, en decisión del 07 de Marzo 2002, MP. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, expediente 12411, dijo al respecto lo siguiente:

“Lo trascendente a una adecuada motivación de la providencia acusatoria no descansa tanto, lo ha repetido incontables ocasiones la Sala, en el cúmulo

29 Proceso 159414, M.P. CN. Carlos Alberto Dulce Pereira, 18 de junio de 2008.

de pruebas que se invoquen, sino en que los razonamientos del funcionario, por su armonía, claridad y coherencia, le permitan al procesado entender los cargos que se le imputan y correlativamente adoptar la estrategia defensiva que se estime como la pertinente, de acuerdo con esa delimitación del marco fáctico y jurídico de la acusación, el cual servirá al juez posteriormente para delinear las premisas de la sentencia, en sintonía con los parámetros anunciados en aquella primera decisión.”

No cabe duda pues, de lo trascendental de tal acto jurídico mediante la cual el Estado concreta los cargos jurídico-fácticos en contra del procesado. De ahí que se exija que la acusación sea clara y coherente para que el procesado sepa de qué exactamente tiene que defenderse y perfile con su apoderado la estrategia defensiva que considere más conveniente. La falta de motivación, que consiste en la ausencia de razones de hecho y de derecho para extraer consecuencias con carácter vinculante a una determinada conclusión, constituye obstáculo que dificulta el ejercicio de atacar la acusación, lo que se traduce en la afectación de los derechos de debido proceso y de defensa.

Aún en el procedimiento penal militar especial, que consagró la Ley 1058 de 2006, el Fiscal Penal Militar tiene el deber de sustentar y motivar su decisión, pues tal obligación deviene del carácter propio de nuestro Estado Social de Derecho, siendo un deber implícitamente previsto en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Y aunque solo se exige la exposición fáctica y la descripción jurídica de los hechos, como contenido de la resolución acusatoria, se entienden estos como la imputación fáctica que sería la atribución de la conducta objeto de reproche con la exacta indicación de todas sus circunstancias, y la imputación jurídica o señalamiento preciso de las normas que recogen de forma abstracta aquellos condicionantes fácticos. Imputación que debe ser clara, precisa y coherente, de manera que no haya lugar a equívocos, pues de lo contrario, el Juez no podrá de ningún modo entrar a suponer lo que no fue claramente definido.

Contra esta resolución solo cabe el recurso de reposición, de manera que para garantizar ese derecho de contradicción, la providencia calificatoria debe tener un mínimo de motivación que permita orientar la impugnación, así como que permita diseñar la estrategia de defensa, bien sea aceptando los cargos por ser estos sólidos y bien estructurados o por el contrario, permitiendo el desarrollo de la Corte Marcial, la que inicia dando la oportunidad a las partes de solicitar o aportar pruebas, siendo por ello necesario que el procesado sepa cuáles son las pruebas que sustentan los cargos a fin de determinar la necesidad de solicitar o aportar las que estime necesarias en pro de su interés.

Por ello, el procedimiento especial militar básicamente lo que hace es reducir los términos procesales, pero manteniendo el esquema del proceso ordinario, esto es, instrucción, calificación y juzgamiento, salvo algunas variaciones



sustanciales. En la etapa de calificación, el Fiscal puede escoger entre cesar procedimiento o bien proferir resolución de acusación, en cuyo caso debe exponer razonablemente y con un mínimo de análisis probatorio, la imputación fáctica y jurídica de los cargos, a fin de demostrar el merito encontrado para acusar, como así expresamente lo señala el actual artículo 579 del Código Penal Militar, cuando en su inciso quinto dice: “Producida tal determinación, si encuentra mérito para acusar, formulará dentro de los cinco (5) días la respectiva resolución (...)”. (Subrayado de la Sala).

La diferencia entre la resolución de acusación del procedimiento ordinario y la del procedimiento especial, radica en que aquella debe contener los requisitos formales que exige el artículo 557 del Código Penal Militar, estos son: 1. La narración sucinta de los hechos investigados, con la especificación de todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar. 2. La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación. 3. Las razones por las cuales comparte o no los alegatos de las partes. y 4. La calificación jurídica en que fundamenta la acusación, con señalamiento expreso del delito o delitos y de sus circunstancias específicas. Mientras que la del procedimiento especial tan solo debe contener una exposición fáctica y jurídica de los cargos.

Pero tanto la una como la otra, deben cumplir con el requisito sustancial señalado en el artículo 556, necesitando el Fiscal para proferir su acusación, demostrar que hay mérito para acusar, esto es, que está demostrada la ocurrencia del hecho, su tipicidad y, además, que exista confesión, testimonio que ofrezca credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio, pues de no encontrar suficiente prueba para calificar, el Fiscal puede devolver el proceso al Juez de Instrucción para que practique las pruebas indispensables. **(Rad. 154753, 07 de julio de 2008, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**



# Árbol de Valores

## Justicia Penal Militar



Vivenciar nuestros valores:  
Un cambio que deja huella

Campaña Institucional 2009