Revista Judicial

Tribunal Superior Militar y Policial

Edición 011 Septiembre de 2020

Compilación jurisprudencia

[Incluye providencias en digital]

Botones de navegabilidad

Volver al índice

Página anterior

Página siguiente

Ver providencia completa

Cerrar

CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Presidente Tribunal Superior Militar y Policial

CN.(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Vicepresidente Tribunal Superior Militar y Policial

DR. FABIO ESPITIA GARZÓN
Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar

CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ
CN. (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA
Comité de Selección y Publicación de la Revista Judicial del Tribunal Superior Militar y Policial

REL. BERLEDIS BANQUEZ HERAZO
ESC. SANDRA PATRICIA ACHURY URQUIJO
Comité de revisión

JENNYFER ALEIDA MOLINA SÁNCHEZ
Comunicaciones Institucionales Dirección Ejecutiva de la JPM

DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JPM
TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL
Registro Fotográfico

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

Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Presidente Tribunal Superior Militar y Policial

EDITORIAL

Justicia Penal Militar y Policial. Nuevos retos.

En el año 2010 fue sancionada la Ley 1407 de 2010 o nuevo Código Penal Militar y Policial, cuyo objetivo principal era implementar el sistema acusatorio en la jurisdicción castrense. Esquema de procesamiento penal de tendencia acusatoria que viene rigiendo el procedimiento penal en la mayoría de las legislaciones del continente, particularmente en la jurisdicción ordinaria en nuestro país desde el año 2005. Propósito que pretende la modernización al interior de los procedimientos penales militares y policiales que permita a la jurisdicción ser ágil, pronta y respetuosa de las garantías y derechos fundamentales dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, como bien fuere anotado en la exposición de motivos de la mencionada Ley (Gaceta del Congreso 660 del 22 de septiembre de 2005).

A su vez, para allanar el camino y garantizar la plena operatividad del nuevo sistema procesal se expidió la Ley 1765 de 2015, mediante la cual se reestructura la justicia especializada, introduciendo importantes modificaciones jurídicas y administrativas, en cuanto dispuso la creación de nuevos órganos y la transformación de otros, como es el caso la Fiscalía General Penal Militar y Policial con su Cuerpo Técnico de investigación, en cabeza de la cual estará la función investigativa, y la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, la que tendrá como objetivo fundamental la organización, funcionamiento y administración de la jurisdicción especializada, entre otros.

Así mismo, luego de ingentes esfuerzos en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional, la Dra. Clara Cecilia Mosquera Paz (q.e.p.d.) y por supuesto de quienes nos precedieron en la magistratura, se cristalizó el anhelado sueño de contar con instalaciones propias en la ciudad de Bogotá, denominadas Palacio de la Justicia Penal Militar y Policial “TF. Laura Rocío Prieto Forero”, lo que sin lugar a dudas contribuye a la consolidación de la imagen e identidad institucional, además de

proporcionar espacios requeridos para el funcionamiento del nuevo sistema procesal, lo que constituye un importante logro que visibiliza a la jurisdicción castrense en el ámbito nacional.

Sin embargo, los esfuerzos legislativos emprendidos hacen más de una década hoy no han logrado concretarse. La puesta en marcha de la nueva Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, así como la implementación del esquema procesal oral de tendencia acusatoria siguen constituyendo inmensos desafíos para quienes conformamos la jurisdicción foral.

Para la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar los retos presupuestales, administrativos, logísticos que dicha transformación conllevan son inmensos; igualmente, para quienes conformamos la primera y segunda instancia un nuevo marco normativo, que implica modificaciones al procedimiento que durante más de dos décadas hemos trabajado, la reforma de las normas que regulan la carrera en aspectos como la evaluación del desempeño y las autoridades que intervienen en el trámite de temas tan importantes como la permanencia, ascenso y retiro del personal uniformado y no uniformado exigen de cada uno de quienes conformamos la jurisdicción una actitud dispuesta al cambio, lo que no deja de ser difícil.

Como viene siendo una constante, la jurisdicción castrense ha enfrentado desde finales del siglo XX, con la expedición de la Constitución Política de 1991, la Ley 522 de 1999 y la creación de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, desafíos permanentes para lograr su permanencia y efectividad. Superar las dificultades durante casi tres décadas solo ha sido posible por la participación de funcionarios competentes, comprometidos, estudiosos, responsables y abnegados en desarrollar la función encomendada.

El trabajo mancomunado de militares, policías y personal no uniformado son el mayor activo con que cuenta la jurisdicción foral. Las personas que laboran en cada uno de los despachos judiciales en la primera y segunda instancia, los hombres y mujeres que hacen parte de la policía judicial y prestan permanente apoyo a la justicia castrense, el personal administrativo que labora incansablemente para lograr administrar los limitados recursos con que se cuenta, permiten garantizar que se sobrepase cualquier dificultad.

Por esa razón, miramos el futuro con esperanza, entendiendo que el legado de casi doscientos años de historia de la jurisdicción castrense nos obliga a continuar trabajando por la sociedad colombiana, por la legitimidad de la Fuerza Pública y por la institucionalidad de nuestra nación. Es hora de que cada uno de nosotros tomemos nuestro lugar en la batalla diaria que supone el cumplimiento de nuestra labor, desde cada uno de los roles que se cumple, con entusiasmo, responsabilidad

y eficiencia para que como atalayas miremos el futuro pendiente de advertir cualquier peligro que se cierna sobre nuestra amada institución. Hoy no es tiempo de dormir, abandonar nuestra responsabilidad o distraernos de nuestro objetivo, como aquellos diligentes centinelas que protegen atentos del peligro a sus compañeros, somos también hoy centinelas de la Fuerza Pública, pero sobre todo de nuestra nación.

Finalmente, pertinente es manifestar que en esta nueva edición de la Revista Judicial del Tribunal Superior Militar y Policial se han condensado los pronunciamientos más relevantes proferidos durante el año 2019 y el primer semestre del año 2020, escogidos con el propósito de que sirvan de derrotero no sólo para los funcionarios de primera instancia sino también para esta Colegiatura y lograr de esta manera seguir contribuyendo, como encargados de establecer criterios hermenéuticos de interpretación frente a casos no revisados por los órganos de cierre, con la coherencia de la legislación castrense y consecuencialmente garantizando seguridad jurídica a los destinatarios de la ley penal militar.

Tribunal Superior Militar y Policial 2020

Coronel Wilson Figueroa Gómez, Presidente Tribunal Superior Militar y Policial.
Entrada Palacio de la Justicia Penal Militar y Policial
"TF. Laura Rocío Prieto Forero", Bogotá.

Magistrados actuales del Tribunal Superior Militar y Policial

De izquierda a derecha: Coronel Marco Aurelio Bolívar Suárez,
Coronel Wilson Figueroa Gómez y Capitán de Navío (RA) Julián Orduz Peralta.

ÍNDICE GENERAL

1. ABANDONO DEL PUESTO.
Ingrediente normativo "facción" o "servicio".
Rad. 158968 del 14 de febrero de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.....16

2. ABANDONO DEL PUESTO.
Estructuración bajo la modalidad de dolo eventual.
Rad. 159013 del 13 de mayo de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.....17

3. ABANDONO DEL PUESTO.
Antijuridicidad material.
Rad. 158753 del 19 de noviembre de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.....20

4. ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES.
Es de ejecución permanente para las nuevas hipótesis introducidas por la Ley 1407/10.
Rad. 158732 del 27 de septiembre de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.....22

5. ACCIÓN DE REVISIÓN.
Causal hecho nuevo o prueba nueva. Debida sustentación de la demanda.
Rad. 159281 del 19 de junio de 2020
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA 24

6. ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PROCESOS.
Procedencia en caso de aceptación de cargos.
Rad. 159137 del 22 de noviembre de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 28

7. ALEGATOS COMO SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE.
Trámite no contemplado en la primera instancia en la Justicia Penal Militar.
Diferencia con el procedimiento ordinario.
Rad. 159170 del 12 de febrero de 2020
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 31

8. ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES.
Requisitos para su configuración.
Rad. 158179 del 12 de junio de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ 33

9. ATAQUE SUPERIOR/INFERIOR.
Del acto del servicio como ingrediente normativo.
Rad. 158725 del 12 de febrero de 2019
M.P. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 37

10. AUTENTICIDAD DEL MEMORIAL ANTE LA OMISIÓN DE LA FIRMA.
Incidencia.
Rad. 159173 del 12 de noviembre de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 40

11. CAMBIO DE RADICACIÓN.
Las garantías procesales no se afecten per se porque el despacho judicial tenga una sede diferente a la del domicilio del procesado.
Rad. 158749 del 23 de abril de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA. 42

12. CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO.
La causal invocada debe estar plenamente probada. Causal de ausencia de responsabilidad "Legítima defensa".
Rad. 158754 del 27 de febrero de 2020
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA. 46

13. CONCURSO DE DELITOS.
Concurso homogéneo y sucesivo vs concurso homogéneo y simultáneo. Dosificación punitiva.
Rad. 158956 del 10 de julio de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA. 49

14. CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN LEGÍTIMA.
Requisitos para que se constituya en causal excluyente de responsabilidad penal. No opera la obediencia ciega.
Rad. 157894 del 13 de junio de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.....58

15. DEFENSA TÉCNICA.
Puede ser asumida por varios apoderados. Puede designarse para etapas o actuaciones específicas. Reasunción de poder.
Rad. 158407 del 25 de octubre de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 63

16. DESERCIÓN.
Nulidad. Indebida imputación fáctica.
Rad. 159119 del 20 de febrero de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 65

17. DESERCIÓN.
Término prescriptivo de la acción penal. (Reseña las principales decisiones del TSMP que han tocado el tema). PENA. La ley aplicable depende de la fecha de los hechos.
Rad. 159190 del 07 de octubre de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA.....68

18. DESERCIÓN.
El término prescriptivo de la acción penal no se aumenta por consumarse el delito en el exterior.
Rad. 159028 del 06 de marzo de 2020
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA.....72

19. DESOBEDIENCIA.
Características del delito- Antijuridicidad material.
Rad. 158323 del 08 de julio de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 73

20. DESOBEDIENCIA.
Características del delito. Incumplimiento de la orden de acuartelamiento.
Rad. 158762 del 29 de julio de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 75

21. DETENCIÓN PREVENTIVA.
Cómputo cuando se adelantan dos procesos simultáneamente.
Rad. 159164 del 15 de agosto de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 81

22. DOLO.
Demostración. Juzgamientos en ausencia.
Rad. 159010 del 29 de abril de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 84

23. EL DOLO EVENTUAL EN LA TENTATIVA.
Compatibilidad.
Rad. 158978 del 22 de noviembre de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 86

24. ESTADO DE NECESIDAD
Requisitos para que se constituya en causal de ausencia de responsabilidad.
Rad. 159079 del 15 de octubre de 2019
M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA. 90

25. ESTADO DE NECESIDAD.
Requisitos para que se constituya en causal de ausencia de responsabilidad penal.
Rad. 159060 del 28 de agosto de 2019
M.P. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 96

26. FOTOGRAFÍAS.
Valoración probatoria. Presunción de autenticidad. Cláusula de exclusión probatoria.
Rad. 158981 del 09 de septiembre de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 99

27. IMPEDIMENTO.
Principio de jerarquía.
Rad. 159112 del 19 de junio de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA. 103

28. IMPEDIMENTO.
Precisiones sobre los conceptos de “parte, sujetos procesales, intervinientes y sujetos de actos procesales” en las causales que lo exigen.
Rad. 159127 del 02 de julio de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA. 106

29. INDAGATORIA
Importancia de recepcionarla en debida forma.
Rad. 159102 del 23 de mayo de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA. 109

30. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ.
Alcance de la competencia prevalente.
Rad. 159192 del 22 de noviembre de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 114

31. LIBERTAD CONDICIONAL.
Requisitos y competencia para su concesión.
Rad. 159204 del 10 de febrero de 2020
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 117

32. NULIDAD.
Indebida motivación de la sentencia.
Rad. 159022 del 30 de junio de 2020
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 121

33. NULIDAD.
No se genera per se por haberse juramentado al indagado para hacer cargos a terceros y omitir retomar la diligencia sin juramento.
Rad. 158916 del 18 de febrero de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 128

34. PECULADO POR APROPIACIÓN.
Estructuración. Relación funcional.
Rad. 158694 del 28 de febrero de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 131

35. PECULADO.
Atenuación punitiva por reintegro.
Rad. 159007 del 05 de agosto de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 133

36. PRECEDENTE JUDICIAL Y DOCTRINA PROBABLE.
Importancia.
Rad. 158931 del 17 de septiembre de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA 135

37. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.
Incremento del término por la calidad de servidor público en delitos típicamente militares.
Rad. 158989 del 05 de abril de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ 140

38. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.
Se predica entre la resolución de acusación y la sentencia. No se exige entre la indagatoria y la resolución de situación jurídica, ni entre ésta y la acusación.
Rad. 158976 del 09 de abril de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA 142

39. PRISIÓN DOMICILIARIA.
Ley 750 de 2002 (madre/padre cabeza de familia) - Viabilidad de su concesión en la Justicia Penal Militar.
Rad. 158981 del 28 de febrero de 2020
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.....150

40. PRISIÓN DOMICILIARIA.
Improcedencia en la Justicia Penal Militar.
Rad. 157046 del 30 de abril de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA 154

41. PRUEBA PERICIAL.
Valoración probatoria. Carga dinámica de la prueba.
Rad. 159039 del 24 de junio de 2020
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.....160

42. REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS LEY 1058/06
Su aplicación es obligatoria para el Juez de Instancia.
Rad. 159167 del 21 de febrero de 2020
M.P. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.....165

43. REBAJA POR CONFESIÓN.
Inaplicabilidad por favorabilidad del descuento de la mitad consagrado en la Ley 1407 de 2010, máxime cuando el delito se ritúa por el procedimiento ordinario.
Rad. 159108 del 14 de junio de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.....166

44. REBAJA PUNITIVA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS.
Dosificación punitiva. Se realiza sobre la pena en concreto.
Rad. 159281 del 19 de junio de 2020
M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA 168

45. RECURSO DE APELACIÓN.
Facultad del A quo ante una presunta indebida sustentación.
Rad. 159223 del 06 de diciembre de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.....174

46. RECURSOS.
Libertad de configuración legislativa para excepcionar de determinados recursos ciertas providencias judiciales.
Rad. 159300 del 03 de julio de 2020
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA 179

47. REVELACIÓN DE SECRETOS.
No necesita la producción de un resultado.
Rad. 157530 del 03 de diciembre de 2019
M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.....184

48. SENTENCIA.
Error aritmético e irreformabilidad en la jurisdicción castrense.
Rad. 158895 del 02 de julio de 2019
M.P. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.....188

49. SOLICITUDES PROBATORIAS.
Carga argumentativa del peticionario.
Rad. 156795 del 06 de diciembre de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA. 194

50. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS CULPOSOS (Lesiones).
Procedimiento para calcularlo.
Rad. 158843 del 10 de abril de 2019
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. 196

51. TÉRMINO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.
Inaplicabilidad por principio de favorabilidad de la Ley 906/04. La norma aplicable es la contenida en la Ley 522/99.
Rad. 158779 del 18 de febrero de 2019
M.P. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. 199

52. TRIBUNALES SUPERIORES.
Son los encargados de establecer criterios hermenéuticos de interpretación frente a casos no revisados por los órganos de cierre.
Rad. 159241 del 02 de marzo de 2020
M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.....205

53. VALORACIÓN PROBATORIA.
Alcance.
Rad. 158791 del 24 de febrero de 2020
M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA 210

54. VALORACIÓN PROBATORIA.
Incidencia de los errores en la motivación de las providencias.
Rad. 159118 del 19 de septiembre de 2019
M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA. 212

EXTRACTOS PROVIDENCIAS
TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

1. ABANDONO DEL PUESTO.

Ingrediente normativo “facción” o “servicio”.

“El asunto sometido a consideración se encuentra regulado por el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, de cuyo digesto se desprende que la conducta es cometida cuando el militar o policial estando debidamente nombrado y habiendo asumido el servicio y/o estando de facción abandona el puesto por cualquier tiempo o ejecuta cualesquiera de las conductas allí previstas, esto es, se duerme, se embriaga o se pone bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. (…)

Dogmáticamente el punible de abandono del puesto está determinado como un delito de función, por tanto, sólo puede consumarlo quien ostenta la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública y está debidamente asignado de “facción o de servicio” y en esa condición ejecuta alguna de las conductas alternativas establecidas en la norma, que para el caso que nos ocupa sería la de abandonar el puesto por cualquier tiempo.

Ahora bien, como hace parte de los elementos normativos del tipo el encontrarse de “facción o de servicio”, es importante recordar los conceptos que de estos dos términos ha sostenido la jurisprudencia y esta Corporación de manera unánime y reiterativa. Así entonces, facción se refiere al cumplimiento o realización de una tarea concreta, una actividad, una labor, una función propia del servicio; en tanto que servicio es el conjunto de funciones, deberes y obligaciones asignados a la Fuerza Pública para cumplir con la misión constitucional consagrada en los artículos 217 y 218, y demás leyes, decretos, reglamentos y disposiciones que las desarrollan

(…)

En este orden de ideas, se entiende por “servicio” el género, es el todo de la orden, y la expresión “facción” es una parte puntual del ejercicio directo de la actividad encomendada; de manera entonces, que el término “facción” es la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia; en otros términos, la facción es consustancial al servicio, es decir, cuando se está de facción implica estar de servicio, pero, estar de servicio no supone estar de facción.

Así las cosas, cuando el militar o policial ha sido designado para un servicio de veinticuatro (24) horas, como ocurre en el caso bajo estudio, habrá períodos en que está de facción, por tanto de servicio, y períodos en que está solamente de servicio como cuando está disponible para recibir nuevamente de facción, cuando

el reglamento o el superior con competencia lo autoriza para retirarse a descansar, dormir, comer, etc., en tanto que se trata de actividades que no interrumpen el servicio para el cual se nombró por un lapso de veinticuatro (24) horas.

Ahora bien, el abandono del puesto crea un peligro al bien jurídico protegido, porque la ausencia intempestiva e inconsulta del militar de un sitio fijo que se le ha designado compromete la eficacia del servicio por cuanto se ve menguada la capacidad de reacción de los efectivos de la unidad, sobre los cuales recaen funciones de control y deberes de protección y seguridad en sectores determinados; ello, claro está, en tanto esa distancia material le impida prestar la función en las condiciones de seguridad, vigilancia y permanencia exigidas por el servicio.

Descendiendo lo dicho al caso concreto es evidente que la conducta indagada tuvo su realización, pues el SLR. DLP abandonó el puesto estando de servicio con el único propósito de resolver asuntos personales. La prueba arrimada, debatida en las distintas etapas procesales, es conteste con que el abandono de las instalaciones de la Base Militar de Polvorines se produjo con la única finalidad de encontrarse con una mujer, sin que se demostrara justificación alguna que cobijara ese comportamiento". **(Rad. 158968 del 14 de febrero de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

• • • •

2. ABANDONO DEL PUESTO.

Estructuración bajo la modalidad de dolo eventual

"Obsérvese que esta modalidad de la conducta del PT. WARR la dedujo el Juzgado de Primera Instancia bajo un dolo directo, no obstante, como se infiere del análisis que acaba de hacerse, esta cuestión no resulta tan nítida como para llegar a afirmar que en el comportamiento de aquél concurrieron en forma perfecta sus dos elementos, esto es el cognitivo y el volitivo, puesto que si bien el primero de ellos –intelectivo- se colige del conocimiento y la conciencia integral que tenía el uniformado del hecho típico, es decir, el saber que dormirse estando de facción o de servicio constituía la comisión de un delito castrense, por cuanto en su condición de policía había sido entrenado para la función encomendada, recibido instrucción y capacitación en la escuela de formación, dada su especialidad en el cuerpo de vigilancia urbana por más de nueve (09) años, conforme lo reporta su extracto de hoja de vida[1], no sucede lo mismo respecto del aspecto volitivo en querer realizar la conducta típica y antijurídica.

Y ello es así, como quiera que este aspecto fluctuó en la acción. En efecto, las

1 Ver folio 63 C.O.1.

circunstancias probadas en el sumario dan cuenta que el procesado no quería quedarse dormido y abandonar el puesto, pues era conocedor de su deber de estar alerta y en permanente atención, de hecho sus familiares aseguraron que estuvo preocupado y desesperado en la tarde porque no podía conciliar el sueño[2] y él mismo aseveró que se había tomado una bebida -"Vive 100"- para evitar la somnolencia porque se sentía agotado[3].

Recuérdese que la norma penal vigente exige para la configuración del dolo eventual la confluencia de dos condiciones, a saber: (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico y, (ii) que deje su no producción librada al azar[4].

Concretando lo dicho, para esta Sala de Decisión el PT. WARR pese a ser consciente que no había dormido en toda la tarde y haberse representado con una alta probabilidad que se quedaría dormido durante el turno, de forma inconsulta decidió recibir el servicio y en su trascurso tomó una actitud de desinterés total de lo que podía suceder al recostarse cómodamente en una silla, ponerse audífonos para escuchar música y arroparse con una chaqueta, dejando así librada a la suerte la materialización de la conducta punible, la continuación de los cursos causales sin importar el desenlace peligroso, en otras palabras, no asumió actitudes positivas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que originaba su comportamiento.

Denótese que en la investigación no se evidencia que el acusado haya hecho nada por evitar la afectación del servicio, ni tampoco que hubiera procedido como todo hombre policial promedio y prudente lo hubiera hecho ante una situación concreta; es decir, si se encontraba frente a alguna limitación para asumir el servicio o para continuar prestándolo, lo lógico era informar a un superior o compañero sobre las condiciones que le impedían cumplir el deber legal.

---

2 Obra a folio 93 C.O.1 testimonio de la señora ROSARIO ELENA FLOREZ suegra del procesado quien indicó que el día de los hechos "(...) mi hija YURANIS me llama y me dice que ve a WILFREN como desesperado y le estaba diciendo que se vaya a dormir, pero él le manifiesta que no podía dormir ya que no siente sueño (...); así mismo la señora YURANIS ESTHER REALES esposa del acusado expuso en testimonio que obra a folio 95 y ss. Que el día que su esposo soltó de turno "(...) llegó a la casa, almorzó normalmente, le vi cierta inquietud, luego se dirigió hacia el cuarto y yo estaba atendiendo a la niña y lo vi nuevamente y le vi esa inquietud le pregunté que qué le pasaba él me dijo que no podía conciliar el sueño, yo le preguntó que si tenía algún problema que si estaba estresado él me dijo que no (...)"

3 En diligencia de indagatoria afirmó que durante la prestación del turno salió a caminar y se "había comprado un vive 100 me lo tomé y estaba tratando de que no me cogiera el sueño me sentí agotado y fue cuando me senté y decidí ponerme a escuchar música para que me pasara el sueño y terminar el turno sin novedad en ese momento llegó mi capitán y me encontró en esa situación (es decir dormido)".

4 "Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina". Op. Cit. Pág.30

Destáquese que antes de salir al servicio en la Estación de Policía de Puerto Colombia el SI. ALC impartió las órdenes y las consignas para la prestación del servicio, asimismo revisó la presentación personal, el estado anímico y físico de todos los uniformados de la Estación, incluyendo al procesado, sin que ninguno manifestara "tener algún tipo de inconvenientes"[5]. Era en ese momento donde resultaba de vital importancia que el gendarme hubiera demostrado su voluntad de evitar el daño antijurídico para excluir el dolo eventual de su comportamiento, no obstante, tales acciones no se evidenciaron en su actuación.

Y es que, en el caso analizado, múltiples son los elementos de juicio que permiten advertir que el procesado, pese a tener conocimiento amplio de los riesgos que implicaba quedarse dormido durante la prestación de un servicio y habiéndose representado la realización del reato militar de abandono del puesto como posible, nada hizo por evitarlo.

Véase que en este aspecto la legislación penal colombiana para explicar el dolo eventual se circunscribe con la denominada teoría de la probabilidad, "en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual (…) el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo"[6].

Las anteriores premisas jurisprudenciales nos conducen a concluir que la modalidad del tipo subjetivo del injusto de abandono del puesto cometido por el PT WARR fue la de dolo eventual, pues el resultado en este caso se produjo frente a la probabilidad de la realización de la conducta que mantuvo el policial durante la prestación de su turno de vigilancia, sin que hubiera hecho nada por evitarlo.

Recálquese que la forma como fue hallado el policial el día de los hechos por parte del CT. JASA, desdice completamente de la posibilidad que su proceder hubiera estado orientado a evitar quedarse dormido, por lo tanto, razona la Corporación, era previsible el quedarse dormido y su no producción la dejó librada al azar, máxime cuando estaban dadas las condiciones fisiológicas de cansancio previo por no haber podido descansar en horas de la tarde.

Reflexión diversa hubiera que hacerse si el acusado pese a no querer adecuar típicamente su comportamiento con el reato militar de abandono del puesto, habiéndose representado dicha probabilidad como lejana, hubiera realizado acciones tendientes a evitar que el resultado se produjera y aun así ello hubiera

5 Cfr. Folio 35 C.O.1.

6 Radicado 20860, MP. HERMAN GALÁN CASTELLANOS, sentencia de 15 de septiembre de 2004, Corte Suprema de Justicia.

ocurrido, hipótesis en donde la evidencia probatoria tendría que demostrar que el uniformado realizó actos encaminados a permanecer alerta en el puesto de facción, *verbi gratia*, estando atento a los llamados radiales, de pie, con todos los sentidos dispuestos para cualquier situación que se presentara, y pese a ello hubiera ocurrido el fenómeno del sueño, en cuyo caso habría lugar a proferir absolución ante la realización de una conducta bajo la modalidad de culpa con representación, lo cual es evidente que en este evento no sucedió, porque como ampliamente se ilustró en precedencia el procesado dispuso todas las condiciones, si bien no para dormir si lo hizo para descansar y con ello dejo abierta la probabilidad de quedarse dormido, como en efecto ocurrió." **(Rad. 159013 del 13 de mayo de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

◆ ◆ ◆ ◆

3. ABANDONO DEL PUESTO.

Antijuridicidad material.

"De manera pues, que el tipo penal de abandono del puesto previsto en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, fue creado para la garantizar la preservación y efectividad del servicio que prestan militares y policías, propósito que demanda la optimización del cuerpo armado para que el servicio sea desarrollado en las mejores condiciones, estableciendo previamente los turnos respectivos conforme a la disponibilidad del personal, de allí que la separación injustificada del puesto por parte de quien tiene el deber de prestar determinado servicio afecta el bien jurídico tutelado, por lo que pueda afirmarse que en los casos de abandono del puesto que corresponde a un tipo penal de mera conducta el juicio de valoración es *ex ante* para efectos del desvalor de acción y de resultado[7].

Ahora, para verificar si la conducta del SI. RMF lesionó o puso en peligro el bien jurídico tutelado, se debe rememorar lo establecido recientemente por la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que frente al tema señaló: "(…) la justicia penal militar, además de sustentarse en el principio de la antijuridicidad material (art. 17 Ley 1407 de 2010), también se afianza en el concepto genérico de la «lesión de un deber», con el cual se legitima la atribución de consecuencias penales a comportamientos en los que no se produce un daño efectivo, como es el caso de los delitos que se soportan en el deber de obediencia. En otras palabras, el injusto penal militar se compone tanto de una infracción de deberes como de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado"[8].

7 Ibidem.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 47236 del 02 de octubre de 2019, MP. DR.Luis Antonio Hernández Barbosa.

Luego, resulta evidente que el acusado faltó al deber de permanencia que le imponía el servicio de vigilancia que cumplía la madrugada del día 21 de marzo de 2015, puesto que abandonó físicamente el cuadrante donde debía prestar la aludida función, de forma inconsulta y deliberada, dejando en desamparo el área que le habían sido confiados en desarrollo del servicio de policía que prestaba, omisión con la que propició no solo un riesgo para la comunidad que se encontraba en la jurisdicción del cuadrante No. 18, sino además, que generó una perturbación real de carácter institucional que también se concretó en la infracción a los deberes funcionales del Policial.

De manera que, aunque el censor pretenda indicar que no se produjo la afectación del bien jurídico porque no se causaron novedades que implicaran la participación activa de los policiales, es necesario indicar que el Servicio corresponde a un bien jurídico de relevada importancia para la Fuerza Pública y su correcto funcionamiento, por lo que "la sola acción de abandonarlo constituye, en sí misma, una lesión material –y no simplemente formal- del interés que se busca proteger"[9]. Razón por la cual, no es necesario que se produzca otro tipo de consecuencia para dar por superado el principio de la antijuridicidad material en los tipos penales propios de los militares, pues se parte de la "necesidad de poder sancionar, desde una perspectiva claramente institucional y especializada, aquellos comportamientos que, de manera particular, afectan la buena marcha de la fuerza pública y los bienes jurídicos que a ella interesan"[10].

Amén que, "el interés que tutelan las normas que criminalizan conductas que atentan o ponen en riesgo el servicio va en función no solo de garantizar la ejecución de "los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública"[11], lo que es considerado como el servicio en sí mismo"[12], sino también, en el caso particular de la Policía Nacional al "mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz"[13], fin institucional que se pone en riesgo cuando uno de sus miembros decide abandonar los deberes propios que le impone el servicio de vigilancia.

Razón por la cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, el Estado estableció que este tipo de conductas omisivas fueran tipificadas como punibles,

9 Ibidem.

10 Corte Constitucional, C-326-16, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No.12878 del 23 Mayo 2001, MP. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 47236 del 02 de octubre de 2019, MP. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa.

13 Art. 218 Constitución Política de Colombia.

precisamente por el desvalor de la acción que suponen, dado que el injusto penal militar, en relación con la antijuridicidad material, no depende de la realización de un daño concreto sino de sustraerse del cumplimiento de los deberes propios del servicio, lo que a su vez afecta no solo valores institucionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, sino que genera riesgos tanto individuales como colectivos que pueden afectar el cumplimiento de su misión constitucional asignada.

En consecuencia, resulta incuestionable que la acción desplegada por el procesado al abandonar el servicio de vigilancia la madrugada del 21 de marzo de 2015, tuvo la entidad suficiente para afectar el interés jurídico protegido, en la medida que alteró las condiciones del servicio de vigilancia que debía prestar el CAI Simón Bolívar de la ciudad de Pasto (Nariño), a través de los turnos que para tal fin debían cumplir el personal uniformado asignado a los respectivos cuadrantes y jurisdicciones, razones suficientes para que la Sala no acoja la pretensión del recurrente".**(Rad. 158753 del 19 de noviembre de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

◆ ◆ ◆ ◆

4. ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Es de ejecución permanente para las nuevas hipótesis introducidas por la Ley 1407/10.

"A su vez, la recurrente entiende que la adecuación típica del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales no se produjo en el caso particular, dado que el injusto penal requiere "que el abandono de los deberes se realicen en campaña o durante el desarrollo de operaciones militares, entendida esta actividad con la ejecución de misiones asignadas a la fuerza pública, encaminadas a conjurar alteraciones de orden público o simplemente ejercer control de las AREAS DETERMINADAS (sic), mediando para ello las respectivas órdenes emanadas de los comandos superiores, empleando recursos militares para conseguir un objetivo específico".

Al respecto, necesario es precisar a la distinguida togada que, en virtud del cambio de legislación en la jurisdicción especializada, es otra la lectura que se le debe dar al delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, por cuanto el tipo penal consagrado en el artículo 127 de la Ley 522 de 1999[14] fue modificado por el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010. Bajo ese entendido, debe

14 Artículo 127. Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales. "El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña u operaciones militares, por cualquier tiempo, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años".

recordarse que la descripción típica establecida en el Código Penal Militar de 1999 determinaba que se trataba de un delito de ejecución instantánea, puesto que su consumación tenía lugar cuando el soldado profesional o voluntario abandonaba los deberes propios del servicio, siempre y cuando se encontrara en campaña u operaciones militares, sin que importara el lapso que se mantuviera el abandono o si su intención era o no hacerlo de forma definitiva[15].

Sin embargo, con la expedición de la Ley 1407 de 2010, norma que cobró eficacia jurídica, es obligatoria y oponible desde el 17 de agosto del mismo año[16] en su parte sustantiva no así la adjetiva en cuanto ésta quedó sujeta al régimen de implementación del sistema penal oral de tendencia acusatoria[17], la estructura del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales se modificó, puesto que además de la hipótesis establecida en la Ley 522 de 1999, se introdujo una nueva modalidad conductual para este delito, así:

> ARTICULO 108. Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales. El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña, operaciones militares, por cualquier tiempo, Incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.
>
> La pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión, cuando el soldado voluntario o profesional en cumplimiento de actividades propias del servicio se ausente de la unidad sin permiso por más de cinco (5) días, o cuando no se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado". (Negrillas del despacho).

Ello permite establecer, que la segunda de las modalidades conductuales que configuran típicamente el punible de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales no interesa que la apostasía se produzca cuando el agente se encuentre cumpliendo comisión de tipo militar estratégica, táctica, de servicios, entrenamiento o administrativa, como lo hace ver la defensa, sino que tenga lugar cuando el soldado voluntario o profesional se encuentre cumpliendo

15 Tribunal Superior Militar, sentencia 17 de mayo de 2011, Rad. 156981, MP. MY (RA) Maycel Plaza Arturo.

16 Sentencia C-444 de 2011.

17 La "implementación" de una norma hace referencia al proceso por medio del cual la política que dicha norma articula jurídicamente es puesta en ejecución; se trata de una serie ordenada de pasos, tanto jurídicos como fácticos, predeterminados por la misma norma –o por aquellas que la desarrollen -, encaminados a lograr la materialización, en un determinado período de tiempo, de una política pública que la norma refleja. Por lo mismo, la noción de "implementación" tiene una dimensión jurídica, una dimensión material o fáctica y una dimensión temporal, cuyo contenido habrá de ser determinado por el Legislador. Analíticamente, una política pública primero es diseñada y luego es implementada. La articulación jurídica del diseño de la política conlleva que la implementación futura de ésta no sea sólo política sino también judicial (sentencia C-873 de 2003).

funciones propias del servicio. Así mismo, a diferencia de la primera de las hipótesis normativa se incluye un ingrediente normativo temporal a la conducta delictual, al punto que se demanda que la ausencia se produzca por más de cinco (5) días, lo que determina que en este evento la estructura dogmática del delito se varíe, puesto que no se trata de una conducta punible de ejecución instantánea sino de ejecución permanente, en tanto los efectos del injusto y del proceso consumativo se proyectan en el tiempo, de manera que la conducta a pesar de consumarse formalmente pasado el quinto día sigue lesionando o poniendo en peligro el bien jurídicamente protegido por la norma, hasta tanto su autor no decida hacerlo cesar u ocurra otro evento externo que ponga fin a tales efectos[18].

En esas condiciones, el actuar del SLP. REPF se adecúa plenamente a la segunda de las hipótesis conductuales contenidas en el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010, por lo que su actuar resulta típico, como lo estableció la sentencia recurrida". **(Rad. 158732 del 27 de septiembre de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ)**

◆ ◆ ◆ ◆

5. ACCIÓN DE REVISIÓN

Causal hecho nuevo o prueba nueva. Debida sustentación de la demanda.

"Para el caso que ocupa la atención de la Sala, la pretensión manifestada por el demandante se fundamentó en la causal 3ª del artículo 373 de la Ley 522 de 1999, conforme a la cual dicha acción procede "Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.".

(…)

Respecto a la causal invocada por quien en el evento *sub examine* promueve la acción, el antes citado órgano de cierre de esta jurisdicción foral ha precisado lo siguiente:

> "3.- (…) si el ejercicio de la acción se apoya en el motivo tercero de los previstos por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, esto es, por aparecer hechos o medios probatorios sobre los cuales las partes y el fallador no tuvieron oportunidad de pronunciarse por no haberlos conocido y que, de haberlo hecho, habrían conducido definitivamente a la absolución o a declarar el estado de inimputabilidad del procesado en el hecho por el que en su contra se dictó condena, compete al demandante no sólo relacionar las nuevas evidencias en las que funda su pretensión,

18 Tribunal Superior Militar, Rad. 158224 del 24 de junio de 2015, MP. CN Julian Orduz Peralta.

sino demostrar que de haber sido oportunamente conocidas en el curso del juicio oral, por su contundencia demostrativa la decisión no podría ser diversa de la absolución del sentenciado o la declaración de haber actuado en estado de inimputabilidad.

4.- Por ello la Corte ha señalado que el ejercicio de la acción con fundamento en la causal tercera, exige acreditar el cumplimiento de los siguientes presupuestos: a) surgimiento de hechos nuevos o de pruebas no conocidas al tiempo de la realización del juicio oral; b) que el acontecer fáctico esté ligado a la conducta punible materia de investigación y juzgamiento; y, lo más importante c) que las nuevas evidencias sean aptas para establecer en grado de certeza la inocencia del procesado o su inimputabilidad, o de tornar cuando menos discutible la verdad declarada en el fallo, haciendo que no pueda probatoriamente mantenerse.

5.- También ha dicho que la situación ex novo debe consistir en un hecho nuevo, o una evidencia nueva, siendo entendido por hecho nuevo todo acaecimiento o suceso fáctico vinculado al delito materia de investigación, del cual no se tuvo conocimiento en el juicio, de manera que no pudo ser controvertido.

Y, por prueba nueva, todo mecanismo probatorio (documental, pericial o testimonial) no incorporado, por ende, no debatido en el curso del juicio oral, que da cuenta de un evento desconocido (se demuestra por ejemplo que fue otro el autor del hecho), o de una variante sustancial de un hecho conocido en las instancias, cuyo aporte ex novo tiene la virtualidad de derruir el juicio positivo de responsabilidad (o de imputabilidad) que se concretó en la decisión de condena."[19]. (Subrayas y negrillas de la Sala)

Así las cosas, si lo que pretende el accionante es que está Magistratura remueva la cosa juzgada del fallo objeto de la acción y deje el mismo sin valor para que bien dicte la providencia de reemplazo o disponga se tramite de nuevo el proceso desde el momento en que se indique -aspectos que el libelista LDOG, se habrá de decir, no se preocupó por señalar en su escrito-, debió desarrollar con la claridad y la precisión exigidas para la sustentación de esta clase de demanda, los presupuestos de hecho y de Derecho indispensables para apoyar su solicitud, esto en la medida que el escrito mediante el cual se pretende la remoción del fallo no es de libre formulación y ello le impone el cumplimiento de los presupuestos de forma y de contenido anejos a la acción de revisión.

(…)

19 Corte Suprema de Justicia. Auto de 30 de julio de 2014. Proceso No. 36219. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

De esta manera resulta deber de ineludible acometimiento para el demandante que invoque el surgimiento de prueba nueva o hecho nuevo como sustento de la acción de revisión, como acontece en el presente evento, no sólo relacionar y allegar al libelo los medios de convicción en que funda su pretensión, sino también demostrar que de haber sido oportunamente conocidos en el curso de los debates ordinarios del proceso, la solución del asunto habría sido la absolución del sentenciado, dada la contundencia demostrativa de tales pruebas, razón por la cual la Sala Penal del órgano de cierre de está jurisdicción foral ha aquilatado que "Tampoco se trata de que el libelista presente un catálogo de hechos o pruebas nuevas no conocidos durante el proceso, es indispensable que tengan suficiente capacidad para desvirtuar la declaración hecha en el fallo, ya sea porque conducen fundadamente a demostrar que se condenó a un inocente o permiten predicar su inimputabilidad."[20].

Así las cosas, cernido el ejercicio dialéctico demostrativo enarbolado por el accionante en el libelo de la demanda por el tamiz que ofrecen los referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales traídos a colación ut supra, desde ya habrá de anunciar la Sala que su anhelo revisorio la advendrá adverso y la demanda será inadmitida en la medida que palmar se evidencia que abjuró el deber procesal que le imponía el cumplimiento de los presupuestos que una acción como la impetrada apareja, ello en la medida que no se preocupó por acreditar que la circunstancia que ahora refiere en su escrito, de la cual no establece siquiera si es hecho nuevo[21] o prueba nueva[22], sin hesitación alguna tiene la aptitud de establecer en grado de certeza la inocencia del procesado o su inimputabilidad o de tornar cuando menos discutible la verdad declarada en el fallo condenatorio proferido en contra de su poderdante, esto al punto que no puede probatoriamente mantenerse la verdad judicial allí declarada.

A la par de ello, refulge que su ejercicio dialéctico no va más allá de erigirse en un soterrado esfuerzo, aunque estéril, por plantear un alegato encaminado a que se rehaga un análisis de la situación fáctica que ya se debatió y falló en las instancias, dejando de lado, se itera, demostrar y poner de presente el carácter ex

20 Corte Suprema de Justicia. Auto de 29 de agosto de 2018. Proceso No. 49084. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

21 "La Sala de tiempo atrás viene entendiendo por hecho nuevo el acontecimiento o suceso fáctico conectado con la conducta punible investigada, que por ser desconocido en el trámite procesal se ha quedado sin controvertir ni valorar.", Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto octubre 31 de 2012, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

22 "Y, por prueba nueva, la aparición de un medio de convicción no practicado o incorporado al proceso que compruebe un hecho desconocido o una variante sustancial de uno conocido en las instancias, cuya presencia tenga el poder necesario para transmitir al funcionario judicial la convicción de que condenó a un inocente o declaró imputable a quien no lo era. Es decir, que además de acreditarse su ausencia en el proceso, debe probarse que de haber sido conocido en su momento por el juez lo habría llevado a adoptar una decisión diferente de la condena.", Cfr. ibidem.

novo de la prueba o del hecho en que se pretende apalancar su pretensión y, lo más importante, que éste o aquella son de tal naturaleza que permiten cuestionar inmediatamente y con eficacia el carácter de cosa juzgada de la sentencia cuya revisión anhela.

Ineluctable conclusión a la que arriba la Sala acudiendo al principio de caridad[23], habrá de acotarse, y una vez analizada la demanda impetrada en la que, si bien el actor medianamente cumplió los requisitos formales que exige la norma procedimental para la instauración de la acción, no hizo lo mismo con el presupuesto de contenido, pues se circunscribió a enunciar como sustento la causal tercera del artejo 373 del códice castrense, subrayando que esta opera cuando *"[s]urjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado…s"* pero soslayando lo preceptuado por del numeral 3º del artículo 375 ejusdem que dispone que el escrito debe contener *"los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud"*, esto en la medida que, como se dijere líneas atrás, pretermitió evidenciar con argumentos claros, razonados y con suficiente poder de convicción, que la aceptación por parte del ciudadano LFBM, alias "barrotico", del hurto del fusil de dotación del S3MIM (R) MAMZ tiene tal valor demostrativo en relación con el injusto penal por el que éste fuere condenado que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretare en la sentencia proferida en contra del mismo, ello al punto que la Sala realmente hubiere avizorado la aptitud de la demanda para promover la acción de revisión.

(…)

Como si lo anterior resultare insuficiente para la adopción de la determinación anunciada de agraz, habrá de añadirse que, tratándose de una acción de naturaleza reglada y eminentemente rogada, no es suficiente que se alegue por el accionante que alguien ha *"confesado"* ser el autor del hurto del fusil de dotación otrora asignado a su procurado, como si un argumento de tal cariz fuera suficiente para entender cumplido el ineludible deber del libelista al que la Sala se ha referido a espacio y suficiencia en los párrafos que anteceden y como si aquella circunstancia *per se* tuviere la potencialidad de determinar la remoción de la *res iudicata* que ampara el fallo combatido o la virtualidad de relevar *ipso facto* de responsabilidad penal al S3MIM (R) MAMZ, pues a éste, habrá de rememorarse, se le investigó y condenó no por aquel delito lesivo del Patrimonio Económico, sino por el de peculado culposo atentatorio del bien jurídico de la Administración Pública en su

23 Acorde con la jurisprudencia de la Sala, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible (CSJ AP, 9 de sept. de 2015, rad. 46235).

concepción amplia[24], razón por la cual el *Iudex* de primer grado considerare en el fallo cuya cosa juzgada se pretende remover mediante la rescisión de aquel, que el penado *"a sabiendas de las condiciones de inseguridad de la laca y del alojamiento de Suboficiales salió de franquicia y no tomó las precauciones del caso para dejar en un lugar seguro esto es el Armerillo de la Unidad el armamento y munición que le había sido asignado, ocasionando con su falta de cuidado a que este se perdiera (…)"*[25].

Pero es más, aún de aceptarse hipotéticamente que LFBM, alias *"barrotico"*, llegare a adjudicarse la autoría del hurto del arma de dotación del S3MIM (R) MAMZ, arma del Estado Colombiana asignada a éste último y perdida en el año 2001, menester resulta evocar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en punto a está clase de manifestaciones ha decantado que:

> *"[…] cuando la prueba nueva aducida la constituye la declaración, o confesión realizada por un postulado en la Jurisdicción de Justicia y Paz, bien ha comprendido la jurisprudencia que tal aceptación de responsabilidad hecha por el desmovilizado no viabiliza automáticamente la acción de revisión, ni tiene per se la virtualidad de desquiciar la sentencia demandada proferida con sustento en las pruebas que obraban en el proceso.*

(…)

Así las cosas, resulta evidente que el mero anuncio probatorio presentado como novedoso aunque sin distingo alguno entre hecho nuevo o prueba nueva, se itera, no cumple con los requisitos establecidos para su viabilidad, ni comporta en momento alguno la presentación de elementos de juicio idóneos para derruir la firmeza de una sentencia ejecutoriada que ya ha hecho tránsito a cosa juzgada y que, por lo mismo, se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. ". **(Rad. 159281 del 19 de junio de 2020, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA)**

• • • •

6. ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PROCESOS.

Procedencia en caso de aceptación de cargos.

Finalmente la defensa del enjuiciado planteó la nulidad del fallo de primer grado por violación del debido proceso, en la medida que el juez de la primera instancia

24 La administración pública es un bien jurídico que, de una parte, protege el interés general y los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad, economía y objetividad de la función pública, y de otra, los bienes del Estado ante actos de apropiación o uso indebido, o frente a comportamientos en los cuales el servidor público no obra conforme al deber de cuidado que le es exigible en defensa del patrimonio público. **Cfr.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP740-2015, radicación No. 39417, M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER.

25 Fl.19, C.O.

no acumuló la presente causa penal con el sumario No. 267 donde igualmente juzgó al SLR. JFOC por el delito de deserción.

Respecto a la acumulación de causas penales, la Ley 522 de 1999[26] establece que es procedente cuando contra un mismo sujeto se estuvieren tramitando dos o más procesos, aunque en éstos figuren otros procesados. En cuanto a la oportunidad, la acumulación es procedente desde la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la iniciación de la respectiva audiencia de juzgamiento en los procesos que sigan el procedimiento de cortes marciales, en el procedimiento especial desde el auto de iniciación del juicio hasta el auto de traslado a las partes para concepto y alegatos.

Respecto a la competencia, esta radicará en el juez que primero haya dictado el auto de iniciación del juicio, así mismo en los eventos en que se pretendan acumular procesos por delitos que deban juzgarse por el procedimiento especial (Ley 1058 de 2006) y también por el procedimiento ordinario o de corte marcial (Ley 522 de 1999), se aplicará este último para efectos de juzgamiento[27].

Dicho lo anterior, surge para la Sala el siguiente interrogante: ¿Es procedente la acumulación de causas penales frente a eventos en que el procesado acepta cargos

26 Ley 522 de 1999. ARTÍCULO 285. PROCEDENCIA. La acumulación procede en los procesos penales militares, cuando contra un sujeto se estuvieren siguiendo dos o más procesos, aunque en éstos figuren otros procesados.

ARTÍCULO 286. OPORTUNIDAD Y COMPETENCIA. En los procesos que se sigan por el procedimiento de cortes marciales es procedente la acumulación, desde la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la iniciación de la audiencia y será competente la Corte Marcial en que se haya proferido primero resolución de acusación.
En el procedimiento especial, desde el auto de iniciación del juicio hasta el auto de traslado a las partes para concepto y alegato y será competente el Juez que primero haya dictado el auto de iniciación del juicio.
Si uno de los delitos materia de acumulación está sometido al procedimiento de las Cortes Marciales y otro u otros no, se seguirá el trámite correspondiente a aquéllos.

ARTÍCULO 287. PETICIÓN DE INFORMES. Si el juez que conoce de un proceso tiene noticias de que en otro despacho cursa otro proceso de aquellos que deben acumularse, pedirá informe al despacho respectivo y éste deberá contestar dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que recibió la petición. Dicho informe contendrá todos los datos necesarios para establecer la pertinencia de la acumulación.

ARTÍCULO 288. DECISIÓN SOBRE ACUMULACIÓN. Recibido el informe o la propuesta de la acumulación, el juez resolverá de plano sobre su procedencia o improcedencia. Contra dicha decisión no procede recurso alguno. Actuará como Fiscal el del proceso en que se haya proferido primero resolución de acusación.

ARTÍCULO 289. SUSPENSIÓN DE PROCESOS. Decretada la acumulación, se suspenderá el proceso o procesos que se hallaren más adelantados, hasta lograr la uniformidad en el estado procesal que permita continuarlo simultáneamente.

27 Ley 522 de 1999.ARTÍCULO 286. OPORTUNIDAD Y COMPETENCIA. En los procesos que se sigan por el procedimiento de cortes marciales es procedente la acumulación, desde la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la iniciación de la audiencia y será competente la Corte Marcial en que se haya proferido primero resolución de acusación.
En el procedimiento especial, desde el auto de iniciación del juicio hasta el auto de traslado a las partes para concepto y alegato y será competente el Juez que primero haya dictado el auto de iniciación del juicio.
Si uno de los delitos materia de acumulación está sometido al procedimiento de las Cortes Marciales y otro u otros no, se seguirá el trámite correspondiente a aquéllos

en distintos procesos durante la diligencia de indagatoria y, en consecuencia, se da el trámite de juzgamiento previsto en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015[28].

Frente al anterior cuestionamiento, la Sala considera que una interpretación sistemática del marco normativo sustantivo y procesal que actualmente se aplica a los casos de competencia de esta jurisdicción foral que involucra el contenido de las Leyes 522 de 1999, 1058 de 2006, 1407 de 2010 y 1765 de 2015 hace viable la acumulación de procesos penales que se juzguen conforme a los preceptos del artículo 97 de la Ley 1565 de 2015, dado que tal procedimiento fue diseñado por cuestiones de celeridad y economía procesal frente al trámite de actuaciones penales, simplificando etapas procesales frente a delitos a los cuales se les aplica el procedimiento especial de la Ley 1058 de 2006, es decir, que el procedimiento que se aplica con base en los lineamientos del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 guarda relación con los fines de la Ley 1058 de 2006, por tanto figuras como la acumulación jurídica se torna procedente frente a casos puntuales.

Así mismo, conviene precisar que al darse aplicación a los preceptos del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 frente a la aceptación de cargos del imputado, el acta de aceptación de cargos se torna equivalente a la resolución de acusación por disposición de la misma ley, siendo viable que al momento de su suscripción la parte interesada pueda presentar la solicitud de acumulación, correspondiéndole al juez de conocimiento resolver si acumula el sumario con otras actuaciones para efectos de dictar sentencia, eso sí, luego de verificar que la aceptación de los cargos como el acta correspondiente cumpla los requisitos formales y sustanciales establecidos la referida disposición.

Es importante precisar a la togada que la decisión sobre acumulación de procesos penales radica únicamente en el juez de la primera instancia sin que la determinación que adopte al respecto pueda ser debatida ante esta instancia por vía ordinaria, dado que la providencia judicial donde se resuelve su procedencia o improcedencia no admite recurso alguno según lo dispone el artículo 288 de la Ley 522 de 1999[29].

28 ARTÍCULO 97. ACEPTACIÓN DE CARGOS. Cuando durante la investigación el procesado sea escuchado en indagatoria, y dentro de esta diligencia aceptare los cargos que le impute el juez de instrucción, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible. Para tal efecto, el juez de instrucción procederá a levantar acta que suscribirá con el sindicado y su defensor, en la que consten los cargos aceptados por el procesado, la cual equivaldrá a la resolución de acusación y, remitirá de forma inmediata todo lo actuado al juez de conocimiento quien verificará si se imputaron adecuadamente los cargos, si su aceptación fue libre, voluntaria, espontánea y procederá a aceptarla, sin que a partir de allí sea posible retractación alguna; seguidamente dictará sentencia.
En este evento no será necesario resolver la situación jurídica. PARÁGRAFO. Este procedimiento será aplicable únicamente para las conductas punibles establecidas en la Ley 1058 de 2006.

29 Ley 522 de 1999. ARTÍCULO 288. DECISIÓN SOBRE ACUMULACIÓN. Recibido el informe o la propuesta de la acumulación, el juez resolverá de plano sobre su procedencia o improcedencia. Contra dicha decisión no procede recurso alguno. Actuará como Fiscal el del proceso en que se haya proferido primero resolución de acusación.

Puntualizado anterior, conviene igualmente referir que revisada la presente actuación se observa que ni el procesado ni su defensora solicitaron la acumulación jurídica antes del proferimiento del fallo de primer grado, tampoco se constató que el juzgado de la primera instancia en forma oficiosa se hubiese pronunciado respecto al tema, situación que de manera alguna vicia de nulidad la sentencia por violación del debido proceso, por cuanto, se itera, la defensa no solicitó oportunamente la acumulación de procesos penales, pretendiendo en virtud del recurso de apelación revivir la oportunidad para hacerlo, lo que riñe con el principio de la preclusión de los actos procesales.

Sin embargo, la ley penal castrense ofrece como alternativa la acumulación de penas prevista en el artículo 31 de la Ley 522 de 1999[30], procedimiento en el cual se aplican las reglas del concurso de conductas punibles, lo cual constituye una posible solución frente al inconformismo de la recurrente, decisión que le corresponde adoptar al juez de la primera instancia en su función de ejecutor penas." **(Rad. 159137 del 22 de noviembre de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

• • • •

7. ALEGATOS COMO SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE.

Trámite no contemplado en la primera instancia en la Justicia Penal Militar. Diferencia con el procedimiento ordinario.

"…resulta prudente, antes de proceder al cometido, realizar una breve disertación sobre el documento presentado por el doctor CAMM en su calidad de Procurador 376 Judicial Penal I de Bogotá, el cual contiene los alegatos que como sujeto procesal no recurrente presentó ante la juez de primera instancia en el trámite que suplió el recurso de apelación.

Téngase en cuenta, que el Procurador Judicial en el extenso memorial presentado ante el Juzgado 11 Penal Militar de Brigadas del Ejército Nacional[31], se opuso a los reproches formulados por el impugnante realizando un juicioso análisis sobre lo inconveniente que resultaría acceder a las solicitudes de la defensa, en tal sentido

30 Ley 522 de 1999. ARTÍCULO 31. PUNIBILIDAD EN EL CONCURSO. Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de hechos punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad.

31 Obra a folios 479-501 C.O.3.

solicitó la confirmación de la sentencia de primer grado al encontrarla *"acertada y ajustada a legalidad"*[32].

Al respecto, habrá de decirse que la Sala no tendrá en cuenta tales alegaciones, pues los argumentos allí expuestos fueron presentados de manera extemporánea incluso mucho antes que el recurso subiera a esta Instancia Judicial para conocimiento, desbordando por completo el momento oportuno en que debió haberlos sustentado.

Recuérdese que cualquier intervención en ese sentido –oponiéndose o coadyuvando el recurso de apelación- debe plantearse en el término de traslado a los no recurrentes, de acuerdo a las previsiones del artículo 581 de la Ley 522 de 1999[33] que rige el asunto, que dista mucho de lo preceptuado en el artejo 194 de la Ley 600 de 2000[34], pues claramente el trámite que se surte en la jurisdicción ordinaria no puede traerse por vía de integración normativa al ordenamiento castrense, dado que jurídica y procesalmente no resulta viable en la medida que la materia se encuentra perfectamente regulada en nuestro Código Penal Militar al no existir vacío alguno que deba suplirse.

Si se tiene en cuenta que los traslados que se surten en el trámite de la apelación a los sujetos procesales no recurrentes, tienen por objeto que éstos se pronuncien sobre los argumentos del recurso y que su actividad, en este trámite, se encuentra regulada por las oportunidades y términos previamente establecidos[35], así como también limitada a los temas inescindiblemente vinculados al objeto del recurso, no resulta posible que pueda abrirse a pronunciamiento en sede de segunda instancia aquellos ejercicios de oposición o coadyuvancia que son presentados por fuera de los términos procesales previamente establecidas para ello, aun cuando lo hubiera hecho el sujeto procesal que por antonomasia tiene la función de vigilar el cumplimiento del respeto por los derechos humanos y el debido proceso[36].

Ultímese frente a la temática, que la legalidad del procedimiento se constituye

32 Cfr. Folio 501 ídem.

33 ARTÍCULO 581. TRÁMITE. "La apelación o consulta de las sentencias en el Tribunal Superior Militar se surtirá así: repartido el expediente, el magistrado a quien le corresponda dará traslado al agente del Ministerio Público por el término de tres (3) días, y luego se fijará en lista por igual término para que las demás partes presenten sus alegatos. Vencidos los términos de traslado y fijación en lista, se resolverán dentro de los diez (10) días siguientes. Cuando se trate de autos interlocutorios, el magistrado dará traslado al agente del Ministerio Público por el término de tres (3) días. Se fijará en lista por tres (3) días y se resolverá dentro de los tres (3) días siguientes".

34 ARTICULO 194. SUSTENTACION EN PRIMERA INSTANCIA DEL RECURSO DE APELACION. "Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cuatro (4) días, para la sustentación respectiva. Precluido el término anterior, correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cuatro (4) días."

35 Capítulo V, Procedimiento en la Segunda Instancia de la Ley 522 de 1999.

36 Artículo 290 de la Ley 522 de 1999.

en una garantía a la que el juez debe sujetarse, por tal motivo es que le está vedado adoptar trámites diferentes o desconocer los preexistentes.

Se concluye, entonces, que en este y en los demás casos que se tramitan ante esta Instancia Judicial, en donde los sujetos procesales de ordinario vienen exteriorizando sus manifestaciones en calidad de no apelantes ante el juez de primer grado, quien habitualmente y desconociendo lo preceptuado en la norma penal militar que regula la materia de manera específica recibe los memoriales y le da trámite ante esta Corporación, recurriendo a formas y términos no previstos en la ley, esta Sala de Decisión no los tendrá en cuenta por extemporáneos, por lo cual exhorta a las partes a no seguir omitiendo las formalidades que de tiempo atrás se encuentran determinadas por el legislador y procedan a sustentar los alegatos dentro del término que prevé el artículo 581 de la Ley 522 de 1999 para las partes no recurrentes". **(Rad. 159170 del 12 de febrero de 2020, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ)**

• • • •

8. ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES.

Requisitos para su configuración.

"El delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales exige para su adecuación típica la presencia de un sujeto activo calificado, en tanto debe registrar la condición de servidor público, calidad que registran: "*los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios…*"[37]. Por su parte, el Código Penal señala que: *"para todos los efectos de la ley penal a los miembros de las Fuerzas Militares se les considerará servidores públicos*[38]*.*

Por su parte, el sujeto pasivo de la conducta punible corresponde al Estado, en tanto, la administración pública debe estar orientada por los principios de transparencia, legalidad, prevalencia del interés general, imparcialidad y moralidad y como parte de la actividad Estatal está enmarcada en la prestación de los servicios públicos, se puede entender que hay abuso de poder al desconocer tales principios que demanda el legislador del funcionario público, en tanto al incurrir en la

37 Artículo 123 de la Constitución Nacional.

38 Ley 599 de 2000. Artículo 20. Servidores públicos. "Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política"

conducta prohibida el sujeto agente contraviene los fines del Estado por desconocer el fundamento de igualdad ante la ley que registran los asociados.

(…)

La conducta prohibida contiene varias acciones que el sujeto agente puede llegar a realizar independientemente o de manera alternativa, a saber: *representar, litigar, gestionar* o *asesorar*, en asunto judicial, administrativo o policial. Así las cosas, la conducta prohíbe al servidor público la representación, litigio, gestión o asesoría en asunto judicial, administrativo o policivo.

Bajo ese panorama, el verbo rector asesorar puede entenderse como dar consejo o dictamen, tomar lección del letrado, asesorar o consultar su dictamen, recibir consejo de una persona de otra, ilustrarse con su parecer[39]. Así mismo, se tiene que este verbo rector puede tener diferentes acepciones, entre otras: indicar, avisar, informar, comunicar, manifestar, significar, revelar, señalar, orientar, aconsejar, recomendar, sugerir, advertir, dictaminar, prescribir.

Es decir, resulta fácil precisar, que el verbo *asesorar* en su mejor acepción para el tipo penal bajo estudio, debe entenderse como *"dar consejo o dictamen"*, acción con la que el asesor señala los puntos que otro debe sostener. Es decir, quien asesora le señala al orientado el camino a seguir en cierto asunto o materia.

Por otro lado, el tipo penal tiene como ingrediente normativo que el asesoramiento se realice de manera ilegal, significando con ello que el consejo se emita contrariando la ley. En ese sentido, el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, estatuto del abogado, prohíbe a los servidores públicos ejercer la abogacía salvo en causa propia o cuando sean debidamente autorizados por la entidad que representan[40], así mismo, el artículo 154 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

(…)

Ello quiere decir, que de manera general el abogado no puede desempeñar

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Instrucción, radicado NO. 37900, noviembre 3 de 2012. MP Julio Enrique Socha Salamanca

40 Ley 1123 de 2007. Artículo 29. INCOMPATIBILIDADES. "No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos: 1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.
PARÁGRAFO. <Aparte subrayado CONDICIONAMENTE exequible> Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley".

al mismo tiempo funciones en un cargo público y ejercer el derecho en interés particular, puesto que dicha dualidad inicialmente se encuentra prohibida en cualquier trámite de carácter administrativo, policivo o judicial.

Igualmente, claro resulta que los funcionarios de la jurisdicción castrense administran justicia conforme lo determina el artículo 116 constitucional[41] y la Ley 270 de 1996[42]. En tal virtud, a los jueces de la jurisdicción especializada, por su doble connotación de militares y administradores de justicia, les es aplicable tanto el código del abogado como la ley estatutaria de administración de justicia en cuanto a las incompatibilidades con el ejercicio de la abogacía, artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, así como las prohibiciones contenidas en la ley estatutaria de administración de justicia, Ley 270 de 1996.

Ahora bien, al Mayor LACV, en su condición de oficial activo al servicio de las Fuerzas Militares y como Juez 29 de Instrucción Penal Militar, le estaba prohibido asesorar, dar consejo o dictamen en algún asunto administrativo, judicial o policial, máxime si se trataba de un presunto delito contra la disciplina, que es de conocimiento exclusivo de la jurisdicción especializada.

Bajo ese entendido, encontramos que si bien en la providencia del 04 de agosto de 2014 y en la primera versión rendida por el acusado, este señaló haber asesorado en su defensa al Teniente GACO a través de su esposa dentro del proceso que se le seguía ante el Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar, ninguna prueba inicial refiere en que consistió dicho consejo a excepción de lo señalado por la propia MY. EVS, quien en su primera versión indicó frente al objeto de asesoría lo siguiente: *"ya que desconozco totalmente de los procesos jurídicos en los que estaba mi esposo así que le pedí que me informara del presunto delito que había cometido, posibles consecuencias y todo lo que venía durante la trayectoria del proceso penal".*

Situación que de forma alguna constituye delito por cuanto dicho consejo no implica inmiscuirse dentro del trámite investigativo, en tanto no ofrece una estrategia jurídica defensiva que pueda afectar a la administración de justicia, por el

41 Constitución Nacional ARTICULO 116: "La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

42 CAPITULO II Del ejercicio de la Función Jurisdiccional por las autoridades. ARTICULO 12.DEL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL POR LA RAMA JUDICIAL. Modificado por el art. 5, Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: "La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria.
Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción".

contrario, se dirige a informar en qué consistía el delito atribuido, sus consecuencias y el trámite procesal subsiguiente, explicación que no involucra consejo legal sino la ilustración de los aspectos generales que envolvía dicha investigación, así lo estableció nuevamente la testigo cuando refiere en segunda versión: *"No fue asesoría, básicamente lo que hizo fue informarme el significado de los términos de inhibirse y ataque al inferior, ya que es un léxico que no manejo en mí área laboral (…)*

Del mismo modo, el CT. GACO y el acusado señalaron que la orientación entregada estuvo dirigida a la consecución de un abogado idóneo que pudiera asumir la defensa del oficial[43].

Recuérdese que el tipo penal de asesoramiento y otras actuaciones ilegales no tiene adecuación típica objetiva por la entrega de información general sobre aspectos básicos de la actuación administrativa, judicial o policiva, sino que requiere para su consumación que el servidor público intervenga directamente asesorando verbal o por escrito la forma en que debe sustentarse o motivarse por parte del asesorado un determinado asunto, lo que en palabras del órgano de cierre en la jurisdicción penal estima como inmiscuirse en el núcleo central de la idea jurídica expuesta por el orientado dentro de la actuación,…

En esas condiciones, para el Tribunal no es posible determinar en qué consistió el consejo brindado por el Juez 29 de Instrucción Penal Militar al Teniente GACO a través de su esposa, puesto que, aunque el acusado en versión libre y en auto del cuatro (4) de agosto de 2014 señaló que asesoró al oficial en su defensa, el testimonio de la Mayor EVS y las posteriores versiones del Mayor LACG indican que el consejo brindado estuvo encaminado a darle a conocer aspectos generales de la actuación penal y a la consecución de un profesional del Derecho para que asumiera la defensa técnica, situación que como se advirtió no tiene la entidad para predicar la configuración típica objetiva del delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales…

Así las cosas, arribar a un juicio de reproche se ofrece confuso, ya que no logró probarse la construcción de un plan de acción de contenido jurídico encaminado a favorecer al aconsejado a pesar de lo dicho por el propio acusado, por el contrario, el obrar del juez de instrucción en lugar de enfocarse hacia lo que sería una asesoría en sí, aparentemente se orientó a informar aspectos generales de la actuación que no tienen trascendencia para el derecho penal." **(Rad. 158179 del 12 de junio de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

43 Cuaderno original 1, folios 133 y 179.

• • • •

9. ATAQUE SUPERIOR/INFERIOR.

Del acto del servicio como ingrediente normativo.

"Frente al ingrediente normativo relativo a que el ataque se presente *"en actos relacionados con el servicio"*, la ilustre apelante, tanto en el planteamiento que realiza en el recurso como en los alegatos presentados en la audiencia de Corte Marcial, estimó que los actos de agresión de que fuera protagonista su defendido fueron ajenos al servicio policial, puesto que correspondieron a la reacción natural del procesado al ser acorralado y presionado para que subiera a la camioneta a practicarse la prueba de alcoholemia. Recorrido donde JMV además fue esposado, lo que lo obligó a defender sus derechos atacando a sus compañeros con punta pies y agresiones verbales.

Tenemos entonces que, con la existencia de este tipo penal se pretende proteger las condiciones objetivo generales que sirven de presupuesto al ejercicio de las actividades normales y cotidianas de la praxis militar y policial como corresponde a la disciplina, pilar sobre el que descansa la existencia de toda fuerza armada jerarquizada. Razón por la cual, el legislador no sancionó la vulneración al bien jurídico de contenido institucional, sino que define y sanciona conductas que considera tienen suficiente entidad para ponerlo en peligro y anticipa así su protección. (…)

En consecuencia, el bien jurídico de la disciplina sólo se verá amenazado si la agresión de un uniformado a otro se produce en desarrollo de actos relacionados con el servicio, dado que de presentarse ataques verbales o físicos producto de una relación ajena al servicio ninguna afectación registrará el bien jurídico de contenido institucional, puesto que dicha situación se encontrará enmarcada en el ámbito particular y será solo punible cuando se afecta efectivamente la integridad moral o física del atacado. (…)

Por ello, la Sala estima necesario recordar que cuando la ley señala que la conducta debe realizarse en actos del servicio, no se está refiriendo a las tareas puramente operativas, sino que apunta al conjunto de actividades tanto administrativas como operativas que deben desarrollar los miembros de las instituciones militar y policial para logar el cumplimiento de los fines previstos en los artículos 217 y 218 de la Constitución, así como las demás funciones fijadas en ésta y en la ley, desde la incorporación de sus miembros, pasando por la formación, instrucción, entrenamiento de los mismos, servicio de sanidad, logística, actividades administrativas necesarias para su funcionamiento, como formaciones, servicios internos de seguridad, de régimen interno, etc., sin las cuales sería imposible que

se materializara la parte operativa, contexto que se debe examinar si una conducta determinada se realizó en relación con actos propios del servicio.(…)

Bajo ese contexto, la Sala debe precisar que una cosa es que el ataque por las vías de hecho se de en actos relacionados con el servicio y otra dentro del servicio como parece entenderlo la censora. En ese orden, efectivamente aquella agresión que se produzca entre miembros de la fuerza pública, aunque se encuentren uniformados y en servicio activo, pero que tenga origen en una circunstancia distinta al propio servicio no podrá configurarse como ataque al inferior o superior, puesto que dicha conducta trascendería la esfera meramente particular y no al ámbito militar o policial y, por tanto, resultaría ineficaz para afectar la disciplina entendida como la condición esencial para el funcionamiento de la institución policial, en tanto implica la observancia de las disposiciones Constitucionales, legales y reglamentarias que consagran el deber profesional.

En consecuencia, el hecho que JMV hubiera sido relevado o no del servicio cuando se produjo la agresión no determina la existencia o inexistencia del ingrediente normativo "*en actos relacionados con el servicio*", puesto que, de entenderse de esa forma, bastaría demostrar que el agente se encontraba en actividad cuando produjo el ataque por vías de hecho en contra de otro uniformado para corroborar la presencia del elemento normativo, situación que no corresponde a la realidad, puesto que aunque la agresión se produzca en el servicio y en dependencias oficiales puede no tener relación con el servicio y contrario sensu.

Para estimar estructurado ese elemento esencial del delito de ataque al inferior y al superior, se hace necesario precisar que, en la conformación del contenido dogmático de estos delitos, la relación con el servicio como ingrediente normativo se predica respecto de una conducta activa desarrollada por el agente que tiene origen, conexión o correspondencia con el servicio. En otras palabras, el ataque por vías de hecho ha de producirse como consecuencia del servicio que desarrolla el sujeto activo de la conducta punible.

Coherente con las precedentes razones, se ha de señalar que el PT. JMV para la data de los hechos se encontraba designado para el servicio de vigilancia y seguridad en el parque de la localidad de San Vicente Ferrer - Antioquia, función que cumplía en el momento de los hechos, tal como se acreditó con los medios de prueba allegados al proceso, así mismo, demostrado se encuentra que, en desarrollo de la función de supervisión y control, el SI. JELL hizo presencia en el parque principal para corroborar el estado de alerta del procesado, habida cuenta que habían sido informados que éste se encontraba ingiriendo alcohol lo que evidentemente generaba un riesgo para la comunidad y la desatención del servicio, hecho que finalmente produjo la airada reacción del encausado.

Bajo ese entendido, la Sala considera que en el caso particular el ataque se produjo en actos relacionados con el servicio, puesto que la agresión que soportaron tanto superior como subalterno por parte del procesado fue consecuencia de las acciones de control y supervisión emprendidas por SI. JELL al percatarse del estado de ebriedad en que JMV prestaba el servicio de vigilancia. Nótese como las vías de hecho fueron la expresión que encontró el enjuiciado al entenderse descubierto para evadir su responsabilidad, lo que indudablemente permite evidenciar un vínculo causal entre el servicio de vigilancia y seguridad, los actos de control y supervisión del superior y el ataque de que fueran objeto los uniformados.

Bajo ese entendido, no es de recibo para el Colegiado lo manifestado por la recurrente, al referir que el ataque por vías de hecho se produjo cuando JMV había sido relevado del servicio y era trasladado primero a la estación de policía y luego al hospital para que se realizara prueba de alcoholemia, lo que logró que se exaltara y actuara agresivamente, atendiendo a que fue sometido a la fuerza para poderlo subir al vehículo policial que lo trasladaba al hospital de Marinilla - Antioquia, además de que había sido esposado y, de acuerdo a los alegatos defensivos del procesado, reducido colocándoles su cabeza entre las piernas, lo que le obligó a defenderse.

Al respecto, debe indicarse que el hecho de haberse relevado del servicio de vigilancia y seguridad por el aparente estado de ebriedad que registraba no determina que el procesado se encontrara fuera de la actividad policial, por el contrario, se le ordenó a JMV subir al vehículo para ser trasportado hasta la estación de policía para que la situación fuera verificada por parte del Comandante de Estación (IT. OSG) y el Comandante del Distrito (MY. PAG). Actividad propia del servicio dentro de la cual se produjeron las primeras agresiones por parte del procesado en contra de superior y subalternos.

Por otro lado, como arriba se explicó el ataque debe producirse en actos relacionados con el servicio, es decir, lo que exige el ingrediente normativo no es que la producción de las vías de hecho tenga lugar mientras el agente se encuentra en actividad sino que estas sean consecuencia del servicio militar o policial que cumple, en otras palabras, lo que se demanda es que el ataque se produzca causal y objetivamente como consecuencia de actos vinculados al servicio militar o policial que desarrolla el uniformado. (…)

Por otra parte, las vías de hecho se presentaron primero cuando el uniformado era trasladado hasta la estación de policía del municipio para presentarse al comandante del distrito, en la propia estación y cuando era trasladado al hospital San Juan de Dios de Marinilla, lo que evidencia que su comportamiento se dio en actos relacionados con el servicio, puesto que siendo transportado hasta la

estación de policía para que efectuara un acto del servicio, como es presentarse al superior para dar cuenta de cualquier novedad, decidió atacar por vías de hecho a superiores y subalternos en procura de evadir la responsabilidad por haber ingerido licor encontrándose de servicio, así lo refiere el IT. **OSG**, comandante de la estación de policía…**"(Rad. 158725 del 12 de febrero de 2019, M.P. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

• • • •

10. AUTENTICIDAD DEL MEMORIAL ANTE LA OMISIÓN DE LA FIRMA.

Incidencia.

"Resulta ineludible para la Corporación abordar el asunto, en consideración a que en el trámite que surtió el expediente antes de llegar a esta Instancia la abogada de la defensa manifestó su inconformidad a través de memorial[44], en el cual puso de presente que la Juez Primero de Brigada del Ejército Nacional debía declarar desierto el recurso por encontrarse sin firma y no haber sido sustentado adecuadamente por la impugnadora.

Así entonces, una vez verificado el expediente se evidencia que el *A quo* de ninguna forma incurrió en un proceder que merezca reproche alguno por parte de esta Corporación, ya que el recurso de apelación que la representante de la sociedad interpuso contra la sentencia de primer grado proferida el 03 de julio de 2019, no podía declararse desierto con fundamento en que el escrito de sustentación de la alzada carecía de autenticidad por no contener la firma de su autora, pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que de forma acertada citó la falladora de instancia en auto del 23 de julio de 2019[45], asumir una postura de tal naturaleza evidenciaría lógicamente un excesivo rigorismo formal.

Recuérdese que en el precedente sentado por la Corte Constitucional en el citado fallo T-268/10, en un caso de connotaciones similares al que ahora se presenta, señaló que *"se incurre en los defectos procedimental[46] (sic) por "exceso ritual manifiesto" y sustantivo cuando la autoridad judicial considera que no es auténtico un memorial que carece de firma, sin tener en cuenta los demás elementos que permiten dar certeza acerca de su autor".*

La citada jurisprudencia constitucional nace precisamente de la imperiosa

44 Obra a folios 78-88 C.O.1.

45 Cfr. Folio 109-111 ídem.

46 Transcrito conforme se plasmó en la sentencia de tutela mencionada. –Ver ítem 3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia, numeral 6.-

necesidad que los operadores jurídicos no desconozcan los derechos sustanciales de las partes mediante el apego extremo de los presupuestos procesales contenidos en normas de esa naturaleza que, si bien son el instrumento para su realización, no pueden llegar a convertirse en un obstáculo injustificado para la consecución de la justicia material.

Ahora bien, al revisar el expediente que nos ocupa, esta Judicatura observó que de folios 71 a 74 del cuaderno original No. 1 obra el documento del recurso sin firma, con constancia de haber sido recibido en la secretaría del despacho el 08 de julio de 2019, memorial en el que se aprecia que fue dirigido al Juez Primero de Brigada del Ejército Nacional indicando la radicación del proceso e identificando claramente al procesado, asimismo se exponen algunos fundamentos para controvertir el asunto allí tramitado, finalizando el escrito con el nombre de la apelante y la calidad en la que actúa legalmente.

Seguidamente a folio 75 del cuaderno original, obra edicto de fecha 08 de julio de 2019 a través del cual se notificó a las partes que no lo hicieron personalmente, el cual permaneció fijado hasta el 12 siguiente, lo que significaría que los términos se ejecutoria se surtieron hasta el 19 *ut supra.*

A lo anterior se suma que el 18 de julio de 2019, estando dentro de la oportunidad legal para sustentar el recurso de apelación, la impugnante presentó un memorial en el cual ratificó su interés de recurrir la decisión y puso de conocimiento del despacho de primera instancia lo siguiente:

> *"Presenté tres originales y la copia con la cual me quedé estaba suscrita por mí –la allego para confirmarlo- y lamentablemente las otras copias por un olvido involuntario y sin mala fe no las rubriqué, en todo caso teniendo ese juzgado certeza ABSOLUTA de que el recurso fue presentado por mí en ejercicio de mis funciones como Procuradora Judicial 1, 208 Penal"*[47].

Con fundamento en las anteriores explicaciones y teniendo en cuenta los demás medios documentales que permitían dar certeza sobre la autenticidad del recurso, la juez concluyó que la persona que elaboró el documento contentivo de la sustentación del recurso de alzada fue, sin duda alguna, la Procuradora Judicial 208 Penal I, decidiendo atinadamente darle trámite ante esta Corporación, esto en perfecta armonía con la realidad procesal que muestra certeza sobre su autor.

Por todo lo expuesto considera la Sala, contrariamente a lo peticionado por la defensora, que no resulta procedente desechar el memorial recursivo por el sólo

47 Cfr. Folio 96-104 C.O.1.

hecho que la apelante no hubiera obrado con diligencia al omitir la firma del documento, pues como se expuso pretéritamente la autoría del escrito con el que sustentó el recurso de apelación quedó debidamente acreditada posteriormente, es decir, fue subsanada la irregularidad procedimental, por lo que el olvido inicial en que incursionó la opugnadora en modo alguno tiene la entidad suficiente para llevar a concluir que no debe abrirse el trámite ante la segunda instancia por el incumplimiento de una formalidad, que en últimas no es de las que nuestro ordenamiento jurídico exige expresamente para darle validez a un determinado acto." **(Rad. 159173 del 12 de noviembre de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

• • • •

11. CAMBIO DE RADICACIÓN.

Las garantías procesales no se afecten per se porque el despacho judicial tenga una sede diferente a la del domicilio del procesado.

"Diáfano refulge así que son diversas las hipótesis dentro de las cuales se puede peticionar un cambio de radicación, pero es aquella destacada por la Sala la que se adecúa al panorama referido por la peticionaria, como quiera que finca su pretensión en que la distancia entre las ciudades sede del despacho instructor y en que se halla domiciliado su procurado va en contra de los derechos del mismo afectando garantías procesales, especialmente el derecho a contar con una verdadera defensa técnica, teniendo mayores garantías procesales de accederse al pretendido cambio de radicación y poder visitar, así, el PT (R) LLRG el despacho en el que se adelanta la investigación para tener acceso al expediente y poder participar en la práctica probatoria, además de tener comunicación fluida con su defensor, atendiendo a que no ha sido posible designar uno en esos lugares.

Ante un ejercicio argumentativo de tal naturaleza, resulta procedente evocar que, en punto al prenombrado instituto, enseña el órgano de cierre de esta jurisdicción foral, en decisión de plena aplicabilidad al presente evento con miras a resolver entonces si hay, o no, lugar a atender favorablemente el pedimento de cambio de radicación en cuestión, lo siguiente:

"El desconocimiento de las garantías procesales, como todas las causales que la ley establece para autorizar la remoción de un proceso del lugar de ocurrencia de los hechos, tiene su fundamento en la necesidad de contrarrestar factores externos de perturbación del ejercicio de la actividad judicial, y no de solucionar las dificultades personales que el adelantamiento del juicio y en general la refutación de la incriminación conllevan para el procesado y su defensor, pues no todo factor perturbador de la administración de justicia se

remedia con este instrumento, al que jurisprudencialmente se le ha atribuido carácter residual y extremo, al reconocerse que se trata de una excepción al principio según el cual el juez competente por el factor territorial para conocer de un delito, es el del lugar de su comisión.

De allí que la ubicación del domicilio del procesado o de su defensor, no constituye criterio válido para autorizar la remoción del proceso, como tampoco lo son las dificultades que tengan que afrontar para desplazarse al lugar donde el juicio se encuentra radicado, pues tales inconvenientes no revisten la idoneidad suficiente para perturbar el adelantamiento de la actuación procesal en el territorio de la jurisdicción del juez natural, y de ahí que el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal no las haya previsto como causal para variar la radicación del proceso.

(…)

Lo anteriormente transliterado conduce a enfatizar que la solicitud de cambio de radicación, medida extrema con la cual se busca que el ambiente para la investigación y el juzgamiento, vale decir, para la impartición de justicia, sea el más apropiado, ha de estar debidamente motivada por quien pretende que aquella le sea favorablemente dispensada, ello en aras de que el superior funcional llamado a decidir el incidente pueda construir el juicio de valor correspondiente, determinando si en la sede donde regularmente se debe adelantar y culminar el proceso, las condiciones resultan propicias o nocivas para garantizar la rectitud de juicio y la transparencia en la delicada tarea de administrar justicia; esto, se acota, en la medida que no existan mecanismos jurídicos alternativos que permitan neutralizar las causas que llevan a invocar la aplicación de la pluricitada figura, o cuando, no empece haberse empleado tales mecanismos, estos han resultado inanes o inoperantes.

Y es que sólo en la medida que quien depreca el cambio de radicación del proceso acredite objetivamente las razones fácticas que determinan su petición y estas resulten objetivas, perceptibles, demostrables y exentas de error[48], precisa la Sala, es plausible que el llamado a resolver lo pertinente, en el presente caso este Colegiado, realice la sopesada ponderación que corresponde en punto a si ciertamente en el sitio donde se está adelantando la investigación existen circunstancias externas que puedan afectar el normal desarrollo y ejercicio integral de la administración de justicia, al punto que sea aconsejable, de resultar positivo dicho análisis, acceder a referido cambio, aserto que resulta plenamente unívoco con lo que al respecto ha acrisolado la Suprema Corte, esto en los siguientes

48 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

términos:

> *"En razón de lo anterior, es imprescindible entonces, que dentro del trámite incidental que adelanta la Corte, el peticionario demuestre fundadamente las circunstancias argüidas como motivo del cambio de radicación, ya que, dada su connotación ellas deben ser objetivas, perceptibles, demostrables y esencialmente, exentas de error, toda vez que en el trámite establecido por la ley para esta clase de peticiones, no existe un período que permita practicar pruebas de oficio o a solicitud de parte, en orden a verificar las afirmaciones incluidas en la solicitud…"*[49].

Así las cosas, cernido el asunto que concita la atención de esta Corporación por el tamiz que brindan las anteriores precisiones conceptuales, palmar se avizora que deleznable resulta, para los efectos propios de este trámite incidental, el planteamiento expuesto por la defensora del PT (R) LLRG, esto en la medida que la logomaquia argumentativa a la que aquella acude en procura de sacar avante su anhelo, tan sólo apalancada en su subjetivo dicho, sin soporte probatorio alguno, pero arguyendo circunstancias que resultan infundadas en tanto contrarias a lo que objetivamente refiere la urdimbre procesal como se detallará *a posteriori*, no permite vislumbrar objetiva y válidamente que en el lugar geográfico sede del juzgado de instrucción en la que cursa la investigación en contra del referido policial retirado, exista circunstancia alguna que le imposibilite ejercer a plenitud sus garantías procesales[50], menos aún -añade la Sala- que impidan al instructor de la causa, a la Fiscalía Penal Militar e incluso al juez de conocimiento si esta llegare a la etapa de juicio, administrar una recta, eficiente y cumplida justicia.

El aducido mejoramiento de las garantías procesales no es argumento por sí mismo suficiente para reputar válidamente que no se va a cumplir con los propósitos de la justicia, o que hay un ambiente impropio, se reitera, que amenace la incolumidad de las garantías procesales que incumben el encartado e incluso a su actual defensora, como para aplicar la excepción a la regla general de competencia determinada por el factor territorial, máxime si se tiene en cuenta que de la revisión del plenario no se avizora ninguna conculcación de tales garantías, llegando los despachos de instrucción penal militar que han conocido del asunto y la Fiscalía 162 Penal Militar a ser más que garantistas al acudir a la figura de la comisión[51] para

49 Corte Suprema de Justicia, radicado 51000, agosto 30 de 2017, M.P. LUIS GUILLERO SALAZAR OTERO.

50 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 42003, agosto 15 de 2013, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, según la cual la teleología de esta figura "…está íntimamente vinculada con la protección de la imparcialidad del juez llamado a presidir el juicio, la protección del orden público, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento y la seguridad o integridad personal de los intervinientes".

51 Ley 522 de 1999, artículo 268, "Comisiones. Para la práctica de diligencias la Corte Suprema de Justicia podrá comisionar a cualquier funcionario judicial o a sus magistrados auxiliares.

El Tribunal Superior Militar y los jueces de primera instancia, podrán comisionar para la práctica de pruebas y

la práctica de pruebas solicitadas por el procesado[52] y para efectos de notificación a éste de las decisiones adoptadas en el decurso procesal, amén que al mismo, PT (R) LLRG, se le ha garantizado su participación activa en el trámite a través de la solicitud de pruebas, de su intervención en la práctica de las probanzas testificales, de la resolución de los variados escritos allegados y de los recursos por él impetrados, amén que se han atendido sus peticiones de cambio de defensor, ello había cuenta que el antes citado -tal como se evidencia a lo largo de la actuación- inconforme con las actuaciones de quienes en calidad de defensores públicos han sido sus representantes judiciales, así lo ha requerido, sin que ello haya sido, se agrega, óbice para denunciar disciplinariamente a algunos de ellos como dan cuenta las fojas.

Pero como si ello no fuera suficiente para despachar desfavorablemente el pretendido cambio de radicación, como se anunciare de agraz, al no satisfacer los argumentos de la incidentante ninguna de las razones enlistadas en la norma adjetiva ya analizada, también resulta manifiesto, como se dijere líneas atrás, que revisada la actuación procesal las circunstancias postuladas por la abogada CEMMJ resultan abiertamente infundadas, se itera, como pasa a verse acto seguido.

(…)

Evidenciándose así de manera palmar que contrario a lo afirmado por la antes citada profesional del Derecho en su escrito, ninguna afectación de las garantías procesales del procesado, PT (R) LLRG, ha acontecido en el trámite sumarial, al igual verificándose que éste siempre ha contado con un defensor técnico –de confianza, público y de oficio- y que incluso ha hecho suyo a plenitud el ejercicio de la defensa material, habrá de agregarse que la taxatividad de las causales a las que la ley otorga potencialidad para excepcionar las reglas de competencia por el factor territorial, impide que el espectro de protección de la figura se amplíe a través de una interpretación extensiva para dar cabida a criterios como los expuestos como basilares por la peticionaria[53], imbuidos de simple conveniencia o comodidad,

diligencias, exclusivamente, a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría.

Los jueces de instrucción penal militar, podrán comisionar para los mismos fines, a funcionarios de inferior o igual categoría fuera de su sede.

El auto mediante el cual se comisiona establecerá con precisión las diligencias que deben practicarse y el término dentro del cual han de realizarse. En caso de indagatoria se anexará el cuestionario correspondiente.

En ningún caso la comisión implica facultad para resolver la situación jurídica del procesado.

52 Folios 772 a 780 CO. 4

53 Que la distancia entre las ciudades sede del despacho instructor y en que se halla domiciliado su procurado va en contra de los derechos del mismo afectando garantías procesales, especialmente el derecho a contar con una verdadera defensa técnica, teniendo mayores garantías procesales de accederse al pretendido cambio de radicación

porque ello conduciría al absurdo de aceptar -en contravía de la teleología que inspira el cambio de radicación- que las reglas de competencia por razón del factor territorial y la excepción a ellas que deviene de la aplicación de dicho instituto jurídico procesal, quedan supeditadas bien al domicilio del procesado o de su defensor, ora a la imperiosa aceptación de que estos sólo pueden hacer propio el derecho a la prueba o tener mutua comunicación si se accede al cambio de radicación.

Lábiles e improbados argumentos que en últimas resultan ser aquellos en que la multicitada incidentante apalanca su pretensión y que por manera alguna se trocan en factores externos de perturbación del ejercicio de la actividad judicial, que aparejen la alteración de las condiciones propicias para garantizar la rectitud del proceso penal en sus varias etapas y el ejercicio integral de la administración de justicia, deviniendo más que lógica, se insiste, la improsperidad de la aspiración postulada por la abogada incidentante.

(…)

En este orden de ideas, ante la ostensible falta de objetiva y perceptible demostración de circunstancia externa alguna que torne en favorable el anhelado cambio de radicación y que lleve a este Tribunal a avizorar como conveniente la aplicación de la excepción a la regla general de competencia determinada por el factor territorial, al igual que por razón de las otras circunstancias enlistadas *ut supra*, se denegará -como fuere anticipado- su concesión y se dispondrá, consecuencialmente, que la presente investigación se continúe tramitando en el Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar, máxime que se halla en ciernes la práctica de unas pruebas, a cuyo término deberá continuarse con el trámite de rigor con estricta sujeción a los términos de ley y al plazo razonable, …” **(Rad. 158749 del 23 de abril de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

12. CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO.

La causal invocada debe estar plenamente probada. Causal de ausencia de responsabilidad “Legítima defensa”.

“Incontrastable resulta, en consecuencia, el por qué ello demanda el recaudo de prueba más que suficiente al efecto, de la que aparezca inequívoco y nítido el fundamento de una determinación tal, pues no se trata de una decisión cualquiera,

y poder visitar el PT (R) LUIS LABRIAN RANGEL GONZÁLEZ el despacho en el que se adelanta la investigación para tener acceso al expediente y poder participar en la práctica probatoria, además de tener comunicación fluida con su defensor, atendiendo a que no ha sido posible designar uno en esos lugares.

se habrá de iterar, sino de una que cesa la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, que por ende se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada haciendo tránsito a la misma y que, por virtud de ello, tiene indiscutible incidencia en tópicos como el levantamiento de las medidas cautelares impuestas al procesado y la operancia del principio del non bis in idem, pudiéndose erigir, por otra parte, en contraria a los derechos o intereses de las víctimas o perjudicados con el injusto, ello al punto que estos o aquellas, e inclusive el representante de los intereses de la sociedad, pueden intentar su revocatoria a través de la vía de la impugnación.

Asertos que imponen, por obvia correlación con el punto de Derecho abordado dialéctica y probatoriamente en la decisión objeto de disenso, remembrar, como en anteriores oportunidades se ha hecho[54], que el numeral 4º del artículo 34 de la Ley 522 de 1999, al igual que lo hace el numeral 5º del artejo 33 de la Ley 1407 de 2010, establece como causal de justificación o causal de ausencia de responsabilidad, respectivamente, la institución de la legítima defensa allí abordada, ello en los siguientes términos: *"Cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas (…)"*, causal que ha de entenderse de acuerdo con lo enseñado por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción penal como "*el derecho que la ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídico tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una agresión antijurídica, actual o inminente, de otro, no conjurable racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión."*[55]

De igual manera, la doctrina ha definido la citada causal como: *"la acción necesaria para impedir o apartar de sí o de otro el peligro proveniente de una agresión actual e injusta contra un bien jurídico. La defensa es una reacción dado que se constituye en un contra-ataque encaminado a conjurar la agresión o hacer cesar sus efectos. En la legítima defensa un injusto ataque es conjurado por una justa defensa, por lo tanto se presenta la necesidad de proteger el bien repeliendo la agresión"*[56].

Lo anterior permite afirmar sin temor a equívoco alguno, independientemente de lo que en la actualidad plantea una visión normativa de la teoría del delito –de confección doctrinal- en punto a que la conducta de quien actúa en legítima defensa es un asunto de imputación más que de antijuridicidad, que para que se configure la

54 Sentencia noviembre 30 de 2016, radicación No. 158375, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

55 Corte Suprema de Justicia, radicado 30794 del 19 de febrero de 2009, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

56 GÓMEZ, JESÚS ORLANDO. El Homicidio. Universidad Santo Tomas. Tomo I, Tercera Edición. P.121.

legítima defensa es necesario que concurran los siguientes requisitos: *a)* que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad); *b)* que sea actual o inminente, es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo; *c)* que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice, para lo cual se han de analizar en cada caso en concreto –como bien lo señalara la distinguida recurrente- un cúmulo de circunstancias como el modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, los bienes jurídicos en tensión, la entidad de la agresión e incluso los medios utilizados[57]; *d)* que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión; *e)* que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada, es decir que de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado[58]; y *f)* la existencia del ánimo defensivo por parte del actor, no de un ánimo vindicativo.

Conteste con lo anterior, y con el *factum* ventilado en la decisión reprochada, también debe recordarse que en punto al marco normativo propio del uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los miembros de la Policía Nacional de Colombia, esta Corporación también ha aquilatado que sabido es que el actuar de los mismos en nuestro país debe ceñirse a los fines consagrados a nivel constitucional y a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que por vía del bloque de constitucionalidad se han incorporado a nuestro ordenamiento interno, así como a los lineamientos propios de los instrumentos de *soft law*[59] aplicables y aceptados en punto al uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de la autoridad policial como lo son el *"Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley"* adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979[60] y los *"Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley"* adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990[61].

57 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia mayo 5 de 2004, rad. 19922.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia junio 26 de 2002, rad. 11679.

59 Se trata de un Derecho Programa, basado en principios éticos que contribuyen a prefigurar lo que ulteriormente se desarrollará como Derecho y, cuyo significativo ejemplo son las resoluciones de los organismos internacionales.

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

61 "4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.
Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en

Normas y reglas, ha de decirse, que a su vez se han insertado en otras normas propias de la actividad de policía como son el entonces Código Nacional de Policía y el Manual de Patrullaje Urbano de la Policía Nacional.

De aquellos instrumentos de *soft law* resulta procedente, para la resolución del caso que en esta oportunidad concita la atención de esta Corporación, extractar las siguientes reglas: a) el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien tales funcionarios pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites; b) el derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad, ello implica que en ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr; y c) el uso de armas de fuego se considera una medida extrema, deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños, no obstante se avala un uso tal cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas." **(Rad. 158754 del 27 de Febrero de 2020, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

13. CONCURSO DE DELITOS.

Concurso homogéneo y sucesivo vs concurso homogéneo y simultáneo. Dosificación punitiva.

"Consideró asimismo que la calificación dada al delito de desobediencia en concurso homogéneo y sucesivo fue la que llevó a incurrir en error al fallador al momento de dosificar el quantum punitivo a imponer, porque si bien las reglas a ser aplicadas para este tipo de concurso exige que se individualice cada una de

defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso."

las penas por cada delito en concurso a fin de establecer cuál es la más grave *"en este caso no hay más delitos, es solo un delito (desobediencia) que se repitió en una sola ocasión y no se podía entonces dosificar simplemente dos veces el mismo delito por dos hechos (2 y 3 de diciembre de 2017) y luego hacer acumulación jurídica de penas."*[62].

Sobre este particular y en cuanto al concurso de conductas punibles habrá de remembrar la Sala que éste, según las voces del artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 que por su naturaleza de norma sustancial resulta aplicable al evento *sub examine*, prevé la hipótesis de concurso de acciones y omisiones típicas, tanto en su modalidad homogénea como en la heterogénea, que en la ley penal militar son tratadas de cara a los efectos que una pluralidad tal genera sobre la dosificación punitiva, estableciéndose una regla general de dosimetría punitiva -tanto respecto de la variedad de conductas de acción u omisión que, mediando o no una diferencia temporal entre una y otra, encuadran en un solo tipo objetivo o en varios de ellos, como de la materialización de una sola conducta activa u omisiva pero que impacta varias normas de descripción típica o varias veces la misma disposición-, consistente en que el sujeto agente respecto del cual se predique el fenómeno concursal quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, sin que sea dable entender, como erradamente parece hacerlo la libelista, que en aquellos eventos en que las conductas desplegadas por el sujeto agente son de la misma especie, es decir, se adecúan a un mismo arquetipo legal (concurso homogéneo), se esté ante la comisión de un solo delito y la sanción a imponer deba dosificarse bajo este entendido, pues de así aceptarse se arribaría al exabrupto jurídico de dejar en la impunidad uno o más comportamientos punibles con el sofisma, propio de una inaceptable logomaquia jurídica, de que existió un solo delito en tanto sólo uno fue el tipo objetivo transgredido.

(…)

Prístino resulta así el desacierto en que incurre la impugnante al tildar como un concurso homogéneo y simultáneo, no como el concurso homogéneo y sucesivo que estima se imputó erradamente en el acto de acusación, los comportamientos llevados a cabo por el SL. SFGV el 02 y el 03 de diciembre de 2017, constitutivos de sendos delitos de desobediencia como bien se concluyere en la decisión primaria objeto de reproche, ello en la medida que en cada oportunidad que éste acriminado incumplió la orden –por él conocida- de asumir el servicio de centinela de su unidad orgánica para el cual había sido designado previamente y por la autoridad militar legalmente llamada a hacerlo, encuadró sus conductas también

62 Ibídem.

en sendas oportunidades en el tipo objetivo que recoge el reato típicamente militar de la desobediencia y agotó en cada ocasión, de manera injustificada y deliberada, éste injusto penal, independientemente que ante cada desobediencia hubiere esgrimido dos argumentos disimiles para hacerlo.

Así las cosas, resultando meridiano que cada una de esas conductas posee identidad propia y obedeció a una plúrima e independiente motivación, irrefragable se deriva la independencia plena de dos delitos de la misma especie -perfectamente escindibles desde el punto de vista de su perfeccionamiento autónomo- y, de contera, la deducción de consecuencias jurídico penales de manera individual pero acorde a la regla general de dosimetría punitiva explicada párrafos atrás.

Mal podría aceptarse, como pretende la respetada libelista, que se trató de un único comportamiento típico y sin que mediara una distancia temporal entre los hechos por lo que se configura un concurso simultáneo -argumentos que precisa la Sala ni siquiera se asimila a lo que realmente apareja la modalidad concursal que pregona sino más bien al denominado delito *"único o complejo"*[63]-, puesto que palmar resulta, con afincamiento en el acervo suasorio propio de esta causa penal, que la orden del servicio incumplida el día 02 de diciembre de 2017, no fue la misma que el SL. SFGV dejó de acatar al día siguiente, no empece su similitud en la medida que ambas consistían en recibir sendos servicios de atalaya de la unidad militar a la que pertenecía como vinculado al servicio militar obligatorio, por lo que evidentes también resultan las dos oportunidades en que se lesionó el bien jurídico objeto de salvaguarda en tratándose del injusto penal por el que el prenombrado fue investigado, acusado, enjuiciado y condenado, circunstancias estas que, además, dan por tierra con lo aseverado por la censora en punto a que se transgredió el principio non bis in ídem como se detallará de forma más amplia *a posteriori.*

Un dislate de esta naturaleza halla explicación, a juicio de este Tribunal, en la confusión dogmática que impregna lo argüido por la recurrente en aras de sacar avante su pretensión y que se pone de manifiesto en reputar que se da el concurso homogéneo cuando *"el autor realiza varias conductas que se adecuan todas, siendo distintas a varios tipos penales"* [sic][64], pretermitiendo que el concurso homogéneo en realidad tiene material operancia "*cuando los hechos realizados por el sujeto*

63 Esta figura únicamente se presenta en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva. Los hechos apreciados aisladamente, si ello fuere posible, constituiría por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario, el complejo, el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos y situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos. **Cfr**. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias septiembre 15 de 1983, radicación 22415; julio 25 de 2007, radicación Nª 27383; abril 09 de 2008, radicación Nª 22548; y septiembre 23 de 2008, radicación No. 24184.

64 Folio 243, ibídem.

activo son de la misma especie, es decir, cuando se adecuan a un mismo tipo legal"[65], de manera tal que es plausible su configuración al encajar una o varias conductas naturalísticas varias veces en el mismo tipo penal, lesionando el mismo bien jurídico.

Así bien lo entendió el legislador al diseñar el contenido normativo propio del artejo 32 del Código Penal Militar[66], señalando que habrá concurso de conductas punibles cuando *"con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición"* (subrayas de la Sala) y, asimismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al precisar, por una parte, que el concurso de conductas punibles *"comporta la unidad de sujeto(s), la unidad o pluralidad de acciones u omisiones con las cuales se infringen varios tipos penales, o varias veces el mismo"*[67] y, por otro lado, que el concurso homogéneo y sucesivo es *"…el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos uesto que no son excluyentes."*[68]

Entendimiento que resulta conteste con lo que ha concluido la Corte Constitucional de nuestro país al apuntalar, respecto del concurso homogéneo, que el mismo surge *"En el caso que las acciones independientes se circunscriban a un mismo tipo penal"*[69] y con lo que expone la doctrina nacional al señalar que el concurso homogéneo y sucesivo se configura "*cada vez que el agente realice una pluralidad de conductas entre las cuales medie cierto espacio temporal de cualquier duración."*[70].

Precisado lo anterior en punto a lo argüido por la recurrente sobre la presunta concurrencia de un concurso homogéneo y simultaneo, lo que por otra parte resulta per se dilógico pues su pretensión en últimas es que se declare que sólo hubo un delito y conforme a ello se redosifique la pena impuesta a su prohijado, ha de iterarse que los mismos argumentos vertidos en las precedentes cuartillas llevan a esta Colegiatura a estimar que la razón tampoco está de su parte cuando asevera infundadamente que con la manera en que se tasó la pena impuesta a su acudido *"se estaría vulnerando el principio del non bis in ídem, porque se estaría condenando*

65 Tipicidad, Alfonso Reyes Echandía, editorial Temis, Bogotá, 1999, página 213.

66 Ley 1407 de 2010.

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto agosto 29 de 2012, radicación No. 39105.

68 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, julio 25 de 2007, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

69 Corte Constitucional, sentencia C-464/14, julio 09 de 2014, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

70 Manual de Derecho Penal, Décima Edición, Mario Arboleda Vallejo y otro, Editorial Leyer, página 274.

dos veces por un mismo hecho"[71].

Ello en tanto, como ha quedado suficientemente dilucidado en el corpus de esta decisión, en la presente causa penal se procesó al SL. SFGV por la comisión no de una sino de dos conductas típicas, claramente identificadas, que en tanto constitutivas de sendos injustos penales de desobediencia en modalidad concursal merecieron el reproche correspondiente y su condigna sanción[72], amén que las mismas, por un lado, resultan abiertamente ajenas a las hipótesis que abarca el axioma postulado[73] y, de otra parte, el argumento propuesto, al igual que el anteriormente decantado y resuelto por esta Magistratura, debió haberse ventilado en la primera instancia por parte de la abogada que ahora los enarbola, profesional del Derecho que fue notificada de manera personal del auto definitorio de situación jurídica[74] y del llamamiento a juicio[75] sin que interpusiere recurso alguno contra estos actos procesales de jurisdicción o se refiriere a la imputación fáctica y jurídica en ellos contenida, avalando en vez de ello en la audiencia de aceptación de cargos del 18 de abril de 2018[76] la aceptación que de los mismos hiciere su defendido en consonancia con la calificación jurídica en últimas vertida en el acto calificatorio, mostrándose así de acuerdo con ella, por lo que lo ahora aducido ante la segunda instancia no sólo resulta un acto contrario a la lealtad que ha de caracterizar su conducta procesal, sino que además relevaría, en últimas, a esta Corporación de pronunciarse al respecto si así lo hubiere estimado procedente."

(…)

"No empece lo así anunciado, la naturaleza del reparo de la opugnante al ejercicio dosimétrico punitivo llevado a cabo por el Juez de Instancia ante de Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana, reparo que igualmente esboza la distinguida representante de los intereses de la sociedad ante esta instancia,

71 Folio 244, ibídem.

72 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia abril 27 de 2011, radicación No. 35947, en esta decisión se definió el derecho de las víctimas a obtener justicia como aquel encaminado a que "la conducta delictiva no quede en la impunidad, se le imponga al responsable la condigna sanción y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento" (destacado fuera de texto), debiendo precisar este Tribunal que el derecho a obtener una sanción justa o condigna frente al perpetrador del delito victimizante, atendiendo a la afectación sufrida, compagina con la noción más amplia del derecho a la justicia en sentido de que la conducta no quede impune, como ocurre cuando la sanción no se corresponde o no es proporcional al daño que se ha ocasionado como también sostuviere el órgano plural en cita en sentencia diciembre 02 de 2015, SP 16558-2015, radicación N° 44840, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

73 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia marzo 26 de 2007, radicación No. 25629 y sentencia julio 25 de 2007, radicación No. 27383, entre otras.

74 Folio 86, ibídem.

75 Folio 143, C.O.1.

76 Folio 177 a 178, ibídem.

trocan procedente que esta Corporación, en aras de salvaguardar las garantías fundamentales del condenado y mantener incólume el respeto al debido proceso sancionatorio[77] y al principio de legalidad de la pena, revise aquel ejercicio, mismo por virtud del cual dicho *Iudex A quo* finalmente le impusiere al SL. SFGV una pena restrictiva de su libertad, sin derecho a la condena de ejecución condicional, de novecientos cuarenta y seis (946) días como autor responsable del delito de desobediencia en concurso homogéneo y sucesivo.

Previo a ello y en pro del fin señalado, oportuno resulta evocar lo que de manera pacífica y uniforme ha apuntalado el órgano de cierre de esta jurisdicción especializada en punto a la determinación del *quantum* punitivo para el concurso delictual, particularmente en aquellos eventos en que media una previa aceptación a cargos[78] que apareja una rebaja punitiva, uno de cuyos pronunciamientos, se precisa, es traído a colación por la agente del Ministerio Público ante esta instancia en su concepto de rigor. Así ha dicho el referido órgano colegiado:

(…)

Evidenciándose así diamantina la metodología con que ha de abordarse el proceso dosimétrico en tratándose de los antes citados eventos, habrá de señalarse que no obstante la discrecionalidad judicial al respecto, esta es reglada en tanto debe ceñirse a los precisos parámetros enclavados en la normatividad aplicable[79] y a lo que enseña el precedente vertical de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la par que ha de resultar razonable y motivada[80] respecto a los criterios aplicados de individualización de pena, con lo que se habilita la posibilidad de que los sujetos procesales impugnen la decisión en que aquel proceso tiene lugar al no estar de acuerdo con sus pilares fácticos y dialécticos; ello en la medida,

77 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 46647, SP918-2016, febrero 03 de 2016, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, "El respeto del debido proceso sancionatorio comprende la consideración de aspectos formales y principialísticos. La concreción del ius puniendi en la efectiva imposición judicial de la sanción penal no sólo ha de ceñirse a criterios de legalidad stricto sensu, expresados en reglas para la individualización de la pena; también comporta la materialización del principio constitucional de proporcionalidad (prohibición de exceso)".

78 Fenómeno eminentemente post delictual en tato tiene lugar después de la perpetración del delito, lo que explica porque la rebaja ha de ser posterior a la tasación de la pena imponible en concreto.

79 El artículo 59 de la Ley 1407 de 2010 señala de modo imperativo que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, además, el artículo 61 ejusdem establece una restricción a la discrecionalidad del juez en el proceso de individualización de la misma al indicar la forma como debe dividir objetivamente el marco punitivo –que resulta de la diferencia entre el límite mayor y menor– en cuartos: mínimo, en caso de no concurrir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo presentarse estas últimas; medios, cuando simultáneamente concurran unas y otras; y máximo, si confluyen únicamente agravantes.. Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia abril 30 de 2014, radicación No. 41350; sentencia febrero 20 de 2008, radicación No. 21731; y sentencia diciembre 02 de 2015, SP 16558-2015, radicación N° 44840, entre otras.

80 Esto como expresión del principio de motivación de las decisiones judiciales y en tanto la medida de control sobre el proceso de individualización de pena radica en el examen de su razonabilidad, en consonancia con los criterios atinentes a la necesidad, proporcionalidad y las funciones que cumple.

claro está, que el discurso de disenso apunte hacia la demostración de un *erroris* imputable al funcionario autor de aquel proceso de dosimetría.

Bajo la égida que brindan las anteriores precisiones conceptuales y jurisprudenciales, ha de advertir igualmente desde ya este Tribunal Castrense que a pesar de avizorarse dos dislates en el ejercicio de tasación punitiva llevado a cabo por el Juez de Instancia ante Comando Aéreo 122 encargado –mismos que se relacionarán acto seguido y se abordaran de oficio y de manera amplia *a posteriori*, la improsperidad de los argumentos de la apelante como quedó decantado *ut supra* aparejarán se despache desfavorablemente aquellos y *contrario sensu* se imparta conformidad a la decisión atacada por vía del bastión de alzada, como así se indicará más adelante y en la *resolutio* del presente pronunciamiento, en relación al reparo que la opugnante planteara en su escrito recursal de cara a la modalidad concursal que fuere imputada a su prohijado al momento que el fiscal penal militar de la causa calificare el mérito sumarial profiriendo resolución de acusación en contra del mismo.

Bajo un entendido tal habrá de apuntalarse como primera medida y de cara a la metodología dosimétrica detallada a espacio y suficiencia en el acápite de este proveído intitulado *"ACTUACION PROCESAL"* –misma que por razón de esa claridad se estima innecesario reproducir paso a paso-, que contrario a lo que se imponía hacer, la diminuente punitiva por razón del allanamiento a cargos que en etapa de juicio hiciere el procesado, la aplicó el fallador de primer grado a cada una de las penas concretas a imponer por cada punible cometido, una vez tasadas estas de manera individual, y luego de ello sí procedió a aplicar la regla general de dosimetría propia del fenómeno concursal.

Procedimiento que la Sala advierte errado en tanto, como atrás quedó explicado, lo que correspondía hacer era llevar a cabo la atenuación punitiva, por obedecer a un evento post delictual, luego de haber tasado en concreto la pena a imponer por el concurso de conductas punibles, aserto este que guarda plena univocidad, no sólo con el precedente jurisprudencial traído a colación *ut supra*, sino además con el contenido del artículo 579 de la Ley 522 de 1999 –adicionado por el artejo 1º de la Ley 1058 de 2006-, canon que regula aquel evento y que al tenor reza: *"La declaratoria de culpabilidad otorgará derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados."* (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, aceptando como acertado, aunque lacónico, el proceso motivacional al que acudió el distinguido Juez de Instancia ante Comando Aéreo 122 encargado respecto de la fijación de las penas imponibles para los reatos por los cuales el SL. SFGV fue llamado a juicio y en punto a la determinación de la

más grave –la de setecientos sesenta y cinco (765) días de prisión por el injusto penal de desobediencia consumado el 03 de diciembre de 2017, habida cuenta de la intensidad del dolo puesta de manifiesto en su comisión-, era a partir de éste *quantum* que se debía fijar la pena definitiva imponible por el concurso de delitos punibles al amparo de la aplicación de la regla general de dosimetría diseñada al efecto -la contenida en el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010-, de manera tal que partiendo el ámbito de movilidad judicial de los setecientos sesenta y cinco (765) días de prisión antes reseñados, podía aumentarla hasta en otro tanto pero sin llegar a exceder de la suma aritmética de las penas imponibles por las dos conductas individualmente consideradas[81], esto es, mil quinientos cinco (1505) días de prisión.

De acuerdo con esto, e hipotéticamente acogiendo como correctas las elucubraciones llevadas a cabo por el Juez de Instancia ante Comando Aéreo 122 encargado, para aumentar dicha pena en la mitad por razón del fenómeno concursal o lo que es lo mismo en trescientos ochenta y dos (382) días[82], el guarismo resultante sería -sumado éste resultado al precisado en el párrafo inmediatamente anterior- el de mil ciento cuarenta y siete (1147) días de prisión[83], guarismo que resultaría ser la pena imponible en concreto por el concurso delictual por el que se llamare a juicio al SL. SFGV y sobre el cual, ahora sí, procedería efectuar el descuento punitivo a que tiene derecho el condenado por la aceptación de cargos de acuerdo a lo que dispone la norma antes citada, misma que, se itera, regula la aceptación de cargos en etapa de juicio, si no se observara maculada la exigencia de proporcionalidad entre la conducta reprochada y la sanción impuesta por el fallador primario al aumentar en un cincuenta por ciento (50%) la pena por razón del prenombrado fenómeno concursal, específicamente la proporcionalidad en concreto, respecto de la cual su elucubración, contrario a lo que se imponía, gravitó etéreamente en razones retributivas[84] y de prevención general negativa, sin justificar en debida forma un ponderado equilibrio entre la conducta delictiva y la reacción estatal que corresponde.

Así, olvidó el operador judicial en cita que no bastaba con verificar la satisfacción de las funciones de la pena a que hizo alusión, pues estas se hallan limitadas por los valores superiores[85] del ordenamiento jurídico que se proclaman en el preámbulo

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia octubre 27 de 2014, SP 14623-2014, radicación No. 34282, ".....para determinar la pena cuando existe concurso de delitos operan tres limitantes, a saber: (i) el doble de la pena que corresponda al delito más grave; (ii) la suma aritmética de las penas individualmente determinadas, merezcan cada uno de los delitos; y (iii) la pena máxima constitucionalmente aceptada, es decir, sesenta años."

82 Guarismo resultante de dividir 765 días de prisión en 02, es decir, 368 días de prisión es su cincuenta por ciento (50%).

83 Guarismo resultante de sumar 765 + 382 días de prisión.

84 La justa retribución es tan solo una de las funciones que el legislador ha asignado a la pena. Cfr. Ley 906 de 2004, artículo 4º.

85 En criterio de Peces-Barba, los valores superiores "son principios que se refieren a aspectos o parcelas del ordena-

de la Constitución Política[86], sino se requería, además, vincular la pena al criterio de proporcionalidad, que es el que le permite establecer si la injerencia en el derecho a la libertad personal que se impone al ciudadano por parte del Estado, además de necesaria, guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés jurídico que objeto de salvaguarda[87], vinculación que no llevó a cabo.

De esta manera, lo que se impone es modificar lo así tasado para imponer en su lugar un aumento por razón del concurso de conductas punibles, y sobre los setecientos sesenta y cinco (765) días de prisión antes reseñados, de noventa (90) días, para una pena imponible en concreto de ochocientos cincuenta y cinco (855) días de prisión.

Sobre este *quantum*, ahora sí ajustado a Derecho, procede efectuar el antes citado descuento punitivo por razón de la aceptación de cargos de acuerdo a lo que dispone el canon que regula este instituto en etapa de juicio, descuento que en términos concretos resulta ser de ciento cuarenta y dos punto cinco (142.5) días[88], mismos que restados de la prenombrada pena imponible en concreto de ochocientos cincuenta y cinco (855) días, arroja una pena definitiva a imponer de setecientos doce punto cinco (712.5) días de prisión, monto punitivo que es el correcto y ajustado de acuerdo a las reglas de dosimetría punitiva a que se ha hecho alusión en el presente proveído, por lo que esta Corporación modificará la pena inicialmente impuesta en la sentencia condenatoria apelada -novecientos cuarenta y seis (946) días se habrá de recordar-, para en su lugar imponer como pena definitiva en concreto la antes tasada, misma que se compadece con el valor superior de la justicia, el derecho a la dignidad humana y la proporcionalidad de la sanción y que se ciñe a la prohibición de transgresión del ya referido principio de la *no reformatio in pejus*[89] por virtud del cual la situación del procesado que es

---

miento, Son expresiones, en ellas, de un sistema jurídico que se identifica por tener y como hecho fundante básico un Estado social y democrático de derecho y como contenido material a desarrollar los valores superiores. Es la llamada moral interna de derecho, son rasgos característicos que se encuentran en un sistema jurídico de una sociedad democrática y que el legislador constituyente ha preferido positivizar para superar la vieja polémica sobre su origen, sobre si son expresión de una deducción del sistema, o si son anteriores al sistema. Cfr. Peces-Barba, Gregorio, Los valores superiores, Madrid, 1986, p. 39.

86 El Preámbulo de la Carta Política de 1991 establece como valores superiores la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo. A su turno, el artículo 1º caracteriza al Estado colombiano con el valor del respeto a la dignidad humana y la prevalencia del interés general.

87 Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 189.

88 Resultante de dividir 855 días de prisión por 6 o lo que es lo mismo 855 días/06 = 142.5 días.

89 Por virtud de este principio la situación del procesado que tiene el carácter de impugnante único, como sucede en el evento sub judice, no puede ser desmejorada bajo el argumento de que las penas que le fueron impuestas trasgreden el principio de legalidad. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias febrero 09 de 2006, radicación No. 23700; julio 21 de 2010, radicación No. 30460; octubre 28 de 2015, radicación No. 43436 y febrero 27 de 2019, radicación No. 51596. Asimismo, auto marzo 14 de 2015, radicación No. 42763, entre otras.

impugnante único, lo que sucede en el *sub litem*, no puede ser desmejorada aún con la loable finalidad de que la pena que le fue impuesta se ajuste al principio de legalidad en tanto no es consonante con el mismo.

Esta modificación conlleva, no obstante la desestimación del anhelo ínsito al recurso de apelación interpuesto por la respetada recurrente, abogada NCMB, en su condición de defensora de oficio del condenado, SL. SFGV, a impartir confirmación al proveído confutado -como fuera advertido de agraz- en punto a las conclusiones vertidas sobre el fenómeno concursal por el cual se impartiere condena, con mayor razón cuando el reproche no gravitó sobre el juicio de responsabilidad penal, ni sobre las demás determinaciones en aquel adoptadas; conformidad que no cobijará, como así se declarará, a la pena en aquel impuesta, la cual oficiosamente se tasará en el monto dosificado en los párrafos inmediatamente precedentes por razón de lo allí aquilatado. .**"(Rad. 158956 del 10 de julio de 2019, M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

14. CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN LEGÍTIMA.

Requisitos para que se constituya en causal excluyente de responsabilidad penal. No opera la obediencia ciega.

"Respecto de las anteriores argumentaciones se encuentra que, de cara al material probatorio obrante en el paginario, no resulta procedente reconocer en la conducta realizada por el SLP. (R) WAQ la circunstancia de exclusión de responsabilidad derivada del *"cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales"*[90], pues además que no fue alegada por el procesado ni su defensa técnica a lo largo del proceso, sino que vino a ser propuesta sin mayores fundamentos en la audiencia de corte marcial, lo cierto es, que no se advierte por este Juez Plural que se encuentren dados los elementos definidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para tener por cierta su real configuración.

Véase que si bien doctrinalmente se ha aceptado que cuando nos encontramos ante la realización de un tipo objetivo positivo y a la vez cumplimos con una orden legítima de autoridad competente, estamos actuando dentro de un ámbito de normalidad social e institucional y, por lo tanto, resultaría viable la exclusión de la responsabilidad penal por cuanto el cumplimiento de los deberes públicos y sociales tanto de los servidores públicos como de los particulares aparece como un mandato constitucional de obligatorio acatamiento según los artículos 2 y 4 inciso 2º, 6º y 95 de la Carta Política[91], también es cierto que para estructurar el

90 Ley 1407 de 2010, artículo 33 numeral 4º.

91 Véase, GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. Estudios de dogmática en el nuevo código penal- Sistemática De

cumplimiento de la orden legítima como causal excluyente de responsabilidad de un comportamiento punible se hace necesario como mínimo llenar las siguientes exigencias:

(i) Existencia de una relación de subordinación entre el que obedece y el superior jerárquico gobernada por los cánones propios del derecho público, lo cual es producto del principio de jerarquía que preside toda la organización de la administración pública.

(ii) Debe existir una orden. Por "orden" en un sentido técnico, no en la acepción común del vocablo, debe entenderse un mandato dirigido por el superior a su subordinado jerárquico encaminado a obtener de este un determinado comportamiento, de conformidad con la investidura legal correspondiente (…).

(iii) La orden debe ser legítima, esto es, ha de tener un contenido lícito y no implicar la realización de un hecho punible; debe, pues, en otras palabras, ser conforme a derecho. (…) de manera perentoria el art. 91-1 de la Const. Pol. Establece, tácitamente, que solo la orden legítima justifica el actuar del agente. En efecto según la citada disposición, no puede invocar "eximente de responsabilidad" quien actúa en cumplimiento de una orden que suponga "infracción manifiesta" de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona.

(iv) La autoridad jerárquica debe ser competente para ordenar, ha de tratarse de un funcionario o empleado oficial investido de la facultad de emitir mandatos con eficacia obligatoria, como producto de la relación entre superior y subalterno y con ocasión de la prestación de un servicio público.

(v) La orden debe ser emitida con las formalidades legales, esta exigencia significa que el mandato debe ser ordenado respetando el rito previsto por la ley para cada caso en particular.

(vi) Finalmente, aparece el requisito subjetivo: el subordinado o el particular debe actuar con la finalidad de cumplir el mandato recibido"[92]. (Resaltado de la Sala).

Del recuento teórico anteriormente citado puede elucubrar la Judicatura varios

Las Causales De Exclusión De La Responsabilidad y de las que Afectan La Punibilidad, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, 2a. ed. Bogotá D.C.

92 Véase, VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. Derecho Penal-Parte General, Ediciones Jurídicas TEMIS, 1995, 2a. Ed. Bogotá D.C.

razonamientos: En primer lugar, que con los argumentos expuestos por el impugnante en el recurso no puede predicarse la ausencia de responsabilidad pretendida, pues bastaría con señalar que no concurren en este caso los presupuestos que consagra el artículo 33.4 del Código Penal Militar, específicamente el aspecto relacionado con la legitimidad de la orden, dado que al SLP. (R) WAQ nunca le fue impartida por una autoridad competente la orden de irrespetar las normas de tránsito durante el desplazamiento que iba a realizar en el vehículo oficial que tenía asignado para el día 03 de agosto de 2012 y, en consecuencia, por esa principal razón no podría hablarse que se encontraba en cumplimiento de un mandato recibido legalmente.

De hecho, fue el propio enjuiciado el que explicó de forma clara en la indagatoria cuál fue la orden que recibió por su superior el día 03 de agosto de 2012, una vez había cumplido ya con la misión operacional de desembarcar la tropa que transportó desde el municipio de Yopal (Casanare) hacía el municipio de Sogamoso (Boyacá) en el vehículo camión NPR de placas UAR669 que tenía asignado legalmente el día de los hechos[93].

(…)

De la versión rendida por el SLP. (R) WAQ, no se observa que en calidad de conductor orgánico del grupo de Caballería No 16 *"Guías del Casanare"* del Ejército Nacional se le hubiera emitido una orden manifiestamente ilegal por parte de su superior jerárquico, consistente en violar las normas de tránsito, específicamente de realizar maniobras peligrosas en una vía pública al conducir su vehículo oficial a través de la invasión del carril contrario en el momento en que atravesara una curva cerrada, pues a todas luces ello resultaba ilícito.

Por el contrario, se advierte tal como consta en la Orden de Operaciones No 51 "ARO"[94], que todas las instrucciones de coordinación que se impartieron por los comandantes para el desarrollo de dicha tarea estuvieron enmarcadas dentro del respeto de las distintas leyes, códigos, manuales, reglamentos y directivas permanentes que regulan el accionar de la Fuerza Pública en el desarrollo de operaciones ofensivas, entre ellas obviamente se encontraban las relacionadas con las normas de tránsito; demostrado quedó que se emitieron órdenes respecto del límite de velocidad y cuidados en los desplazamientos en carreteras.

Si en gracia de discusión el superior del SLP. (R) WAQ le hubiera ordenado que en desarrollo de la misión constitucional inobservara las normas del Código

93 De acuerdo con las actas de entrega y asignación de vehículos que obran a partir de los folios 135 y s.s. C.O.1 se tiene que el vehículo Chevrolet NPR de placa militar K-10161 fue asignado desde noviembre de 2011 hasta la fecha de los hechos al SLP. WAQ.

94 Obra a folios 204-215 C.O.2.

Nacional de Tránsito al momento de conducir en la vía pública, lo cierto es que el subordinado no estaba llamado a cumplir con dicho mandamiento así éste se hubiera impartido con todas las formalidades legales, ya que el procesado por su antigüedad en el ejercicio de la actividad de conducir vehículos de uso oficial[95], podía discernir perfectamente que descuidar el cumplimiento del deber objetivo de cuidado al momento de realizar una actividad de riesgo como lo es conducir un automotor, puede conllevar a resultados lesivos en contra de los derechos y bienes jurídicos de otras personas, por lo tanto, dicho comportamiento no podía resultar cobijado de la eximente de responsabilidad que ha sido enarbolada por la defensa.

De antaño ha sido interpretado por la Corte Constitucional que no resulta operante el cumplimiento de una orden de autoridad competente como eximente de penalidad, cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, tal como se deduce del siguiente texto:

> *"El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa."*[96].

Es claro entonces que, de acuerdo con el artículo 91 Constitucional, sólo se exime de responsabilidad a los militares en servicio activo *"cuando se trata del cumplimiento de órdenes impartidas legítimamente y que no sean constitutivas de una conducta punible"*[97]. Por lo tanto, no resulta posible acoger la postura del impugnante, orientada a encontrar la absolución de su prohijado por esta vía procesal, porque como se advirtió en precedencia las órdenes que se encontraba cumpliendo el día del suceso no fueron precisamente las de desatender las normas del Código Nacional de Tránsito –Ley 769 de 2002.

Considera la Sala que resulta necesario también hacer un segundo discernimiento en torno a la confusión propositiva, que al parecer persiste en el apelante al momento de reclamar el reconocimiento de la causal excluyente de responsabilidad. Este consiste en resaltar que el togado parte de una falsa premisa, dirigida a sostener que como el acusado se encontraba en cumplimiento de la

95 El acusado aseguró en Audiencia de Corte Marcial "(...) desde el año 1992, he venido, teniendo mi profesión como conductor, y nunca había tenido un accidente, trabajé en el Batallón de transportes de Bogotá, he andado por todas las carreteras nacionales, he estado aquí en Valledupar, por donde quiera, señor Juez, y nunca, nunca, había tenido un accidente, ni había tenido un comparendo por esa cuestión". Véase folio 779 C.O.4.

96 Corte Constitucional C-578 de 1995.

97 Radicado 37638 del 23 de noviembre de 2017. MP. Dr. FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS, Corte Suprema de Justicia.

Orden de Operaciones No. 51 "ARO" (ORDOP DILUVIO BR16) del 1º de agosto de 2012 emitida por el Grupo de Caballería Montado No. 16 *"Guías de Casanare"* del Ejército Nacional[98], cualquier resultado antijurídico producido en el desarrollo de la misma estaría respaldado judicialmente por el cumplimiento de una misión operacional.

La postura asumida por el accionante en este sentido resulta alejada de los fines legales y constitucionales que imperan dentro de nuestro actual Estado Social y Democrático de Derecho, pues no resulta legítimo aceptar que un miembro de la Fuerza Pública pueda cometer un homicidio o causar unas lesiones personales con base en el cumplimiento de una orden operacional sin tener que responder penalmente por ello[99]; en primer lugar porque, como fue demostrado arriba, los superiores del aquí procesado nunca emitieron orden alguna en ese sentido y, en segundo lugar, porque si en gracia de discusión ello hubiera ocurrido, en la institución castrense no opera la obediencia ciega sino la obediencia debida, en virtud de la cual el subordinado no está llamado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales emitidas por su superior[100].

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, bajo el principio militar de la obediencia debida "(…) los subalternos no tienen la obligación de obedecer ciegamente todas las órdenes de sus superiores, se deben oponer al cumplimiento de las que conlleven una afectación indebida de derechos fundamentales, tales como torturar a un prisionero o causarle la muerte fuera de combate, y de no hacerlo tendrán que responder ante la jurisdicción penal como directos responsables de los delitos cometidos"[101].

En suma, se entiende que la jurisprudencia de la Carta Superior ha venido reconociendo tajantemente la incompatibilidad de una obediencia militar ciega y absoluta con los principios constitucionales de la justicia, es por lo que la tesis

98 Ibídem.

99 A menos que el injusto penal que pretenda excluirse de responsabilidad penal se haya producido dentro del recto y normal ejercicio de las funciones constitucionales y legales que cumplen los miembros de la Fuerza Pública, ya que de producirse un resultado antijurídico en un contexto de legitimidad no comportaría extralimitación ni omisión alguna, esto de conformidad con lo interpretado por la Corte Constitucional en sentencia C-177 de febrero 14 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz, en la cual se afirmó lo siguiente "Se reitera, que no se remite a dudas duda que los Estados tienen derecho a perseguir a los grupos alzados en armas y que, por ello, la muerte en combate que la Fuerza Pública ocasione a los miembros de estos grupos insurgentes no constituye jurídicamente un "homicidio", y no es tipificada como una conducta punible".

100 Específicamente se ha prohibido en varios instrumentos internacionales la obediencia debida absoluta o ciega, por ser contraria al Derecho Internacional Humanitario, véase que, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986, dispuso en su artículo 2º numeral 3º, que "No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura". Así mismo en los protocolos I y II, adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, se dispone que "nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual".

101 CSJ, Rad. 46893 del 8 de febrero de 2017.

presentada por el abogado defensor no tiene posibilidad de acertar en el asunto bajo estudio.

Por lo anterior no podrá aplicarse en favor del SLP. (R) WAQ la causal de ausencia de responsabilidad peticionada -cumplimiento de orden legítima de autoridad competente-, toda vez que ningún miembro de la Fuerza Pública está autorizado para incumplir las normas de conducta y reglamentos de tránsito al momento de realizar actividades propias del cumplimiento de los cometidos constitucionales, como por ejemplo conducir un vehículo oficial" **(Rad. 157894 del 13 de junio de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

• • • •

15. DEFENSA TÉCNICA

Puede ser asumida por varios apoderados. Puede designarse para etapas o actuaciones específicas. Reasunción de poder.

"Además de lo anterior, la nulidad invocada por el defensor resulta infundada puesto que al interior del proceso penal militar resulta perfectamente viable que el sindicado, en desarrollo del derecho a la defensa técnica, opte por contar con varios apoderados dotados de conocimientos específicos respecto a los asuntos que se traten al interior de la actuación, ello constituye una manifestación de la eficacia del derecho de defensa y por esa razón se permite que el encausado pueda ser asistido por varios profesionales del derecho[102], circunstancia que encuentra sustento desde los contenidos normativos de la ley procesal, como lo es el artículo 75 del Código General del Proceso, norma procedimental aplicable al presente caso en virtud del principio de integración normativa[103], que permite al procesado conferir poder a uno o varios abogados para que representen sus intereses[104].

102 "Se agrega, que limitar el ejercicio del derecho de defensa a un solo apoderado impide que actúen varios apoderados que posean conocimientos especializados y específicos con relación a las diferentes materias, y por consiguiente permitan resolver las múltiples vicisitudes que se presentan en los procesos. Lo anterior, garantizaría la eficacia de la defensa y del resultado de ésta pues existen asuntos que por su complejidad requieren el conocimiento de varios expertos y no hay razón alguna para negarle al procesado su derecho a defenderse con la intervención de varios profesionales" Corte Constitucional, Sentencia. C-994-06, MP. Dr. Jaime Araujo Rentería.

103 "Uno de esos ordenamientos procesales que no se contraponen al procedimiento penal es el Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012 -, vigente desde el 1º de enero de 2014, el cual autoriza su aplicación, además de los trámites civiles, comerciales, de familia y agrarios, "a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad [...] cuando no estén regulados expresamente en otras leyes". (Art. 1º)." Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 42720 del 27 de julio de 2016, MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

104 Código General del Proceso- ARTÍCULO 75. Designación y sustitución de apoderados. Podrá conferirse poder a uno o varios abogados.
Igualmente podrá otorgarse poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. En este evento, podrá actuar en el proceso cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica pueda otorgar o sustituir

Luego, es factible que el sindicado o procesado pueda otorgar poder a un profesional del derecho únicamente para una etapa del proceso como lo sería la instrucción o el juzgamiento o para diligencias específicas dentro de la actuación, como lo es la diligencia de indagatoria, circunstancia que encuentra pleno respaldo en el artículo 76 del Código General del Proceso[105]. De manera que, resultaba viable que aunque el procesado hubiera conferido poder inicialmente a la abogada MFJM[106], posteriormente, hubiera decidido que fuera asistido durante la diligencia de indagatoria por el profesional APC, sin que ello comporte irregularidad que determine la declaratoria de nulidad.

Por consiguiente, no puede acogerse la tesis del recurrente quien sostiene que a partir de la diligencia de indagatoria el abogado APC asumió la defensa técnica del TE. FECL, dado que la designación del defensor produjo una revocatoria tácita del mandato que anteriormente el mismo oficial le había conferido a la profesional del derecho MFJM, puesto que ésta no contaba con facultades expresas para reasumir la defensa contractual pactada con el procesado.

Para la Sala el planteamiento resulta infundado, como lo considerara el representante del Ministerio Público en su concepto, en la medida que la voluntad del TE. FECL no fue la de desplazar la gestión encomendada a su apoderada de confianza, MFJM, pues nótese del contenido del acta de indagatoria del 17 de marzo de 2014, que la designación del abogado APC fue expresamente para la diligencia de injurada. Circunstancia totalmente viable dentro de la actuación, toda vez que encuentra respaldo en la ley procesal como se explicó anteriormente, al punto que en el plenario puede apreciarse que la defensora inicial continuó ejerciendo la defensa técnica del TE. FECL durante el transcurso de la actuación inclusive recurriendo la resolución de acusación. Gestión que culminó cuando la togada renunció a su labor por terminación del contrato entre el procesado y la Defensoría Militar –DEMIL-, por lo que se dispuso entonces la designación de otro apoderado por parte del juzgado de la primera instancia[107].

---

el poder a otros abogados ajenos a la firma. Las Cámaras de Comercio deberán proceder al registro de que trata este inciso.
En ningún caso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona.
El poder especial para un proceso prevalece sobre el general conferido por la misma parte.
Si se trata de procesos acumulados y una parte tiene en ellos distintos apoderados, continuará con dicho carácter el que ejercía el poder en el proceso más antiguo, mientras el poderdante no disponga otra cosa.
Podrá sustituirse el poder siempre que no esté prohibido expresamente.
El poder conferido por escritura pública, puede sustituirse para un negocio determinado, por medio de memorial.
Quien sustituya un poder podrá reasumirlo en cualquier momento, con lo cual quedará revocada la sustitución.

105 Código General del Proceso- Artículo 76. Terminación del poder. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso. (lo subrayado fuera de texto).

106 Cuaderno original No. 1, folio 114.

107 Cuaderno original No. 2, folios 308-312 y folio 322.

Así mismo, resulta ajeno al debate argumentar que la abogada MFJM carecía de facultad expresa para reasumir sus funciones como defensora, si bien tal circunstancia es cierta, ha de precisarse que la facultad de reasumir deriva de aquellas situaciones en que el apoderado principal sustituye el poder a otro abogado para que sea éste quien continúe ejerciendo la labor defensiva dentro de determinada causa penal, gestión que podrá ser reasumida posteriormente en cualquier momento por parte del primer abogado, la cual se entenderá revocada cuando se reasuman las labores de defensa[108]. Sin embargo, en el presente caso no puede censurarse el hecho que la abogada MFJM careciera de tal facultad, en la medida que ésta no sustituyó el poder a otro apoderado para que continuara con su gestión". **(Rad. 158407 del 25 de octubre de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

• • • •

16. DESERCIÓN

Nulidad. Indebida imputación fáctica.

"Resulta necesario señalar inicialmente que por *"imputación fáctica"* se entiende el hecho o el conjunto de hechos que configuran la conducta típica y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifican, por lo que el funcionario judicial ha de ser especialmente cuidadoso en no desbordar ese marco que delimita el objeto de su pronunciamiento puesto que con ello podrá afectar el debido proceso o el derecho de defensa del procesado.

Siguiendo tales lineamientos, efectuado el estudio de la actuación procesal emprendida en contra del SLR. ADCM, la Sala evidencia la existencia de irregularidad sustancial que afecta el debido proceso por la inconformidad entre la imputación fáctica por la cual se investigó, acusó y juzgó al procesado con la realidad establecida procesalmente. En efecto, se deriva del dossier que al encausado se le endilgó no haber retornado al término de un permiso de 10 días que le había sido concedido entre el 5 y el 14 de noviembre de 2016, ni dentro de los cinco días siguientes, entre el 15 y el 20 de noviembre de 2016, razón por la cual se le imputó, acusó y juzgó por haber incurrido en la conducta descrita en el numeral 2º del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010.

(...)

108 Código General del Proceso - ARTÍCULO 75.- Designación y sustitución de apoderados. Podrá conferirse poder a uno o varios abogados.(...)
Podrá sustituirse el poder siempre que no esté prohibido expresamente.(...)
Quien sustituya un poder podrá reasumirlo en cualquier momento, con lo cual quedará revocada la sustitución.
Ley 522 de 1999- ARTÍCULO 301. SUSTITUCIÓN DEL PODER. El defensor podrá sustituir el poder con expresa autorización del procesado. Pero, bajo su responsabilidad, podrá designar un abogado suplente.

El artículo 497 de la Ley 522 de 1999, norma procesal aplicable al *sub judice*, establece la necesidad de realizar dentro de la diligencia indagatoria la imputación fáctica correspondiente al procesado[109], para que éste pueda defenderse de los hechos que se le atribuyen. Imputación que deberá permanecer incólume durante el trámite procesal a diferencia de la jurídica que puede variarse durante las etapas de instrucción y la calificación[110]. Aspecto frente al que esta Corporación se ha pronunciado reiteradamente refiriendo al respecto:

"Consecuente con lo anterior, en el entendido que se ha de interrogar al sindicado sobre los hechos que generaron su vinculación, implica ello, que la diligencia de indagatoria contiene una imputación fáctica, es decir, que al indagado se le han de señalar las circunstancias de espacio, tiempo y lugar que conforman los hechos que el investigador considera constituyen el delito cometido, ello se traduce, en que la imputación fáctica consiste en garantizar que el procesado conozca que el comportamiento por él asumido tiene un carácter delictivo, en otras palabras, se ha de enterar de manera concreta al sindicado de los cargos por los cuales está siendo vinculado al proceso penal para que con fundamento en dicho conocimiento el incriminado ejerza su defensa explicando las razones de su conducta. En palabras de la Corte Suprema de Justicia el tema se abordó así:

"La forma como los funcionarios judiciales hayan interrogado al imputado en indagatoria, o el método que hayan utilizado para hacerlo, carece de relevancia para estos efectos, puesto que la ley no preestablece un modo determinado de llevarlo a cabo, ni condiciona la validez del acto procesal

109 "En efecto, el actual Código Penal Militar, señala en punto de la indagatoria, que el Juez interrogará al procesado respecto a los hechos que originaron su vinculación, norma que fue extraída en forma idéntica del Decreto Ley 2700 de 1991. Por su parte, la Ley 600 de 2000 señaló además, que al indagado se le pondrá de presente la imputación jurídica provisional.
Encontramos así, dos formas de recepcionar la indagatoria, pues en una basta con hacer la imputación fáctica, mientras que en la otra, hay que hacer además la imputación jurídica.
Entendiendo por imputación fáctica, el interrogatorio basado en hechos, con el fin de conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos que se atribuyen, desde el punto de vista del procesado. Por imputación jurídica, debe entenderse la forma como el instructor da a conocer la norma específica presuntamente vulnerada, con el fin de que el procesado de su explicación.
Está claro entonces, que en el procedimiento Penal Militar lo que se exige para la recepción de la indagatoria, es la imputación fáctica" (TSM. Rad. 155270, 26 de enero de 2009, MP TC Ismael Enrique López Criollo).

110 "De esta forma concluye la Sala que el principio de congruencia resulta un elemento esencial para la garantía y respeto del derecho de defensa dentro del proceso penal; sin embargo, no es un principio de aplicación absoluta y estricta entre la indagatoria y la acusación con que concluya la etapa de instrucción. La exigencia en dicha etapa apunta, sobre todo, a la atribución fáctica que se haga al imputado, la que sí debe ser completa pues determinará de los hechos respecto de los que deba defenderse la persona vinculada por esta vía al proceso penal. Contrario sensu, la imputación jurídica que se haga de los hechos hasta ese momento conocidos tiene un carácter provisional –como lo indica el propio artículo 338 de la ley 600 de 2000-, pues la definición de la misma deberá aguardar a que se establezca con mayor detalle lo ocurrido, así como el grado de participación de cada una de las personas involucradas en dichos hechos, siendo en la acusación en donde dicha atribución jurídica cobra mayor certeza, llegando, incluso, a ser determinante en la etapa para la etapa del juicio" (Corte Constitucional, sentencia T-1067 de 2012).

a que las preguntas tengan un contenido específico, o alcancen número determinado. Lo importante, es que las realizadas, le permitan enterarse de los hechos básicos de la imputación, debiéndose entender por tales, los que constituyen el núcleo esencial de la infracción penal.[111]*"*

De manera pues que el mandato contenido en el artículo 497 de la Ley Penal Militar implica, que en la diligencia de indagatoria al sindicado se le han de precisar los hechos que se considera tienen carácter delictivo, y que ellos son la razón de su vinculación a la causa penal, así lo enseñó la jurisprudencia de la Corte:

"Lo que tales preceptos pretenden significar, es que el imputado tenga la posibilidad de conocer el carácter delictivo del comportamiento por el cual se le vincula al proceso y al menos el nomen juris correspondiente a la conducta materia de investigación, no su calificación jurídica precisa la cual sólo se determina en la sentencia (Cfr. Casación del 2 de mayo de 2003. Rad. 13341)"[112] [113].

Lo anterior significa, que dentro de la diligencia de indagatoria se debía concretar la imputación fáctica de manera clara, detallada, precisando los hechos que, para el caso en tratándose de la ausencia prolongada por cinco (5) días continuos, imponía contabilizar los términos previsto en el numeral 2º del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, a partir del día siguiente en que el soldado ADCM fue dejado en libertad, irregularidad que replicó tanto la resolución de acusación como la sentencia censurada.

Recuérdese, que conforme el numeral 1° del artículo 557 del Código Penal Militar, la resolución de acusación debe contener *"la narración sucinta de los hechos investigados, con la especificación de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar"*, razón por la cual los cargos deben, además de hacer precisa mención del momento de comisión del delito con indicación del día, mes y año de ocurrencia, corresponderse con la realidad procesal demostrada probatoriamente. Luego, la disconformidad entre los cargos imputados y la verdad procesal no configuran una simple equivocación involuntaria, sino que, por el contrario, constituye una irregularidad sustancial que menoscaba definitivamente el debido proceso, en tanto se investiga, acusa y condena al procesado por hechos que la evidencia recaudada descarta.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 19192, M.P. Doctor. Mauro Solarte Portilla, 12 de noviembre de 2003.

112 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 17619, M.P. Doctor Mauro Solarte Portilla, 16 de octubre de 2003.

113 Tribunal Superior Militar, Rad. 157881 del 10 de febrero de 2014, MP. CR. (RA) Fabio Enrique Araque Vargas.

Irregularidad que vulnera el debido proceso no solo por la inobservancia de las formas propias del juicio, sino porque además apareja el quebrantamiento de garantías fundamentales al procesado. Yerro que no le es permitido subsanar a esta Corporación, no quedando camino distinto para la Sala que dar aplicación al artículo 388 numeral 2º de la Ley 522 de 1999 y, en consecuencia, decretar la nulidad de toda la actuación, inclusive de la diligencia de indagatoria, por haberse presentado una irregularidad sustancial que afectó por completo el proceso". **(Rad. 159119 del 20 de febrero de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ)**

• • • •

17. DESERCIÓN.

Término prescriptivo de la acción penal. (Reseña las principales decisiones del TSMP que han tocado el tema). PENA. La ley aplicable depende de la fecha de los hechos.

"Ahora bien, lo que indefectiblemente señala el precedente horizontal antes traído a colación es la existencia de una línea mayoritaria y uniforme en punto al término de la prescripción de la acción penal en tratándose del reato de deserción y al interior de los procesos penales rituados conforme el esquema dogmático procesal inmerso en la Ley 522 de 1999, al igual que en relación con la aplicabilidad de lo normado por la Ley 1407 de 2010 a hechos acaecidos bajo la vigencia de esta última codificación y según se trate de normas sustanciales, sustanciales con efectos procesales o procesales puras[114].

Ello, de cara a lo acrisolado en la decisión con radicado 158042, adiada 13 de marzo de 2015 ya citada líneas atrás, de la cual fuere ponente el otrora Magistrado CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, podría dar pie a realizar un análisis y la consecuente elucubración de índole jurídico respecto de la diferencia conceptual que existe entre esquema procesal, sistema procesal, proceso o estructura procesal y procedimiento; sobre la prescripción de la acción penal como instituto procesal, de su triple connotación y de lo que la interrupción de la misma comporta; respecto a la diferencia que existe entre normas sustanciales y normas procedimentales, al igual que respecto de su aplicación y efectos en casos de tránsito de leyes o de coexistencia legislativa[115]; y asimismo sobre el trámite que en el Parlamento

114 Sobre ello consúltense, entre otros, los radicados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Nos. 36043 del 05 de mayo de 2011, 36045 del 16 de marzo, 36138 del 6 de abril, 36536 del 11 de mayo, 36836 del 16 de mayo y 37636 del 19 de octubre de 2011.

115 Al respecto véanse el radicado de la Corte Suprema de Justicia No. 873 del 03 de noviembre de 1994, MP DÍDIMO PAÉZ VELANDIA. Asimismo, las sentencias C-207 del 11 de marzo de 2003, MP RODRIGO ESCOBAR GIL; C-619/01, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA; SU-881 de 2005; y T-446 del 30 de mayo de 2007, MP CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, de la Corte Constitucional.

Colombiano surtió el proyecto de ley que daría vida a la Ley 1407 de 2010 y, específicamente, como se acometiere en pretérita decisión de la Sala Tercera de Decisión de este Tribunal Castrense[116] sobre el informe de conciliación al entonces proyecto de Ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara, rendido por la comisión accidental y que fuere publicado en la Gaceta del Congreso No. 294 del 15 de junio de 2007 -mismo en el que el término de prescripción de la acción penal originada en el delito de deserción fue reducido sin proposición o debate alguno a un (1) año-, sin embargo no puede desconocer esta Colegiatura lo aquilatado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en punto al tópico que se debate en este acápite de la presente decisión, ello en pronunciamiento adiado 15 de julio de 2015 con ponencia del Honorable Magistrado LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, radicado No. 45632, mismo en el que expresamente el órgano de cierre de esta jurisdicción foral expresó:

(…)

Decisión que no en pocas oportunidades ha sido tildada como carente de los factores cuantitativo y cualitativo para ser considerada doctrina probable o precedente judicial de carácter vinculante, sin que una apriorística apreciación tal sea de recibo para esta Sala en tanto, como lo permite verificar un detallado análisis de la línea de pensamiento edificada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a la temática en ciernes, es plausible concluir que éste órgano unificador en reiteradas oportunidades ha abordado el punto de Derecho epicentro de la misma, resultando más que procedente evocar aquella decisión en que esta Alta Corte estableciere:

(…)

Lo anteriormente transcrito impone a esta Sala, salvo mejor y válida opinión en contrario, por virtud del respeto al precedente judicial y de la fuerza vinculante del mismo en tanto fuente formal y material de Derecho, acoger las precisiones realizadas por el órgano colegiado de cierre de la jurisdicción penal militar en las providencias parcialmente trasuntadas y en aquellas otras referenciadas en el presente proveído, ello en punto a que al interior de los procesos penales atrás mencionados, la acción penal germinada en el reato de deserción prescribe en el término de dos (02) años regulado en la Ley 522 de 1999, mismo que se habrá de contar, en tratándose de los delitos de ausencia, a partir de la producción de uno cualquiera de los eventos relacionados en pacífica y uniforme línea de pensamiento edificada por este Tribunal Castrense desde el año 2015[117], precedente que

116 Radicado 158236-XV-243 ARC. Agosto 27 de 2015. MP CR. MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ.

117 Cfr. radicado 158224, junio 23 de 2015, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA; radicado 158236, agosto 27 de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado 158856, febrero 14 de 2016, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES

al emanar del mismo adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso, amén de indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento[118].

Eventos que no son otros que la realización por parte del infractor de la ley penal militar de actos positivos que señalen su voluntad de cesar en la ilicitud de su conducta -*v.gr*. presentarse voluntariamente-, de la concreción de la captura del contumaz, de su desacuartelamiento, o, de la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación de no cumplirse ninguno de los anteriores presupuestos, ello en tanto delito de ejecución permanente como acertadamente concluyere el *Iudex A quo*, discernimiento este último respecto del cual, se habrá de recordar, disintió el apelante aunque sin edificar dogmática y sustentadamente una antítesis que infirme esto o lo vertido en el párrafo inmediatamente precedente, circunscribiéndose a postular de manera dilógica y deshilvanada –ello en tanto por un lado cimentó unas veces su planteamiento en el principio de favorabilidad y otras en el de legalidad- que el término prescriptivo en el evento *sub examine* era el de un (01) año.

Así las cosas, bajo la égida de las precisiones conceptuales y jurisprudenciales vertidas en los antecedentes párrafos, se habrá de decir sin más ambages que la decisión a adoptar por parte de esta Corporación será disfavorable a la pretensión del recurrente, pretensión, se habrá de rememorar, orientada a que se reconozca en el caso de marras la aplicación de lo estatuido por la parte final del inciso 2º del artejo 76 de la Ley 1407 de 2010, esto es, que el término prescriptivo de la acción penal germinada en el reato de deserción imputado al IMAR (R) DAFR es de un (01) año y por ende una acción tal se halla extinguida por el fenecimiento de tal término, fenecimiento que, según la incomprensible tesis del apelante, tuvo acontecer en dos momentos procesales diversos: el *"primero"* el 24 de julio de 2018 -antes de la ejecutoria de la resolución de acusación- y, una vez adquirida por esta firmeza, una *"segunda"* prescripción al transcurrir el término de seis (06) meses a partir del 28 de septiembre de dicho año.

(…)

"Finalmente, habrá de precisar la Sala, atinente al decir del agente del Ministerio

CHINOME; radicado 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; radicado 158609, mayo 23 de 2017, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 159094, julio 18 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, entre otras.

118 Cfr. sentencia T-292 de 2006, "En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.". En símil sentido sentencia T-683 de 2006.

Público en punto a que el juez de conocimiento debió aplicar las penas previstas en la Ley 522 de 1999 y no los extremos punitivos insertos por el legislador en el canon 109 de la Ley 1407 de 2010, pues con ello se tomó *"lo más desfavorable de las dos leyes, en abierta contradicción al principio de favorabilidad y al principio pro hómine, integrantes del derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional"*[119], que -partiendo del indiscutible hecho consistente en que la conducta punible espetada al IMAR (R) DAFR se consumó el 24 de julio de 2018- ningún desacierto o desafuero se observa en tal proceder judicial habida cuenta de lo que, por un lado, apareja el principio de legalidad penal[120] en su dimensión estricta[121], mismo por cuya virtud en ningún caso es posible aplicar retroactivamente normas de carácter penal con lo que se garantiza el postulado del artículo 29 Superior[122] y, por otra parte, de que la norma que fija las penas mínima y máxima que proceden para una específica conducta punible, como lo hace el último de los artejos en cita, es inobjetablemente de carácter sustancial, siendo de obligatorio cumplimiento y aplicación una vez entre en vigencia, lo que se hizo en el evento sub judice, en el que la punición impuesta lo fue por injusto culpable cometido luego de entrar en vigor el *códex* castrense de 2010.

Premisa conclusiva que para nada varía aún de tomarse en cuenta lo que imbrica el principio de favorabilidad aludido por el señor procurador, principio que se erige en excepción al de legalidad, pues habiéndose producido una derogación del artículo 128 de la Ley 522 de 1999 por encontrarse el delito allí tipificado ahora regulado en plenitud en el canon 109 de Ley 1407 de 2010 -norma sancionadora esta, en consecuencia, vigente en la actualidad-, aquel apotegma no tiene material operancia en la medida que, como enseña la Honorable Corte Constitucional, "… para la aplicación del principio de favorabilidad, se requiere que las dos normas susceptibles de ser aplicadas se encuentren plenamente vigentes, en punto a elegir una u otra en favor del procesado, caso en el cual sí será posible aplicar de manera retroactiva una determinada disposición. Lo anterior, en razón a que la aplicación del principio de favorabilidad es de carácter excepcional y su aplicación no significa una variación de la vigencia de la ley, sino el reconocimiento de la eficacia de una

119 Folio 434, C.O.2.

120 "El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas". Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-820 de 2005.

121 El principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, significa que las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecúa a la descripción abstracta realizada por la ley.

122 Según el cual "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", siendo las leyes preexistentes según la legislación Colombiana y la tradición jurídica nacional aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas.

disposición frente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia."(Resaltado de la Sala)". **(Rad. 159190 del 07 de octubre de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

• • • •

18. DESERCIÓN.

El término prescriptivo de la acción penal no se aumenta por consumarse el delito en el exterior.

"La primera, que aún en tratándose de eventos de tal naturaleza, asumiendo que la conducta de EJOC se consumó en el exterior, esto es, en la república de Panamá, acudiendo a lo normado por el artejo 84 del Estatuto Punitivo Castrense de 1999[123], ello en idénticos términos que el canon 77 de su homologo de 2010, podría pensarse, como así lo hizo la juez instructora en la decisión reprochada, que el término de la prescripción de la acción penal se aumentaría para el delito investigado en la mitad, es decir en un año, para un guarismo final de tres (03) años.

No empece, armonizada una apriorística apreciación tal con la parte final de la misma disposición que prescribe que un incremento tal operará "*sin exceder el límite máximo allí fijado"*, haciendo alusión la expresión *"allí"* al artejo que en el codex le antecede[124] y que establece las reglas generales para la operancia del precitado fenómeno extintivo de la acción penal, palmar resulta que el *"límite máximo fijado"* para este punible contra el servicio es el de dos (02) años allí regulado, ello en tanto la ley penal militar, a diferencia de cualquier otra conducta punible, sí estableció dicho lapso de manera concreta, particular y especial, como se decantare a espacio y suficiencia párrafos atrás y consagra el inciso 2º de del canon 83 de la Obra Punitiva Castrense de 1999, resultando, en consecuencia, incorrecta la tesis confeccionada por la Juez 57 de Instrucción Penal Militar y perentorio, por ende, el entrar a determinar si el fenómeno prescriptivo de la acción para el caso *sub examine* se ha cumplido por el paso de los dos (02) años en cuestión, y de ser así proceder a su decreto de manera oficiosa, lo que se acometerá una vez hecha la segunda de las anunciadas precisiones,

123 Ley 522 de 1999, articulo 84, "Prescripción del delito iniciado o consumado en el exterior. Cuando el delito se hubiere iniciado o consumado en el exterior el término de prescripción señalado en el artículo anterior se aumentará en la mitad, sin exceder el límite máximo allí fijado.".

124 Ley 522 de 1999, artículo 83, "Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20.) Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años.

Parágrafo. Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos."

previa salvedad consistente en que los razonamientos que se verterán acto seguido, atinentes a la naturaleza tipológica del punible de deserción, para nada alteran la conclusión a la que arriba la Sala en punto al antes citado incremento.

Concisión relativa a que al interior de los procesos penales que se surten en esta jurisdicción foral en punto al reato de deserción, el conteo de prescripción de la acción penal -que es de dos (02) años se reitera- inicia, como en todo delito de ausencia[125], a partir de la producción de uno cualquiera de los eventos relacionados en pacífica y uniforme línea de pensamiento edificada por este Tribunal Castrense desde el año 2015[126], precedente que al emanar del mismo adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso, amén de indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento[127], debiéndose recordar lo consignado en pronunciamiento en que se reflexionare…" **(Rad. 159028 del 06 de marzo de 2020, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

19. DESOBEDIENCIA.

Características del delito- Antijuridicidad material.

"No olvidemos que, como de manera reiterada y pacifica lo ha sostenido esta Corporación castrense[128], el delito de desobediencia es de aquellos considerados, conforme a su estructura, de peligro abstracto o mera conducta (potencialmente peligrosos), es decir, punibles que se agotan con una sola acción independiente

125 Cfr. auto junio 23 de 2015, radicado 158224 en la que se apuntalare: "Esto, de cara a los reatos militares de ausencia como el del Abandono del Servicio en los que el fin de protección de la norma es la plena disponibilidad del militar o policial al servicio, o, lo que es lo mismo, el deber de presencia de estos de manera tal que no exista interrupción injustificada alguna en el cumplimiento de los deberes que le atañen como servidores públicos y como miembros de la institución castrense, conduce a reputar como de conducta permanente el tipo penal en el que se hallan insertas las diferentes hipótesis comportamentales que lo pueden llegar a constituir, como igual acontece con los otros injustos típicamente militares subsumibles en aquella categoría, v.gr. el de la deserción y el de Abandono del Servicio de soldados voluntarios o profesionales por no citar más, aserto plenamente concordante con lo que en pretérita oportunidad aquilató esta Colegiatura en decisión en la que se dijo:…".

126 Cfr. radicado 158224, junio 23 de 2015, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA; radicado 158236, agosto 27 de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado 158856, febrero 14 de 2016, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; radicado 158609, mayo 23 de 2017, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 159094, julio 18 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, entre otras.

127 Cfr. sentencia T-292 de 2006, "En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.". En símil sentido sentencia T-683 de 2006.

128 Radicado 147362 del 31 de agosto de 2005, MP. TC. MARGARITA ROSA ZULUAGA SÁNCHEZ; Cuarta Sala de Decisión, radicado 022-155479-6860-XIV-221-EJC del 24 de marzo de 2010, MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; Primera Sala de Decisión, radicado 157033-XII-164 (25) EJEC, del 22 de julio de 2013, MP. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Tribunal Superior Militar.

del resultado que se produzca en el mundo exterior, pues la conducta ha sido valorada de manera negativa y en ella se presume la lesión o el peligro de lesión; sin embargo, tal presunción admite prueba en contrario conforme las voces del canon 17 de la Ley 1407 de 2010, según la cual: *"Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal."*

De la disposición comentada se entiende entonces, como bien lo argumentó la defensa en su escrito, que para la estructuración del comportamiento delictivo es necesario que se acredite además del desvalor de acción, el desvalor de resultado, esto es, la efectiva puesta en peligro, sin justa causa, del bien jurídico protegido.

Para el caso en concreto vemos que para la juez primaria el comportamiento del procesado transgredió de manera efectiva la disciplina en tanto que se probó no sólo la impartición de la orden por parte de quien tenía competencia para ello, que la misma fue dentro de las formalidades legales, dado que apuntaba directamente a la ejecución de los fines institucionales, sino que además ésta fue incumplida, sin justificación alguna, lo cual puso en riesgo el cumplimiento de la orden de operaciones No. 021 "JOYCE", en la que se le había ordenado al oficial hacer *"(…) maniobras de estratagemas y métodos de engaño, acciones sorpresivas, ataque, emboscadas y contraemboscada en el área general (…)"*, entre otras, en la vereda Caña Braval Bajo, a dónde se le ordenó hacer movimiento operacional y no lo hizo.

Nótese que conforme a la prenombrada orden de operaciones, el Comandante del Batallón A.D.A No. 2 "Nueva Granada" había dispuesto que se ejecutara control territorial de área en el sector anotado, entre otras, y para ello como tareas claves para el cumplimiento de esa misión estaba la de hacer movimientos, tal como se lee del acápite de *"EJECUCIÓN"*, literal B *"Tareas Claves* (sic) *para cumplir la misión"*, precisamente también con miras a *"Preservar la integridad de las tropas mediante un detallado planeamiento y conducción observando todos los procedimientos y normas de seguridad."*[129], por manera que no es cierto, como lo hizo saber el defensor en la corte marcial, que se trató de una orden caprichosa del Comandante. No, fue una orden debidamente planificada que se vio afectada ciertamente con el comportamiento desobediente del oficial justiciado, quien con su conducta además puso en riesgo la vida y la integridad de la tropa, pues se conocía de la presencia de grupos alzados en armas y de amenazas para los institucionales, tal como en este sentido lo hicieron saber los siguientes oficiales:…" **(Rad. 158323 del 08 de julio de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

129 Adverso del Folio 30 ídem.

• • • •

20. DESOBEDIENCIA.

Características del delito. Incumplimiento de la orden de acuartelamiento.

"…en la dialéctica de la tipicidad de la conducta investigada es pertinente reconocer la técnica descriptiva del punible a analizar, que nos lleva a determinar las distintas clases de tipos penales a partir de su estructura, contenido, sujeto activo y bien jurídico tutelado, siendo del caso establecer a qué clase corresponde el delito militar de desobediencia que aquí nos ocupa y que fue descrito por la ley penal militar en los siguientes términos (Ley 1407 de 2010 art. 96):

"El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de dos (2) a tres (3) años."

Descripción típica de la que se extracta que en cuanto a su contenido se trata de un delito de mera actividad, puesto que se consuma con la sola realización de la conducta teniendo en cuenta que el bien jurídico que ampara –la disciplina- es inmaterial (Rubio, 2008)[130], catalogándose además como de peligro abstracto por cuanto se concreta con el incumplimiento de una orden emitida por el superior, sin necesidad de que se produzca un resultado material puesto que la amenaza al bien jurídico determina su antijuridicidad (Rubio, 2008)[131].

En relación con el sujeto activo podemos afirmar que el delito de desobediencia se estima mono subjetivo por cuanto la conducta puede ser realizada por un único autor (Velásquez, 2014)[132]. Así mismo y en relación con el bien jurídico tutelado es considerado como mono ofensivo en tanto ampara solo un bien jurídico, la

130 Rubio Barrera J. (2008), El Injusto en el Delito Militar de Desobediencia, (p. 24), Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público. "El tipo de injusto militar de desobediencia corresponde a esta clasificación en la cual es determinante la naturaleza del bien jurídico que es inmaterial (la disciplina), por tanto, para su consumación basta la realización de la conducta típica, con esta se perturba el bien jurídico, no es necesario un resultado materia, la circunstancia que no se requiera un resultado material no significa que no se produzca un efecto sobre el bien jurídico tutelado o desvalor de resultado en el sentido conceptual, en el caso de estudio el efecto recae sobre la disciplina como bien jurídico protegido por el delito de desobediencia."

131 Ibídem.(p.29) "Observados los presupuestos anteriores el delito de desobediencia en la justicia penal militar puede ser considerado como delito de peligro abstracto, por cuanto con este supuesto de hecho el legislador se adelantó a la protección de un bien jurídico de especial importancia para la preservación de la jerarquía y disciplina en la que se sustentan las Fuerzas Militares, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales en el modelo de Estado Social Democrático colombiano, pues basta el incumplimiento o modificación de una orden legitima del servicio impartida por el respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales para que se consume el delito, sin necesidad de que se produzca una consecuencia en el mundo material perceptible por los sentidos".

132 Velásquez Velásquez F. (2014), Manual de Derecho Penal – Parte General, Sexta Edición Actualizada (p. 412), Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales. "Si se atiende al tercer criterio clasificador, esto es, al sujeto activo o al autor de la conducta, puede hablarse, en primer lugar, de tipos monosubjetivos o unisubjetivos para hacer referencia aquellos que describen conductas realizadas por un sujeto…".

disciplina (Velásquez, 2014)[133].

Respecto de su estructura es del caso referir que el delito de desobediencia corresponde a un tipo penal en blanco, lo que implica que la norma que lo contiene se ha de articular con otra disposición legal que conduzca a su comprensión, teniendo en cuenta que el supuesto de hecho no está regulado de manera íntegra en el precepto (CSJ.SP.Rad.29726.nov.2017). A este respecto la Corte Suprema de Justicia enseñó: (…)

Con dicha claridad conceptual y acudiendo a la definición típica del punible que nos ocupa, encontramos de manera expresa que la conducta desobediente consiste en incumplir o modificar una orden legitima del servicio, que para el sub judice correspondió a la orden de acuartelamiento impartida mediante clavegrama del 30 de abril del 2013 por el CRCIM. MFVD, Comandante de la BRIM5, superior con función de mando respecto del CTCIM. FADG.

En virtud de lo anterior y considerado el delito de desobediencia como un tipo penal en blanco, imperioso resulta acudir al Reglamento del Servicio de Guarnición[134], vigente para la fecha de los hechos, que estipula las condiciones en que debía cumplirse la orden de acuartelamiento, disposición reglamentaria que con acierto consultó el *A quo* para establecer el concepto, términos, disponibilidad y alistamiento inherentes al acuartelamiento, refiriendo al respecto: (…)

De manera que, el censor reprochó que el juzgador haya acudido a disposiciones diferentes para definir los términos de disponibilidad y alistamiento en la labor de adecuación típica, señalando para el efecto que en su criterio se trata de un tipo penal cerrado. Postura que luego contraría en su discurso defensivo, cuando a renglón seguido manifestó que al momento de realizar la adecuación típica era necesario considerar los parámetros que en relación con el acuartelamiento establece el Reglamento de Servicio de Guarnición. Así lo expresó:

(…)

Al respecto, se ha de precisar a la defensa que son tipos cerrados aquellos en que los supuestos de hecho determinan claramente las distintas circunstancias típicas (Velasquez,2014)[135], patrón en el que no se enmarca el delito de desobediencia

133 Ibídem (p. 413). "Pueden ser monoofensivos si el legislador por medio de ellos ampara un solo bien jurídico…"

134 Reglamento de Servicio de Guarnición FF.MM 3-1 Público aprobado mediante Disposición No. 010 de 1982 por parte del Comandante General de las Fuerzas Militares.

135 Velásquez Velásquez F. (2014), Manual de Derecho Penal – Parte General, Sexta Edición Actualizada (p. 412), Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales. "… existen los tipos cerrados cuando los supuestos de hecho determinan con precisión las diversas circunstancias típicas, de tal manera que las conductas mandadas o prohibidas se

toda vez que, como se expuso en antecedencia, se trata de un tipo penal en blanco en el que el supuesto de hecho no se desarrolló totalmente en la norma penal, particularidad que le impone complementarse con otro ordenamiento jurídico para dar significado al tipo penal.

8.2. Seguidamente, en procura de verificar la tesis defensiva, se procederá por la Sala a verificar el ejercicio dialéctico realizado por el Juez de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional al momento de adecuar la conducta del CTCIM. FADG, al tipo penal de desobediencia; puesto que el censor sustentó su reclamo argumentando que la norma que plasma la conducta delictiva no contempla los supuestos de hecho que acaecieron en el *sub júdice* y que se concretan en que el referido oficial fue informado de la orden de acuartelamiento el día 30 de abril de 2013 en las horas de la noche cuando se encontraba fuera de la unidad militar consumiendo bebidas embriagantes en un establecimiento comercial abierto al público.

Téngase en cuenta que el punible por el que se acusó al CTCIM. FADG, se concreta en la desatención a una orden del servicio emitida por el superior en ejercicio de la función de mando (Ley 836,2003 art.30)[136], que consistía en el acuartelamiento de segundo grado para el personal del BFIM51 del que era orgánico el CTCIM. FADG, en donde se desempeñaba como Comandante de la Compañía de Seguridad.

Orden militar que fue emitida mediante clavegrama del 30 de abril de 2013 por el CRCIM. MFV, Comandante de la BRIM5, superior con función de mando respecto del encausado, siendo vinculante para este desde el momento en que le fue comunicada por el TN. ASA Oficial de Inspección de la BRIM5 (Fol. 3)[137] (Fol. 154/v)[138], esto es aproximadamente a las 20:00 horas, según lo afirmó el encausado en su injurada (Fols. 59,60,61)[139].

---

desprenden con toda claridad de la ley; por eso se les puede llamar también determinados".

136 Artículo 30 [Capítulo III] Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares [Ley 836 de 2003] "ATRIBUCIÓN DE MANDO. Todo aquel a quien se atribuye una función de mando es competente para expedir órdenes. Los límites de esta competencia se señalan en los reglamentos del servicio."

Artículo 28 [Capítulo III] Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares [Ley 1797 de 2000] "ATRIBUCIÓN DE MANDO. Todo aquel a quien se atribuye una función de mando es competente para expedir órdenes. Los límites de esta competencia se señalan en los reglamentos del servicio."

137 TN. ASA (1º de mayo de 2013) Informe de novedad (Fol.3) "El día 30 de Abril de 2013, una vez conocida la orden de acuartelamiento emitida por medio de clavegrama 301733R ABR/13 CBRIM5, procedo a informarle al señor CTCIM. FADG como Comandante de la Compañía de Seguridad, que el BFIM51 se encontraba en segundo grado de acuartelamiento y que había formación el día 01 de mayo de 2013 a las 0730R a bordo del PDM BFIM51".

138 TN. ASA (14 de junio de 2013) Testimonio (Fol.154/v). "Le informé al BlackBerry a través del Pin que estábamos acuartelados a partir de las 18:00 horas del día 31 de Abril de 2013 y él me contestó R mi Teniente y adicional por radio se informó y en la formación también se dijo".

139 CTCIM. FADG (12 de julio de 2013) Indagatoria (Fols.59-60) "Si me informaron aproximadamente a las 20 horas recibo la llamada telefónica del señor Segundo comandante del batallón en donde me pone en conocimiento el se-

Bajo ese entendido, el despacho precisa que la hora exacta en que el CTCIM. FADG conoció la orden de acuartelamiento es irrelevante, pues lo cierto es que reconoció haberla recibido en las horas de la noche del 30 de abril de 2013, momento a partir del cual debió asumir las obligaciones que el mandato le imponía, tal como lo planteó el juez de instancia en la sentencia cuando afirmó:

> *"Interesa ahora observar si pese al conocimiento de la orden, el señor Capitán de I.M. FADG la cumplió acatando las obligaciones exigidas para el acuartelamiento de segundo grado, y más allá, si lo hizo bajo los lineamientos de disponibilidad y alistamiento que reclama su condición de oficial y que eran de su total comprensión."* (Fol. 966)

Para ello, el *A quo* en total acierto acudió al Reglamento de Servicio de Guarnición estableciendo que la orden de acuartelamiento impone que el personal se encuentre en alistamiento (Reglamento Servicio de Guarnición Sección B.2.)[140], es decir en grado de prevención para intervenir cuando sea requerido (Reglamento Servicio de Guarnición Sección B.2.)[141], condición que supone deben encontrarse en disponibilidad (Reglamento Servicio de Guarnición Sección B.2.)[142], definiciones a partir de las cuales el fallador concluyó:

> *"Así pues, aun admitiendo que el oficial hubiera recibido la orden después de haber salido de la unidad, esto es, a las 20:00 horas, y más allá, de haber ingerido previamente algunas cervezas, una vez tuvo el conocimiento del grado de acuartelamiento y de lo que ello implicaba con relación a la disponibilidad y alistamiento, continuó departiendo con el señor ALG hasta altas horas de la madrugada del día 01 de mayo de 2013 visualizando un show de strippers, sin importarle su deber militar y el compromiso adquirido con el Estado"* (Fol. 967).

En efecto, el reproche penal que se realiza al CTCIM. FADG es el haber desobedecido la orden de acuartelamiento que él mismo reconoce se le dio a

---

gundo grado de acuartelamiento que fue ordenado (...) Aproximadamente a las 20 y treinta en una charla amistosa por pin me reitero lo de ya expuesto por el segundo comandante del batallón consistente con el segundo grado de acuartelamiento no me dio ninguna otra indicación más, simplemente le manifesté que recibido su mensaje y ya (...) a mí me comunicaron a las 19:30 horas sobre el grado de acuartelamiento que había dispuesto el señor Comandante de la Brigada...".

140 Sección B. 2- Reglamento de Servicio de Guarnición. "Acuartelamiento. Es el hecho de que el personal de las Fuerzas Militares se mantenga disponible dentro de las instalaciones del comando o unidad a que pertenece en un determinado grado de alistamiento"

141 Sección B. 2- Reglamento de Servicio de Guarnición. "Alistamiento Es el grado de prevención de las tropas para intervenir en un momento dado"

142 Sección B. 2- Reglamento de Servicio de Guarnición. "Disponible. Personal, animal, vehículo, buque, aeronave o cosa que se encuentre en condiciones de servicio, para ser empleada en cualquier momento".

conocer sobre las 20:00 horas del 30 de abril de 2013, ordenanza que le imponía encontrarse disponible para el alistamiento, es decir, para el momento en que fuera requerido tal como lo reconoció en su injurada (Fol. 59)[143]. Sin embargo, el referido oficial hizo caso omiso a sus obligaciones y prolongó la actividad lúdica en la que se encontraba hasta la madrugada del 1º de mayo de 2013, desatendiendo aquella disponibilidad a la que estaba obligado por cuenta de la orden en mención.

Veamos como el CTCIM. FADG al momento de rendir indagatoria contestó de manera afirmativa a la pregunta sobre si consumió bebidas alcohólicas el día 30 de abril de 2013 (Fol. 25 y Fol. 61)[144], circunstancia que avala el estado de embriaguez en el que fue encontrado la madrugada del 1º de mayo de 2013 cuando se disponía a salir del establecimiento público en el que se encontraba, según lo reseñó en declaración el PT. ALVM quien lo requirió justamente porque observó que encontrándose en estado de alicoramiento portaba un arma de fuego (Fol.242)[145]. Beodez que fue confirmada a través del examen realizado en el Hospital San Juan de Dios de Puerto Carreño (Vichada) que arrojó un diagnostico positivo de embriaguez grado I (Fol.307)[146].

Con fundamento en ello, no es de recibo para este Colegiado la hipótesis defensiva que sugiere que el CTCIM. FADG suspendió la ingesta de licor una vez recibió la orden de acuartelamiento afirmando a la par la imposibilidad de probar dicha circunstancia, por cuanto es el mismo procesado quien en versión libre rendida en la investigación disciplinaria No.001-I.D-2013-SCBFIM51, aseguró que sobre las 11:00 de la noche en el establecimiento público "El Chongo" consumió *"unas cervezas y una botella de ron"* (Fol. 148)[147].

En esas condiciones surge como verdad procesal que el CTCIM. FADG continuó

143 CTCIM. FADG (12 de julio de 2013) Indagatoria (Fols.59-60) "... se nos permitió salió (sic) de la unidad militar con la única condición de estar disponibles y atentos a cualquier requerimiento por los medios de comunicación existentes celular mensajería pin".

144 CTCIM. FADG (12 de julio de 2013) Indagatoria (Fol.61) "PREGUNTADO (20. Manifiéstele al Despacho si usted ingirió bebidas alcohólicas el día 30 de abril de 2013 o el día 01 de mayo de 2012 (Sic)). A la pregunta veinte CONTESTÓ: Si."

145 PT. ALVM (22 de noviembre de 2013) Testimonio. (Fol.242) "QUINTA PREGUNTA (Indique al Despacho los motivos por los cuales el CTCIM. FADG fue conducido a la estación de Policía de Puerto Carreño) CONTESTÓ: Fue conducido porque al momento de pedirle un registro y la cedula de ciudadanía, se alteró y no se identificó como tal y por portar un arma de fuego en estado de embriaguez y al momento que fuimos agredidos por él, por ese motivo fue capturado por el delito de violencia contra servidor público. SEXTA PREGUNTA (Indique al Despacho si usted recuerda en estado en que se encontraba el CTCIM. FADG en el momento en que ocurrieron los hechos) Contestó: En estado de alicoramiento".

146 Dictamen de Embriaguez. Dr. Javier Higuera. ESE. Hospital San Juan de Dios. Puerto Carreño / Vichada (1º de mayo de 2013) (Fol. 307).

147 CTCIM. FADG (12 de junio de 2013) Versión Libre – Investigación Disciplinaria 001-I.D-2013-SCBFIM51 (Fol.148) "... una vez llegamos al parqueadero diagonal al establecimiento a las 11:30 aproximadamente (...) ya dentro del establecimiento departimos de unas cervezas y una botella de ron..."

con la ingesta de licor luego que recibiera la orden de acuartelamiento, sumiéndose en un estado de alicoramiento que dio al traste con la disponibilidad que debía registrar para asumir el estado de alerta que le era exigible en desarrollo de su rol como oficial, puesto que siendo informado de la situación decidió permanecer en el establecimiento público hasta entradas las horas del amanecer donde protagonizó, debido a su estado de excitación, una trifulca con miembros de una patrulla de la Policía Nacional, circunstancia que la defensa reconoce configura el delito de desobediencia, al referir:

> *"Desafortunadamente, la asimilación el etanol en la sangre difiere en cada organismo y no sirve, como referente, para establecer si después de haber recibido la llamada que le informó el acuartelamiento, siguió ingiriendo licor, condición ineludible que debe tener el grado de certeza para que se le predique el punible de DESOBEDIENCIA, bajo el entendido que sería esta, la primera conducta que le impediría estar en disponibilidad"* (Fol. 987).

Innegable es entonces que el CTCIM. FADG desobedeció la orden de acuartelamiento cuando desatendió la obligación que demandaba su deber funcional como militar y decidió no solo permanecer en el establecimiento público hasta entrada la madrugada del día siguiente sino continuar la ingesta de alcohol, lo que evidentemente condujo a que sus capacidades físicas y mentales se encontraran menguadas, tal como lo advirtió el procurador delegado ante esta instancia, malogrando la disponibilidad que le era exigible.

Así las cosas, si bien es cierto en las restricciones y obligaciones impuestas al personal en acuartelamiento de segundo grado no se contempla el permanecer en la unidad salvo aquellos a quienes se les ha asignado cumplir un turno (Reglamento de Servicio de Guarnición 67.a)[148], el hecho de continuar departiendo en un establecimiento abierto al público en donde se dispensan bebidas embriagantes y dedicarse al consumo de las mismas, evidencian la determinación del CTCIM. FADG en desconocer la orden del servicio que le había sido impartida, en la que se establecía que el acuartelamiento daba inicio ese preciso día a las 18:00 horas.

Lo anterior determina que el alegato de alzada resulta ineficaz, en tanto hace alusión a cada una de las restricciones y obligaciones del personal en acuartelamiento, pues de manera singular señaló que su prohijado no estaba obligado al cumplimiento de las mismas, con argumentos tan vanos como el

148 Sección B. 67.a - Reglamento de Servicio de Guarnición. "El segundo y tercer grado de alistamiento imponen: la restricción de salidas colectivas, de salidas individuales de larga duración; establecimiento de turnos para permanencia en el cuartel del personal que normalmente vive fuera de él; se determinan los enlaces con las patrullas de Policía Militar y señales especiales de alarma para que el personal concurra al cuartel en caso necesario y sin pérdida de tiempo".

que no era posible restringir su salida individual porque ya se encontraba fuera de la guarnición militar; que no estaba obligado a atender las señales de alarma porque previo a la orden de acuartelamiento había entregado un turno de oficial de inspección o que la restricción al consumo de bebidas embriagantes estaba circunscrito al casino de la unidad acuartelada, pretendiendo con esta última justificar el estado de embriaguez del oficial encausado (Fols. 989-990)[149].

En consecuencia, claro resulta que el CTCIM. FADG no solo estaba obligado a cumplir con las obligaciones y restricciones que le imponía el Reglamento de Servicio de Guarnición en relación con el acuartelamiento de segundo grado, sino que más allá de ello debía haber asumido con responsabilidad la orden que se impartió, orientando su comportamiento a permanecer disponible en las mejores condiciones físicas y anímicas para cumplir con el alistamiento en caso de ser requerido, condición que incumplió cuando pese a conocer la orden de acuartelamiento y sus implicaciones continuó con el esparcimiento e ingesta de bebidas embriagantes." **(Rad. 158762 del 29 de julio de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

• • • •

21. DETENCIÓN PREVENTIVA.

Cómputo cuando se adelantan dos procesos simultáneamente.

"… también sostuvo el apelante como eje principal para la pretensión de libertad del Capitán DFMB, que al haber sido detenido el 26 de febrero de 2019 dentro del proceso No. 145-17 que se le impulsa por la comisión de los delitos de falsedad en documento privado y otros, dicha privación de libertad debió computarse simultáneamente con la medida de aseguramiento impuesta mediante auto del 13 de febrero de 2019 en el dossier No. 166-2018, razón por la cual él, en ejercicio de su defensa técnica, ha utilizado sendas herramientas jurídicas como tutelas y hábeas corpus para lograr la libertad del citado militar, lo cual resultó infructuoso.

Al respecto destaca la Sala, que la detención preventiva se le ha dado el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal adjudicándosele, por una parte, la función de aseguramiento del imputado, a manera de garantía de

149 Dr. Mauricio Muñoz Garavito (17 de agosto de 2017) Apelación. (Fols. 989-990). "2. Restricción de salidas individuales de larga duración, para este caso no opera porque el Oficial ya se encontraba fuera de la guarnición militar cuando fue enterado del acuartelamiento y la última orden dada al CTCIM. FADG era la de presentarse al día siguiente en la Unidad Militar (…) Señales especiales de alarma para que el personal concurra al cuartel en caso necesario y sin pérdida de tiempo; frente a esta obligación, es válido aclarar que no era de competencia del oficial, ya que para el momento de los hechos, había soltado turno como Oficial de Inspección. (…) Durante el acuartelamiento de primer grado, segundo o tercero, no se servirán bebidas embriagantes en los casinos de las unidades acuarteladas (en los casinos de las unidades acuarteladas). Frente a esta restricción es indispensable aclarar, que el ingrediente normativo circunscribe esta prohibición de manera exclusiva a los casinos de las unidades acuarteladas, precisamente porque es allí donde se aplica el reglamento del Servicio de Guarnición; es decir, dentro de la guarnición militar…".

comparecencia al juicio y cumplimiento de una eventual condena, y por otra, el fin de mantener la seguridad del proceso a través de la conservación de los medios de prueba, en tanto se trata de precaver los riesgos de fuga y obstrucción probatoria, los cuales, incuestionablemente, conspiran contra el legítimo propósito de realizar debidamente el proceso penal como inexorable vía del ejercicio de la pretensión punitiva estatal. Así mismo, se le han asignado finalidades de protección a la comunidad, en especial a las víctimas; por su propia naturaleza, la detención preventiva, tiene entonces una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, no está dirigida a resocializar, a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su propósito es puramente procesal y tiende a asegurar el resultado exitoso del proceso o cumplimiento de la sentencia.

Bajo esa óptica, el legislador goza de libertad de configuración para determinar el término máximo de duración de las medidas de aseguramiento, al margen de las causales de libertad por vencimiento de términos, según el cumplimiento de las diversas etapas procesales, lapsos que se cumplen de manera independiente cuando en contra del mismo sumariado se adelanta uno o más procesos.

Es indiscutible para la Corporación que contra el CT. DFMB se adelantan de modo simultáneo dos procesos penales, en los cuales se le indagó por conductas punibles diferentes y se decretó medida de aseguramiento privativa de la libertad en cada uno de ellos, concediéndose libertad provisional en el primero de ellos, que no es la presente causa, por haber cumplido en detención preventiva el tiempo necesario para obtener su libertad.

Obsérvese que conforme al exiguo material probatorio que reporta el proceso No. 145-2017 dentro de este sumario -166-2018-, se abstrae que la libertad provisional del oficial le fue concedida el 26 de junio de 2019[150] por vencimiento de términos, en tanto transcurrieron 120 días efectivos para que se calificara el mérito del sumario y ello no ocurrió, más no porque fuera absuelto o se le hubiere decretado cesación de procedimiento, presupuestos que son los únicos por los cuales la norma[151] permite computar el término de detención sufrida dentro de una actuación en otra adelantada de modo simultáneo para efectos de punibilidad, por ende, no es posible homologar esas hipótesis, como lo pretende el censor, precisamente porque el reconocimiento de este derecho implica que el proceso dentro del cual se produjo la restricción se haya culminado a su favor, lo cual no ha ocurrido en ninguno de los procesos adelantados contra el CT. DFMB, pues,

150 Ver folio 224 del C.C. 2.

151 Ley 522 de 1999. Artículo 534. "Cómputo de la detención preventiva en otro proceso penal. Cuando simultáneamente se sigan dos o más procesos penales contra una misma persona, el tiempo de detención preventiva cumplido en uno de ellos y en el que se hubiere absuelto o decretado cesación de procedimiento, se tendrá como parte de la pena cumplida en cualquiera de los otros procesos en que se le condene a pena privativa de libertad."

hasta donde se conoce, en el expediente en el que estuvo detenido jurídica y materialmente, aún no se ha proferido fallo definitivo y terminación anticipada del proceso.

(…)

Consonante con lo que viene de expresarse, debe precisarse que el Código Penal Militar, caracterizado por el principio de especialidad, consagra una regulación autónoma atendiendo los principios fundamentales consagrados en la propia Constitución Política, con un régimen completo que responde por consiguiente a los principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, pero diferenciado del mismo por las individuales condiciones para las cuales está previsto, sin que esta diferencia se derive en detrimento de los derechos y garantías consagradas en la Carta Magna.

Huelga remembrar, que las causales de libertad provisional se encuentran taxativamente descritas en el artículo 539 de la Ley 522 de 1999[152], preceptos que gobiernan, en lo pertinente, el estudio que se debe agotar para determinar si al procesado le asiste o no derecho a beneficiarse de la libertad provisional; mandatos que no aplican al *sub lite*, por cuanto no se avizora el cumplimiento de ninguno de los mismos para la concesión del instituto anotado.

Conforme con lo expuesto a lo largo de estas consideraciones, la Sala encuentra respaldo probatorio suficiente para confirmar la decisión objeto de estudio, atendiendo que la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al Capitán DFMB dentro del presente proceso se encuentra ejecutoriada y debe materializarse como en efecto ocurrió, sin que pueda computarse simultáneamente el lapso que permaneció privado de la libertad dentro del proceso 145-2017 como se explicó párrafos atrás, por tanto, se despachará de manera desfavorable las pretensiones del apelante y bajo este entendido se confirmará la decisión apelada mediante la cual el Juez 69 de Instrucción Penal Militar negó conceder la libertad provisional del oficial por el delito de concusión." **(Rad. 159164 del 15 de agosto de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

152 Ley 522 de 1999. Artículo 539. "CAUSALES DE LA LIBERTAD PROVISIONAL. Además de lo establecido en otras disposiciones, el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria para asegurar su eventual comparecencia al proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella: 1. (…) 2. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, de conformidad con la calificación provisional que debe dársele a los hechos. Se considerará que ha cumplido la pena el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla. (…)." (subrayado fuera del texto).

• • • •

22. DOLO.

Demostración. Juzgamientos en ausencia.

Ahora bien, de forma reiterada y pacífica esta Corporación ha dicho que en tratándose del delito de deserción es necesario demostrar -dentro de la tipicidad subjetiva- que la conducta fue realizada con dolo. Esta modalidad conductual está conformada por dos componentes, el cognitivo-intelectivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal y, el volitivo, que implica querer realizarlo; por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización (CSJ AP1862-2016).

Así entonces, debe diferenciarse entre el móvil de la criminalidad y el dolo como elemento dogmático del delito que, de acuerdo con el contenido del artículo 24 del Código Penal Militar de 2010 –modificado por el artículo 98 de la Ley 1765 de 2015-, se acredita al demostrarse que el sujeto agente tuvo conocimiento abstracto de la ilicitud de su proceder y se orienta libremente a ejecutarla, al margen de que obre en el plenario prueba del motivo que lo determinó a actuar, porque el tipo penal de que se trata no exige finalidad especial, razón por la cual se ha dicho que a partir de los factores demostrados, generalmente objetivos, debe deducirse la intención, dada la dificultad que existe para obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo referido a la esfera intangible del ser humano, bastando en consecuencia tan sólo acreditar, se itera, que el sujeto agente haya tenido conocimiento que ejecutaba una conducta objetivamente ilícita y que se orientó con libertad a su ejecución.

En esas condiciones, se ha enfatizado, que para la determinación procesal del dolo se ha de partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar un bien jurídico (dolo) o la representación de un resultado ajeno al querido por el agente y su asunción al no hacer nada para evitarlo (culpa), al ser aspectos del fuero interno de la persona, se han de deducir de los elementos objetivos que arrojan las demás probanzas (CSJ SP3334-2016).

De tener como ciertas las condiciones sugeridas por el *A quo* en esta causa penal, que el dolo no podía colegirse desde las situaciones objetivas demostradas a través de las pruebas allegadas sino exclusivamente con las exculpaciones del procesado, se avizoraría sin mayor dificultad la inconsistencia del discurso al no existir tarifa legal que determine el modo en el que debe acreditarse dicha categoría jurídico dogmática, por cuanto rige el método de libre formación del convencimiento, amén que todas las investigaciones penales seguidas contra personas ausentes tendrían

que culminar con una absolución por duda, lo cual no sólo reñiría con la lógica jurídica sino con el derrotero constitucional de justicia, marcado para quienes desarrollamos estas lides.

Reitérese que son las circunstancias exteriorizadas en actos específicos las que permiten escudriñar el querer subjetivo que orientó en el fuero interno del individuo la consecución de su comportamiento, lo que incluye evaluar conductas anteriores, concomitantes o posteriores a los sucesos materia de investigación y juzgamiento que sean indicativas de su conocimiento y voluntad (CSJ AP 7619-2014, CSJ AP 199-2015), siendo en algunos casos tan evidente la confluencia de los elementos cognoscitivo y volitivo, por razón de ese tipo de señales, que se hace inane la referencia textual a tal clase de factores (CSJ AP 4289-2014).

Conclúyase que la prueba del dolo se deduce por regla general de datos objetivos de los cuales se puede inferir que alguien incurrió voluntariamente en un injusto pese a conocer la prohibición de realizarlo, según lo ha ensañado el máximo órgano de cierre en lo penal en las referencias que vienen de hacerse y textualmente al indicar lo siguiente:…

(…)

8.3.- *Dígase también, que la sistemática procesal contemplada en la Ley 522 de 1999, la cual rige actualmente la jurisdicción especializada, prevé tres excepciones a la regla general de no adelantar investigaciones y/o juicios en ausencia, a saber: i) la declaratoria de persona ausente, cuando se hayan agotado los mecanismos de búsqueda y citación suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado y ésta no ha sido posible*[153]*; ii) la rebeldía o contumacia a comparecer al proceso y, iii) la renuncia a hallarse presente durante la audiencia de juicio*[154]*.*

En efecto, en Colombia es constitucional y legalmente factible realizar juicios en ausencia, como ocurrió en el presente caso, por cuanto le permiten a la administración de justicia continuar un proceso penal pese a la rebeldía o la ausencia real del sindicado, ello en tanto: i) el Estado haya agotado todos los medios idóneos necesarios para informarle a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra, ii) exista una identificación plena o suficiente del imputado, no bastando la constatación de su identidad física y, iii) exista evidencia de su renuencia[155].

Al revisar la presente investigación se tiene que el juez instructor realizó todos los actos de investigación y diligencias requeridas para lograr comunicarle al SLR.

153 Artículos 493 y 568 de la Ley 522 de 1999.

154 Artículo 569 de la Ley 522 de 1999.

155 Sentencia C-591 del 09 de junio de 2005, MP. DRA. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Corte Constitucional.

FJM sobre la apertura del proceso en su contra.

(…)

Profusas citaciones, llamadas telefónicas, despachos comisorios y difusión de mensajes radiales fueron realizados por la Fiscalía 17 Penal Militar[156] y por el juzgado de instancia[157] para obtener la comparecencia del acusado con infructuosas consecuencias, pero lo cierto es que finalmente FJM atendió una de las llamadas telefónicas realizadas por el secretario de la fiscalía, momento en el que se le dio a conocer su situación jurídica procesal y la necesidad de contar con su presencia, ante lo cual se comprometió a presentarse[158] sin que así lo haya hecho, es decir, que se comprobó su rebeldía frente a la administración de justicia, actitud que de lejos puede ser visto como una talanquera para inferir su posible responsabilidad en el asunto que concierne la atención de este sumario." **(Rad. 159010 del 29 de abril de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

• • • •

23. EL DOLO EVENTUAL EN LA TENTATIVA

Compatibilidad.

"Como se aprecia de la reseña que se acaba de hacer, el criterio de imputación utilizado por el *A quo* en su decisión contra el acusado fue el de autor en grado de tentativa del punible de homicidio y bajo la modalidad de dolo eventual, aspecto este que se asoma de bulto, como el origen de la discrepancia, y que se yergue sin ambages en la complejidad conceptual que ofrece la categoría dogmática empleada.

Iniciemos por remembrar que no ha sido pacífica la doctrina[159] en reconocer la

156 Véase folio 165, 166,167, 169,193, 195, 196 del C.O. 1 y 204 del C.O. 2.

157 Confróntese en los folios 206, 209 a 211, 219,226, 229 a 240 del C.O. 2.

158 Folio 167 del C.O. 1.

159 Doctrina que no admite el dolo eventual en la tentativa: Carrara, Francesco «Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito», pág. 73, 77/79, Traducción y notas de Vicente Romero Girón, Radamillanas SRL. - «el elemento moral del conato requiere una prueba específica, sin que valga decir: este acto podía causar tal efecto, luego su ejecutor tenía la intención de producirlo…La tentativa exige intención directa. Y es tanto más imposible que la tentativa culpable deba seriamente admitirse en Derecho penal, cuanto que se tiene ya por cierto en la doctrina común de los criminalistas, que tampoco se admite en los hechos de dolo indeterminado (dolus indeterminatus, determinatur ab exitu)."; Manigot, Marcelo A., Código Penal, Anotado y Comentado, Tomo I, pág. 216/217, Ed. Abeledo - Perrot, 4ª edición - Marcelo Manigot, quien sostiene que «…cuando la intención no es conocida se reputa indeterminada y debe juzgarse por el resultado -v. gr. lesiones-: «dolus indeterminatus, determinatus eventum». La tentativa de homicidio debe ser descartada toda vez que no está probada categóricamente la intención de matar, ya que para que se dé la tentativa de un delito se requiere la exigencia subjetiva del fin o intención de cometerlo, a título de dolo directo, quedando excluido en la tentativa el indeterminado y el

compatibilidad de la tentativa con el dolo eventual, que fue, como se destacó, el criterio de imputación subjetivo empleado por el juez primario en el fallo atacado.

El desacuerdo surge porque quienes propugnan por la compatibilidad del dolo eventual con la tentativa sostienen que no es necesaria para la imputación la acreditación del elemento intencional, sino que es suficiente la demostración del conocimiento, y quienes aseguran que no existe tal compatibilidad, lo hacen bajo la premisa que ésta solo opera frente al dolo directo, en cuyo caso prepondera el elemento intencional.

La Ley 599 de 2000 reguló en el artículo 27 la figura de la tentativa, en los siguientes términos:

> *"El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. (Negrillas de la Sala).*
>
> *Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla."*[160].

De la lectura de la norma ciertamente se comprende como requisito para la estructuración de la figura que los actos ejecutivos no sólo sean idóneos, sino además inequívocamente dirigidos a la consumación del injusto penal, lo que supone conciencia y voluntad; sin embargo, no olvidemos que el dolo eventual es

---

eventual.» Doctrina que admite el dolo eventual en la tentativa: Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, pág. 262, 11ª edición, Ed. Jurídica de Chile, 1970, «la tentativa es la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de delito. En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado. Si, por eso, para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa.»; Jakobs, Günther, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Gonzalez de Murillo (Universidad de Extremadura), pág. 866, 2ª edición, corregida, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997, «el tipo objetivo no está completo en la tentativa; el tipo subjetivo, por el contrario, debe darse plenamente, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición por el delito doloso consumado. Si para la consumación basta el dolo eventual, también lo será así para la tentativa. La ley no llama dolo al aspecto subjetivo, sino representación, porque para determinar el comienzo de la tentativa no hay que atender sólo a que el autor entienda que el tipo se va a realizar, sino también a cómo va a llevarse a cabo. La premeditación, la reflexión o la planificación no hacen falta para la tentativa. Para dejarlo bien en claro, en la ley se evitó conscientemente emplear el concepto de «plan de hecho»; así, puede intentarse un hecho en estado de arrebato pasional.»

160 Artículo 27 de la Ley 599 de 2000.

una modalidad del dolo y, por tanto, conforme a la jurisprudencia, compatible con la tentativa".

(…)

"Como se puede apreciar de la disposición comentada, la estructuración de la forma eventual del dolo no presupone en sí misma una voluntad directa, dirigida a la concreción de un daño antijurídico como ocurre con el dolo directo, sino que existe una especial preponderancia de su faceta cognitiva como quiera que el sujeto debe representarse, por su conocimiento, el resultado dañoso como probable y a pesar de ello decidir dejarlo librado al azar.

Se sigue entonces, de lo dicho, que la representación, que es el elemento cognitivo de la conducta, está estrechamente ligado a la probabilidad de producción del resultado típico[161], de allí que aquélla recaiga sobre la conducta capaz de producir el daño y no sobre el resultado, como así lo ha entendido la jurisprudencia del máximo Órgano de cierre en lo penal, a partir de la expedición de la Ley 599 de 2000:

(…)

Pues bien, al aterrizar las anteriores premisas al caso concreto, vemos que tanto la defensa como la procuradora delegada para esta Instancia pasaron por alto que el juicio de imputación jurídica que le hizo la judicatura al procesado, en su fase subjetiva, fue en la modalidad de dolo eventual y no en la de dolo directo, como se entendió.

Lo anterior se expresa así, en razón a que toda la argumentación defensiva y las reflexiones jurídico probatorias que también planteó la delegada social, hicieron especial hincapié en la falta de acreditación y certeza en punto de la intención dañina del procesado, derivada, al parecer, en el fallo censurado, lo que resulta ser un desacierto cuando se intenta derribar la autoría del enjuiciado en la comisión del delito de tentativa de homicidio en la modalidad de dolo eventual, por la explicaciones ofrecidas en líneas precedentes.

(…)

161 Corte Suprema de Justicia, Sentencia 20860 del 15 de septiembre de 2004, MP. DR. HERMÁN GALÁN CASTELLANOS: "El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual, su diferencia con la culpa consciente sería ninguna o muy sutil, salvo que en ésta, el sujeto confía en que no se producirá y bajo esa persuasión actúa, no así en el dolo eventual ante el cual, el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo." (Destacado de la Sala).

En efecto, en este asunto vemos que para la juez primaria el hecho de que el SLR. CASV haya usado su fusil de dotación, lo haya desasegurado y accionado, lo que calificó como actos idóneos, sin que se haya producido el resultado por la intervención del SLR. MPH, permite adecuar el comportamiento del enjuiciado en la modalidad eventual del dolo.

Pues bien, para esta Célula Judicial una conclusión como esas, en este caso concreto, no sólo es desconocedora de algunos elementos especiales y característicos de esa figura dogmática, sino además contraria al imperativo contenido en el canon 401 de la Ley 522 de 1999, que demanda valorar todas las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal como en este sentido lo destacó la delegada del Ministerio Público ante la Colegiatura.

Al respecto destáquese que el A quo no valoró, para una adecuada imputación del tipo, la conducta del procesado ex ante, esto es, las circunstancias que precedieron el suceso y que fueron expresadas con espontaneidad y coherencia por el enjuiciado no sólo en su versión libre sino fundamentalmente en su indagatoria, para poder así determinar con contundencia que éste quiso crear un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico y, una vez determinado ello, en una valoración ex post, establecer si dichas fuentes de riesgo pusieron efectivamente en peligro, en mayor o menor intensidad, por tratarse del grado de tentativa, el bien objeto de protección penal.

(…)

De la misma manera, para la Sala es claro que al margen de ello, ciertamente era una obligación conocida por el justiciado de mantener siempre puesto el cartucho de seguridad en el fusil, pero no lo hizo, lo cual no es indicativo por sí mismo, por la carencia investigativa que se anotó, que lo haya hecho ese mismo día, previamente a dirigirse al rancho, o lo haya realizado desde el día anterior al suceso a raíz del pánico que le generó la noticia que les dio el SS. MEAN acerca de que estaban siendo objeto de acciones de inteligencia por una particular.

Sin lugar a dudas vemos que el acriminado omitió los deberes de seguridad que tenía en el manejo de las armas de fuego, dado que a pesar que sabía que no podía, porque así estaba ordenado, decidió quitarle el cartucho de seguridad a su fusil y apuntarlo a un objetivo al que, según él, no pensaba disparar, desconociendo el decálogo de seguridad de las armas de fuego, con lo cual ciertamente creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

La pregunta que ahora surge es si, de cara a ese contexto fáctico, puntualmente frente a la creación de ese riesgo desaprobado, pudo el procesado representarse,

en grado de probabilidad, la producción del resultado antijurídico, tal como en este sentido lo tiene entendido la jurisprudencia penal, que ha indicado que la producción del riesgo para el bien jurídico debe ser seria, inmediata y concreta, pero además seguida de la absoluta indiferencia del sujeto frente al resultado que se pueda producir en aquel, miremos:

(…)

Nótese que el joven encausado, de siempre, sostuvo haber olvidado que le había quitado el cartucho de seguridad a su fusil, pues así lo hizo desde la noche anterior y en esas mismas condiciones se dirigió a recibir su turno de centinela sin que sobre tal elemento se le hubiera pasado revista, por lo que creyó que lo tenía puesto y con esa creencia se dirigió al rancho de tropa sin ninguna otra previsión e intención más que la de desayunar, en una acción, como atrás se expresó, absolutamente extra-típica en punto del atentado contra la vida del otro militar.

Es entonces, por lo remoto de la probabilidad de concreción del daño o de puesta en efectivo peligro del bien objeto de tutela, con relación a la fuente creadora del riesgo jurídicamente desaprobado, que la Sala encuentra que no puede acomodarse la conducta del justiciado en la categoría de dolo eventual, frente al punible de homicidio en el grado de tentativa". **(Rad. 158978 del 22 de noviembre de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

• • • •

24. ESTADO DE NECESIDAD

Requisitos para que se constituya como causal de ausencia de responsabilidad.

"Al efecto rememórese como primera medida que el numeral 5º del artículo 34 de la Ley 522 de 1999, al igual que lo hace el numeral 7º del artejo 33 de la Ley 1407 de 2010, referente a la enarbolada causal de justificación, o si se quiere causal de ausencia de responsabilidad, preceptúan, respectivamente, que el hecho se justifica y que no habrá lugar a responsabilidad penal "Cuando se actúa ["se obra" reza la segunda de estas normas acota la Sala] por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar."

Sobre una causal eximente de responsabilidad penal tal, la doctrina nacional ha dicho se trata de "un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente

puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber"[162]*, refiriéndola adicionalmente como "la situación de conflicto entre dos bienes en la que la salvación de uno exige el sacrificio del otro"*[163].

Esta Corporación Castrense, por su parte, en torno al causal objeto de estudio, en pretérita oportunidad aquilató con suficiencia diamantina:

"Para efectos de dar mayor claridad sobre el tema, la Sala consideró necesario rememorar que el estado de necesidad en términos generales se concibió como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos en la que por proteger uno de ellos, necesariamente el de mayor jerarquía, se debe optar por sacrificar el otro -estado de necesidad justificante-, o cuando el agente realiza una conducta típica con el objeto de salvaguardar o proteger un derecho propio o ajeno de una amenaza o daño real actual o inminente, en el que se produce un daño de menor gravedad a los bienes jurídicos, siempre que no pueda evitarse de manera distinta -estado de necesidad excluyente de la culpabilidad-.

Hechas las precisiones anteriores, se debe apuntalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia[164] *han venido decantando que para estructurar el estado de necesidad habrá de cumplirse los siguientes presupuestos, a saber: i) debe existir un riesgo, un daño o peligro; ii) ese riesgo, daño o peligro debe ser actual o inminente; iii) la conducta ejecutada debe tener como único propósito proteger un derecho propio o ajeno, es decir, la finalidad debe ser la protección del bien; iv) el daño o peligro no puede evitarse de otra forma, procedimiento o por otro actuar; v) el daño causado debe ser de menor entidad o gravedad; vi) el daño o peligro que se pretende evitar no debe ser causado por el agente de manera intencional o por imprudencia y, vii) el agente no debe tener el deber jurídico de afrontar ese peligro*[165]*."*[166]

A lo previamente referido habrá de agregarse que el riesgo aludido debe ser

162 PUENTE SEGURA, LEOPOLDO. Circunstancias Eximentes, Atenuantes y Agravantes de la Responsabilidad Criminal. Imprenta Universitaria de Bogotá. 2003. P. 197.

163 VELÁSQUEZ V., FERNANDO. Manual de Derecho Penal Parte General. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Cuarta Edición. P. 499.

164 Cfr. Sentencias: radicado 43033 del 05 de marzo de 2014, MP. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, radicado 32614 del 17 de agosto de 2011 MP. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, radicado 8523 del 17 de agosto de 1993 MP. DR. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ, Corte Suprema de Justicia y Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006 MP. DR. JAIME ARAUJO RENTERIA Corte Constitucional; entre otros.

165 Derecho Penal, parte general, ALFONSO REYES ECHANDIA, Editorial Temis S.A., Bogotá –Colombia- 1987 –decima primera edición-.

166 Tribunal Superior Militar y Policial, radicado 158858 mayo 11 de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ.

real, debiéndose comprobar con claridad la existencia del mismo, pues si el agente obra en la creencia de que ello sucede cuando en realidad no es así, no puede invocar esta específica causal[167], pues se estaría, precisa la Sala, ante un *"estado de necesidad excluyente de la culpabilidad putativo"*[168] susceptible de ser argüido pero al amparo de la causal de inculpabilidad regulada en el numeral 3º del artejo 35 del *códex* castrense de 1999, misma que haya enlistada como circunstancia generadora de error de prohibición en el numeral 10º del canon 33 de la Ley 1407 de 2010 en donde es tratada como error de tipo por razones de política criminal, siendo bajo la égida de esta última normatividad, habida cuenta del esquema dogmático propio de la teoría del delito imperante en nuestro país, que debe resolverse toda cuestión atinente a la operancia, o inoperancia, de las eximentes de responsabilidad penal reguladas en el ordenamiento jurídico patrio.

(…)

El estudio de la presente causa penal y el análisis crítico racional del entramado probatorio anejo a la misma, de cara a lo decantado con antelación, lleva a esta Sala de Decisión a la ineluctable conclusión de la existencia de errores en la valoración probatoria llevada a cabo por la titular del referido despacho, ello en la medida que apreció y valoró las pruebas recaudadas en el devenir investigativo de manera equivocada y derivó de las mismas un contenido diverso y distorsionado del aquel que objetivamente señalan, infiriendo inexplicablemente la eventual ocurrencia de *"la causal de ausencia de responsabilidad que excluye la antijuridicidad de la conducta, no es otra que el estado de necesidad"*, ello al estimar que *"la voluntad del SLR. MARS, estaba encaminada a la solución de un problema de alimentos con su menor hijo y no al abandono de sus deberes como Soldado Regular"*, premisa argumentativa esta última que, por un lado, en manera alguna sustenta la presunta causal excluyente de antijuridicidad alegada por la funcionaria en comento y, por otro, guarda más afinidad con un tema de atipicidad de la conducta que con aquella en tanto - desde una perspectiva finalista del delito bien entendida- toca con la voluntad final de acción del infractor, no con los elementos propios de la figura del estado de necesidad, amén que no hizo el más mínimo esfuerzo retórico por precisar si en su juicio se trató de un estado de necesidad justificante o exculpante.

(…)

Conducta de ausencia que el SLR. MARS desplegó no obstante ser sabedor que con su actuar agotaba la acción constitutiva del reato típicamente militar

167 VELÁSQUEZ V., FERNANDO. Manual de Derecho Penal Parte General. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Cuarta Edición. P. 502.

168 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia agosto 17 de 201, ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, radicación No 32614.

de deserción y se hacía acreedor a las consecuencias que de ello derivaban, conocimiento que le permitía comprender que con su conducta materializaba la acción típica aneja al injusto militar de deserción, ello en tanto había recibido instrucción en materia de justicia penal militar y sobre los delitos pasibles de ser cometidos durante la prestación de su servicio militar[169], pero no le impidió obrar contra legem pretendiendo justificar esto posteriormente en sede indagatorial con los argumentos que, aceptados sin reparo alguno por la falladora de primer grado, condujeron a esta a la adopción de la decisión objeto de disenso.

(…)

El acriminado indicó en dicho acto procesal que uno de los motivos para abandonar el servicio militar fue que *"no tenía para el pasaje"*, sin embargo aceptando en gracia de discusión que ello hubiere sido así, esto en tanto no se tiene certeza de su real ocurrencia pues de la concurrencia de tal circunstancia sólo se tiene el decir injurado del acriminado, ello por manera alguna puede estimarse como constitutivo de causal alguna de ausencia de responsabilidad, al punto que la mencionada funcionaria no logró encuadrarla en ninguna de las circunstancias de hecho y de Derecho que el legislador previó como tales, resultando sólo ser un paliativo con el que pretendió disfrazar el verdadero motivo para su no retorno a su unidad orgánica, motivo que se colige sin mayor esfuerzo racional de lo atestado por el SS. JFDP, deponente éste que señaló que en comunicación telefónica sostenida con el procesado, éste:

> *"(…) me contestó una sola vez y me dijo que él no tenía dinero para regresarse y que cuando lo consiguiera se regresaba, lo cual le dije que se los consiguiera que en el batallón ya le iban a pagar la prima más el pago y que con eso se le giraba para que se viniera, el soldado dice que de una u otra forma él no iba a perder las fiestas navideñas (…)"*[170]*. [Negrillas de la Sala]*

Evidenciándose así que la falta de recursos económicos para trasladarse a la unidad militar en que prestaba el servicio militar obligatorio no fue el factor determinante para que el SLR. MASR abandonara su deber constitucional y patrio, cabe afirmar que aún de haber tenido ello factico acontecer, una circunstancia tal por manera alguna estructura el estado de necesidad postulado en la sentencia de primera instancia recurrida, en tanto palmar se advierte que su razón de ser nunca fue la de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente y que dicha protección sólo fuere viable de dispensar a través de la lesión del bien jurídico del Servicio, por sólo mencionar algunos de los presupuestos que tornan plausible pregonar la concurrencia de la precita causal de ausencia de responsabilidad.

169 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP6540, auto septiembre 28 de 2016, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

170 Folio 89 ídem.

Asertos a lo que ha de agregarse, en punto a lo argüido por el SLR. MASR en el sentido de que *"(…) estaba pendiente de mi hijo MASB, que tenía como cuatro o cinco meses de nacido y la mamá de él no trabaja, a mí me tocó ponerme a trabajar para ayudar a mi hijo. Yo trabajaba en construcción para los gastos de mi hijo"*, que amén que estas afirmaciones carecen de asidero probatorio en el paginario, no obstante reposar en el mismo el registro civil de nacimiento del menor MASB que fija la ocurrencia de un naturalístico evento tal en el día 10 de marzo de 2015, las mismas se contraponen a lo también aseverado por el procesado en su versión judicial en el sentido de que cuando se incorporó a las filas castrenses y mientras permaneció prestando el servicio militar, su hijo estuvo a cargo y bajo la responsabilidad de su abuela quien le proveía su congrua subsistencia al poseer suficientes recursos económicos para ello.

Inferencia racional apalancada en lo que objetivamente refiere el arsenal probatorio propio de la presente causa penal, a la que se suma que en el expediente no milita prueba alguna, ni el sumariado o su defensa técnica la aportaron[171], como tampoco se avizora acto procesal de parte alguno tendiente a conjurar una hipotética precariedad probatoria que permee el proceso investigativo[172], que indique que para la fecha de consumación del injusto típico espetado al acriminado -26 de diciembre de 2016- su menor hijo se hallare en un estado de riesgo o peligro que demandara su paternal protección o que el SLR. MASR, haciendo efectivo su deber parental, llevó a cabo la conducta de ausencia que dan cuentas las fojas con el único fin de proteger a su vástago de un actual o inminente daño sólo conjurable mediante la efectiva lesión del bien jurídico objeto de protección legal en tratándose del reato de deserción, siendo de resaltar que al respecto el SLR. EAPI atestó que el SLR. MASR le decía *"que él quería estar con el hijo"*, natural sentimiento paterno que para nada se encuadra, salvo mejor y válida opinión en sentido diverso, en ninguno de los presupuestos dogmáticos de la pretendida causal de justificación

171 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias abril 09 de 2008, radicado No. 23754 y mayo 13 de 2009, radicado No. 31147. En estas decisiones enseña esta Alta Corporación que el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer. Así si se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, es al procesado o su defensor a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan.

172 "(…) debe precisarse que conforme a los criterios que orientan la anulación de la actuación, quien postula tal efecto o lo insinúa, por desconocimiento del principio de investigación integral, está obligado a demostrar que no ha dado lugar con su postura procesal a que se genere el motivo invalidante, de suerte que si se alegó que hubo cercenamiento al derecho de defensa por omisión probatoria, el impugnante debe acreditar que el procesado no contó con la posibilidad de defenderse, que la defensa técnica representada por el abogado que lo asistió en el trámite, tuvo vedados o limitados los mecanismos para solicitar pruebas, controvertir las que se adujeron en su contra e impugnar las decisiones de fondo que valoraron esos elementos, nada de lo cual ocurrió en el presente evento". Corte Suprema de Justicia, sentencia de única instancia 24 de julio de 2013, radicado No. 31244.

de la conducta.

Contrario sensu, lo que enseña la prueba testifical obrante en el *dossier* es que el único motivo argüido por el mencionado bajo banderas a sus superiores fue el no contar con recursos económicos para retornar a la ciudad en que se hallaba acantonada su unidad orgánica, superiores a quienes igualmente manifestara que no iba a perderse las fiestas navideñas[173], manifestación esta última que, habrá de señalar la Sala, se converge plenamente con el tiempo del hecho punible y con el momento consumativo del injusto típico cobrando credibilidad como motivo determinante de la defección objeto de escrutinio judicial.

(…)

Es la contemplación de aquellos elementos de convicción, aunada a la de las demás pruebas arrimadas, excepción hecha, se aclara, de la entrevista en tanto no puede reputarse prueba para efectos de responsabilidad penal[174] y su autor no fue escuchado en atestación de verdad, todo ello bajo la égida de las reglas de la sana crítica, lo que lleva a esta Sala de Decisión a la íntima convicción de que en el presente evento no se cumplen los requisitos *sine qua nom* para que se estructure la causal de ausencia de responsabilidad postulada por la juez de conocimiento, en tanto meridiano resulta, se itera, que no emerge admisible la imprescindible necesidad del SLR. MASR de actuar *contra legem*, de obrar en la forma que lo hizo –abandonando su deber social y patrio y lesionado el pluricitado bien jurídico-, como tampoco que estuviere efectivamente en la situación extrema condicionante de preservar los derechos de su menor hijo ante situación de riesgo o peligro de éste como fue decantado *ut supra* y menos que en realidad de verdad aquel hubiere hecho propios sus deberes parentales.

Circunstancia esta última que debe haber tenido lugar, añade la Sala, pondría en palmar evidencia la confusión dogmática en que incurrió también la *Iudex A quo*, pues un deber asistencial tal no se correspondería con la causal de ausencia de responsabilidad por ella enarbolada en su providencia, sino con otra diferente, cual es el estricto cumplimiento de un deber legal, dislate que, no empece conllevar *per se* la infirmación de la presunción de acierto de la sentencia confutada, su revocatoria y reemplazo, no es óbice para que la Colegiatura advierta un *erroris in iudicando* tal. **(Rad. 159079 del 15 de octubre de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

173 Cfr. Folio 89, C.O.1.

174 El artículo 314 de la Ley 600 de 2000, aplicable por vía de integración, preceptúa "Labores previas de verificación. La policía judicial podrá antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible. Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación."

25. ESTADO DE NECESIDAD.

Requisitos para que se constituya en causal de ausencia de responsabilidad penal.

"Los apelantes arguyen de manera sincrónica la concurrencia del estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad, al considerar que la evasión del AP. (R) RJHM se debió al problema que lo aquejaba, cual era acompañar y velar por su progenitora BMG de quien se afirmó se encontraba convaleciente de una cirugía, condición que le impedía mantener el hogar integrado además por dos hermanas menores de edad, y por cuenta de ello el llamado a su protección y apoyo era el AP. (R) RJHM.

A este respecto, el AP. (R) RJHM manifestó en el libelo de su recurso que, ante la situación apremiante que padecía su progenitora optó por anteponer los derechos a la salud, vida e integridad personal de la misma, por sobre la prestación del servicio militar obligatorio, así lo señaló:

(…)

En ese mismo sentido, la defensora de oficio expresó en su censura que el estado de necesidad se generó a partir del conflicto entre el derecho a la salud de la progenitora del AP. (R) RJHM y el bien jurídico tutelado del servicio, primero de ellos por el que se inclinó el sumariado, señalando:

> *"Esta defensa considera que en presente caso se debe analizar en términos generales el estado de necesidad, mírese que el conflicto entre estos dos bienes: salud de su progenitora y servicio, es la de proteger la salud de su Señora madre, ya que el bien del servicio, sería de menor gravedad, encontrándonos así, ante un estado de necesidad excluyente de culpabilidad; y es así, como el auxiliar RJHM, decide irse para proteger a su Señora madre en su salud, y sentirse tranquilo (…) si observamos los criterios de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad, y si sometiéramos este último a la balanza de la justicia, por un lado se tiene el servicio militar, y por el otro lado se tiene la salud de su PROGENITORA, y en el presente caso la balanza de la Justicia debe inclinarse a la salud de la progenitora del mismo"* (Fols. 434-435).

Prudente resulta precisar que el estado de necesidad previsto en Código Penal Militar (Ley 1407, 2010 art.33.7)[175], será excluyente de responsabilidad penal en la

175 Artículo 33.7 [Titulo II]. Código Penal Militar. [Ley 1407 de 2010] "Se obre por la necesidad de proteger un derecho

medida que el mismo afecte la antijuridicidad del injusto y para ello es preciso que cumpla con ciertos requisitos de orden sustancial, como corresponde a la existencia de un peligro para un bien jurídico del cual se pregone su actualidad y, a la vez, que sea inminente e inevitable; al respecto la Corte Suprema de Justicia enseñó:

> *"La jurisprudencia siempre ha sostenido que no basta que la persona llegue a condiciones precarias para invocar a su favor el estado de necesidad, como dirimente de la antijuridicidad, pues del precepto legal se infieren requisitos sustanciales y precisos como el peligro actual o inminente de un derecho propio o ajeno; la inevitabilidad del daño a un tercero inocente; y la proporcionalidad entre el mal que se precave y el que se ocasiona, entre otros, de tal manera que el sujeto activo está obligado a escoger, en situaciones que se lo permitan, el medio menos nocivo a los terceros extraños y no el más rentable para su propio interés"* (CSJ, Rad. 15313, 2000)[176]

Expresa la doctrina que dicho instituto *"puede entenderse como la situación de conflicto entre dos bienes en la que la salvación de uno exige el sacrificio de otro"* (Velásquez,2014)[177], tal como lo sugieren los apelantes de manera coincidente cuando afirman que el AP. (R) RJHM tuvo que anteponer el derecho a la salud de su progenitora por sobre el bien jurídico del servicio.

Sin embargo, el estado de necesidad implica una situación de peligro para un bien jurídico que solo puede conjurarse mediante la violación o lesión a otro bien jurídico, condición cuya existencia el Colegiado no advierte en el *sub judice*, puesto que no existe evidencia que determine la concreta amenaza a la salud de la progenitora del inculpado, señora BMG, puesto que aunque se documentó en la foliatura que la misma se encontraba enferma, esta situación no comprometía de manera grave la salud o la vida de la paciente y por ende no constituía un peligro inmediato.

Veamos como la copia de la Historia Clínica del Hospital Universitario *"Erazmo Meoz"* adiada 5 de enero de 2017, da cuenta que la cirugía realizada a la señora BMG se llevó a cabo en el mes de mayo del año 2016 (Fol. 106)[178], es decir siete meses antes de la ocurrencia de los hechos que aquí nos ocupan, incluso de

propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar."

176 Corte Suprema de Justicia, (18 de agosto de 2000). Rad. 15313 [M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego]

177 Velásquez, Fernando. (2014). Manual de Derecho Penal parte general (p.503) Bogotá Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

178 Hospital Universitario "Erasmo Meoz" Historia Clínica Bexabeth Moreno Guevara (5 de enero de 2017) (Fol. 106) "paciente quien refiere que en mayo/16 le realizaron tiroidectomía total..."

manera previa a la incorporación del AP. (R) RJHM a la prestación del servicio militar obligatorio (Fol. 33)[179], circunstancia indicativa que no existió el peligro actual o inminente que la norma impone como requisito sustancial para la estructuración de la causal excluyente de responsabilidad y, por ende, no era apremiante la presencia del policial en su hogar ante la inexistencia de la convalecencia de su progenitora.

La anterior afirmación encuentra respaldo en el hecho que cuando el AP. (R) RJHM se evadió de la unidad policial, ni si quiera se dirigió a su casa a empoderarse de la situación precaria de su señora madre y hermanas, como pretenden hacerlo ver los apelantes en sus respectivos argumentos de censura, puesto que como lo evidencio el *A quo* en sus considerandos (Fol. 390), fue el mismo procesado quien en desarrollo de la corte marcial aseguró que salió directamente para la ciudad de Cartagena a trabajar en una finca (Fol. 344)[180], lo que armoniza con las aseveraciones de su progenitora, quien afirmó que él vive solo y que ella no cuenta con los datos de contacto de su hijo, con quien se comunica solo cuando él la llama (Fol. 99)[181].

Aunado a ello, la configuración del estado de necesidad requiere que la vulneración a un bien jurídico para proteger otro sea "*inevitable de otra manera"* (Ley 1407,2010 art.33.7), es decir, que no existan otros medios que permitan anular la amenaza del bien jurídico en riesgo, que a la luz del planteamiento defensivo sería la salud de la señora BMG. Sin embargo, acudiendo a los medios de conocimiento que obran en el plenario encontramos que la progenitora del enjuiciado para la época de los hechos contaba con una edad de 46 años (Fol. 106)[182], periodo del ser humano totalmente productivo, aunado a que no se evidencia que su enfermedad, ya controlada con un procedimiento quirúrgico de meses atrás, fuera incapacitante.

Contrario a ello, el Colegiado infiere, conforme las probanzas obrantes en la foliatura, que fueron otras las razones que motivaron la deserción del AP. (R) RJHM aquel 30 de diciembre de 2016, entre otras, una deuda que tenía (Fol. 345)[183] y el miedo que le generaba la posibilidad que lo enviaran donde se encontraba

179 Resolución No. 065 del 11 de octubre de 2016 "Por la cual se causa el nombramiento como auxiliares de policía, de la Escuela de Policía Antonio Nariño, Curso 054 de auxiliares de policía" (Fol.33)

180 Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Atlántico (24 de octubre de 2018) corte marcial (Fol.344) "yo me dirigí a la terminal de la terminal de Barranquilla y de ahí me dirigí a Cartagena de ahí me fui para una finca donde yo estoy trabajando y donde me están ayudando"

181 Bexabeth Moreno (15 de marzo de 2017) testimonio (Fol.99) "NO EL NO TIENE ESPOSA EL VIVE SOLO (...) EL TRABAJA EN CARTAGENA PERO POR MIEDO A LO QUE ESTA PASANDO EL NO ME DICE DONDE VIVE NI ME DA EL NUMERO PARA LLAMARLO, EL ES EL QUE ME LLAMA..."

182 Hospital Universitario "Erasmo Meoz" Historia Clínica Bexabeth Moreno Guevara (5 de enero de 2017) (Fol. 106)

183 Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Atlántico (24 de octubre de 2018) corte marcial (Fol.345) "... me ausenté fue por trabajar, por ayudarle a mi mamá, yo tenía una deuda, casi de dos millones, de un juego de cuarto que yo saqué, tenía esa deuda, me tenía azotado..."

la guerrilla, circunstancia que pese a ser enunciada por el procesado en la vista pública (Fol. 346)[184] y por su progenitora en el testimonio (Fol. 98)[185], no pasó de ser una especulación de sus compañeros de fila que no se acreditó probatoriamente, eventualidad que no registra las condiciones de actualidad e inminencia requeridas para la configuración de la causal exculpativa alegada y mucho menos para erigirse autónomamente como una excluyente de responsabilidad penal. Razones por las cuales, el *Ad quem* confirmará la posición del fallador de primera instancia frente a la inexistencia del estado de necesidad que invoca la defensa." **(Rad. 159060 del 28 de agosto de 2019, M.P. CR. WILSON FIGUEROA GOMEZ).**

• • • •

26. FOTOGRAFÍAS

Valoración probatoria. Presunción de autenticidad. Cláusula de exclusión probatoria.

"Aclarado el panorama procesal y el eje conceptual sobre el cual se abrirá el primer análisis jurídico de la Sala, es obligado empezar por destacar que fue un error de la judicatura aplicarle la cláusula de exclusión probatoria a las fotografías que fueron acompañadas al informe de novedad, por las razones que se pasan a exponer.

Sin lugar a dudas los argumentos del despacho de primera instancia para excluir del capital probatorio las fotografías, así como los que ahora tiene la defensa para solicitar también la exclusión de otras probanzas, se vincula estrechamente con el llamado debido proceso probatorio fundado en el inciso final del artículo 29 Superior, que *"(…) atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba, siendo que, entre los primeros, cuenta el respeto a las garantías fundamentales. Así que ésta debe sujetarse a los principios de ordenación, aducción, aportación, práctica y apreciación."*[186].

184 Ibídem, (Fol.346) "… los compañeros me decían que los intendentes estaban diciendo que cuando yo volviera me iban a mandar lejos, me iban a mandar por allá por donde estaba la guerrilla, me iban a matar, entonces en ese momento yo me sentí muy presionado y por eso me salí nuevamente (…) a mi ningún intendente me dijo eso, pero los compañeros si me lo aseguraban, todos me decían lo mismo, los nervios me atacaron, yo soy muy nervioso y por eso me salí".

185 Bexabeth Moreno (15 de marzo de 2017) testimonio (Fol.98) "YO LO HICE REGRESAR, LO HICE REGRESAR EL SEIS DE ENERO PARA QUE SE PRESENTARA ALLA Y LOS COMPANEROS EMPEZARON A DECIRLE QUE POR HABERSE DEMORADO LO IBAN A MANDAR AL MONTE DONDE ESTABA LA GUERRILLA, PARA LOS LUGARES MAS HORRIBLES Y ESO TRAUMATIZO A MI HIJO Y VOLVIO Y SE FUE DE LA ESCUELA, A MI ME LLAMO EL PATRULLERO PEREZ O GONZALEZ PARA HACERME SABER QUE EL SE HABIA VUELTO A IR Y YO LE DIJE QUE CLARO QUE CON ESE MALTRATO PSICOLOGICO QUE LE HACIAN ALLA COMO SE IBA A QUEDAR ALLA (…) EL ES MUY NERVIOSO, O SEA COMO LE DIGO YO, EL NO ES UNA PERSONA COMO PARA PRESTAR EL SERVICIO…"

186 Radicado 48965 del 18 de abril de 2017, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

De allí, entonces, la razón por la que nuestro legislador de 1999 estableció como norma de garantía e imperativo judicial, a través del canon 395, que: *"Toda decisión debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso."*, y complementó que la prueba sería legal, sólo si la misma ha *"(…) sido ordenada, admitida o producida de acuerdo con las formalidades legales."*[187].

Ya habíamos referido cómo el artículo 29 Constitucional introdujo al ordenamiento jurídico el derecho-garantía no sólo a un debido proceso en sentido general, sino también a uno más específico llamado debido proceso probatorio, cuya vulneración genera nulidad de pleno derecho o inexistencia de la prueba, tal como se entiende de la lectura del inciso final de la previsión comentada que expresamente regla: *"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."*

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la cláusula de exclusión que opera frente a la prueba ilícita y la ilegal tiene diferencias, pues mientras la primera opera cuando la prueba ha sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del individuo, la segunda, por el contrario, se concreta cuando se desatienden, en forma trascendente, las reglas establecidas por el legislador para el recaudo, aducción o aporte al proceso, esto es, cuando se pretermite el principio de legalidad de la prueba, del que atrás se hizo mención.

Así mismo, ha reconocido que las consecuencias jurídicas de una y otra también son diversas, pues mientras respecto de la primera, esto es, la ilícita opera la exclusión de pleno Derecho del caudal probatorio, con relación a la segunda, es decir, la irregular o ilegal, se impone el deber por parte del funcionario judicial, antes de determinar su exclusión, de analizar si el requisito legal pasado por alto es fundamental o no, pues de no serlo la prueba no debe ser excluida y por contera deberá ser tenida en cuenta y valorada; así lo ha irradiado la jurisprudencia penal:

(…)

Sobre el anterior marco conceptual, la pregunta que ahora surge es si, como lo plantea el recurrente, la pretermisión de la cadena de custodia sobre las fotografías aportadas por el denunciante en su oficio de novedad, así como los testimonios en los que se puso de presente dichas imágenes, estarían viciados por ilícitos o ilegales y por tanto sobre ellas debería reconocerse la cláusula de exclusión, como él lo intenta.

Para resolver el cuestionamiento se estima recordar previamente, que en

187 Artículo 394 de la Ley 522 de 1999.

nuestro instrumento adjetivo se consagró una regulación puntual en materia de pruebas, particularmente en lo que tiene que ver con los documentos, vemos cómo en el Título Séptimo, Capítulo IV, artículo 428, se estableció que: *"Quien tenga en su poder documentos que se requieran en una investigación penal, tiene la obligación de entregarlos o permitir su conocimiento al juez que lo solicite, salvo las excepciones legales."*, además de ello en el canon 429 ibídem, se señaló que: *"Se presumen auténticos los documentos escritos, las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas, las fotocopias, los documentos remitidos por télex o telefax y, en general cualquier otra declaración o representación mecánica o técnica de hechos o cosas, siempre que el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifieste su inconformidad con los hechos o las cosas que en ellos se expresan antes de que el proceso entre al despacho para dictar sentencia."*

Al aterrizar la anterior normatividad a la realidad procesal, vemos que nada contrario a su deber legal hizo el CT. JFCR en el marco del sistema de procesamiento que rige en nuestra jurisdicción especial, al entregar junto con el informe de novedad las fotocopias contentivas de las imágenes que tomó y en las que fijó el hecho que denunció ante el Juzgado de Instrucción Penal Militar que estaba de reparto para el momento del suceso, las cuales fueron debidamente admitidas por el funcionario mediante auto del 03 de febrero de 2015[188].

Dígase que nada más acertado al mandato legal hizo el funcionario de instrucción al admitir como parte del sumario las fotografías antes descritas, como quiera que las mismas no fueron obtenidas con violación de los derechos y garantías fundamentales, como tampoco con pretermisión de disposición alguna, pues nótese que se tomó en un sitio frente al cual no había restricción, dado que se trataba de un espacio donde se debía cumplir una función pública por parte de un servidor del Estado.

Así las cosas, al no estar afectada la prueba por ilicitud o ilegalidad su admisión al proceso se dio por los cauces de la legalidad, amén que su contenido, como atrás se anotó, estaba cobijado por una presunción de autenticidad.

Como se viene de ver, un análisis sistémico de las disposiciones que gobiernan el tema de pruebas en nuestra jurisdicción, innegablemente conduce a pregonar que la juez erró al aplicarle la cláusula de exclusión a las fotografías que aportó al informe de novedad el CT. JFCR, pues, se repite, las mismas no adolecen de ilicitud o ilegalidad por las explicaciones que preceden.

Ahora, que se haya pretermitido la cadena de custodia sobre las fotografías que aportó el oficial JFCR tampoco tiene incidencia en su legalidad, conforme lo entiende la jurisprudencia, sino en su aptitud demostrativa, pues *"(…) el principio*

188 Folios 24 a 25 del C.O. 1.

de legalidad de la prueba tiene que ver con el acatamiento de las condiciones que la ley ordena cumplir en el proceso de formación, producción o incorporación del medio, para que adquiera validez jurídica, mientras que el cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos para su protección o conservación, a partir de su descubrimiento o recaudo, guarda relación con un concepto distinto, cual es el de la autenticidad (artículos 276 y 277 de la Ley 906 de 2004), la cual se trata de preservar con los procedimientos y mecanismos de la cadena de custodia, con miras a asegurar su aptitud demostrativa."[189].

(…)

Bajo la anterior compresión es nítido que la pretensión de la defensa no está llamada al éxito, pues no existen elementos de juicio que permitan excluir del recaudo probatorio a valorar las pruebas de las que atrás se hizo mención, ni por vía directa, ni por extensión como lo pretende el libelista con los testimonios en los que se puso de presente el contenido de las imágenes.

No podemos olvidar, como se dijo atrás, que las fotografías aportadas por el oficial JFCR gozan de una presunción de autenticidad, al tenor de lo reglado en el canon 429 de la Ley 522 de 1999, por lo que ante la ausencia de la cadena de custodia lo obligado era, respecto de la autenticidad, que en el trámite del proceso se manifestara la inconformidad con el contenido plasmado en las fotografías, pero ello no se hizo, no se derruyó la presunción legal de autenticidad que cobija dichas imágenes.

(…)

Puestas así las cosas, es nítido que la realidad procesal que pretende acreditar la defensa no encuentra respaldo en los medios de convicción que nutren el expediente, pues la única que aparece soportada es aquella a la que llegó la juez primaria, esto es, que el abandono del puesto se concretó cuando el policial se quedó dormido en el lugar donde debía cumplir sus funciones como auxiliar de información del CAI Escobero, revisemos:

(…)

A partir de dicho testimonio encontramos también que en la foliatura existen, en fotocopia, dos imágenes que aún cuando, como lo subrayó la juez primaria, no aportan por sí mismas mayores elementos sobre la identificación del individuo que se sindica estaba allí, su confrontación con aquella versión y con la que rindió el PT. JEVR, quien era el conductor del oficial JFCR, permiten apuntalar la tesis que quien

189 Radicado 34867 del 27 de junio de 2012, Corte Suprema de Justicia.

estaba en la carpa durmiendo era el enjuiciado.

(…)

Agréguese a lo anterior, que una vez el Capitán decidió retirarse del puesto de información el Escobero llevándose consigo el cinturón multipropósitos con la pistola y los dos proveedores, y dirigirse a la camioneta oficial en la que prestaba el servicio, inmediatamente le contó a su conductor que había encontrado dormido al PT. JJP y le enseñó las fotografías que tomó; estas circunstancias fueron confirmadas por el PT. JEVR, conductor del oficial, en los siguientes términos:

(…)

Súmese a la anterior constatación, que si bien las fotografías no muestran quién era la persona que estaba arropada, sí dejan ver que se tomó dentro de una carpa, circunstancia que no fue reprochada ni desmentida por el procesado cuando se le pusieron de presente el contenido de las imágenes, pues sobre ellas lo único que hizo fue intentar negar que era él, pero nada refutó acerca de la persona que la tomó, del momento en que se hizo, ni del entorno que aparecía fijado en las fotografías, esto es, dentro de la carpa.

Por lo que se viene de referir es nítido que nadie más que el PT. JJP era la persona que estaba durmiendo dentro de la carpa destinada como puesto de información el Escobero, la madrugada del 15 de diciembre de 2014, como lo denunció el CT. JFCR, por lo que no resulta cierto que para ese momento el uniformado haya estado en otro lugar haciendo una necesidad fisiológica, como lo ha querido hacer creer la defensa." **(Rad. 158981 del 09 de septiembre de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ)**

• • • •

27. IMPEDIMENTO.

Principio de jerarquía.

"De cara a lo hasta aquí dicho, se habrá de remembrar que en el asunto que concita la atención del Colegiado en esta oportunidad, el Teniente Coronel JNLG, Juez Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, fincó su manifestación impeditiva en la causal que al tenor reza: *"Que el Juez de Conocimiento sea inferior en grado, o de menor antigüedad que el acusado o procesado".* Circunstancia prevista como tal en el artículo 231.14 de la Ley 1407 de 2010 y que guarda íntima relación con el principio rector consagrado en el artejo 190 de dicho códice, el cual estatuye, en idénticos términos que lo hace el canon 215 de la Ley 522 de 1999, que *"Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá juzgar a un superior en grado o antigüedad".*

Dicho mandato, ha acrisolado esta Corporación en pretéritas oportunidades[190], fue concebido por el legislador bajo el *nomen iuris de "Principio de Jerarquía"* y busca que al interior de una institución jerarquizada como la castrense, factores connaturales a la misma como el grado y la antigüedad -los que van de la mano de aspectos de trascendental importancia al interior de la Fuerza Pública como son el ejercicio del mando, el régimen disciplinario y la Justicia Penal Militar[191]-, no se erijan en elementos desestabilizadores de la imparcialidad y de la independencia que deben caracterizar al administrador de justicia al interior de esta jurisdicción, atributos –en especial la imparcialidad- que se fundan definitivamente en una disposición del ánimo y que se materializa en la objetividad y neutralidad del juzgador al momento de adoptar una decisión en Derecho, dotando a esta, así, de un innegable contenido de justicia en tanto dicha decisión resulta ajena a prejuicios, intereses, sesgos o tratos diferenciados.

Es por ello que en el *códex* castrense del año 2010 no solo se reiteró que la jerarquía era principio fundante e irradiante del proceso penal militar, sino que además se derivó de ella en forma categórica y taxativa una circunstancia inhabilitante para la adopción de decisiones judiciales que por hallarse dotadas de las anteriores características se puedan reputar sin mácula alguna, esto aún en tratándose de operadores judiciales impolutos que intrasubjetivamente se piensen capaces de actuar ajenos a la indiscutible influencia que en su ánimo pueda ejercer el ser de menor grado o antigüedad que el por juzgar, pues resulta irrefragable que independientemente de su actitud personal, la decisión que se llegare a adoptar puede ser razonablemente considerada como carente de la objetividad y neutralidad que ha de impregnar a las decisiones judiciales, ello con franco detrimento de la credibilidad de la administración de justicia.

---

190 Cfr. autos agosto 06 de 2018, radicación No. 158908 y agosto 10 de 12018, radicación No. 158707 entre otros.

191 Ley 1104 de 2006, artículo 1º que modificó el artejo 6º del Decreto Ley 1790 de 2000, quedando éste con el siguiente tenor: "ARTICULO 6º. JERARQUIA. La jerarquía y equivalencia de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:
a. OFICIALES.
1. Ejército.
a) Oficiales Generales
1) General
2) Mayor General
3) Brigadier General
b) Oficiales Superiores
1) Coronel
2) Teniente Coronel
3) Mayor
c) Oficiales Subalternos
1) Capitán
2) Teniente
3) Subteniente
2. Armada. a) Oficiales de Insignia"

Así las cosas, cernido el hecho objetivo planteado por el Teniente Coronel JNLG en el presente trámite incidental, por el tamiz en que se constituyen las anteriores precisiones conceptuales y dogmáticas, habrá de acotar la Sala, como primera medida, que efectivamente de la lectura de la pieza procesal militante a folio 766 y siguientes del cuaderno original No. 4 de la investigación, se extrae que el procesado, RJGDR, ascendió al grado de Teniente Coronel el 1º de diciembre de 2010 conforme lo dispuesto en el Decreto 4489 de la misma fecha.

Asimismo habrá de acotarse, respecto del Teniente Coronel JNLG, Juez Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, que no obra dentro del dossier ningún medio de prueba que acredite su antigüedad, solo se cuenta con su dicho, vertido en el auto del 10 de abril de 2019, en el sentido de que *"De acuerdo a lo anterior, el suscrito Juez Cuarto de Brigada tiene menor antigüedad que el procesado, pues en la actualidad me encuentro en el segundo año de antigüedad, lo que imposibilita que pueda llevar a cabo la etapa del juicio, en consecuencia ha de declararse "Impedido" para conocer de este proceso …"*[sic].

Decir que, no empece, no extendió a identificar el acto administrativo por el cual fue ascendido al grado militar que ostenta en la fecha, como tampoco a demostrar argumentativamente hablando porqué se halla presente en su ánimo una circunstancia inhabilitante para la adopción de decisiones judiciales en las que su imparcialidad se pueda reputar sin mácula alguna y porqué ello torna razonable y aconsejable, en procura de preservar la ecuanimidad y rectitud de su juicio y de las determinaciones a adoptar, separarlo del conocimiento del presente asunto.

Falencias que ya per se señalan el norte de la decisión que se adoptará en el presente pronunciamiento, a las que -habrá de añadir la Sala- se suma otra consistente en haber dejado de lado, como lo enseña el cartulado, que el procesado RJGDR fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional mediante resolución No. 2993 del 11 de abril de 2014.

Circunstancia esta última con suficiente entidad para dar por tierra con la pretensión impeditiva del antes citado juez de instancia -o de conocimiento si se quiere-, pues verdad de Perogrullo resulta que al hallarse retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares el aquí sumariado, el atrás explicado *"Principio de Jerarquía"* no se vería maculado por la actuación en la etapa de juicio del TC. JNLG, Juez Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, como tampoco su imparcialidad y su independencia como administrador de justicia al interior de esta jurisdicción, esto en la medida que al ya no hacer parte el TC (R) RJGDR del escalafón militar, lista de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, clasificados por Fuerza, Arma, Cuerpo y Especialidad y colocados en orden de grado y antigüedad, no puede postularse válidamente la existencia de una relación jerárquica que, por

razones de la subordinación y obediencia anejas al grado y la antigüedad que son -como se dijere *ut supra*- factores connaturales a aquella, se erija en elemento desestabilizador de la disposición del ánimo, la objetividad y la neutralidad del juzgador al momento de adoptar una decisión en Derecho.

Así las cosas, con la claridad conceptual y dogmática que ofrecen las consideraciones precedentes y resultando palmar la inexistencia del supuesto fáctico requerido en la ley penal militar para la estructuración de la causal impeditiva invocada por el pluricitado funcionario, le advendrá a éste impróspero su anhelo de ser separado del conocimiento de la presente causa penal, improsperidad que será objeto de declaración en la resolutio del presente proveído y que conlleva a disponer que una vez surtida la actuación que legal, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de esta Corporación, las presentes diligencias sean devueltas al juzgado de instancia de origen para que continúe con el pertinente trámite procesal". **(Rad. 159112 del 19 de junio de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

28. IMPEDIMENTO.

Precisiones sobre los conceptos de "parte, sujetos procesales, intervinientes y sujetos de actos procesales" en las causales que lo exigen.

"Pero es más, que es el tópico que demanda la atención de esta Sala de Decisión en el presente asunto, se colige de los anteriores cánones que el dispensador de justicia que estime se halla impedido para seguir conociendo de una determinada actuación procesal por razón de la concurrencia de una de las circunstancias enlistadas en el taxativo catálogo de causales confeccionado por el legislador, así deberá manifestarlo[192] tan pronto advierta dicha situación, ello mediante providencia en la que deberá exponer cuál es la causal que invoca y expresar en forma clara, concreta y fundamentada porqué la circunstancia fáctica inserta en la causal a que acude es de tal entidad que perturba su ánimo y compromete su imparcialidad –objetiva y subjetiva[193]- en la resolución del asunto sometido a su

192 Corte Suprema de Justicia, radicado SP 7948, noviembre 06 de 1992. "El impedimento es la manifestación expresada en forma espontánea e inequívoca del Juez o Magistrado de separarse del conocimiento de un asunto que le haya sido repartido, por considerar que se da una o algunas de las causales señaladas en la ley impedientes. La recusación es la manifestación clara e inequívoca de una de las partes ante el silencio del funcionario frente a la causal impediente que en su sentir se da en el proceso, para separarlo de su conocimiento." (Resaltado fuera del texto original.

193 Corte Constitucional, sentencia T-319A/12, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. "El aspecto objetivo de la imparcialidad judicial busca que los asuntos conocidos por el juez le sean ajenos, al punto de que no tenga interés alguno en el proceso, ni directo ni indirecto. De lo que se trata es de evitar que el juez haya tenido un contacto anterior con el asunto para que, desde el punto de vista funcional y orgánico, se excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.

El aspecto subjetivo de la imparcialidad judicial es distinto, pues tiene que ver con la convicción personal que puede

conocimiento, ejercicio retórico que deberá ir acompañado de razones ciertas, ponderadas y fundadas en hechos comprobables en tratándose de las causales subjetivas[194] y de prueba que dé cuenta de la circunstancia fáctica alegada si de causales objetivas[195] se trata.

En dicha providencia, igualmente, quien se declara impedido deberá identificar –en tanto se trate de las causales enlistadas en los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10º, 13º y 14 del artejo 231 de la Ley 1407 de 2010- respecto de qué parte, sujeto procesal o pariente, se predica la circunstancia impediente que enarbola y, hecho ello, disponer la remisión de la actuación al funcionario –colegiado o unipersonal- en cabeza de quien el legislador entronizó la facultad para decidir si el impedimento debe o no prosperar. funcionario que mediante trámite incidental adoptará de plano la decisión que corresponda, ello en providencia interlocutoria no susceptible de recurso alguno.

Sintetizando, la solicitud por la cual un funcionario judicial se declara impedido, como igualmente ha decantado con suficiencia la Corte Suprema de Justicia[196], debe (i) expresar en forma clara y concreta la causal o causales que se invoca para separarse del conocimiento de un asunto so pena de comprometerse, según el caso, la independencia y/o la imparcialidad de la administración de justicia quebrantándose, de paso, el derecho fundamental de los coasociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial[197]; (ii) corresponderse de manera unívoca con la causal o causales diseñadas de manera taxativa y *ex profeso* por el legislador, y (iii) brindar las pruebas y los motivos que sustentan una petición tal, sólo así esta puede estimarse como razonada, ponderada y fundada en hechos comprobables compadeciéndose con la seriedad del instituto procesal objeto de análisis.

(…)

De cara a lo hasta aquí dicho, se habrá de remembrar que en el asunto incidental que concita la atención del Colegiado en esta oportunidad, el Juez 190 de Instrucción

---

tener el juez frente a un caso concreto. La Corte ha definido tal dimensión de la imparcialidad judicial haciendo referencia a "la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto".

194 Corte Constitucional, sentencia C-390/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero. «- Son subjetivas las siguientes causales: N° 1 (interés en el proceso) y 9 (enemistad grave o amistad íntima)».

195 Corte Constitucional, sentencia C-390/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero. «- Son objetivas las siguientes causales: N° 2 (haber conocido del proceso), 3 (parentesco), 4 (guarda), 5 (dependiente), 6 (existir pleito), 7 (denuncia penal contra el juez), 8 (denuncia penal por el juez), 10 (acreedor o deudor), 11 (ser socio), 12 (haber emitido concepto), 13 (ser heredero o legatario) y 14 (tener pleito pendiente similar)".

196 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto septiembre 30 de 2009, radicado 32591, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANES.

197 Auto de 19 de octubre de 2006, Radicado N° 26.246.

Penal Militar, Capitán de la Policía Nacional CDMC, fincó su manifestación impeditiva en la amistad íntima que dijo tener con el TE. SLGC de quien afirmó es uno los uniformados que presuntamente participó en los hechos génesis de la pesquisa preliminar en ciernes, circunstancia fáctica que encuadró en el numeral 5° del artículo 231 de la Ley 1407 de 2010, esto es, *"Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial»*, manifestación que, se anuncia desde ya, le advendrá imprósperа por las potísimas razones que se detallarán a continuación.

En relación con quiénes tienen la calidad de partes o sujetos procesales en el ámbito de los juicios punitivos surtidos en esta jurisdicción foral, resulta procedente evocar que el Código Penal Militar de 1999 llamado a regir los cauces rituales de esta indagación preliminar -independiente de lo acotado *ut supra* sobre el rito a aplicar al incidente que concita la atención de la Sala, que no es otro que el reglado en la Ley 1407 de 2010 por razón de la fecha de ocurrencia de los hechos denunciados-, en su Título V, se refiere a los sujetos procesales, sin definir tal concepto, en capítulos diferentes, enlistando como tales al Ministerio Público que será ejercido por el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados o agentes; a los fiscales penales militares, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación según se desprende del tenor el artículo 563 ibídem; y al procesado, que es el mismo imputado[198] cuando ha sido vinculado al proceso mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente.

A la par de ello, tanto doctrina como jurisprudencia constitucional[199] han decantado que la noción de "partes", no empece ser más propia del procedimiento civil en tanto lleva implícita la idea de intereses en contienda, al interior de codificaciones como la Ley 522 de 1999 o la Ley 600 de 2000 se utiliza de manera general e indistinta para referirse a aquellas personas que intervienen regularmente dentro del trámite procesal -representando bien al Estado o bien a los diferentes intereses particulares comprometidos en la definición del mismo-, y tienen en el proceso derechos y obligaciones.

A estas categorías se suman la de "intervinientes" y la de "sujetos de actos procesales"[200], siendo estos las personas que tienen una intervención esporádica, reducida a ciertos actos o diligencias procesales, v.gr. peritos, secuestres o

198 De conformidad con lo prescrito por el artículo 293 de la Ley 522 de 1999, se denomina imputado a quien se atribuya autoría o participación en la conducta punible y ha rendido versión libre dentro de indagación preliminar, el cual adquiere la calidad de sindicado, y por lo tanto de sujeto procesal, desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente.

199 Sentencia C-1291/01. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

200 Ibídem.

testigos, y aquellos quienes no caben dentro de las categorías anteriores pero cuya intervención es notoria dentro del trámite procesal, como podría serlo el mismo juez de conocimiento en tanto las antes citadas codificaciones contienen esquemas dogmáticos procesales de tinte acusatorio en los que la exclusión del juez como sujeto procesal busca enfatizar que es un tercero imparcial frente a la acusación formulada por el fiscal.

Apuntaladas las precisiones conceptuales inmediatamente precedentes y descendiendo las mismas al caso puntual que ocupa a esta Sala de Decisión, resulta prístino que el TE. SLGC, presuntamente uno de los policiales que participó en los hechos denunciados por HCM y respecto del cual el Juez 190 de Instrucción Penal Militar, Capitán CDMC, refirió tener actualmente una estrecha amistad personal y familiar que motivó su declaratoria de impedimento, no ha sido vinculado a la etapa pre procesal en decurso, menos a una fase procesal, por lo que mal podría esta Corporación reputarlo como "parte" y, por ende, con vocación de prosperidad la propuesta impeditiva de dicho dispensador de justicia, inferencia racional que, por otra parte, tiene plena aplicabilidad al hipotético evento que el antes citado teniente pretendiere recusar con basamento en la misma causal al juez instructor, como enseña la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción". **(Rad. 159127 del 02 de julio de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

29. INDAGATORIA.

Importancia de recepcionarla en debida forma.

"Por tanto, si en la indagatoria -que es el acto procesal que, por virtud del principio antecedente-consecuente que signa el proceso penal, precede a la definición de situación jurídica- *i)* no tiene lugar la imputación fáctica; o *ii)* esta resulta inadecuada en tanto incompleta, confusa, anfibológica o contraria al acervo probatorio de la causa; o *iii)* debido a una incorrecta interpretación de la norma penal que contiene el tipo objetivo y todos y cada uno de sus elementos estructurales, no se precisan los hechos con relevancia jurídico penal sino hechos que carecen de la misma en tanto ajenos al modelo de conducta descrito por el legislador en aquel tipo o datos a partir de los cuales es dable inferir el hecho jurídicamente relevante pero que per se no se erigen en el mismo; o *iii)* no se da al sindicado la oportunidad para brindar las explicaciones que considere pertinentes sobre los hechos que originaron su vinculación y con miras a que se le comprueben las citas o adelanten las averiguaciones que sean necesarias en aras de garantizar el ejercicio de su derecho de defensa material, es prístino que ello se erige en irregularidades sustanciales que afectan éste derecho, pues los dos primeros eventos cualquier esfuerzo defensivo se tornaría impreciso, en últimas anodino, y en el último el

ejercicio defensivo se ve truncado por un mal proceder judicial.

A la par de esto, el debido proceso se ve afectado en tanto se pretermiten las reglas de procedimiento con claro origen normativo que rigen la diligencia de indagatoria, entrañando esto y aquello invalidación de lo actuado, pues el procesado por virtud del principio constitucional de publicidad del artículo 29 tiene derecho a saber desde el mismo momento de su vinculación procesal por vía indagatorial, y de forma precisa y clara, cuál es la conducta por la cual se le endilga responsabilidad penal, entendiéndose esta no sólo en cuanto a los aspectos de la imputación objetiva sino también de la imputación subjetiva, conocimiento que es el que le permite ejercer su derecho de defensa y contradicción bien refutando los hechos que se le espetan, ora aportando o solicitando pruebas con la misma finalidad.

Irregularidades sustanciales que también tienen material acontecer, indistintamente que la antes mencionada diligencia vinculatoria se surta sin mácula alguna, cuando en la resolución provisional de la situación jurídica de aquel *i)* se omite la imputación subjetiva, es decir, cuando dentro de la atribución jurídica que se realice al procesado no se especifica la forma de la misma y se deja dicho aspecto esencial de la conducta punible en la indeterminación; o si *ii)* ello se hace pero en forma contradictoria, pues en algunos apartes de la decisión se hace alusión a una conducta dolosa y en otros a una culposa o preterintencional, o se entremezclan estas modalidades de la conducta; o si *iii)* por un lado se le espeta la comisión de un determinado injusto pero en otro aparte de la providencia se hace alusión a uno distinto; o si *iv)* se imputa la comisión de unos específicos reatos pero la definición correspondiente lo es sólo respecto de alguno o algunos de ellos dejando por fuera los restantes.

(…)

Asertos que hallan cabal explicación en que implicando toda conducta punible implica una determinada forma de intervención humana en la misma, entendiéndose entre aquellas la acción del hombre a título de autoría (intelectual, material, mediata), coautoría (propia, impropia, aditiva, sucesiva o por cadena de mando), o de partícipe como cómplice o determinador, especies que poseen aspectos esenciales que las identifican y diferencian al punto que dogmática y punitivamente reciben trato distinto, incidiendo esto en aspectos tan diversos como la concesión de subrogados como la libertad provisional o en el término de prescripción de la acción penal, su determinación desde el mismo momento de la imputación debe hallar eco en el acto de definición de situación jurídica, constituyéndose ello, diáfanamente, en asunto que reviste no poca importancia.

(…)

Saltan a la vista así varias circunstancias anómalas en el transcurso de la prenombrada diligencia, a saber: erró la juez de instrucción al informar al viculado que la aceptación de cargos procedía respecto de punible típicamente militar de insubordinación; la imputación fáctica, de hechos con relevancia jurídico penal y de cara a los tipos penales enrostrados, fue abiertamente inexacta, imprecisa y sin señalamiento de su soporte probatorio; la sóla lectura de las normas penales que recogen los tipos objetivos por los que se ha procedido en el presente sumario, no se erige en una correcta imputación jurídica en los meridianos términos precisado *ut supra*, ni suple la misma. Falencias de esta índole, de cara a la aseveración de la juez de formular cargos y sus preguntas en punto a la aceptación de los mismos y a la aceptación de responsabilidad penal, distan flagrantemente de la corrección, formal y material, que ha de guiar una actuación judicial y tornaron inanes unos cuestionamientos de tal naturaleza, más aun cuando la funcionaria ni siquiera precisó de manera íntegra, clara y concisa los elementos estructurales de los reatos de desobediencia e insubordinación, ni cuál era la hipótesis comportamental endilgada respecto de cada uno de ellos, ni la modalidad de conducta punible atribuida en cada evento típico en particular, como tampoco la forma de intervención en los injustos penales por las cuales se produjo la vinculación procesal.

Aunado a ello, palmar se otea en el horizonte procesal que la juez instructora, si bien mencionó al indagado que se le dio la orden verbal de ingresar al área de operaciones, se abstuvo de precisar si era el incumplimiento, modificación de una orden tal o el rechazo o perturbación mediante actitudes violentas de la misma, lo que encuadraba su conducta en éste o en aquel delito, amén que obvió concretar los hechos con relevancia jurídico penal respecto de cada uno de ellos– v.gr. la superioridad jerárquica del emisor de la orden, la legitimidad de la misma, las circunstancias espaciales y temporo modales en que se debía cumplir y las que rodearon su transmisión al suboficial destinatario de la misma, las actitudes violentas, no *"aptitudes"* como reiteradamente se consigna en el acto definitorio de situación jurídica de aquel, que calificaron la conducta tildada de insubordinada, entre otras circunstancias-, como igualmente pretermitió, una vez el entonces CP. JMAH dijere no haber conocido la orden, auscultar la veracidad de su dicho de cara al arsenal probatorio adosado a la foliatura.

(…)

Yerros sólo atribuibles a la señora Juez xx de Instrucción Penal Militar que resultan abiertamente apóstatas de lo normado por el artejo 497 del *códex*

castrense de 1999[201] y de lo decantado por esta Corporación[202] en punto a la imputación fáctica y jurídica aneja a la diligencia de inquirir, con los que referida funcionaria soslayó la obligación de expresar esos hechos de manera tan precisa y clara que hicieren viable que el indagado y su defensor conocieren, sin ambages, los concretos comportamientos (de acción u omisión) que, acaecidos en el mundo real, se le endilgaban y la manera como los mismos se subsumían en los preceptos que definen las hipótesis normativas y comportamentales constitutivas de los delitos imputados (…).

Falencias que, se habrá de decir haciendo eco de las enseñanzas del órgano de cierre de la jurisdicción foral[203], se erigían -y erigen- en lesivas del eficaz y efectivo ejercicio del derecho de defensa, en tanto era el conocimiento claro de los hechos de connotación jurídico penal atribuidos y sus correspondientes consecuencias, lo que permitía que debido a esa comprensión, desde ese acto de imputación, el procesado libre y voluntariamente pudiere allanarse a los cargos que se le enrostraban con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena, ello en punto sólo al punible de desobediencia se itera[204], o se inclinare por continuar el trámite ordinario para discutir en las diferentes etapas que integran el interregno procesal, los supuestos fácticos condicionantes de las hipótesis delictivas espetadas desde dicho acto de vinculación o imputación, esto allegando pruebas en su favor, controvirtiendo las que se aduzcan en su contra o por vía de la edificación de sopesadas y razonadas tesis dogmático jurídicas favorables a sus intereses.

Esto conllevó, además, a que la imputación jurídica que hiciere la referida funcionaria en tal acto de vinculación no sólo fuere imprecisa, inexacta y genérica, como se acotare en precedencia, y a que todo ello repercutiere en el acto procesal por el que se definiere provisionalmente la situación jurídica del encartado, con el que la diligencia de inquirir guarda indiscutible relación, como demuestra lo errático de las consideraciones y conclusiones allí vertidas como se analizará *a posteriori*, no empece no resultar este último análisis fatalmente necesario como se precisará con inmediata sucesión, pero cuyo acometimiento estima útil la Sala para evidenciar y enfatizar aún más, la importancia que reviste que el principal acto de vinculación procesal, esto es, la diligencia de indagatoria -la declaratoria de persona ausente es residual como se recordará- se haga en debida forma y con estricta sujeción a lo apuntalado en este pronunciamiento.

201 Ley 522 de 1999, artículo 497. "Preguntas al indagado en relación con los hechos. Una vez cumplidos los requisitos del artículo anterior el juez interrogará al procesado respecto a los hechos que originaron su vinculación."

202 Autos febrero 13 de 2019, radicado 159055, M.P. CN (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA y mayo 20 de 2019, radicado 158965, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

203 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia junio 08 de 2011, radicado No. 34022.

204 Cfr. Artículo 97, Ley 1765 de 2015.

(…)

… consecuencia de los yerros por ella cometidos en el antecedente actoprocesal de vinculación del SS. JMAH [205] en que dejó huérfana de concreción la imputación de los hechos con relevancia jurídica y penal- cómo de los medios de convicción que relacionó, inclusive de lo que calificó como la *"comprobación del estado de salud optimo"* del investigado, le era dable verificar *"la transgresión al dispositivo militar de insubordinación"* como sostuvo, menos cuando ni siquiera elucubró respecto de las *"actitudes violentas"*[206] cuya comprobación y demostración se tornaba ineludible para efectos de la materializacion del principio de legalidad estricta en tanto ingrediente normativo del tipo objetivo del reato de insubordinación, como tampoco acreditó el verdadero sentido y alcance de la orden del servicio que sin análisis alguno reputa legítima y emitida con las formalidades legales, ni que se le hubiera reprochado al SS. JMAH desde la propia injurada alguna de las hipótesis comportamentales inmersas en aquel tipo objetivo, esto es, que rechazare la orden, que hubiere impedido que otro la cumpliera, que hubiere impedido que el superior la impartiera o que lo hubiera obligado a impartirla.

(…)

Inconsistencias argumentativas que indefectiblemente evidencian a esta Corporación que la juez instructora careció de claridad al delimitar los hechos jurídicamente relevantes, y de contera, los cargos imputados, en la medida que el interrogatorio ínsito a la diligencia de inquirir y el ejercicio dialéctico argumentativo vertido en su proveído, contrario al marco conceptual precisado a espacio y suficiencia *ut supra*, fueron imprecisos, confusos, dilógicos y carentes de un adecuado soporte probatorio, al punto que -se recalca- en aquel acto de vinculación dejó huérfana de concreción la imputación de los hechos con relevancia jurídica y penal y esto repercutió en que en la definición de situación jurídica se hiciere alusión indistintamente, como quedó evidenciado, a que el incriminado rechazó o incumplió una orden, respecto de la cual ni siquiera se han verificado las circunstancias señaladas ut supra, y luego, sin más, se diere por descontado el incumplimiento y rechazo de la misma y finalmente, tal vez lo más deleznable, sin sopesar argumentadamente la fuerza persuasiva del material probatorio obrante en el expediente, se dieren por demostrados, sin duda alguna como arguyere la distinguida juez, hechos respecto de los cuales nunca se brindó el sumariado la oportunidad para refutarlos o contradecirlos, ni éste refirió durante el interregno

205 Acto procesal respecto del cual enseña la Corte Constitucional, "Por tanto, lo importante es hacer referencia en la indagatoria a todos los hechos y conductas que se investigan e imputan al indagado….Si no se indaga sobre algunos hechos, es claro que la providencia en que se resuelve la situación jurídica no puede fundarse en ellos…." Cfr. sentencia T-12 de 1998, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA.

206 Cfr. Ley 1407 de 2010, artículo 93, "Insubordinación. El que mediante actitudes violentas en relación con orden legítima del servicio emitida con las formalidades legales, la rechace, impida que otro la cumpla, o que el superior la imparta, o lo obligue a impartirla, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años."

procesal de dicho medio de defensa."**(Rad. 159102 del 23 de mayo de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

30. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Alcance de la competencia prevalente.

"Pero adicionalmente, dada la competencia prevalente de la Jurisdicción Especial para la Paz respecto de asuntos penales tramitados por esta jurisdicción que reúnen los factores de competencia temporal, personal y material definidos en el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1957 de 2019), conviene hacer las siguientes precisiones frente al tema.

Según el artículo 8º de la Ley Estatutaria 1957 de 2019, la Jurisdicción Especial para la Paz conocerá de manera preferente sobre las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado de quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos, es decir, que en principio todos aquellos casos que agoten los factores personal, material y temporal serán de competencia preferente de la JEP.

Sin embargo, la Corte Constitucional precisó: *"que la competencia prevalente de la JEP en hechos relacionados con el conflicto armado no es exclusiva, puesto que el marco jurídico colombiano ha previsto distintos procedimientos e incluso jurisdicciones que se ocupan de la investigación, juzgamiento y sanción de los hechos*[207]*. Por tanto, sobre algunos hechos: (i) se deben aplicar los procedimientos de Justicia y Paz y los acuerdos de contribución a la verdad histórica y a la reparación, a cargo de la jurisdicción ordinaria y del Centro de Memoria Histórica; (ii) los jueces ordinarios pueden conceder amnistías y libertades a los miembros de las FARC y libertades a los miembros de la Fuerza Pública; tendrán competencia las autoridades encargadas de investigar, juzgar y sancionar a los aforados constitucionales, en los términos del parágrafo 1 del artículo 5 transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 y el condicionamiento efectuado por la Sentencia C-674 de 2017, sin perjuicio de su decisión voluntaria de someterse a la JEP; y (iv) la jurisdicción ordinaria tendrá la competencia para la judicialización de los civiles –servidores públicos o particulares-, sin perjuicio de que voluntariamente estos puedan someterse a la JEP, como lo señaló*

207 Corte Constitucional, Auto 348 de 2019. Parr. 2.9.

la Sentencia C-674 de 2017" [208].

En el mismo sentido, el literal "j" del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019[209] reconoce que la jurisdicción ordinaria conserva una competencia ultractiva respecto de los casos de competencia de la JEP en cuanto a actos de indagación e investigación, en lo demás, la jurisdicción penal (ordinaria y militar) debe abstenerse de proferir medidas de aseguramiento, sentencias y ordenar capturas.

Por esa razón, la competencia de la JEP pese a ser preferente se ejerce de modo secuencial conforme a los criterios de selección y priorización como componentes propios de la justicia transicional[210], con base en ello, cuenta con la atribución de organizar a partir de un orden prioritario el conocimiento de asuntos de los cuales ya tiene competencia, entre tanto, las demás jurisdicciones conservan una competencia limitada para realizar únicamente actos de indagación e investigación, dado que solo la JEP puede adoptar decisiones de fondo tales como proferir sentencias y resolver recursos ordinarios y extraordinarios[211].

Como resultado, la Sala de Apelaciones del Tribunal para la Paz ha reiterado que la competencia prevalente de la JEP debe ser secuencial, progresiva y escalonada a

208 Corte Constitucional, Sentencia, C-080 de 2018, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

209 Ley 1957 de 2019- Artículo 79, literal J : Atendiendo a la competencia exclusiva de la JEP sobre las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, conforme se establece en el artículo transitorio 50 del Acto Legislativo número 01 de 2017, los órganos y servidores públicos que continúen las anteriores investigaciones solo podrán realizar actos de indagación e investigación según el procedimiento que se trate absteniéndose de proferir sentencias, imponer medidas de aseguramiento, ordenar capturas o cumplir las que previamente se hayan ordenado, que involucren a personas cuyas conductas son competencia de la JEP.

210 "El artículo transitorio 66 de la Constitución establece que tanto la priorización como la selección son "inherentes a los instrumentos de justicia transicional", en concordancia con lo cual faculta, de una parte, al Fiscal General de la Nación para determinar los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal a su cargo "salvo en los asuntos que sean de competencia de la jurisdicción especial para la paz" y, de la otra, al legislador estatutario para determinar los criterios de selección que permitan –en el marco de la justicia transicional–, centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática". Corte constitucional, sentencia C-080-18. MP. Antonio Jose Lizarazo Ocampo.

211 Esta interpretación la acogió explícitamente la Corte Constitucional en el auto 348 de 2019, en el cual citó el auto TP-SA 46 de 2018, atrás invocado, para resolver un conflicto de competencia entre jurisdicciones. En esa ocasión, la Corte desató un conflicto que se había suscitado entre la JEP y la jurisdicción penal ordinaria (un Tribunal de Justicia y Paz), por cuanto esta le concedió a un ex miembro de las FARC-EP un beneficio provisional contemplado en la Ley 1820 de 2016, dispuso suspender el proceso ordinario en su contra, y ordenó remitir las actuaciones a la JEP. Se trataba de un ex integrante del grupo guerrillero, involucrado en delitos de homicidio, rebelión, hurto, desplazamiento, actos de terrorismo, daño en bien ajeno, entre otros, realizados antes del 1° de diciembre de 2016. El respectivo proceso, en este caso, ya había superado la fase de investigación. Pese a esto, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas retornó las diligencias a la justicia ordinaria, sobre la base de que esta última aún conservaba competencias sobre el caso, debido a que aún no había sido priorizado. La Corte Constitucional desató el conflicto en el sentido de enviar el proceso a la JEP, por cuanto, a pesar de declarar de manera expresa la relevancia de los poderes de selección y priorización, para determinar quién era competente bastaba con reparar en los criterios material, personal y temporal de competencia, así como verificar que el asunto ya hubiera superado la fase de investigación" Tribunal para la Paz, Sección de Apelaciones, Auto TP-SA-286 del 11 de septiembre de 2019 en el asunto de Juan Carlos Dueñas Mejía.

partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos, circunstancia que se desprende de artículo transitorio 7°, inciso 1º, Superior (adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017), así como del artículo 28 de la Ley 1820 de 2016[212]. De esa manera, se reitera que la competencia de la JEP no es inmediata y automática respecto de todos los casos que tengan algún vínculo con el conflicto armado[213], dado que concurren varios factores, entre ellos uno ajeno al campo jurídico, el cual está relacionado con las limitaciones logísticas y de personal de esa jurisdicción[214].

El otro factor involucrado, tiene que ver con la priorización de casos respecto de los procesos que han superado las fases de indagación e investigación, es decir, que se encuentren en etapa de juicio, recurso pendiente o ejecución de la sanción, para lo cual la Sala de Apelaciones ha establecido las siguientes reglas que igualmente referenció el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar en el auto cuestionado:

> *"(i) Los casos no priorizados sólo podrán ser remitidos por la jurisdicción ordinaria a la JEP cuando ésta los requiera para resolver sobre los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016 y demás normas relacionadas. (ii) Si los expedientes contentivos de los casos no priorizados se envían a la JEP de manera equivocada, vale decir, sin observar la anterior regla -(i)-, ésta debe regresarlos a la autoridad judicial remitente. (iii) Los asuntos priorizados sólo pueden ser trasladados materialmente a la JEP cuando ésta los requiera de manera explícita o expresa. O, si no ha procedido de tal manera -agrega en esta oportunidad la Sección-, cuando los expedientes sean necesarios para decidir beneficios transicionales. Y, (iv) Si los expedientes relativos a casos priorizados se envían a la JEP por error, es decir, contrariando la anterior regla -(iii)-, ésta debe remitirlos a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) para que resuelva si los conserva a efectos de desarrollar los casos priorizdos, o si dispone su retorno a la oficina de origen"*[215].

De lo anterior se desprende que, el sometimiento voluntario ante la JEP, que se

212 Tribunal para la Paz, Sección de Apelaciones, Auto TP-SA 098 del 20 de diciembre de 2018 en el caso de Robinson Valenzuela Gutiérrez.

213 Tal apreciación fue destacada por la Sección de Apelaciones en el Auto TP-SA 033 de 2018 y reiterado en el Auto TP-SA 046 de 2018.

214 "Por lo demás, concurren otras razones, ajenas a lo jurídico, relacionadas con las dificultades y restricciones administrativas -institucionales y logísticas-, tales como las limitaciones de la planta de personal y del espacio de almacenamiento y operación, así como el costo (recursos humanos y financieros) del envío y manipulación de la totalidad de los expedientes, etc., que imponen que la competencia del componente judicial del SIVJRNR se ejerza en la forma que viene de indicarse, vale decir, de manera secuencial, progresiva, escalonada y priorizada. Destáquese que desde el Auto TP-SA 033 de 2018, la Sección previno acerca de la inconveniencia de un arribo masivo de actuaciones no requeridas a la JEP. Tribunal para la Paz, Sección de Apelaciones, Auto TP-SA 098 del 20 de diciembre de 2018 en el caso de Robinson Valenzuela Gutiérrez.

215 Ibidem.

materializa a través de la suscripción de la respectiva acta de sometimiento ante esa jurisdicción[216], no es suficiente para que pueda predicarse la suspensión de la actuación procesal y la remisión automática del expediente a la JEP, en la medida que es necesario que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz manifieste si acoge o rechaza la solicitud del compareciente previo análisis de los ámbitos de competencia personal, material y temporal propios de esa jurisdicción.

Precisado lo anterior, conviene igualmente referir que el proceso penal que tramita el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar en contra del SLP. JGLL por el homicidio de FADS, no ha sido priorizado por la JEP, tampoco ha sido requerido por ninguna de las Salas o Subsalas de esa jurisdicción, además se encuentra en etapa de instrucción, es decir, no se encuentra en etapa de juzgamiento o ejecución de la sentencia, por ende no se ha configurado la suspensión del mismo ni la sustracción de la competencia del juez de instrucción penal militar del caso, quien cuenta hasta este momento con plenas facultades para adelantar los actos de investigación que considere para el esclarecimiento de los hechos." ."**(Rad. 159192 del 22 de noviembre de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

• • • •

31. LIBERTAD CONDICIONAL.

Requisitos y competencia para su concesión.

Bajo ese entendido, encuentra la Sala que el inconformismo planteado por el censor se refiere a que la providencia apelada no acreditó los requisitos objetivos y subjetivos descritos en el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010, para concederle el beneficio de la libertad condicional al SLR. JFPV.

Dicho lo anterior, para abordar el análisis del recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público ante la primera instancia, la Sala se referirá a los requisitos objetivos y subjetivos contenidos en el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 para la concesión de la libertad condicional y luego analizará el caso en concreto.

8.1- El legislador asignó a los jueces de ejecución de penas y medidas de

216 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Subsala Dual Quinta, Resolución No. 003952 del 31 de julio de 2019 en el caso de José Jorge Guzman Peñuela.

seguridad el deber de decidir sobre la libertad condicional de los condenados.

Pese a lo anterior, en la jurisdicción penal castrense esta función corresponde a los jueces de instancia dado que el legislativo no previó jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en la Ley 522 de 1999 -norma de corte inquisitivo que actualmente se aplica en su parte procedimental a los asuntos de competencia de esta jurisdicción-.

Particularidad que de ningún modo afecta la estructura del proceso penal ni es violatoria del debido proceso, en la medida que la Constitución Política no impone la existencia de un juez que registre esta función de manera absoluta, en consecuencia el legislador puede descartar su regulación en los códigos penales que expide, de esa manera el juez penal militar que dicta la sentencia debe ejecutarla, lo cual es aceptado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional dado que se parte de la premisa que el funcionario encargado de ejecutar la pena se limita únicamente a lo ordenado en la sentencia[217].

Ahora bien, para conceder el subrogado penal de la libertad condicional corresponde al juez de primera instancia de esta jurisdicción con funciones de ejecutor de penas y medidas de seguridad, en primer lugar, verificar si la conducta motivo de condena fue considerada ostensiblemente grave por el legislador en el código penal militar, superado este filtro de gravedad, el funcionario debe determinar si es procedente conceder el subrogado, por lo que se impone verificar el cumplimiento del requisito objetivo exigido por el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 –norma aplicable actualmente en su aspecto sustantivo a los procesos penales que tramita esta jurisdicción-, el cual corresponde al cumplimiento de las 3/5 partes de la pena, al pago total de la multa y la reparación de la víctima[218].

Sobre la acreditación del requisito objetivo, es importante mencionar que el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) prevé que los condenados cuentan con la posibilidad de redimir parte de la pena impuesta en la sentencia a través de trabajo, estudio y enseñanza conforme a los criterios fijados por los

217 Corte Constitucional, Sentencia C- 358-97, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

218 Ley 1407 de 2010- ARTÍCULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.

artículos 82[219], 97[220] y 98[221] de la citada normatividad. La certificación del tiempo realizado por parte de los condenados en tales actividades le corresponde al centro carcelario respectivo según lo refieren los artículos 81[222] y 96[223] de la Ley 65 de 1993.

8.2- Frente al caso en particular, encuentra la Sala que le asiste razón al recurrente en forma parcial como lo conceptuara el representante del Ministerio Público delegado ante esta instancia. Para ello, ha de tenerse en cuenta que en la providencia en cuestión se acreditó el requisito objetivo para la concesión del subrogado de libertad condicional a JFPV, sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto al requisito subjetivo como se explicará a continuación.

En cuanto al presupuesto objetivo, consta en la actuación que el institucional fue condenado a la pena de prisión de ocho (8) meses como autor del delito de deserción mediante sentencia del 24 de julio de 2019 proferida por el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional[224]. Posteriormente, fue privado de la libertad a partir del 24 de abril de 2019, en desarrollo de la orden de captura librada por el juzgado de instancia para efectos de cumplimiento de la sentencia

219 Ley 65 de 1993- ARTÍCULO 82. REDENCIÓN DE LA PENA POR TRABAJO. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por trabajo a los condenados a pena privativa de libertad. A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo.
El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad constatará en cualquier momento, el trabajo, la educación y la enseñanza que se estén llevando a cabo en los centros de reclusión de su jurisdicción y lo pondrá en conocimiento del director respectivo.

220 Ley 65 de 1993- ARTÍCULO 97. REDENCIÓN DE PENA POR ESTUDIO. <Artículo modificado por el artículo 60 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por estudio a los condenados a pena privativa de la libertad. Se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio.
Se computará como un día de estudio la dedicación a esta actividad durante seis horas, así sea en días diferentes. Para esos efectos, no se podrán computar más de seis horas diarias de estudio.Los procesados también podrán realizar actividades de redención pero solo podrá computarse una vez quede en firme la condena, salvo que se trate de resolver sobre su libertad provisional por pena cumplida.

221 Ley 65 de 1993 - ARTÍCULO 98. REDENCIÓN DE LA PENA POR ENSEÑANZA. <Artículo modificado por el artículo 61 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El condenado que acredite haber actuado como instructor de otros, en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria, artesanal, técnica y de educación superior tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de estudio, siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias de instructor o de educador, conforme al reglamento.

222 Ley 65 de 1993 - ARTÍCULO 81. EVALUACIÓN Y CERTIFICACIÓN DEL TRABAJO. <Artículo modificado por el artículo 56 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de evaluación del trabajo en cada centro de reclusión habrá una junta, bajo la responsabilidad del Subdirector o del funcionario que designe el Director.
El Director del establecimiento certificará las jornadas de trabajo de acuerdo con los reglamentos y el sistema de control de asistencia y rendimiento de labores que se establezcan al respecto.

223 Ley 65 de 1993- ARTÍCULO 96. EVALUACIÓN Y CERTIFICACIÓN DEL ESTUDIO. El estudio será certificado en los mismos términos del artículo 81 del presente Código, previa evaluación de los estudios realizados.

224 Cuaderno original No. 2, folios 205-220.

aludida[225]. Privación de la libertad que se prolongó hasta el 23 de agosto de 2019[226], fecha última en que el fallador de instancia con funciones de ejecución de la pena profirió la decisión motivo de censura que le concedió la libertad condicional al SLR. JFPV, por lo que haciéndose el cálculo respectivo se tiene que el uniformado estuvo privado de la libertad por un periodo de 121 días y no 119 días como lo aseguró el recurrente.

Así mismo, obra en la actuación oficio No. 2287 del 13 de agosto de 2019, suscrito por el Director de la Cárcel y Penitenciaria de Alta y Media Seguridad para miembros del Ejército Nacional (EJUPA), documento a través del cual se adjuntaron tres constancias de estudio de la siguiente manera: Certificación No. 17404132 del 18-05-19 al 30-06-19 por 168 horas; Certificación No.17472406 del 01-07-19 al 31-07-19 por 126 horas y Certificación No. 17404132 del 01-08-19 al 21-08-19 por 78 horas, las cuales sumadas arrojan un total de 372 horas de estudio que corresponden a 31 días de redención de pena aplicando la fórmula que para el efecto establece el artículo 97 de la Ley 65 de 1993.

Ahora bien, al hacer la sumatoria de los 121 días de privación de la libertad del SLR. JFPV en el centro carcelario y los 31 días de redención de pena por estudio realizado, tenemos que contabilizan un total de 152 días de pena cumplida, periodo que en efecto superó las 3/5 partes (144 días) de la pena de prisión de 8 meses (240 días) impuesta al condenado en la sentencia.

De esa manera, contrario al planteamiento del censor, concluye la Sala que en efecto el requisito objetivo para la concesión del subrogado penal referenciado se cumplió a cabalidad como lo refirió el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional en la decisión censurada.

Sin embargo, aunque el juzgado de la primera instancia refirió que no era necesario el cumplimiento total de la pena impuesta al uniformado dado que la conducta motivo de condena no se consideraba peligrosa y que el conceder la libertad condicional al institucional estaba desprovisto de efectos negativos para la comunidad militar por su condición de soldado regular carente de mando en el Ejército Nacional, ninguna motivación refirió respecto a la conducta del condenado durante el tiempo de restricción de la libertad en el centro carcelario.

De manera que, la providencia cuestionada se limitó a referenciar escuetamente que el condenado cumplió el requisito subjetivo exigido por el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 para otorgar el subrogado penal sin la motivación correspondiente,

225 Cuaderno original No. 2, folio 230 y 234-236.

226 Cuaderno original No.2, folios 257-261.

siendo necesario precisar que para el efecto la conducta del sentenciado debió ser certificada por el centro carcelario donde éste se encontraba recluido, aspecto que no se estableció en los documentos que esa penitenciaria remitió a la actuación, lo que determina que la afirmación del juzgado de instancia frente al requisito subjetivo carece igualmente de respaldo probatorio.

Así las cosas, pese a que el condenado cumplió con el requisito objetivo del artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 para acceder a la libertad condicional, esto es, haber cumplido las 3/5 partes de la pena impuesta en la sentencia, la providencia recurrida omitió establecer el presupuesto subjetivo que exige la ley para conceder el subrogado penal, en la medida que no se verificó la conducta del uniformado por parte del juzgado de instancia, lo que determina que la decisión adoptada por ese despacho sea revocada." **(Rad. 159204 del 10 de febrero de 2020, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ).**

• • • •

32. NULIDAD.

Indebida motivación de la sentencia.

"Ha sido criterio reiterado por este Tribunal[227], en armonía con lo deprecado por la jurisprudencia Constitucional[228] y lo dicho por el órgano de cierre de esta jurisdicción foral[229], que en el desarrollo del proceso penal emerge un marco teórico general de acuerdo con el cual es imperativo que las decisiones judiciales contengan una completa y razonada motivación, dado que su ausencia puede poner en riesgo las garantías fundamentales de quienes intervienen en la actuación.

A este respecto, conviene citar que la Colegiatura ha venido haciendo especial énfasis en que sentencias construidas: i) sin motivación alguna, ii) con argumentaciones confusas, ambiguas, contradictorias o excluyentes entre sí, total o

227 Cfr. entre otros, autos julio 28 de 2015, radicado 158261, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; marzo 17 de 2015, radicado 158163. M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA; octubre 17 de 2017, radicado 158627, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; septiembre 28 de 2017, radicado 158510, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; enero 12 de 2018, radicado 158835, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; septiembre 18 de 2018, radicado 158913, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; octubre 10 de 2018, radicado 158924, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; noviembre 14 de 2018, radicado 158911, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; noviembre 16 de 2018, radicado 158963, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; noviembre 22 de 2018, radicado 159002, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; noviembre 30 de 2018, radicado 159004, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; y diciembre 06 de 2018, radicado 159005, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.

228 Sentencias C-145 de 1998, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; T-117/13, M.P. ALEXEI JULIO ESTRADA y T-170/15, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, entre otras.

229 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia abril 09de 2014, radicado 43363, SP4451-2014, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ; sentencia junio 24 de 2015, radicado 40382, SP8057-2015, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ; sentencia febrero 03 de 2016, radicado 46647, SP918-2016, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ; sentencia septiembre 16 de 2016, radicado 26177, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, entre otras.

parcialmente; iii) con insuficiencias probatorias determinadas por la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes al caso debatido o por su errada interpretación, iv) con motivaciones soportadas en pruebas inexistentes, ilegales o ilícitas, v) con sustentaciones generales que no corresponden a la adecuada valoración de las pruebas allegadas; vi) con motivaciones que se apartan abiertamente de la verdad probada, por suposición, supresión o tergiversación del contenido de pruebas que objetivamente conducen a una conclusión jurídica diversa o, vii) con motivaciones soportadas en una norma jurídica inexistente, derogada, declarada inexequible o vigente pero inconstitucional frente al caso concreto, imposibilitan la seguridad jurídica del procesado y de lo realmente imputado, resultando susceptibles de invalidación en tanto enervan la aproximación a la verdad y no son expresión de una verdadera justicia material[230], constituyéndose de contera en atentatorias del debido proceso[231].

En complemento de lo sostenido, recuérdese que la jurisprudencia tiene dicho que la nulidad es la única salida procesal viable, cuando se presenta alguno de los siguientes casos en la sentencia:

"a) Cuando carece totalmente de motivación, por omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que la sustentan.

b) Cuando la fundamentación es incompleta, esto es, el análisis que contiene cualquiera de estos dos aspectos es deficiente, al punto que no permite su determinación.

c) Cuando la argumentación resulta dilógica o ambivalente, es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes que impiden conocer su verdadero sentido.

d) Cuando la motivación es aparente y sofistica que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo"[232].

230 "(...) a través de doctrina decantada por años con apego a supuestos de raigambre constitucional y desarrollo legal, ciertamente la Corte ha sentado un marco teórico general de acuerdo con el cual emerge como un imperativo que las decisiones judiciales deben tener una completa y razonada motivación, dado que su ausencia puede poner en riesgo garantías fundamentales tales como el debido proceso y el derecho de defensa (...)" Sentencia SP14205-2016, radicado No. 42039 del 05 de octubre de 2016, MP. DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

231 Ver entre otros autos Sala Tercera de Decisión diciembre 17 de 2015, radicado No. 158225; abril 13 de 20168, radicado No. 158409; y auto octubre 10 de 2018, radicado No. 158924, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; autos Sala Segunda de Decisión junio 19 de 2018, radicado No. 155609 y agosto 09 de 2018, radicado No. 158909, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; auto Sala Primera de Decisión noviembre 22 de 2018, radicado 159002, MP. CR. MARCO AURELIO BOLIVAR.

232 Radicado 20756, sentencia del 22 de mayo 2003, MP. DRA. MARINA PULIDO DE BARÓN, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

En este orden de ideas y descendiendo al caso concreto, encuentra la Judicatura que la motivación desarrollada por la Juez de Primera Instancia del XX en la sentencia condenatoria proferida el 4 de julio de 2018[233] presenta errores tanto de hermenéutica como de razonamiento jurídico, todo lo cual se traduce en la materialización de argumentaciones confusas, ambiguas, contradictorias y muchas veces excluyentes entre sí, impidiendo, por tanto, a este Tribunal poder resolver de fondo las cuestiones debatidas por la defensora del condenado en el memorial recursivo.

Así las cosas y ante la verificación de los vicios anotados, resulta imperioso proceder a la declaratoria de nulidad de la sentencia en toda su integridad, esto por virtud del principio de oficiosidad contemplado en el artículo 389 de la Ley 522 de 1999[234] y habida consideración del innegable papel de garante del cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que le atañe a esta Colegiatura[235].

Bajo tales planteamientos y habida cuenta que las decisiones judiciales no son actos jurídicos de mera discrecionalidad, procederá a continuación la Sala a exponer detalladamente cada uno de los elementos de juicio que la funcionaria judicial de primera instancia dejó de apreciar o fundamentó de manera confusa y contradictoria, a través de los cuales se configuró la trasgresión del principio de motivación que gobierna el ejercicio legítimo de la impartición de justicia.

En orden a resolver el cometido reseñado, téngase como premisa normativa lo establecido en el artículo 334 de la Ley 522 de 1999 y según la cual toda sentencia debe contener unos presupuestos básicos, entre los cuales se destacan:

"Requisitos de la sentencia: La sentencia debe contener: (…)

2. Identificación o individualización del procesado o procesados. (…)
4. Análisis y valoración jurídica de las pruebas que sirvan de fundamento a la decisión.
5. Los fundamentos jurídicos de la imputación que se haga al procesado o a cada uno de los procesados.
6. Los fundamentos jurídicos del fallo absolutorio, en su caso. (…).
9. La especificación concreta y clara de los factores de dosimetría penal. (…)".

233 Cfr. Folios 1103 y ss., del C.O.6.

234 "ARTÍCULO 389. OPORTUNIDAD PARA DECRETAR LA NULIDAD. En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara."

235 Constitución Política de Colombia, "Articulo 230. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.".

Tales obligaciones sustanciales fueron inobservadas por el *A quo* en la decisión apelada, principalmente por las siguientes razones: i) omitió apreciar en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana critica algunos elementos suasorios que dan cuenta que el PT. NJMA no conducía la motocicleta oficial con la cual se causó el accidente de tránsito el día de los hechos, ii) vaciló al momento de sustentar la imputación subjetiva que a título de culpa se le hizo al procesado y la forma en que los uniformados participaron en el hecho de cara al encuadramiento típico revelado y concretado en la resolución de acusación y, iii) de manera arbitraria dejó de dosificar las penas que le correspondían afrontar al condenado, de acuerdo con las reglas establecidas para el concurso de conductas punibles por el art. 32 de la Ley 1407 de 2010.

8.1 Del requisito de identificación o individualización del responsable de la conducta punible endilgada.

(…)

Sobre la materia téngase en cuenta que, para llegar a la certeza requerida con miras a emitir un juicio de condena, no es posible valorar únicamente las pruebas de cargo, dado que los juicios probatorios también deben recaer sobre aquellos medios de demostración que puedan desvirtuar o poner en duda la existencia de la conducta o de su autoría, siendo del caso recordar que no es lo mismo identificar que individualizar al procesado, ni tampoco son iguales los juicios de valor que se emiten para demostrar la existencia de la conducta que los expresados al momento de responsabilizar al enjuiciado de la comisión de la misma.

(…)

Ahora bien, no puede desconocer este Colegiado que la labor de verificar la correcta identificación de los acusados fue cumplida parcialmente en el sumario, pues se allegaron diferentes medios probatorios que incluso dieron cuenta de su calidad como institucionales para el día de los hechos[236].

Sin embargo, no puede dejar de reprochar la Sala que la funcionaria judicial de primera instancia haya olvidado que individualizar o individuar significa algo más que simplemente identificar a una persona desde el ámbito de sus condiciones generales o particulares, pues en dicho proceso también se requiere que el enjuiciado sea concretado a través de las pruebas como el sujeto activo que cometió la conducta[237], más aún, cuando como ocurre en este caso, precisamente uno de

236 Obra a folios 214-215 del C.O.2 y folios 562-565 del C.O.3 extractos de las hojas de vida de los PT. JJM y PT.NMA

237 En este sentido véase en sentencia T-361/97 lo siguiente: «Identificar es algo que se haya íntimamente ligado a lo anterior, pero que es, sin embargo, diferente en un sentido amplio, genérico, identificar implica una yuxtaposición,

los temas de prueba[238], sobre los cuales recae la controversia, es precisamente determinar en grado de certeza cuál de los dos procesados era el conductor de la motocicleta oficial con la cual se desarrolló la conducta prohibida por el tipo penal de homicidio culposo.

En tal sentido, la tarea de motivación debía recaer principalmente sobre los presupuestos de acreditación a través de los cuales se podía lograr determinar con seguridad cuál de los dos gendarmes involucrados en el asunto fue el que cometió el delito y esto resultaba posible a partir de la exhibición y análisis de todos los elementos de convicción que sobre el tópico fueron arrimados a la investigación y no únicamente los que de manera sesgada consideraba la juez ameritaban ser valorados.

(…)

En efecto, se avizora que la juzgadora si bien relacionó tales medios de convicción en el cuerpo de la decisión, dentro del acápite de pruebas documentales allegadas al proceso[239], no hizo ningún pronunciamiento de fondo al respecto, máxime cuando, como se dijo anteriormente, hacían parte del tema de prueba, pues daban cuenta que quien conducía la motocicleta el día de los hechos era el PT. JJMC y no quien finalmente fue condenado, el PT. NJMA.

Se observa que la ausencia de mérito valorativo de la prueba de descargo, condujo a la juez hacia una motivación incompleta de la decisión en punto de la condición de autor del PT. NJMA en los hechos enrostrados, lo cual ocurrió como quiera que únicamente valoró algunos testimonios a través de los cuales se dijo que el hoy condenado era quien conducía la motocicleta y no su compañero de patrullaje.

(…)

---

el proceso más o menos complicado de ver si lo que se posee respecto a la individualidad de alguien corresponde, se ajusta a la misma. La identificación es el resultado final a que toda individualización debe concluir. Identificar, pues, no es precisamente descubrir, sino confirmar, realizar un reconocer, acreditar la exactitud de lo individualizado, de lo conocido». (Criminalística, en Enciclopedia OMEBA, Tomo V, pág.119). (…) «Por la primera operación, la de individualizar, se establece que se trata de una persona determinada, de una integridad sicofísica aislada, de alguien que se concreta en la afirmación «Este y no otro». Por la segunda (identificación), se agregan a esa individualización el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc., tal como se ve en el artículo 386 (359 del actual C. de P.P.) que consigna reglas para la recepción de indagatoria».

238 "El tema de prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso". (…) "permite saber qué es lo que se ha de investigar en un proceso determinado, de tal manera que el juez pueda controlar la pertinencia de las pruebas; de otra manera el proceso se convertiría en un instituto inconveniente, donde se podría acreditar la existencia de cualquier hecho". PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Decimoctava edición. Bogotá, 2013. Pag. 135.

239 Cfr. Folios 1107 y 1108 del C.O.6.

Claramente se evidencia que la juez pretendió relevarse del cumplimiento de su deber de motivar jurídica y probatoriamente la decisión de condena, con la simple manifestación de su anuencia con la valoración de la prueba que fue realizada por la fiscalía penal militar y el representante del Ministerio Público sobre la identificación del autor del homicidio, cuando le resultaba de imperioso cumplimiento la exhibición de sus propias referencias conceptuales, así como la emisión de juicios de valor no solo de los testimonios que ubicaban como conductor el día de los hechos al PT. NJMA, sino también la prueba pericial y documental que ponía en duda su nivel de participación en la conducta enjuiciada, esto, a su vez, de cara a los medios de convicción que señalan que quien conducía la motocicleta el día de los hechos era el PT. JJMC.

Desde la anterior perspectiva, concluye la Sala que en lo que respecta a la sentencia apelada la decisión fue motivada de manera incompleta en lo que a la individualización e identificación del autor o autores se refiere.

8.2 De los fundamentos jurídicos de la imputación hecha a los procesados.

En el orden propuesto por la Judicatura, se explicará a continuación los razonamientos a través de los cuales se llega a la conclusión que la decisión de primer grado contiene una argumentación ambigua en punto de la imputación subjetiva que a título de culpa se le hizo a los procesados y la forma en que éstos participaron en el hecho de cara al encuadramiento típico revelado y concretado en la resolución de acusación.

Téngase como presupuesto básico que al momento de abordarse en la sentencia el punto referido a la imputación jurídica del comportamiento realizado por el procesado, la juez debía realizar un análisis entre la conducta realizada por los agentes y cada uno de los elementos constitutivos del hecho punible, como son, entre otros, la forma en la que concurrieron en la realización de la conducta (autor o coautor) y la modalidad en la cual actuaron (dolo o culpa), sin dejar de lado que este ejercicio debía agotarse dentro de los límites que impone el marco jurídico de la imputación fáctica y jurídica señalada en la providencia calificadora.

Ahora bien, esta exigencia fundamental no resulta caprichosa, pues emana del respeto por el principio de congruencia, ya que la sentencia debe responder a los cargos que fueron formulados en la resolución de acusación con el fin que el procesado no sea sorprendido o afectado en el ejercicio de su derecho de defensa. Es por ello que el desconocimiento de ese requisito, cuando implica grave y trascendente efecto nocivo en las garantías del procesado, lleva consigo la inexcusable tarea de reponer la actuación con el fin que se respete el legítimo derecho del encausado a conocer y rebatir los cargos que le fueron enrostrados en la pieza acusatoria.

(…)

Puestas así las cosas, encuentra la Corporación que no existe armonía en punto de la forma en que participó el PT. NJMA en la realización de la conducta punible, como quiera que fue acusado como coautor del delito de homicidio culposo[240] y condenado en calidad de único autor del mismo[241], sin que en la parte considerativa de la decisión se hubieran expuesto razonamientos de fondo que permitieran comprender por qué la Juez de Primera Instancia arrimó a tal conclusión.

En igual sentido se aprecian argumentos incongruentes a la hora de establecer si los acusados crearon un riesgo jurídicamente desaprobado y si en tal virtud incurrieron en un delito imprudente, o si obraron a título de autores dolosos, todo lo cual tiene la virtualidad de quebrantar el principio de motivación de las providencias judiciales y por contera los principios de igualdad y justicia material de los encausados, como quiera que las referencias conceptuales sostenidas por la juez en la sustentación de la condena se tornan ambiguas a la hora de imputarles jurídicamente el comportamiento de homicidio culposo.

Concretando, se advierte que en la decisión calificatoria[242] el acusador explicó que en el *sub examine* concurrían los elementos exigidos por la teoría de la imputación objetiva para que los encartados recibieran un tratamiento penal uniforme a título de coautores culposos del delito de homicidio culposo. (…)

Bajo estas consideraciones encuentra este Tribunal, que el juzgado de instancia actuó por fuera de la simetría impuesta por la pieza de acusación, pues seleccionó de manera indebida los elementos de la coautoría impropia para pretender descartar que en el sub examine no se presentaba una coautoría dentro de un delito culposo, desatino que le hizo incurrir en confusiones conceptuales que le restaron claridad a la decisión atacada, convirtiéndola en un texto jurídico ambiguo e incomprensible.

(…)

Por lo dicho, considera la Corporación que las construcciones argumentativas frente al tema fueron anfibológicamente tratadas en la decisión de primera instancia, pues lo esperado era que la funcionaria de instancia desarrollara el tema de coautoría imprudente tratada en la resolución de acusación, más no limitarse a manifestar que al no haberse demostrado un acuerdo común entre los dos uniformados, era imposible aceptar que los dos concurrieron a la realización de la conducta como coautores y por tanto la conclusión era absolver a quien iba como

240 Cfr. Folio 1020 del C.O.5.

241 Cfr. Folio 1125 RV del C.O.6.

242 Cfr. Folio 1016 del C.O.5.

parrillero de la patrulla el día de los hechos.

Con lo sostenido, no se pretende significar que en la sentencia la juez tuviera que acoger plenamente la tesis propuesta por el fiscal, dado que gozaba de competencia para ajustar la decisión de acuerdo con lo que fáctica y juridicamente se encontraba probado, no obstante, surge forzoso reprochar, que para poder apartarse de la posición del ente acusador debía emitir unos juiciosos y coherentes razonamientos que lograran desvertebrar la tesis sostenida por la fiscalía frente al tema de la coautoría del delito imprudente". **(Rad. 159022 del 30 de junio de 2020, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ)**

• • • •

33. NULIDAD.

No se genera per se por haberse juramentado al indagado para hacer cargos a terceros y omitir retomar la diligencia sin juramento.

"En esas condiciones, para el Colegiado es claro que, en el libelo de la decisión confutada, la juez de instancia enunció que en desarrollo del acto procesal de indagatoria, recibida al SLR. VACL, surgió una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso, sin embargo, omitió no solo definir en qué consistió la irregularidad, sino, además, determinar el objeto de la sanción anulatoria.

De igual manera, sin hacer distinción entre una y otra causal de nulidad, señaló que también resultó afectado el derecho de defensa, apoyando su afirmación en la vulneración a la garantía constitucional de la presunción de inocencia del SLR. VACL, omitiendo manifestar las razones por las cuales se hacía necesario declarar la nulidad.

Recuérdese que, el principio de taxatividad establece que al momento de realizar el juicio jurídico de las causales de nulidad, estas deben ser estudiadas de manera independiente y autónoma, puesto que las irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso tienen origen en un error sobre la estructura y la violación del derecho a la defensa hace referencia a un error sobre garantías, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia cuando al respecto enseñó:

(...)

A pesar de lo anterior, evidencia la Sala que el argumento desarrollado a lo largo de la providencia apelada, se inclinó en señalar que la nulidad se generó a causa

de una violación al derecho a la defensa (Ley 522,1999 art.388.3)[243], dado que la funcionaria de instancia consideró que se *"constriñó la voluntad"* del procesado (fol.260), cuando este encontrándose aún bajo la gravedad del juramento por haber declarado contra un tercero, debió continuar la diligencia sin que se levantara el mismo, respondiendo a preguntas relacionadas con el hecho investigado, al punto que en esa condición se realizó la imputación fáctica y jurídica.

En el ejercicio dialéctico de verificar la ocurrencia de una nulidad, imperioso resulta cotejar la irregularidad que se analiza con los principios que orientan la declaratoria de las nulidades (Ley 522,1999 art.392), con el propósito de identificar el grado del menoscabo generado en las actuaciones o decisiones. Al respecto la Corte Suprema de Justicia refirió que si el perjuicio es irrelevante, no genera nulidad (CSJ.SP.Rad.41511 dic.2013):

(…)

En este sentido, se ha de afirmar que la juez de instancia no apoyó la decisión anulatoria en el análisis de los principios orientadores de las nulidades a los que ninguna referencia hizo. Por otra parte, esta Colegiatura en el ejercicio de verificar la existencia de la nulidad declarada, dado que la *A quo* no concretó en cuál de las causales anulatorias soportó su decisión, entenderá que edificó la decisión confutada en la causal tercera de nulidad, es decir, *"La violación del derecho a la defensa"* (Ley 522,1999 art.388.3).

En ese orden de ideas, la Sala deberá señalar que la juez omitió analizar adecuadamente el principio de trascendencia que determina la obligación de demostrar que la irregularidad identificada afectó las garantías de los sujetos procesales o desconoció las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (Ley 522,1999 art.392.2). Ello es así, por cuanto la funcionaria se limitó a señalar que el derecho a la defensa del SLR. VACL se vio vulnerado tras desconocer su derecho a la no auto incriminación por encontrarse bajo la gravedad del juramento en un segmento de su indagatoria, omitiendo establecer cuál fue el perjuicio ocasionado a esa garantía y la entidad que tuvo la irregularidad para alterar los actos procesales que declaró nulos. A este respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado (CSJ.SP.Rad.14728 mar.2001):

(…)

Nótese como la juez de instancia refirió que, en desarrollo de la diligencia de indagatoria, al SLR VACL se le comunicó la imputación fáctica y jurídica

243 Artículo 388.3 [Titulo VI]. Código Penal Militar [Ley 522 de 1999] "CAUSALES DE NULIDAD. Son causales de nulidad en el proceso penal militar: (…) 3. La violación del derecho a la defensa."

encontrándose aún bajo la gravedad del juramento, circunstancia que consideró quebrantaba su derecho de defensa, pero se insiste, olvidó determinar el perjuicio causado a la presunción de inocencia del indagado, como las razones por las cuales se hacía necesario emitir una decisión invalidante. Así lo expresó cuando señaló:

(…)

Así las cosas, la Sala considera que le asiste razón a la censora por cuanto, si bien es cierto el SLR. VACL se encontraba bajo la gravedad del juramento al momento de declarar en contra de un tercero, el no levantar dicha condición en nada perjudicó su derecho a la no autoincriminación y menos a la presunción de inocencia como lo sugirió la funcionaria de instancia, en razón a que, como lo planteó la apelante y lo sugirió el Ministerio Público en su concepto, las preguntas subsiguientes y sus respectivas respuestas no comprometieron responsabilidad penal del indagado, quien por el contrario, lo que procuró con ellas fue justificar su actuar (Fols. 73-74).

Ahora, en relación con la imputación fáctica y jurídica, la Sala verificó que el imputado declaró su inocencia de manera libre, consciente y voluntaria (Fol.74), sin que fuera comprometido su derecho a la no autoincriminación ni afectada su presunción de inocencia. Situación que invalida el argumento expuesto por la juez de instancia, al sostener que la voluntad del indagado se constriñó (Fol. 260), para fundamentar la declaratoria de nulidad.

De lo expuesto anteriormente, el Colegiado concluye que, pese a que la juez de brigada advirtió la ocurrencia de una irregularidad en el desarrollo de la diligencia de indagatoria, no la analizó a la luz de los principios orientadores de las nulidades, que en punto específico del principio de taxatividad imponía a la funcionaria el deber de demostrar la vulneración a los derechos del procesado y acreditar la razón de la declaratoria invalidante no solo de la indagatoria y su ampliación, sino del auto que resolvió la situación jurídica provisional y los actos que de ella se desprendieron. (…)

Finalmente, la Sala corroboró que el SLR. VACL rindió su injurada acompañado de su abogado defensor, Dr. LAJP, quien como lo impone la ley penal militar lo asistió a lo largo de la diligencia (Ley 522,1999 art.495), sin que hubiera advertido irregularidad alguna en contra de su defendido.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar vinculó al SLR. VACL a través de diligencia de indagatoria en la que en acatamiento al Estatuto Penal Militar le puso de presente las advertencias previas (Ley 522,1999 art.495) (Fol.71), y que si bien es cierto habiéndolo escuchado bajo la gravedad del juramento cuando declaró contra un tercero continuó la diligencia sin levantar

dicho apremio como se expuso a lo largo del presente proveído, ello no ocasionó perjuicio a la garantía de no autoincriminación (Constitución Política art.33) ni quebrantó el derecho a la presunción de inocencia (Constitución Política art.29), como se aseveró en el auto apelado." **(Rad. 158916 del 18 de febrero de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

• • • •

34. PECULADO POR APROPIACIÓN.

Estructuración. Relación funcional.

"…en el peculado por apropiación, se hace necesario que exista una relación especial de disponibilidad entre el agente y el bien confiado en administración, custodia o tenencia en virtud de una relación jurídica surgida por razón o con ocasión de las funciones oficiales que éste ejerce.

Así las cosas, aunque se tiene que el acusado por la elaboración de los ficheros de ingreso a la base aérea recibió de los particulares trescientos quince mil pesos ($315.000,00), que solo consignó a la tesorería de la unidad luego de pasados más de veinte días y ante el apremio de su comandante, para que halle adecuación típica debe advertirse inicialmente la naturaleza de los bienes entregados, así como, la disponibilidad jurídica que tiene el agente frente a los mismos. En otras palabras, no basta que un servidor público se apropie de bienes del Estado para que se estructure el delito de peculado, sino que es necesario, además, que ello ocurra en virtud de una relación funcional que, por su administración, tenencia o custodia, registre el agente con los bienes.

Ahora, aunque no es suficiente la calidad funcional del sujeto, sino que se requiere que a éste se le haya encomendado en razón o con ocasión de sus funciones la administración, tenencia o custodia de los bienes apropiados, no es necesario que el servidor público ejerza la tenencia material o tangible del bien, sino que es suficiente que tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional –disponibilidad jurídica-, al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación dentro del radicado 8729, el cuatro (4) de octubre de 1994, con ponencia del Magistrado GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, citada en reciente jurisprudencia[244], señaló:

"La expresión utilizada por la Ley en la definición de peculado y que dice «en razón de sus funciones», hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de

244 Sentencia del 5 de octubre del 2006, radicado 25.290, M.P. Jorge Luis Quintero Milanes.

tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado».

Consecuente con lo anterior, resulta imperioso determinar la naturaleza de los dineros entregados por los particulares a T2.LASO, a fin de establecer la existencia de una relación especial de disponibilidad. En efecto, dicha suma no correspondía a un bien de uso público o fiscal del Estado, tampoco eran bienes de empresas o instituciones en las que el Estado tuviera parte o que correspondieran a fondos parafiscales, sino que conforme lo declarado por el señor PGR, dichos dineros eran de su propiedad y fueron entregados al suboficial para que los depositara en la pagaduría de la unidad[245].

Ahora bien, aunque los bienes de los particulares pueden ser objeto material del peculado, solo lo son si fueron entregados al servidor público en razón o con ocasión de sus funciones. Situación distinta ocurre cuando el particular confía bienes al servidor público, pensando que se trata de una persona correcta, respecto de la cual no tiene otros vínculos que los de amistad u otro estímulo que los de su imprudencia[246]. Bajo ese entendido, en el *sub judice* es claro que el acusado no tenía entre sus funciones la administración, custodia o tenencia de dineros entregados por particulares, puesto que sus funciones se limitaban a la elaboración de los ficheros de ingreso y la responsabilidad del recaudo recaía en la tesorería de la unidad. Recuérdese, que el señor PGR afirmó en su testimonio que entregó el dinero a LASO para que éste lo depositara en la pagaduría, lo que evidencia que tanto el particular como el enjuiciado conocían que no era del resorte de las funciones del servidor público recaudar dicho pago.

245 Cuaderno 2, folios 221 – 223.

246 PEREZ, Derecho penal, cit.,p 207.

Circunstancia que desarticula la relación funcional que debe existir entre el agente y el objeto material del delito para predicar su existencia, puesto que el punible de peculado es, ante todo, la violación del deber funcional, por tanto, la Corte Suprema diferenció dicha situación, señalando que el solo depósito de dinero u objetos por parte de un particular en manos de un funcionario público, seguido de su posterior apropiación por parte de éste, no vulnera sus deberes funcionales ni perjudica a la administración pública y por tanto no constituye delito de peculado[247], cosa distinta ocurre cuando dichos dineros pertenecen al Estado y el funcionario, aunque haya entrado irregularmente en posesión de los mismos, al disponer de ellos si viola los intereses de la administración pública y por tanto tipifica el delito de peculado.

Por esa razón, en la primera hipótesis, aunque la situación fáctica puede configurar un delito distinto como el abuso de confianza no lo hace respecto del tipo penal de peculado, puesto que los dineros fueron entregados a LASO para que los consignara en la tesorería, no en virtud de una relación funcional que, por su administración, tenencia o custodia, registrara el suboficial con el dinero suministrado por el particular.

En consecuencia, la Sala entiende que en el *sub judice*, además, de no presentarse una relación de disponibilidad entre el agente y el bien, conforme la evidencia recaudada, ningún provecho obtuvo el funcionario para sí o para un tercero, dado que el dinero recibido fue aparentemente utilizado para adquirir una cinta de impresión que requería la dependencia, por lo que la conducta enrostrada a LASO resulta atípica desde el punto de vista objetivo. Razones que impide ahondar en el análisis de responsabilidad, como lo advirtiera el *A quo*, por lo que el Colegiado confirmará la decisión absolutoria en lo relacionado con el delito de peculado por apropiación". **(Rad. 158694 del 28 de febrero de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ)**

• • • •

35. PECULADO.

Atenuación punitiva por reintegro.

"Ahora bien, el fenómeno de los actos post- delictuales cobra relevancia en el problema jurídico a resolver, como quiera que en tratándose de la reducción de pena por reintegro en los delitos cometidos contra la administración pública la rebaja de pena procede siempre y cuando se haga cesar el mal uso, se repare o reintegre lo apropiado, perdido o extraviado hasta antes de iniciarse la investigación o antes de dictarse la sentencia de segunda instancia. Si bien los beneficios operan en dos distintas fases, variando el monto de la proporción a reducir, la rebaja

247 CSJ, Sentencia del 18 de noviembre de 1980, MP. Luis E. Romero.

procede sobre la pena debidamente dosificada en forma individual y no sobre los límites determinados en abstracto dentro de los cuartos de movilidad establecidos, en tanto que el acto de reintegro ocurre con posterioridad a la consumación de la conducta.

Es importante tener claro este aspecto, pues la reducción de la pena que se hará en favor del SP (RA) FGT no generará ninguna modificación de los extremos legislativos de la pena prevista para el peculado culposo[248], sino que por tratarse de una conducta post-delictual -que no concurrió con la consumación del delito, sino que sucedió voluntaria y posteriormente a que éste fuera realizado-, se itera, sólo tendrá incidencia sobre el monto que fue tasado individualmente por el fallador, en la proporción que corresponde de acuerdo con el estadio procesal en que tuvo lugar el pago de los elementos perdidos.

(…)

Conforme se clarificó en precedencia, la atenuación punitiva es de diferentes proporciones, según el momento del reintegro y el monto de lo restituido, por lo tanto, resulta de vital importancia tener en cuenta las siguientes reglas fijadas por la normativa citada y desarrolladas por el máximo órgano de la jurisdicción al momento de concederlas:

"i) Si la reparación o el reintegro se presenta antes de iniciarse la investigación, el descuento punitivo será equivalente a la mitad de la pena;

ii) Si la reparación o el reintegro ocurre después de iniciarse la investigación, pero antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la rebaja será de una tercera parte.

iii) Si el reintegro es parcial, se puede disminuir la pena hasta en una cuarta parte, en proporción al monto de lo reintegrado[249].

iv) El reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, puede hacerse a través de la devolución del mismo bien o de su valor debidamente actualizado.

248 En este sentido debe entenderse la contundente afirmación que hizo la Sala en la sentencia del 13 de octubre del 2004, radicado 22.778: "No obstante, como de tiempo atrás lo tiene establecido el precedente de la Sala y surge del obvio entendimiento de la naturaleza del reintegro como comportamiento que depende de la exclusiva voluntad del procesado, se repite, las reducciones de pena que esa actuación genera no afectan los extremos punitivos fijados por el legislador y, por tanto, tampoco inciden en el término prescriptivo.

249 De acuerdo con la postura de la Sala Mayoritaria, cuando la reparación o el reintegro no es total, el descuento punitivo debe ser proporcional al monto de lo reparado sin que exceda de la cuarta parte indicada en la norma. Esta interpretación fue recogida en el canon 25 de la Ley 1474 de 2011, al incluir la palabra "hasta" con lo cual se zanja cualquier duda que pudiese existir sobre la necesidad de ponderar la rebaja de cara al porcentaje de lo reintegrado.

v) La reducción de la sanción por reintegro no generan la modificación de los extremos de la sanción, pues se trata de un acto post delictual, cuya aplicación se produce una vez tasada la pena"[250]. *(Negrillas de la Sala).*

De acuerdo con lo anterior, corresponde entonces a la Sala hacer la reducción de pena respectiva, esto es, de una tercera parte teniendo en cuenta que se constata con la copia del recibo de consignación que fue aportado junto al recurso por el apelante[251], que el pago total del bien lo realizó el condenado el 25 de junio 2015, mucho tiempo antes de haberse proferido la decisión de segunda instancia, lo que se hará sobre los montos fijados por el juez de instancia[252].

A pesar que el pago se hizo luego de haberse declarado responsable administrativamente, se abstrae que fue realizado por el encartado de manera voluntaria, sin mediar proceso coactivo o judicial, por lo que si lo que se pretende con la previsión legal es crear un estímulo punitivo para tratar de lograr que el Estado recupere, al menos parcialmente, los bienes de los cuales fue despojado, se evidencia que en este caso existe una relación causal estímulo-reintegro predicable por haber sido realizado por quien resulta ser beneficiado con la rebaja punitiva" **(Rad. 159007 del 05 de agosto de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ)**

• • • •

36. PRECEDENTE JUDICIAL Y DOCTRINA PROBABLE.

Importancia.

"Resulta pertinente rememorar que la actividad judicial implica la interpretación permanente de las diferentes disposiciones jurídicas, por lo que el juez en su función de administrar justicia no puede limitarse a efectuar una disquisición literal de la ley, por el contrario, ésta actividad, dinámica por naturaleza, debe orientarse a lograr la interpretación armónica del sistema normativo, esto es articularse bajo la idea de consistencia y coherencia de un sistema jurídico[253], razón por la cual debe apuntalarse en criterios hermenéuticos como el histórico, el finalista, el valorativo, el de ponderación de intereses y, además, en el precedente judicial.

250 Cfr. Proveído del 13 de octubre de 2004, radicado No. 22778.

251 Obra a folio 462 C.O.3.

252 Sobre este punto, cabe recordar que la jurisprudencia de la Corte tiene sentado que para proceder en segunda instancia o en casación a reajustar la sanción principal o accesoria inicialmente fijada por el juez de primer grado -cuando hay lugar a ello- sin quebrantar la garantía fundamental a la legalidad de la pena (artículo 29 de la Constitución Política), el Tribunal o la Sala de Casación Penal debe ceñirse proporcionalmente a los criterios que no son revocados o invalidados. (Ver, entre otras providencias, SP. del 26 febrero 2014, radicado 41265; SP. del 9 abril 2014, radicado 43255; SP. del 14 junio 2017, radicado 44197).

253 WRÓBLEWSKI, Jerzy, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, trad. A. Azurza, Madrid, Civitas, 1988, páginas 48 a 50.

Este último, mismo en el que las autoridades avaladas al efecto desentrañan el sentido lógico jurídico de las normas, ha adquirido en el último siglo creciente importancia en nuestro sistema jurídico de tradición romano-germánica, tornándose en fuente de Derecho, al punto que la Corte Constitucional al estudiar el artículo 230 de la Carta Magna que prescribe que los jueces solo se encuentran sometidos al imperio de la ley, aclaró que la palabra "ley" debe ser interpretada de manera amplia, como el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico, incluidos los precedentes judiciales, esto es el concepto de ley en sentido material[254].

Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país, adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso. Adicionalmente, se le considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento[255].

Y ello es así, en tanto las normas y reglas jurídicas imperantes son susceptibles de traer consigo vacíos o ambigüedades que pueden generar diversas interpretaciones, derivadas incluso de la imprecisión del lenguaje, haciendo necesaria la existencia de órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, esto en pro de la igualdad, la buena fe, la seguridad jurídica y la necesidad de coherencia del orden jurídico.

Ello adquiere mayor relevancia en la medida que con una actividad interpretativa tal se garantiza el respeto del derecho de la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (artículo 13, Constitución Política de 1991) que demandan, como elemento racionalizador de la actividad judicial, que problemas jurídicos semejantes o que planteen puntos de Derecho análogos, sean resueltos por quienes administran justicia en condiciones de igualdad en punto a la interpretación de la norma a aplicar, ello por virtud del denominado principio de coherencia[256].

254 Corte Constitucional, sentencias C-836 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, C-539 de 2011 y C-634 de 2011, ambas con ponencia del Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. La consideración sobre el carácter amplio del concepto "imperio de la Ley", como referente único de las decisiones judiciales, fue sostenida por la Corte desde la sentencia T-448 de 1998, y desde entonces, ha sido un elemento fundamental en la interpretación del artículo 230 de la Carta Política.

255 Cfr. sentencia T-292 de 2006: "En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable."

256 Principio según el cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra, pues comportaría una trasgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno, presupuesto del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el

En este orden de ideas, los precedentes de la Corte Constitucional como intérprete por antonomasia de la Carta Política deben tener, en primer término, un lugar privilegiado en el análisis de casos por parte de los operadores jurídicos so pena de quebrantar principios constitucionales como la igualdad y la supremacía de la Constitución[257]. En consecuencia, los jueces están obligados a acoger los precedentes constitucionales en la medida en que deben interpretar el derecho en compatibilidad con la Carta.[258] Es así, indudablemente, un límite a la autonomía judicial.

Dicha obligatoriedad implica de un lado la fuerza *erga omnes* de las decisiones que se adoptan en los fallos de control constitucional abstracto de las leyes y, por otra, la protección del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación e interpretación del Derecho llamado a regir problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho análogos.

Al respecto la guardiana suprema de la indemnidad de la Constitución Política precisó en sentencia hito en la materia que:

(…)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sede de Casación Penal, también se ha pronunciado sobre el tema[259] reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, resultando procedente evocar lo aquilatado en sentencia del 1º de febrero de 2012[260] en la que se acotare:

(…)

Colígese de lo anterior que las autoridades públicas, y en especial aquellas que administran justicia, deben ceñirse en el ejercicio de su rol funcional a las pautas previamente trasuntadas, lo cual apareja la obligación de respetar y aplicar, en general, el precedente sentado por los tribunales a los que compete unificar la jurisprudencia y, en particular, los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores, obligación que persiste mientras no exista un cambio de legislación que varíe el principio o regla jurisprudencial definida en la

contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables. C.fr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 1° de 2012, radicado No. 34853, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

257 Corte Constitucional, sentencia SU-640 de 1998, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

258 Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

259 Sentencia febrero 09 de 2009, radicado No. 0571; auto febrero 18 de 2009, radicado No. 30775; auto abril 16 de 2009, radicado No. 31115; auto abril 28 de 20103, radicado No. 3659; revisión mayo 19 de 2010, radicado No. 32310; sentencia mayo 06 de 2010, radicado No.33331; y auto septiembre 19 de 2011, radicado No. 36973.

260 Radicado No. 34853, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

ratio decidendi de aquellos, aclarando que no empece lo hasta aquí dicho, asiste a tales autoridades la posibilidad apartarse del mismo, en ejercicio de la autonomía judicial, siempre y cuando -ceñidas a los criterios de transparencia y suficiencia-, argumenten de manera adecuada, razonada, fundada y con estricto apego al principio de suficiencia, los motivos por las cuales se apartan del precedente, motivos que habrán de hallar cabal sustentáculo en la misma jurisprudencia de los altos tribunales[261].

Precisión esta última, se hace preciso remembrar, que con apalancamiento en la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia C-836 de 2001 varias veces aquí citada, hiciere la Sala Penal del Alto Tribunal en precedente mencionado párrafos atrás[262], ello en los siguientes términos:

(…)

De las anteriores precisiones jurisprudenciales y normativas resulta prístino lo siguiente: *i)* que cuando se presentan tres o más decisiones uniformes emanadas de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación sobre un mismo punto de Derecho germina la denominada doctrina probable, misma que -en tanto originada en la función de dicho órgano plural de unificar la jurisprudencia ordinaria y en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se sustenten en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico- tiene fuerza normativa y vinculante; *ii)* que aun así, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable; *iii)* que no empece ello, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema de Justicia; *iv)* que se erige en precedente judicial con igual fuerza normativa, aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su indiscutible pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de adoptar la decisión que le competa; y *v)* que la pertinencia de un precedente se predica de una sentencia previa, cuando su *ratio decidendi* formula una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente, se trata de un problema jurídico o de una cuestión constitucional semejantes y los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son similares o plantean un punto de Derecho análogo al que se debe resolver posteriormente.

A esto cabe agregar que dado que no se trata de un sistema de interpretación

261 Ver entre otras sentencias C-836 de 2001, T-683 de 2006 y T-170/15 de la Corte Constitucional.

262 Vid. Nota 51.

rígido o absoluto, como de manera meridiana dejaren por sentado las prenombradas Altas Cortes en las decisiones parcialmente transliteradas *ut supra*, es plausible al operador judicial apartarse de la doctrina probable o del precedente judicial[263] –vertical u horizontal- pero compete al dispensador de justicia que así lo haga –singular e incluso al plural autor de la doctrina y/o precedente que se trate- precisar de manera fundamentada la razón para ello, decisión que puede tener como sustentáculo una o varias de las circunstancias que enlistará la Sala acto seguido, sin que con ello se pretenda sentar un catálogo taxativo de las mismas: *a)* por un cambio en la norma legal o constitucional en que se afincó la anterior posición jurisprudencial de la cual el juez pretende apartarse; *b)* cuando los principios y reglas jurisprudenciales sentados con anterioridad pierden vigencia y ya no tienen la capacidad para responder adecuadamente a la realidad social, política o económica ahora imperante; *c)* cuando no existe claridad en cuanto al precedente aplicable debido a que las sentencias que sentaron posición frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, contienen ambigüedades, anfibologías o contradicciones que hacen inviable extraer el fundamento de las mismas y la regla o principio que postulan; y *d)* cuando, a pesar de la similitud entre dos supuestos de hecho, existen elementos de juicio o diferencias relevantes no considerados en su oportunidad por el superior, que permiten desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica, la regla o principio sentados con antelación.

Pero es más, habrá de remembrarse, la sola *ratio decidendi* de una determinación judicial no se constituye *per se* en un precedente judicial, sino que se requiere de la existencia de un conjunto de decisiones del supremo órgano unificador que, de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema concreto de derecho y lo desarrollen (factor cuantitativo), en el que efectivamente se asuma el estudio detallado de una cuestión problemática asumiendo una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla, y que esa posición, en tanto lo anterior, sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera, dada la trascendencia y consecuencias de esas decisiones (factor cualitativo)[264].

263 En este sentido ver Corte Constitucional, sentencias SU-047 de 1999, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO: C-836, agosto 09 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL; y C-621, septiembre 30 de 2015, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Asimismo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 1º de 2012, radicado No. 34853, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

264 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 29877 del 1° de agosto de 2011, M.P. JAVIER DE JESUS ZAPATA ORTIZ: "Ahora, no se trata apenas de que la ratio decidendi de una determinada decisión por sí misma constituya precedente jurisprudencial, pues para que tal suceda, es necesario combinar criterios cuantitativos y cualitativos.

Los primeros dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.

A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución

Tradúcese lo anterior en que la existencia de un solo pronunciamiento atinente a un punto de Derecho o institución jurídica, por manera alguna puede abrogarse, menos se le puede atribuir, el calificativo de doctrina probable o precedente judicial, pues, se itera, ha de combinar los referidos criterios cuantitativos y cualitativos[265] para que alcance a estructurar un criterio hermenéutico dominante, relevante o significativo que permita establecer el verdadero espíritu de la norma[266] y determinar su alcance con la suficiente transcendencia que sirvan de guía para ser aplicados en casos similares por todo administrador de justicia". **(Rad. 158931 del 17 de Septiembre de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

37. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Incremento del término por la calidad de servidor público en delitos típicamente militares.

"Como se aprecia, y como con acierto lo destacó el juez primario, el vacío legal que existía en el Decreto 2550 de 1988, en punto de la regulación íntegra del término de prescripción, que fue lo que originó la decisión de la Corte vertida en el radicado 9997 del 20 de abril de 1999, fue superado con la expedición de la Ley 522 de 1999.

---

hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera.". Reiterado en auto agosto 15 de 2013, radicado 40093, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

265 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 46176 del 02 de diciembre de 2013. MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA: "Y en el hipotético caso que así fuera, ello no es suficiente para considerar una providencia como precedente judicial, pues, como se viene diciendo por la Corte, es imperativo combinar criterios cuantitativos y cualitativos".

Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 29877 del 1º de agosto de 2011: "Los primeros [los criterios cuantitativos] dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.

A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera...".

266 Corte Constitucional. Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013. MP. DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB: "Para que la jurisprudencia y la doctrina adquieran el carácter de derecho viviente, es necesario que se cumplan ciertas exigencias o requisitos. De acuerdo con lo señalado en la Sentencia C-557 de 2001, reiterada por la sentencia C-426 de 2002, puede considerarse que constituye derecho viviente "la interpretación jurisprudencial y doctrinal: (i) que sea consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que esté plenamente consolidada o afianzada, como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos".

A todas luces, podría decirse que los fundamentos de Derecho que se tuvieron en cuenta en la prenombrada decisión de la Corte perdieron vigencia a partir de la expedición de la Ley 522 de 1999, razón que daría lugar para que el órgano de cierre en lo penal cambiara su jurisprudencia y la actualizara a la nueva realidad normativa, sin embargo ello no fue así, por lo que se hace necesario revisar qué aconteció jurisprudencialmente a partir de la vigencia de la Ley 522 de 1999, con relación al tratamiento del término prescriptivo.

Al hacerlo la Sala encontró, haciendo un recorrido de la jurisprudencia de la Sala Penal, que entre el 2007 y el 2018 se profirieron 10 decisiones de prescripción en procesos que se llevaron en nuestra jurisdicción, 8 de ellas referidas a delitos comunes y 2 a reatos típicamente militares…

(…)

Si bien en todas las decisiones que se vienen de enumerar el nicho citacional fue el mismo, esto es, el contenido en el radicado 9997 del 20 de abril de 1999 con ponencia del DR. DÍDIMO PAEZ VELANDÍA, como lo puso de presente el *A quo*, tal circunstancia no constituye un equívoco que obligue a esta Colegiatura Castrense y Policial a marginarse hoy del precedente contenido en las plurales providencias reseñadas *ut supra* y de la postura que mayoritariamente sobre el tópico aquí también se ha manejado.

Como se puede observar de la reseña jurisprudencial hecha, no se trató de una decisión insular en la que se sentaron las bases de interpretación y aplicación normativa, sino que ésta ha sido una postura decantada y uniforme que por años la Corte Suprema ha mantenido y cuyos derroteros han hecho eco en este Tribunal de Justicia Especial.

Esos fallos judiciales hacen que tenga fuerza normativa la postura que sobre el instituto de la prescripción ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, no solo desde el punto de vista cualitativo sino también cuantitativo, lo que conlleva a esta Sala a mantener la tesis según la cual, indistintamente si se trata de delitos típicamente militares, militarizados o comunes, el incremento del término prescriptivo consagrado en la legislación penal ordinaria debe también operar en nuestra jurisdicción especial, en tanto con ello se respeta no sólo el principio de jerarquización de las fuentes, sino principalmente el de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, cuyos conceptos y alcances atrás se comentaron, pues se itera, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que líneas pasadas se resumieron fueron proferidas mucho después del cambio legislativo, de suerte que se entiende que la interpretación normativa se dio de cara a la nueva realidad legislativa, lo cual reafirma la tesis judicial que hoy se declara.

Es entonces por lo que se viene de expresar que la razón no se pone del lado de la judicatura sino de la apelante, sobre la materia hasta aquí analizada, en punto de lo cual se hace menester advertir que el respeto por el precedente, en todos sus órdenes, conlleva indefectiblemente la materialización de la defensa de otros principios y valores superiores, como los analizados en esta providencia, y que por esa mayúscula razón el marginamiento del precedente se constituye en una ardua tarea argumentativa por parte del servidor judicial que decida por esta opción, en tanto no se trata que al amparo de la autonomía y la independencia pueda anteponerse sus personales criterios, análisis y juicios, con desconocimiento de los límites materiales que el mismo ordenamiento jurídico ha impuesto y de los que pasajes anteriores se hizo mención." **(Rad. 158989 del 05 de abril de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

• • • •

38. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Se predica entre la resolución de acusación y la sentencia. No se exige entre la indagatoria y la resolución de situación jurídica, ni entre ésta y la acusación.

"Precisado lo anterior, se advierte que en el evento sub examine el juez primario afirmó que era procedente la declaratoria de nulidad al estimar que *"existe incongruencia entre la imputación fáctica elaborada por el Juez Instructor y la imputación fáctica de la Resolución de Acusación proferida por la Fiscalía Penal Militar, vale decir, se trata de hechos diferentes. La resolución de acusación está sorprendiendo al Procesado con hechos nuevos que no fueron objeto de estudio y análisis en la Resolución de la situación jurídica del declarado ausente, y en consecuencia, le vulnera el derecho de defensa al Procesado. La falta de congruencia entre lo resuelto por el juzgado Instructor con la Resolución de Acusación de la Fiscalía penal militar, sorprende al procesado porque se trata de hechos diferentes."*

Habida cuenta de lo así elucidado por dicho funcionario, se habrá de remembrar que el principio de congruencia ha sido considerado por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[267] como una garantía del derecho de defensa y postulado estructural del proceso que implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación y aceptación de cargos –esto último en los eventos en que procede el allanamiento a los mismos como forma de terminación anticipada del proceso penal y dicha acta se equipara al pliego acusatorio-, tanto en lo fáctico como en lo jurídico; es decir, en principio debe existir identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación o

267 Cfr. sentencia de 26 de septiembre de 2007, radicación Nª 22702, entre otras.

su equivalente y los fundamentos del fallo, de una parte, y, de otra, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en la sentencia.

Y ello es así, en tanto ambos actos procesales de jurisdicción se erigen en pieza procesal fundamental pues es en los mismos que el Estado a través del operador de justicia delimita los cargos atribuidos al investigado penalmente, con miras a que a través de dicha concreción fáctica y jurídica conozca el ámbito y alcance exacto de la acusación, y en tal medida pueda planear y desarrollar la estrategia aneja al ejercicio del derecho de contradicción, como expresión del de defensa, dentro del marco de legitimidad propio del juicio a surtir en el procedimiento ordinario o, si es del caso, apelar la sentencia condenatoria -bien dentro de éste procedimiento, ora en el abreviado[268]- por circunstancias derivadas de la transgresión del principio de motivación de las decisiones judiciales, de la conculcación del principio de congruencia por abierta disonancia entre lo acusado y lo fallado, de errores aritméticos en la dosificación de la pena y de la concesión, o no, de los mecanismos sustitutivos de la sanción privativa de la libertad, que serían los únicos eventos en que de manera común sería dable ejercer el derecho a la doble instancia al interior de ambos procedimientos, esto como quiera que en tratándose del segundo de ellos y ante la aceptación de los cargos imputados, confutaciones afincadas en la comisión de yerros in iudicando en punto a aspectos dogmáticos o de valoración probatoria, no tendrían cabida.

Relevancia que igualmente halla génesis en que son los prenombrados actos acusatorios, los que trazan el derrotero que deberá seguir la actividad jurídico racional que incumbe al juez de conocimiento, pues es allí en donde quedan sentadas las premisas que cimentarán la sentencia y regirán el desenvolvimiento del juicio en los eventos en que este procede, razón por la cual, en observancia del prenombrado principio y garantía, el de congruencia, no es factible en ésta agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas o incluir agravantes no contempladas en aquella, so pena de vulnerar la citada garantía.

Pero es más, el contenido y el alcance de dicho principio en materia procesal

268 Cfr. Tribunal Superior Militar y Policial, auto marzo 14 de 2018, radicado NO. 158700, en que se aquilatare "..dentro de la categoría de formas propias de cada juicio, el legislador previó, en tratándose del proceso penal militar, dos tipos específicos de proceso a saber: uno ordinario que comporta el adelantamiento de la totalidad de las fases de investigación, imputación, definición provisional de situación jurídica, acusación, corte marcial o juicio oral, sentencia y ejecución; y otro, de índole abreviada, en el cual es dable la renuncia por parte del imputado o acusado –voluntaria, consciente, informada y asistida por un defensor técnico- al derecho de no autoincriminarse, a los derechos de defensa y contradicción y al derecho a tener un juicio público, oral contradictorio, concentrado, imparcial y sin dilaciones injustificadas, en el cual le es viable a aquel aceptar su responsabilidad penal en la comisión del injusto culpable endilgado a cambio, según la etapa en que dicha aceptación se produzca, de una concreta y específica rebaja en la pena que habría de corresponderle para el caso de ser hallado penalmente responsable a la culminación ordinaria de la acción penal."

penal tienen sustentáculo en la interpretación sistemática de los artículos 29 y 31 de la Constitución Nacional, del 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[269], y sobre cuya dimensión e importancia ha sido prolífica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[270], de la Corte Constitucional[271] y de la Corte Suprema de Justicia[272], debiéndose reiterar que una de sus principales aristas es la jurídica, misma que apareja la correspondencia que debe existir entre los cargos imputados en la acusación -cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida (resolución de acusación, acta de aceptación de cargos, etc.)- y el fallo, erigiéndose, como se acotare líneas atrás, en una garantía del derecho de defensa del procesado, por cuanto a partir de ella puede desplegar los mecanismos de contradicción que estime pertinentes y porque resulta conocedor que, en el peor de los eventos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí.

Garantía que comporta, además, la concurrencia de identidad fáctica y personal

269 Incorporados a nuestro ordenamiento interno a través de las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente, que forman parte del bloque de constitucionalidad por mandato expreso del artículo 93 de la Constitución Política.

270 En sentencia del 20 de junio de 2005, en el asunto Fermín Ramírez vs. Guatemala, consideró lo siguiente: "Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la "acusación" en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado "principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación."

271 Sentencia C-025 de 2010, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. "En teoría general del proceso, el principio de congruencia configura una regla que condiciona la competencia de las autoridades judiciales, en el sentido de que sólo pueden resolver sobre lo solicitado y probado por las partes. De tal suerte que el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita) ni más de lo pedido (ultra petita). De allí la necesidad de fijar con precisión, desde el comienzo, el objeto del litigio.

Ahora bien, en materia procesal penal, el principio de congruencia adquiere una mayor relevancia debido a su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa. De tal suerte que no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado."

272 Sala de Casación Penal, radicado No. 24582 del 29 de octubre de 2008. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. "El principio de congruencia, como lo destaca la Procuradora Delegada, y lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, en tanto garantía y postulado estructural del proceso, implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación de cargos, en lo fáctico como en lo jurídico; es decir, debe existir identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos del fallo, de una parte, y de otra, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en la sentencia.". En el mismo sentido sentencia junio 18 de 2008, M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN; sentencia octubre 29 de 2008, radicado No. 24582, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA; sentencia octubre 08 de 2008, radicado No. 29338, M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO; y sentencia febrero 07 de 2018, radicado No. 49799, M.P. FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS, por sólo citar algunas.

entre la acusación y la sentencia, de modo tal que, de quebrarse dicha relación o consonancia, se configura una trasgresión al debido proceso con incidencia en el derecho de defensa que en algunos casos sólo es subsanable por vía de la nulidad, aserto sobre el cual la Sala Penal de la de la Corte Suprema de Justicia enseña:

(…)

Concomitante con lo anterior, se ha de rememorar que la jurisprudencia[273] igualmente ha precisado que la congruencia personal y fáctica son absolutas y la jurídica es relativa, esto en razón a que el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre i) que la nueva imputación respete el núcleo fáctico esencial de la acusación; ii) que se proceda por delitos del mismo género[274], iii) que no implique agravación de la situación jurídica del procesado; y iv) que no afecte los derechos fundamentales de otros sujetos intervinientes.

En torno a la evolución que ha presentado el principio de congruencia y la variación de la calificación jurídica, la Corte Constitucional[275] refirió:

(…)

Ahora bien, de cara al procedimiento penal militar contemplado por la Ley 522 de 1999 aplicado a las causas que se hallan en curso, ello ante la ausencia de implementación del Sistema Penal Acusatorio establecido en la Ley 1407 de 2010, forzoso resulta para la resolución del caso que concita la atención de la Sala en esta oportunidad, rememorar lo aquilatado por la jurisprudencia penal y constitucional en punto a la relación que debe existir -habida cuenta del principio de progresividad que rige las etapas penales del trámite que en aquella se regula- entre las imputaciones fáctica y jurídica llevadas a cabo en la diligencia de indagatoria y las contenidas en la resolución de acusación, ello, habrá de recordarse, ya precisada párrafos atrás la correspondencia que también debe darse entre las imputaciones

273 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 38179 del 16 de abril de 2015, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

274 Esto en el entendido clarificado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en punto a que cuando en sus pronunciamientos ha anotado que el nuevo tipo penal debe corresponder al mismo "género", ello no implica que se haya hecho referencia a la necesidad de que el nuevo tipo penal se halle inserto en el mismo título o capítulo del modificado, pudiendo la modificación de la adecuación típica de la conducta hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado, correspondiendo aquella limitación a una hermenéutica recogida en la medida que correspondía a eventos tramitados bajo la vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991, que no de la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004. Cfr. sentencias enero 24 de 2007, radicado No. 23540; julio 02 de 2008, radicado No. 25587; noviembre 08 de 2011, radicado No. 34495; septiembre 14 de 2011, radicado No. 33688; marzo 16 de 2016, SP3339, radicado No. 44288; noviembre 30 de 2016, radicado No. 45589; y febrero 07 de 2018, radicado No. 49799.

275 Sentencia C-025 de 2010, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

realizadas en la diligencia de inquirir y aquellas sobre las cuales ha de gravitar la definición provisional de situación jurídica y una vez aquilatado, como bien se señala en precedente jurisprudencial traído a colación por el distinguido agente del Ministerio Público ante esta instancia en su concepto de rigor, que ningún efecto condicionante de congruencia o consonancia jurídica –salvada excepción de que el marco de referencia fáctico, su núcleo esencial, sea naturalísticamente el mismo- puede existir entre el acto de imputación y la acusación o la sentencia.

(…)

Por su parte la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al evaluar la relación de correspondencia entre la indagatoria y la acusación, en preceptos contenidos en la Ley 600 de 2000 aplicables al rito procesal castrense por vía de integración normativa y/o que guardan plena convergencia con los cánones que regulan referidos actos procesales en el códex penal militar de 1999, sostuvo:

> "i) la imputación típica que se haga en la indagatoria tiene un carácter provisional, que no determina o limita las posibilidades del ente acusador en la etapa de acusación;
>
> ii) la coherencia entre una y otra etapa viene dada por los hechos que se informe al indagado son o serán objeto de investigación, de manera que la indagatoria define, sobre todo, parámetros fácticos que determinarán la labor del ente acusador durante la etapa de investigación; y
>
> iii) la congruencia, entre la tipificación jurídica que se haga de una conducta y lo que puede ser objeto de decisión, se predica, sobre todo, entre la acusación y la sentencia, en cuanto en este estadio aquella sí resulta un elemento fundamental para la concreción del derecho de defensa y, por esta vía, se constituye en la vía para hacer prevalecer el derecho al debido proceso.
>
> (…)
>
> De esta forma concluye la Sala que el principio de congruencia resulta un elemento esencial para la garantía y respeto del derecho de defensa dentro del proceso penal; sin embargo, no es un principio de aplicación absoluta y estricta entre la indagatoria y la acusación con que concluya la etapa de instrucción. La exigencia en dicha etapa apunta, sobre todo, a la atribución fáctica que se haga al imputado, la que sí debe ser completa pues determinará de los hechos respecto de los que deba defenderse la persona vinculada por esta vía al proceso penal"[276]. (Negrillas y subrayado fuera de texto).

276 Citada por la Corte Constitucional en sentencia T-1067 de 2012, M.P. ALEXEI JULIO ESTRADA.

Debe, igualmente, resaltarse la claridad con que el antes citado órgano plural precisó los límites que tiene la indagatoria como acto procesal anejo a un proceso penal como aquel cuyos cauces rituales rige la normatividad penal militar vigente y aplicable a la fecha de hoy, ello en los siguientes términos:

"Uno. El reproche es real pues no hubo imputación jurídica provisional. Por ello, se alteraron las formas legales de la diligencia de indagatoria.

Dos. El defecto, sin embargo, no vulnera las garantías judiciales de defensa y de debido proceso al extremo de pensar en la invalidación de lo actuado.

(…)

Como lo señaló el Procurador Delegado, el libelista olvidó que la indagatoria no se hace en relación con calificaciones jurídicas concretas, ***sino frente a los hechos que se consideran constitutivos de conductas penalmente reprochables****. Siendo así, tenía la obligación de demostrar que las preguntas formuladas a su defendido no tenían ninguna relación con los hechos materia de la actuación judicial. Nada de ello hizo el censor.* T***ampoco precisó cuáles fueron los aspectos fácticos respecto de los cuales el procesado no fue interrogado, omisión que –ha debido probarlo- haría imposible la deducción de los cargos que le fueron imputados en la acusación y la posterior sentencia que declarara la responsabilidad.***

Seis. El acta de la diligencia de indagatoria celebrada el 28 de febrero del 2.002 ante la Fiscalía 219 de la Unidad Segunda de Delitos contra la Administración Pública, revela que el interrogatorio agotado satisfizo la comunicación material de las razones de la persecución penal, y, además, desde ese mismo momento se planteó la estrategia defensiva.

(…)

El cargo no tiene vocación de prosperidad, porque ***el factum que se comunicó en la indagatoria fue el mismo que se ponderó en la resolución de acusación, hechos conocidos desde los albores de la investigación por el procesado y respecto de los cuales ejerció la refutación. El reproche fue siempre el mismo: no consignar los recaudos parafiscales a la DIAN."***[277] *(Negrilla ausente del texto original)*

Pronunciamiento que ha de ser complementado para una adecuada

277 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, julio 05 de 2007, radicado No. 26568.

omnicomprensión del pluricitado instituto jurídico de la congruencia, con aquel otro en que la Alta Corte precisó que éste no tiene operancia entre la providencia definitoria de situación jurídica y la resolución de acusación, siendo de destacar lo que de manera reiterada y uniforme ha señalado la Sala de Casación Penal de aquella[278], ello en pronunciamientos como aquel en que se apuntalare:

> *"Así las cosas,* **independientemente de que en la definición de la situación jurídica** *se haya impuesto o no medida de aseguramiento, del número de delitos allí endilgados, y de la denominación jurídica que se les hubiere dado,* ***es en la resolución de acusación en donde se definen los cargos, por lo tanto creer que entre las dos providencias debe existir congruencia es darle al primer pronunciamiento un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, esto es, que si después de definir la situación jurídica se puede seguir investigando, es de esperarse que las nuevas pruebas puedan dar lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones. Incluso podrían presentarse cambios sin que surjan nuevas pruebas, simplemente porque al momento de calificar ya se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y un más informado criterio para decidir".***
>
> (…)
>
> *"En síntesis,* ***lo que se califica a continuación del cierre de la instrucción son los hechos que fueron objeto de la misma, y sobre los cuales se indagó al sindicado, y para hacerlo el criterio que se hubiere expuesto en la definición de la situación jurídica no constituye ninguna limitante, todo lo contrario, si en ese pronunciamiento se hubiere cometido algún error, es la oportunidad para subsanarlo.*** *Dicho de otra manera,* ***si bien la definición de la situación jurídica es un requisito procesal para poder cerrar la investigación, su contenido no limita el de la calificación"*** *(Sentencia del 31 de julio de 1997, Rad. 7.830, M. P. Ricardo Calvete Rangel)*[279].
>
> (…)
>
> *Sin embargo, al ceñirse el legislador a elementales principios de derecho procesal, en dicho excepcional sistema no establece que la sentencia*

278 Cfr., sentencias julio 04, 18 y 19 de 2001, radicados Nos. 13896, 11660 y 13881, con ponencia de los Magistrados HERMAN GALÁN CASTELLANOS, CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE y JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA, en su orden; noviembre 13 del 2001, radicado No. 16242, M.P. JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA y 04 de abril del 2002, radicado No. 16324.

279 En el mismo sentido, Sentencias de mayo 16 de 2002, Rad. 12.848, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO; julio 11 de 2002. Rad. 18.476, M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN; 2 de mayo de 2003, Rad. 13.341, M.P. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL.

anticipada que debe pronunciarse sea con fundamento en los ilícitos atribuidos en el proveído que resuelve la situación jurídica, como lo afirma la defensa sin fundamento, sino que para ello servirán de base los cargos que le formule el Fiscal en ulterior acto, como se desprende con nitidez del inciso 2º., del mencionado precepto. Esto corrobora, en últimas, que en uno y otro trámite ***la resolución de la situación jurídica obra como presupuesto de la actuación procesal subsiguiente, pero no es reguladora del marco de la imputación,*** *pues, como se ha visto para uno se define la concreción de los cargos al momento previsto por el inciso 2º, y para el otro en la calificación del mérito probatorio del sumario, en los términos del artículo 438 y siguientes del Código de Procedimiento Penal entonces vigente.* ***Es más, en el trámite especial en comento, en el que no existe calificación del mérito del sumario, el acta que contiene los cargos referidos por el artículo. 37, es equivalente a la resolución de acusación, como lo dispone el artículo 37 B - 2 ibídem, lo cual corrobora la convicción de que, intrínsecamente, la providencia que resuelve la situación jurídica, en cualquier evento, cumple un papel puramente formal, siendo de carácter sustancial el posterior que contiene la relación de los cargos por los cuales ha de responder el procesado en juicio, sometido a condiciones de especial elaboración y de consecuencias propias, como que constituirá el eje y formará completa unidad con la sentencia que pondrá fin al proceso****"*[280, 281]***.***

"12. No es cierto que se hayan desconocido las garantías del procesado al proferir en su contra resolución de acusación por las conductas punibles de homicidio agravado y porte ilegal de armas, así la medida de aseguramiento lo haya sido únicamente por homicidio simple porque, como bien lo acotó la Procuraduría, ***la providencia que define la situación jurídica es de carácter provisional y su contenido no delimita ni condiciona de ninguna manera la calificación del mérito del sumario.*** *Esta providencia debe fundamentarse en los elementos de juicio que hayan logrado recaudarse durante la instrucción, sin perjuicio de los motivos jurídicos consignados para proferir medida de aseguramiento, pues en el calificatorio es donde se definen los cargos."*[282]

Así las cosas, ante la contundencia del marco conceptual y jurisprudencial abordado a espacio y suficiencia con inmediata precedencia, prístino se avizora que en el presente evento no se vulneró el principio de congruencia y por ende el derecho de defensa del AB (R) JSNA, esto en tanto que, contrario a lo señalado

280 Sentencia del 10 de marzo de 1995, M.P. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA.

281 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 12768 del 04 de septiembre de 2003, M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

282 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 14470 del 25 de marzo de 2004, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

por el distinguido Juez de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, por manera alguna la imputación fáctica contenida en la pieza calificatoria proferida por la Fiscalía 149 Penal Militar[283] debía guardar estricta consonancia con la plasmada por el juez instructor en el interlocutorio por medio del cual se resolviere provisionalmente la situación jurídica del acriminado[284], máxime que en un proceso penal como el que se ventila en autos es perfectamente plausible -dada la progresividad que caracteriza la sucesión estratificada de sus etapas y la dinamización del recaudo probatorio por virtud del cual los hechos inicialmente denunciados se esclarecen paulatinamente a través de la investigación integral, lográndose la aproximación judicial a la verdad histórica de lo sucedido-, que entre tales actos procesales exista una disonancia en la materia, esto claro está en la medida que, se enfatiza, el marco de referencia fáctico sea naturalísticamente el mismo y no se produzca laceración alguna de las garantías procesales que asisten al encartado". **(Rad. 158976 del 09 de abril de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

39. PRISIÓN DOMICILIARIA

Ley 750 de 2002(madre/padre cabeza de familia)-Viabilidad de su concesión en la Justicia Penal Militar.

"Ahora bien, debe la Sala precisar que la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, dentro de las prerrogativas jurídico penales consagradas en la codificación penal militar y policial, no tiene cabida, por virtud del principio de estricta legalidad de la pena, al no tener regulación alguna en nuestro código, tal como así lo ha entendido la jurisprudencia citada tantas veces atrás.

Sin embargo, una cosa es que el mecanismo no encuentre consagración en el Código Penal Militar y que por tanto no tenga operancia, bajo la comprensión de ser una prerrogativa jurídico penal, y otra bien distinta es que no tenga cabida bajo la teleología de la Ley 750 de 2002.

La prisión domiciliaria, como prerrogativa jurídico penal o como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, encuentra su sustento en las finalidades que están previstas para la pena, pero, la prisión domiciliaria consagrada en la Ley 750 de 2002 tiene una naturaleza y comprensión distinta, que no de privilegio jurídico penal, sino de mecanismo de apoyo especial a un grupo poblacional que demanda una protección especial, así lo entendió la jurisprudencia penal, revisemos:

283 Folios 565 al 573 C.O. 3.

284 Folios 206 al 218 C.O. 2.

"De la armonización de estas dos leyes se extrae que la prisión domiciliaria bajo la modalidad de madre cabeza de familia opera cuando la condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el único soporte de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de trascribir. La anterior conclusión se aviene a los argumentos expuestos en el Congreso de la República durante el trámite de discusión de la referida ley:

En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto, es un hecho reconocido que los hijos menores y otras personas incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia recluida, quedan desamparados y a merced de las más nefastas influencias de la sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer recluida, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido.[285]

(...)

Este especial apoyo se dirige a permitir que la mujer cabeza de familia recluida, pueda reintegrarse de facto a su círculo familiar[286] *a fin de desempeñar el rol que le corresponde, mediante la figura de la "pena sustitutiva de prisión domiciliaria" y su relacionada medida de aseguramiento denominada "detención domiciliaria" y/o mediante la redención de su pena, encuéntrese o no recluida en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario.*[287, 288]**".**

De lo analizado se abstrae que la Ley 750 de 2002 no buscó reformar los mecanismos sustitutivos consagrados en los instrumentos penales, tanto del ordinario como del penal militar y policial, sino que, surgió, se insiste, como un mecanismo de apoyo especial, de afirmación en favor de las madres cabeza de familia, también extensivo a los padres[289] que tengan esa condición, y es entonces por ello que su otorgamiento debe estar precedido de un análisis proteccionista hacia los niños y niñas y las personas en situación de incapacidad que dependan de

285 Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.

286 Negrilla no hace parte del texto original.

287 Ibídem.

288 Corte Suprema de Justicia, radicado 53863 del 13 de noviembre de 2019, MP. DR. PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

289 Corte Constitucional, sentencia C-722 del 3 de agosto de 2004, MP. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL.

quien tenga la condición de madre o padre cabeza de familia.

Siendo ello así, estima la Sala, la procedencia de la prisión domiciliaria prevista en el marco de la Ley 750 de 2002 no conspira contra la regulación especial que en materia de subrogados penales está consagrada en nuestra codificación, en tanto que, se itera, aquella no las reformó, sino que su naturaleza tiene un origen distinto, como la protección especial a un grupo poblacional de especial amparo a nivel interno como supranacional.

No puede, por tanto, las regulaciones previstas para nuestra jurisdicción especial marginarse del resto del ordenamiento jurídico, principalmente cuando de protección a derechos y garantías superiores se trata, menos aun cuando su fuente es de rango Constitucional[290] legal[291], y supranacional[292], sino que por el contrario debe integrarse y armonizarse con éstas.

Desde ese enfoque considera la Colegiatura que bien hizo la juez de la causa al analizar la procedencia de la prisión domiciliaria en punto de las consideraciones de la Ley 750 de 2002.

En consonancia con lo decantado, para esta Célula Judicial, en este caso particular, no se dan los presupuestos consagrados en la Ley 750 de 2002 y 82 de 1993, como lo precisó la juez de la causa penal en su providencia, para concederle al PT. JJP el beneficio de la prisión domiciliaria, por las siguientes explicaciones: (…)

Del aparte reseñado claramente se comprende que la protección de la ley no solo abarca a los niños y niñas, sino también a las personas incapaces o incapacitadas para trabajar[293], como así también lo ha entendido la jurisprudencia penal, revisemos: (…)

Al aterrizar el anterior marco jurídico al caso concreto, encontramos que el razonamiento que hizo la juez de la causa fue acertado al estimar que como el condenado no logró demostrar que los menores hijos dependían exclusivamente de él, no solo en lo económico, sino también en cuanto a la protección, afecto, educación y orientación, no podía hacerse acreedor al beneficio establecido en la

290 Artículo 43 Constitución Política: "La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia." (negrillas fuera del texto).

291 Ley 82 de 1993.

292 Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

293 Ver al respecto la Ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No.150 (Senado): "por la cual se decretan normas de apoyo a la mujer cabeza de familia". Gaceta del Congreso No.112 del lunes 19 de octubre 1992 Página 2.

Ley 750 de 2002.

Nótese que los hijos del justiciado conviven con sus progenitoras y reciben de su padre la cuota alimentaria, tal como quedó acreditado a partir del acta de conciliación extrajudicial que se aportó, lo que no es indicativo que los menores tengan una dependencia exclusiva de éste, en lo afectivo, en lo económico y en lo social, como lo establece la Ley.

Es más, obsérvese cómo en el acta de conciliación extrajudicial que el libelista aportó se ve que NDB, madre de IJD, acordó ante el centro de conciliación asumir el cuidado personal de la menor, de lo que se infiere que ésta no está en situación de desamparo y tiene asegurada la protección afectiva y social, por lo mismo, tampoco se acreditó que JJJM estuviera desamparado y no tuviera asegurado el sustento afectivo, económico o social, pues lo que se conoce es que convive bajo el amparo y protección de su madre.

De las madres ningún reporte existe acerca de que padezcan alguna incapacidad física, sensorial, síquica o moral que les impida ejercer su rol como madre y que por tanto pongan en riesgo el cuidado y la protección de los menores, que demande por tanto la presencia exclusiva del condenado en el seno del hogar.

Por otra parte, en cuanto tiene que ver con la madre del PT.JJP, esto es, MIPM, tampoco se logró acreditar que ésta fuera incapaz o estuviera incapacitada para trabajar y que dependiera exclusivamente del cuidado de aquél, por el contrario, como con acierto lo reflexionó la juez en este asunto, si bien la señora padece artritis reumatoidea desde el 2012, también lo es que ello no es indicativo que se encuentre en situación de incapacidad, pues como el mismo informe médico ocupacional lo refiere la enfermedad puede generarle una limitación funcional, lo que no significa que la esté padeciendo y que ésta sea de un grado incapacitante que la haga depender exclusivamente de aquél.

Véase cómo el mismo informe médico ocupacional[294] permite apreciar que la señora no ha recibido controles desde el 2018 a pesar que su patología fue confirmada desde el 2012, por una parte, y por otra, que JJP no es el único hijo de MIPM, pues también lo es CJP, según se aprecia a folio 463 adverso del cuaderno original 3, lo que es indicativo que MIPM no se encuentra en deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar."**(Rad. 158981 del 28 de febrero de 2020, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ)**

294 Folio 461 del C.O. 3

40. PRISIÓN DOMICILIARIA.

Improcedencia en la Justicia Penal Militar.

"Atinente a este particular hito del derrotero metodológico ut supra trazado por esta Sala de Decisión, ha de evocarse que esta Corporación, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales trazados en la materia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido una línea de pensamiento sólida referida a que al interior del proceso penal surtido en la jurisdicción foral no es dable dar aplicación al instituto jurídico de la prisión domiciliaria, ello en virtud a la especialidad de la misma, pues está dirigida a juzgar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, como así lo estableció el artículo 221 de la Constitución Política.

Conteste con ello, ésta jurisdicción cuenta con una codificación especial, diferente, singular y autónoma, ello habida cuenta de los sujetos a los cuales va dirigida, a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y a las condiciones especiales que se derivan de la función que le corresponde cumplir a la Fuerza Pública Colombiana.

Expresión de ello es la normativa compendiada en los Códigos Penales Militares vigentes en la actualidad en el ordenamiento jurídico nacional, Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, en los que fue intención del legislador, por razón de lo anterior, no consagrar el instituto de la detención domiciliaria como tampoco el de la prisión domiciliaria, ni como principales ni como sustitutivos.

Pero, sea bueno reiterar, ello no tuvo génesis en una falta de previsión normativa u olvido del legislador generador de vacío susceptible de ser llenado por la vía de la integración normativa o de la favorabilidad o de la analogía *in bonam partem*[295] -esta última es la única admisible en el ámbito penal[296]-, sino porque por razón de la amplia potestad de configuración normativa de que goza el legislador

295 Cfr. Corte Constitucional, auto 232 de 2001, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA en que se dijo "El principio de la analogía consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, supone la presencia de tres (3) elementos para su configuración: Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión; Que el caso previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador; Que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo". Aserto transliterado en su tenor literal en el auto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de junio 13 de 2017, AP3784-2017, radicado 49502, Conjuez Ponente JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN.

296 Recuérdese que, existiendo una norma que le confiere a un supuesto de hecho determinado una consecuencia de derecho, es viable otorgarle, a un evento similar, igual tratamiento normativo, cuando quiera que el legislador haya omitido regular el asunto y el beneficio jurídico obtenido, sea en todo caso, benévolo a los intereses del procesado. Este criterio responde al principio general del derecho, según el cual, donde existe la misma razón, deben aplicarse las mismas disposiciones de derecho (ubi eadem ratio; ibi eadem dispositio juris debet). Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP, agosto 26 de 2009, radicado 26136 y sentencia febrero 11 de 2015, SP1245-2015, radicación No. 42724, M.P. EYDER PATIÑO CABRERA, entre otras.

primario en tratándose de esta jurisdicción especial -potestad que por virtud de la cual debe diseñar lo atinente a la política criminal del Estado, definiendo cuáles conductas han de ser consideradas punibles, fijando las penas correspondientes a tales comportamientos y diseñando los procedimientos penales y las instituciones vinculadas con ellos-, resulta palmar que su voluntad siempre se orientó a que un instituto jurídico tal no tuviere aplicabilidad en los procesos penales que se surten en la jurisdicción penal militar, esto con total ajenidad e independencia de las funciones que en la jurisdicción ordinaria está llamado a cumplir según su consideración y momentos de la actuación procesal en que allí resultan viables[297].

Postura definitivamente acorde, se insiste, con lo que de antaño ha decantado el Tribunal Superior Militar y Policial[298] de la República de Colombia con sustento en precedentes de la Corte Constitucional[299] y de la Corte Suprema de Justicia[300], cuando ha señalado enfáticamente la inexistencia de vacío normativo en punto a la prisión domiciliaria, resultando, en consecuencia improcedente pregonar su aplicación por vía del antes citado principio de integración como postula la censora en su escrito recursal, mismo regulado en los artículos 18 de la Ley 522 de 1999 y 14 de la Ley 1407 de 2010. (…)

Ahora bien, en punto a la aplicación de la providencia de la Corte Suprema de Justicia de radicado 40282 adiada 05 de abril de 2017 a que se hace alusión en el trámite recursal, misma por la cual éste órgano plural adoptare decisión contraria a la línea jurisprudencial trazada hasta ese momento pero sin acotar expresamente recoger su propio precedente, ni las reglas jurídicas e interpretativas decantadas de manera uniforme y pretérita, esta Corporación[301] ha decantado a espacio y

297 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 77598, STP1276-2015, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, en que se dijere "La detención domiciliaria tiene que ver con el decurso del proceso; la prisión domiciliaria, con el proferimiento del fallo; y la sustitución de la pena, con la efectividad corporal de esta.
Se trata, entonces, de fenómenos jurídicos bien diversos, que cumplen funciones en diferentes momentos de la actuación procesal. Los requisitos, así, son particulares para cada uno de ellas, lo que implica que no puede haber incompatibilidad de la normativa de los dos primeros, o de alguno de ellos, con el tercero.
En casos como este, desde el punto de vista estructural y desde el punto de vista temático, no es posible afirmar, entonces, que una norma modifique, subrogue, abrogue o derogue otra.
La sustitución de la pena, por tanto, no tiene el mismo escenario procesal ni la misma sustancia que la detención domiciliaria, ni que la prisión domiciliaria".

298 Denominación que adquirió el Tribunal Superior Militar a raíz de la expedición de la Ley 1765 de 2015 la cual se halla vigente en el ordenamiento jurídico colombiano e irradiando sus efectos en el mismo desde el 23 de julio de dicho año en que se produjere su promulgación.

299 Corte Constitucional, sentencias C-709 de 2002, C-361 de 2001, C-228 de 2003.

300 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados Nos. 11660 del 18 de junio de 2001, 17709 del 21 de julio de 2004, 20748 del 1° de junio de 2005, 28840 del 12 de diciembre de 2006, 29501 del 06 de febrero de 2007 y 31455 del 14 de junio de 2007. Asimismo, sentencias de tutela de esta Alta Corte Nos. 20748, junio 1° de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA; 28840, diciembre 12 de 2006, M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ y 31455, junio 14 de 2007, M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN y Corte Constitucional, sentencia de tutela 677, agosto 21 de 2002, M.P. JAIME ARAUJO RENTARÍA, entre otras.

301 Tribunal Superior Militar. Radicado 158405 del 17 de noviembre de 2017, M.P. MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 158808 del 24 de noviembre de 2017, M.P. TC (RA) NORIS TOLOZA GONZALEZ; radicado 158876

suficiencia en previas oportunidades las razones que la han llevado a apartarse de manera sustentada y razonada de aquella, siendo pertinente destacar, entre otras decisiones, la siguiente:

"En punto del nuevo problema jurídico planteado por la representante del Ministerio Público en su concepto, referido a la viabilidad de conceder el beneficio de la prisión domiciliaria en el caso bajo estudio, dando aplicación a lo señalado en "la ratio decidenci" de la sentencia del 5 de abril de 2017, proferida por la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 40282, con ponencia del DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, la Sala estima prudente señalar que para abordar este tema debe hacerlo bajo las fórmulas de doctrina probable y precedente judicial.

Ello en cuanto se trata de una única decisión y la primera de la Corte Suprema de Justicia en la que considera viable la prisión domiciliaria en esta jurisdicción, en tanto que, en reiterados pronunciamientos anteriores de esa misma Corporación y la Corte Constitucional ha señalado de manera pacífica que no es posible aplicar los referidos institutos, dado que no se presenta un vacío legal, en razón a que se trata de una jurisdicción especial en la que teniendo en cuenta la calidad de los sujetos destinatarios de la norma y las misiones asignadas por la Constitución y la ley a la fuerza pública, no necesariamente debe contener una regulación idéntica a la establecida en las normas que regulan la jurisdicción ordinaria, sin que por ello se pueda predicar vulneración de derechos fundamentales. (…)

Por el contrario, del estudio realizado por este Juez Colegiado a las decisiones de estas Altas Cortes, se evidenció la existencia de una línea jurisprudencia reiterativa y pacífica, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, que precisan la independencia, autonomía y especialidad de la Justicia Pena Militar, dada la existencia de una regulación completa y autónoma en el Código Penal Militar, tanto en materia sustantiva como procesal, precisando que tales regulaciones pueden ser distintas a las contenidas en los códigos Penal y de Procedimiento Penal ordinarios, sin que por esa sola diferencia resulten contrario a la constitución o que se pueda alegar una situación de desigualdad, razones por las cuales estiman que no se presenta ningún vacío legal en estas disposiciones, por tanto, no se hace necesario traer institutos o figuras jurídicas reguladas en otros códigos.

Consecuente con la anterior postura hermenéutica de las Cortes, solo por citar a manera de ejemplo, la Sala estima prudente relacionar las más relevantes,

del 22 de marzo de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.

así, de la Corte Constitucional las sentencias C-358 de 1997, C-368 de 2000, C-709 de 2002, C-228 de 2003, C-073 de 2010, T-677 de 2002 y T-011 de 1999, entre otras.

De la Corte Suprema de Justicia las sentencias proferidas en los radicados 11660 del 18 de julio de 2001, 17709 del 21 de julio de 2004, 25392 del 23 de enero de 2008, 29501 de 2007, entre otras, y en sede de Tutela radicados 20748 del 1 de junio 2005, 31455 del 14 de junio de 2007, 75350 del 28 de agosto de 2008, 40893 del 19 de marzo de 2009, STC15034 4 de noviembre de 2014, 57493 del 4 de febrero de 2015, 82103 del 29 de septiembre de 2015, stc15738 del 17 de noviembre de 2015, entre otras, la mayoría de estas últimas negando la prisión domiciliaria y las cuales cuatro últimas, posteriores a la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014, invocada por la representante del Ministerio Público y la Defensa.

Atendiendo el anterior recorrido, la Sala debe señalar que se presenta una línea jurisprudencial consistente, reiterativa y pacífica, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia sobre los aspectos arriba relacionados, no obstante, en la sentencia del 5 de abril de 2017 proferida por la Corte Suprema de Justicia y que hoy la representante del Ministerio Público pretende hacer valer, ese Alto Tribunal no expresó las razones por las cuales se apartaba de sus propios precedentes, estando en la obligación de hacerlo, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2015[302].

Por las anteriores razones y como quiera que se trata de una sola decisión de la Corte Suprema de Justicia en ese punto de derecho, que además resulta contraria a la línea jurisprudencial trazada con anterioridad, por sí sola no tiene la virtualidad de constituirse en doctrina probable, ni en precedente judicial, a pesar que, se trata de una sentencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Penal como Tribunal de Casación, en cuanto no reúne los criterios cuantitativos y cualitativos, referidos en la jurisprudencia que aquilata el precedente judicial.

Siendo ese el tamiz de la doctrina probable y el precedente judicial y atendiendo las razones expuestas en precedencia, esta Sala de Decisión expresando el profundo respeto que le merecen todas las decisiones de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, así como el acatamiento que le merecen todas sus decisiones, sin importar que se trate de doctrina probable,

302 Corte Constitucional – Sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015.- MP: DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB: "Finalmente la Sentencia C-836 de 2001 consagró también la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia se aparte de su doctrina probable, (precedente horizontal) en tres supuestos: 1) cambios sociales que hagan necesario un ajuste en la jurisprudencia. 2) cuando encuentre que su jurisprudencia contradice "valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico" y 3) cuando exista un cambio relevante en el ordenamiento jurídico legal o constitucional."

de un precedente judicial o de una única decisión, como ocurre en el caso concreto, estima que se debe apartar de la "ratio decidende" de la sentencia del 5 de abril de 2017, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 40282.

Las razones que llevan a este Juez Colegiado a apartarse de la "ratio decidendi" de la providencia en cita, no son otras que, además que no existe identidad fáctica entre los hechos objeto de investigación dentro del proceso en el que se produjo esa decisión y el que hoy ocupa la atención de esta Sala de Decisión, en la sentencia del 5 de abril de 2017, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 40282, no expresó las razones por las cuales se apartó de sus propios precedentes judiciales y con argumentos abiertamente contradictorios con los que había sustentado las providencia arriba citada, decide adoptar una decisión contraria a la que había adoptado en las anteriores decisiones judiciales, en franca discrepancia con la regla de derecho que había construido la línea jurisprudencial."[303] *(…)*

La libelista, se habrá de recordar, dedicó el reproche ínsito al recurso de alzada a postular que si bien le asistía razón al juez de primera instancia al indicar que en la justicia penal militar no existía la prisión domiciliaria, no sucedía lo mismo con lo también aseverado por él en punto a la inaplicabilidad de la prisión domiciliaria en la jurisdicción castrense pues no podía desconocer el funcionario que con la evolución jurisprudencial actualmente se admite ese sustituto en tanto se cumplan los requisitos previstos en la Ley 750 de 2002.

A lo anterior agregó que su prohijado sí cumple con los presupuestos para el otorgamiento del sustituto de la prisión domiciliaria pues éste reunía los requisitos para ello en tanto es padre cabeza de familia y además se "verificó" el cumplimiento de los fines de la pena en la medida que se reincorporó de nuevo a la sociedad cumpliendo un trabajo que de alguna manera contribuye al fin social de la seguridad de los coasociados, es buen hijo, tiene arraigo social y familiar, *"ha cumplido cada llamado judicial"* y no ha reiterado comportamientos reprochables ni jurídica ni socialmente, por ende, concluyó, *"no reviste peligro para nuestra sociedad".*

Asertos a los que agregó que el juez ejecutor de la pena -quien además fundamentó la negativa de la prisión domiciliaria en la consideración de no haberse demostrado que el condenado tuviere la responsabilidad exclusiva respecto de sus hijas ni de su compañera permanente, sin que esta fuere incapacitada ni de la tercera edad-, no reparó que en el plenario reposa la historia clínica del embarazo de alto riesgo que padecía MAVA lo que le impedía laborar y además la certificación

303 Tribunal Superior Militar, radicado 158405, noviembre 17 de 2017, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.

de la custodia que tenía sobre su menor hija de 11 años.

En este orden de ideas, cernidos estos argumentos por el tamiz que ofrece el marco conceptual y jurisprudencial vertido en el presente proveído con diamantina claridad y suficiencia, habrá de anunciarse que la decisión a adoptar resultará adversa a las pretensiones de la recurrente, abogada CLGC, en tanto si bien aludió de manera general a los requisitos y presupuestos exigidos por la ley para el reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia, adobando ello con algunos apartes de las Altas Corte del país sobre dicha figura y los presupuestos para su cabal reconocimiento, como también sostuvo que los fines de la pena se habían cumplido por las circunstancias por ella anotadas –esto último habrá de decirse de manera infundada e indemostrada, no empece haber traído a colación la sentencia C-228 de 2003 en la que la Corte Constitucional en punto a la necesidad, la utilidad y la función preventiva de la pena aquilató que con esta se disuade de la comisión de conductas delictuales o al menos las disminuye y, además, se reafirma la decisión del Estado de conservar y proteger los bienes jurídicos tutelados por la ley-, pretermitió que, como se precisara *ut supra*, dicho instituto jurídico no tiene operancia al interior de los procesos penales rituados en esta jurisdicción castrense, como ampliamente lo han señalado la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal, sin que sea dable afirmar, por razones que resultan más que palmares, que con la decisión proferida el 05 de abril de 2017 por el órgano de cierre de la jurisdicción especializada dentro del radicado 40282, haya habido un cambio en el precedente jurisprudencial relevante con afincamiento en las circunstancias que esta Colegiatura penal militar se ocupare de enlistar párrafos atrás, máxime si se tiene en cuenta que lo allí consignado no ha sido objeto de reiteración en posteriores providencias y, de contera, carece de las notas características de reiteración, calidad y cantidad que permitan tenerlo como doctrina probable o precedente de imperiosa observación.

Pero es más, ha de precisar la Sala, olvidó la respetada apelante que, aun aceptando hipotéticamente la procedencia de la prisión domiciliaria en esta jurisdicción foral en los términos que la regulan las normas de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal comunes por ella citadas en su escrito sustentatorio del recurso de alzada, resultaría evidente -sin necesidad de entrar en otras consideraciones relativas a la demostración o no de los presupuestos para el reconocimiento de la calidad de padre cabeza de familia-, su improcedencia en el caso sub examine por estricta prohibición legal[304], como acertadamente lo pusiera

304 "Artículo 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES. <Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; (...)".

de relieve la distinguida representante de la sociedad ante esta instancia en su concepto de rigor, pues habrá de recordarse que el ST (R) FAGM fue penado como autor responsable de la comisión dolosa de los punibles de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público, siendo el primero de estos reatos uno de aquellos injustos penales respecto de los cuales el legislador dispuso la exclusión de beneficios y subrogados penales al tratarse de un delito atentatorio del bien jurídico de la Administración Pública."**(Rad. 157046 del 30 de abril de 2019, M.P. CN (RA). JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

41. PRUEBA PERICIAL.

Valoración probatoria. Carga dinámica de la prueba.

"En efecto, tanto para la defensa como para la Procuradora 18 Judicial II Penal existió una omisión en la valoración probatoria que llevó a que, al parecer, se desestimara la apreciación de la experticia psiquiátrica y por esa vía no se reconociera que el PT. (R) ELC actuó al amparo de una causal de inculpabilidad.

(…)

A partir de la anterior comprensión, lo mandado es contrastar las citadas directrices con la pieza censurada para determinar si se presentó el yerro anotado, esto es, si en verdad el juez primario omitió valorar la experticia psiquiátrica.

(…)

De los apartes transliterados se aprecia sin dificultad que no es cierto, como lo alegaron los recurrentes, que el juez primario hay omitido valorar la prueba pericial, como quiera que fue a partir de la ponderación de la experticia psiquiátrica que el administrador judicial concluyó que el procesado era imputable para el momento de los hechos, esto es, que tenía capacidad de comprensión y de determinación conforme a esa comprensión, y que por virtud de esa acreditada condición lo juzgó y le impuso la pena atrás comentada.

Bajo ese entendido mal haría la Sala en acoger la crítica recursiva que pregonó la existencia de un defecto fáctico, en su faceta negativa, por omisión probatoria.

No obstante, lo que ahora debemos preguntarnos es si en la valoración de la prueba pericial el *a quo* se separó por completo de los hechos en ella probados, al punto que su ponderación resulte ser abiertamente irracional, arbitraria y

caprichosa, como para que no haya reconocido, como lo pretenden los recurrentes, la causal de inculpabilidad de miedo insuperable.

Para resolver el anterior planteamiento es necesario precisar que el artículo 426 de la Ley 522 de 1999 establece que el juez, al momento de apreciar el dictamen pericial, *"…tendrán especialmente en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y la idoneidad de los peritos.".*

La anterior regulación encuentra perfecta armonía con las disposiciones contenidas en los cánones 401 y 402 *ibídem*, según las cuales *"Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica."* y *"Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este código."*

La coherencia regulativa antes citada conlleva implícitamente a entender que en nuestra fórmula de procesamiento no tiene operancia el sistema de tarifa legal probatoria sino el de la sana crítica racional.

Al comprender así las cosas, fácil resulta colegir que las pruebas periciales deben ser valoradas, como los demás medios de prueba, en conjunto y de manera racional y reflexiva, y no en forma incondicional o mecánica, como una verdad apodíctica, tal como en este sentido lo ha interpretado la jurisprudencia penal, revisemos: (…)

A partir de allí, es importante subrayar que lo que debe ser objeto de valoración por parte el juez, en punto de la prueba pericial, no es la conclusión en sí misma que emita el experto, sino, como está mandado en el referido artículo 426 ídem, su *"…firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y la idoneidad de los peritos."* y, como lo tiene señalado la jurisprudencia penal *"…el procedimiento en que él sustenta sus afirmaciones."*[305], observemos:

(…)

De la reseña presentada se aprecia que el ejercicio apreciativo que realizó el juez primario, en punto de la pericia psiquiátrica, se aviene con los derroteros anteriormente anunciados, como quiera que su estimación la hizo no solo frente al procedimiento empleado por la experta, sino también con relación a su firmeza y la precisión de sus fundamentos de cara a la base fáctica acreditada dentro del proceso.

Por tanto, la ponderación judicial de la pericia, en los aspectos comentados, no

305 Corte Suprema de Justicia, radicado 49047 del 23 de enero de 2019, MP. DRA. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

resulta irracional, arbitraria o caprichosa, pues ella no solo tiene perfecto soporte en la base factual que develan las pruebas, sino que además encuentra subsunción lógica en las normas llamadas a gobernar el asunto, contrario a lo pregonado por la procuradora apelante.

(…)

No obstante, la estimación pericial fundada en los hechos narrados por el procesado, en el expediente no milita elemento de convicción alguno que permita corroborarlos.

Por el contrario, lo que se aprecia del panorama probatorio que nutre el dossier penal, no solo es la falta de comprobación de dichos hechos, a pesar de los esfuerzos judiciales realizados para ello, sino una evidente diferencia con los que el procesado expuso durante su indagatoria.

(…)

A partir de la anterior información el juzgado de instrucción, por virtud del principio de investigación integral, trazó una primera línea investigativa a efectos de determinar la salud mental del procesado y con ese objetivo le solicitó a las Clínicas de la Policía del Valle de Aburrá y de Popayán le enviaran los antecedentes que reposaran en la historia clínica del PT. ELC, en punto de la atención que éste recibió desde el mes de septiembre de 2010, por el servicio de sicología o psiquiatría y estas fueron las respuestas que se obtuvieron: (…)

Es más, hay que recordar que durante la indagatoria el sumariado contó que su afección psicológica se debió al daño en el dedo, y no a otra situación, como hostigamientos o combates como se lo contó a la psiquiatra durante la valoración.

Tampoco, hay que subrayarlo, existe antecedente que él haya solicitado y recibido atención psicológica o psiquiátrica antes ni durante los hechos, a raíz de la afección mental que dijo padecer al ver que la piel del dedo que se fracturó se le caía, pues ésta solo tuvo lugar hasta el 4 de febrero de 2011, posterior a los hechos origen de este proceso, cuando acudió por primera vez al servicio de psicología en el Departamento de Policía Cauca, en donde hizo saber de su preocupación por llevar más de un mes sin presentarse a laborar.

También hay que relievar que en la instrucción el operador judicial le interrogó a quienes llamó a declarar, si sabían o habían escuchado que el procesado presentó afecciones psicológicas durante su permanencia en el grupo de erradicación manual, ante lo cual nadie aseguró tener conocimiento de ello, ni siquiera sugirieron que

tal vez hubiesen estado expuestos a vivencias emocionalmente perturbadoras, como hostigamientos, muertes o similares.

Se sobreentiende así que las vivencias emocionalmente perturbadoras, caracterizadas por muertes, exposición a la muerte, mutilaciones, que en parecer de la psiquiatra le generaron al procesado estrés postraumático, no encuentran respaldo probatorio alguno en el expediente, amén que las mismas, según el dicho del valorado durante su indagatoria[306], tuvieron ocurrencia cuando éste laboró en Tumaco-Nariño, esto es, después de los hechos aquí investigados.

(…)

En ese contexto, es claro que mal podía el juez primario asumir el contenido de la prueba pericial de manera irreflexiva o como una verdad apodíctica que hiciera perdurar cualquier tipo de error en el que hubiese podido incurrir la experta durante la valoración.

Bajo ese entendido, al no encontrar soporte probatorio aquellas circunstancias emocionalmente perturbadoras como hostigamientos, muertes o exposición a la muerte, que en parecer de la forense le generaron al procesado estrés postraumático y a las cuales éste respondió con temor y horror intenso, con patrones "…de evitación de dichas vivencias, no se reintegra a la actividad laboral estresante, para evitar la exposición y por el temor por su vida…"[307], mal puede acogerse, como lo pretenden los recurrentes y lo asintió la delegada del Ministerio Público ante esta instancia, la teoría del miedo insuperable, por las razones que más adelante se explicarán.

(…)

"Pues, contrariamente, lo que se evidencia de la exposición procesal es que fueron plurales los esfuerzos realizados por la judicatura para acopiar pruebas tendientes no solo a la verificación de los dichos del procesado, sino también, puntualmente, a obtener aquellas que podían eventualmente exonerarlo de responsabilidad penal.

Tanto fue así, que por ejemplo, por virtud del principio de carga dinámica de la prueba, el despacho requirió al procesado en cinco infructuosas oportunidades para que le suministrara información más detallada y puntual que sólo era de su conocimiento y con la cual se podía realizar la labor investigativa tendiente a allegar los medios de convicción que le favorecerían.

306 Folio 82 del C.O. 1

307 Folio 395, 403, 405 y 407 del C.O. 2.

Sin embargo, pese a dichos requerimientos el procesado lo que mostró fue un total desinterés, seguido de la negativa a suministrar la información solicitada pese a que también era su deber soportar su pretensión defensiva y en esa dirección ejercitar la tarea demostrativa para desvirtuar la contundencia de las pruebas que se habían acopiado, particularmente, porque, como en este caso, había mucha información que solo era de su conocimiento.

A éste respecto, conviene recordar que el concepto de carga dinámica de la prueba no puede entenderse propio del sistema de procesamiento con tendencia adversarial, consagrado en la Ley 906 de 2004; no, este principio, como lo ha reconocido la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, también tiene cabida en la sistemática de la Ley 600 de 2000, de similares rasgos a los parámetros procesales de la Ley 522 de 1999, observemos:

> *"….No se compadece con la realidad procesal afirmar que se invirtió la carga de la prueba y que al procesado se le conminó a probar todos y cada uno de los supuestos de hecho relevando de esta manera a las autoridades judiciales del deber de derruir el principio de presunción de inocencia, tal aserto no es correcto, toda vez que el censor deliberadamente desatiende que por virtud* ***del principio de la carga dinámica de la prueba****, conforme lo ha precisado la Corte en otras oportunidades dentro de la dinámica del sistema de adversarios que rige la Ley 906 de 2004 y* ***aún en el sistema de la Ley 600 de 2000 resulta posible en aras de controvertir la fortaleza de la acusación a cargo de la Fiscalía y en el evento de que se cuenten con elementos que así lo permitan****, que tanto la defensa como el procesado los pongan a su disposición …"*

Bajo la anterior comprensión, mal puede señalarse que se violentó el principio de investigación integral, como infundadamente lo sugirió la delegada del Ministerio en su concepto, máxime si se toma en cuenta que cualquier *"omisión en la práctica de determinada prueba no comporta per se violación a la garantía de la investigación integral, correspondiéndole al funcionario judicial en uso de sus facultades de director de la investigación penal, procurar el recaudo de las pruebas que considere necesarias en desarrollo de los criterios de economía, celeridad y racionalidad".* **(Rad. 159039 del 24 de junio de 2020, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ).**

• • • •

42. REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS LEY 1058/06.

Su aplicación es obligatoria para el Juez de Instancia.

"Así las cosas, cuando el procesado acepta los cargos lo que en Derecho corresponde es que el juez de instancia anuncie el sentido del fallo que ha de ser de carácter condenatorio, amén que previamente, esto es, en el control de legalidad que debe hacer el funcionario antes de fijar fecha para la audiencia de acusación y aceptación de cargos, verifica si se cuenta con la prueba que permita inferir que el procesado efectivamente es responsable, en otras palabras, en razón de la prevalencia del principio de culpabilidad, el funcionario judicial al anunciar el sentido del fallo ha comprobado, no sólo que la manifestación del procesado sea libre, voluntaria, con plena conciencia de las consecuencias jurídicas, sino que, además, se reúnen los requisitos para proferir condena contra el acusado, sobre la base de prueba que con grado de certeza sugiere su responsabilidad.

Protocolo que una vez revisado el cartulario fue observado a cabalidad por la Juez 11 Penal Militar de Brigada para declarar penalmente responsable al SLR. JGPR. Sin embargo, erró al desconocer la aplicación de la rebaja de pena postdelictual a que se hacía acreedor el acusado por haber aceptado los cargos, máxime si se tiene en cuenta que dicha reducción fue anunciada en la vista pública por la falladora y que con sobrada razón reclama el representante del Ministerio Público en el recurso.

En el caso bajo examen, es un hecho cierto e indiscutible que el enjuiciado, SLR. JGPR, aceptó los cargos en la audiencia que está dispuesta para tal fin[308], momento procesal oportuno y que es expresión y consecuencia del allanamiento a los cargos realizado entre fiscal, procesado y defensor, estipulación que deviene en eficaz para alcanzar los fines de la administración de justicia, la economía y celeridad procesal. Luego, resultaba imperioso para la falladora de primer grado reconocer la disminución de una sexta parte (1/6) de la pena imponible por esa declaratoria de culpabilidad, en acatamiento a lo previsto en el inciso 9° del artículo 579 de la Ley 522 de 1999.

Al respecto, se tiene que, luego de hacer los cálculos correspondientes para la aplicación del sistema de cuartos, la juez se ubicó en el cuarto mínimo de movilidad, el cual oscila para el delito de deserción entre 240 y 360 días, y no como lo condensó en la parte motiva de la sentencia donde individualizó la sanción en un total de

308 Audiencia de acusación y aceptación de cargos

doscientos cuarenta y tres (243) días de prisión, con fundamento en aspectos como la supuesta existencia de antecedentes penales, la gravedad de la conducta, el daño real causado con la misma al bien jurídico, la intensidad del dolo con el que actuó y, además, atendiendo los fines de prevención general, retribución justa y prevención especial.

A*preciaciones genéricas que estableció la funcionaria en su argumentación, sin desarrollar de manera fundada las razones por las cuales desestimó la aplicación de la reducción de pena, pues como se observa se limitó simplemente a referir "por tener antecedentes penales, y por ende no se le hará la rebaja de la sexta parte, otorgada en la ley por aceptación de cargos", aseveración que también carece de soporte probatorio, habida cuenta que, contrario a ello, sí obran documentos expedidos por las autoridades competentes que acreditan que el sumariado no registra antecedentes penales, anotaciones ni órdenes de captura.*

*La Sala estima necesario recordar que los fenómenos postdelictuales como comportamientos del autor o actos de carácter procesal posteriores al delito, no corresponden a factores modificadores de los extremos punitivos sino de la pena una vez individualizada en concreto, como ocurre con la rebaja por aceptación de cargos que introdujo la Ley 1058 de 2006. En otras palabras, la disminución de 1/6 parte debe ser aplicada en la pena concreta y no en la fijación de los extremos punitivos en abstracto[309], lo que determina que la disminución por aceptación de cargos debe aplicarse a la pena de ocho (8) meses de prisión impuesta al acusado. ."***(Rad. 159167 del 21 de febrero de 2020, M.P. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

• • • •

43. REBAJA POR CONFESIÓN.

Inaplicabilidad por favorabilidad del descuento de la mitad consagrado en la Ley 1407 de 2010, máxime cuando el delito se ritúa por el procedimiento ordinario.

"De manera que, la petición encaminada a que se aplique la rebaja de pena por aceptación de cargos consagrada en el primer inciso del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, desde ahora se avizora improcedente dado que el procedimiento que gobierna el trámite de la presente causa es el establecido en la Ley 522 de 1999. En efecto, aunque el recurrente arguyó que la Ley 1407 de 2010 derogó la Ley 522 de 1999, esta afirmación ha de interpretarse a la luz de lo ordenado en el nuevo Código Penal Militar que supeditó la aplicación de su parte adjetiva o procedimental a la implementación del sistema penal oral acusatorio en la Justicia Penal Militar…(…)

Criterio que encuentra respaldo en pronunciamientos análogos de la Corte

309 Corte Suprema de Justicia, Rad. 16778 del 08 de abril de 2003.

Suprema de Justicia (CSJ.SP.Rad.42519 Dic.2013[310] y Rad.41600 Ago.2014[311]), donde el máximo órgano de la jurisdicción penal corrobora que a pesar que los hechos investigados hayan tenido ocurrencia con posterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia de la ley 1407 de 2010, como ocurre en el *sub judice* cuyos hechos datan del 28 de febrero de 2018, el procedimiento aplicable es el reglado en la Ley 522 de 1999.

Ahora bien, la razón por la que aunque la pena que se impuso es la consignada en el artículo 154A de la Ley 1407 de 2010[312] y la rebaja que se reconoció por la confesión se fundamentó en un estatuto distinto, esto es la Ley 522 de 1999, obedece a que el artículo 154A de la Ley 1407 de 2010 que tipifica el delito de hurto de armas y bienes de defensa, es una norma sustancial cuya esencia es describir las conductas y su punibilidad, en razón de ello la adecuación típica de los comportamientos cometidos a partir de la fecha de la vigencia de la ley que las consagra se ha de ajustar a los contenidos de esta normatividad[313].

Así las cosas y teniendo claro que para la fecha de los hechos la Ley 1407 de 2010 había derogado la parte general y especial de la Ley 522 de 1999, la juez de instancia en estricta legalidad adecuó la conducta del SLR. (R) JJBL al punible de hurto de armas y bienes de defensa consagrado en el artículo 154A de la Ley

310 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (11 de diciembre de 2013) Rad. 42519 [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero] "Cabe precisar que no obstante la fecha de comisión de los hechos, febrero de 2011, la norma procesal aplicable para este caso resulta ser la Ley 522 de 1999, toda vez que si bien la Ley 1407 de 2010, según la sentencia C-444 de 2011, sólo rige para sucesos acontecidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010 por ser esta la fecha en la que dicha norma entró en vigencia, razón por la cual la procedencia del recurso de casación para el presente asunto, corresponde ser analizada bajo los artículos 368 y siguientes de la Ley 522 de 1999, primera normativa mencionada."

311 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (13 de agosto de 2014) Rad. 41600 [M.P. Patricia Salazar Cuellar] "Pese a que los hechos que originaron el proceso penal seguido contra la doctora (...), ocurrieron el 26 de enero de 2012, el procedimiento atiende los lineamentos del Código Penal Militar de 1999, debido a que la nueva legislación –Ley 1704 de 2010- a la fecha no cuenta con un régimen de gimplementación, como lo ordena el artículo 623 de la última norma en mención, a fin de aplicar el sistema con tendencia acusatoria."

312 Artículo 154A [Título V] Código Penal Militar [Ley 1407 de 2010] "HURTO DE ARMAS Y BIENES DE DEFENSA. <Artículo adicionado por el artículo 100 de la Ley 1765 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El que se apodere de armas, municiones, material de guerra o efectos o bienes destinados a la seguridad o defensa nacional, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de siete (7) a quince (15) años."

313 Así lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-444 de 2011, al señalar: "En el presente caso la modulación de los efectos de la presente providencia debe construirse teniendo como norte la supremacía material de la Constitución y el efecto útil del derecho, de manera que no se afecte el caro derecho a la libertad o el derecho al debido proceso de las personas, más cuando se percibe que la intención del legislador no era otra que una aplicación posterior a la vigencia de ésta. En consecuencia, como en el presente caso estos derechos pueden verse violentados la Sala estima necesario declarar la inexequibilidad desde el momento en que la norma fue promulgada, es decir que el fallo tendrá efectos desde el 17 de agosto de 2010 fecha de su publicación en el Diario Oficial, a partir de la cual se entenderá vigente la norma para todos los efectos, sin perjuicio de la aplicación de lo prescrito en aparte final del artículo 628 –no demandado-, según el cual los procesos en curso -al entrar en vigencia la ley- continúan su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que la modifiquen, aspecto que no demanda realizar ningún tipo de integración normativa para efectos de la presente decisión".

1407 de 2010 y con cimiento en dicho precepto dosificó la pena que le impuso (Fol. 368)[314].

Ahora bien, siendo las normas de procedimiento aquellas que desarrollan la formalidad de la causa, nótese como del contenido del mismo inciso 1º del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, norma procesal que consagra la rebaja por aceptación de cargos, se extracta que esta solo es aplicable en el contexto de una formulación de imputación que hace parte del esquema procesal penal oral acusatorio.

En ese orden de ideas, la juez de instancia con acierto reconoció la rebaja de pena correspondiente a la confesión que el SLR. (R) JJBL realizó en la indagatoria, con fundamento en lo establecido en el artículo 446 de la Ley 522 de 1999, es decir, en el marco del esquema mixto que actualmente rige el procedimiento penal militar de manera indistinta con la fecha de ocurrencia de los hechos, y que claramente proclama inviable la petición del impugnante.

En armonía con ello, la Sala rechaza el planteamiento del censor quien sugiere que se aplique el inciso 1º del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010 a la luz del principio de favorabilidad." **(Rad. 159108 del 14 de junio de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ).**

• • • •

44. REBAJA PUNITIVA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS.

Dosificación punitiva. Se realiza sobre la pena en concreto.

"Clarificado lo anterior, se habrá de decir desde ya, sin mayores ambages, que en el evento *sub examine* la razón está de parte de la censora, misma, se habrá de recordar, que patentizó en su escrito impugnatorio su inconformidad frente a la dosificación punitiva realizada en el fallo de primer grado por el Juez Décimo de Instancia de Brigadas XVI y XVIII del Ejército Nacional, ello al estimar que éste interpretó de manera equivocada el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 y erró en el cálculo de la rebaja de pena que merecía el SLR. KARG por haber aceptado de manera libre, consciente y voluntaria los cargos endilgados, como autor del delito de deserción, en la diligencia de indagatoria que se surtiere dentro de la presente actuación.

(…)

314 Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada (10 de abril de 2019) Sentencia. (Fol. 368).Sentencia "El artículo 154 A del Código penal Militar dispone para el delito de hurto de armas y bienes de defensa una pena de prisión de siete (7) a quince (15) años, de tal forma que los mínimos y máximos aplicables en el presente caso son 84 y 180 meses de prisión".

Es esa renuncia mutua a las fases y actos procesales previamente enlistados, producida con plena observancia de las garantías de ley conforme a la ritualidad prevista en esta, la que materializa el principio de celeridad y economía procesal, así como, el de pronta y cumplida justicia, lo cual conlleva dentro de esa concepción de justicia premial que el procesado, se insiste, se haga acreedor a una rebaja de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la pena imponible, como quiera que la economía en términos de tiempo de investigación, etapas y actos procesales, implica de suyo el reconocimiento del contenido de los medios de convicción de cargo recaudados, contenido que, aunado a lo que manifieste el indagado en su injurada, se erigirá en los cimientos que soportarán la sentencia de condena.

Consecuencia lógica de lo anterior, una vez el procesado acepta los cargos, es que el juez de instancia, luego de efectuado el control de legalidad sobre la aceptación de cargos y respecto del acta en que ello se materializó -misma que equivale al acto acusatorio como preceptúa la normativa de 2015-, deba dictar la sentencia condenatoria correspondiente en la que tasará la pena a imponer, cometido para el cual habrá de atender que al operar el allanamiento a cargos como mecanismo de terminación anticipada del proceso, la degradación podrá oscilar, como quedó meridianamente decantado párrafos atrás, entre la sexta (1/6) parte de la pena imponible y la mitad (1/2) de esta, ello en la medida que en el rito aplicable al proceso penal militar en la actualidad, como se consignare en la decisión parcialmente trasuntada[315], la eventual aceptación de cargos sólo tiene operancia en las oportunidades allí indicadas, esto es, en el acto de vinculación mediante injurada, y al inicio de la audiencia de corte marcial.

Merma punitiva que adoptará el *Iudex A quo* según la aceptación se erija en real fundamento para proferir la condena, aquella lo haya sido total o parcial y, por ende, mayor o menor sea el desgaste de la administración de justicia al momento en que el procesado de manera voluntaria, informada y consciente renuncia a la posibilidad de debatir en juicio su compromiso penal, erigiéndose, en consecuencia aquella en esencial para el fallo de primer grado y no en una ayuda apenas cortical, esto, acota la Sala, independientemente de que al interior de la actuación el Estado cuente, antes o después de su acaecimiento, con otros medios probatorios contundentes para demostrar la responsabilidad del aquí confeso.

Así las cosas, al amparo del prisma orientador que brindan las anteriores precisiones conceptuales y jurisprudenciales, resulta meridiano que el funcionario *A quo* al momento de realizar la dosificación punitiva al condenado que aceptare los cargos imputados en diligencia de inquirir y, de contera, su responsabilidad penal en los hechos génesis de la presente actuación, erró al acometer la operación matemática que le incumbía como sostuvieren la disidente y la representante del

315 Vid. Nota 14.

Ministerio Público ante la segunda instancia y como pasa a verse.

Esto razonó en el pronunciamiento reprochado:

"Habida consideración que las provisiones legales contenidas en los artículos 59, 60, 61, 63 y 64, del código penal militar, para efectos de la graduación punitiva de la pena a imponer, encuentra el despacho que en primera instancia, se tomará el ámbito punitivo de movilidad, partiendo de una pena mínima OCHO (8) MESES y una máxima de (24) MESES.- Parámetros a los que se ha de aplicar, el numeral 3º del artículo 60 de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el hoy condenado aceptó la IMPUTACIÓN FÁCTICA y JURÍDICA, que fuere realizada en diligencia de indagatoria, de conformidad con los presupuestos del Artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, haciéndose acreedor a un descuento de un 50% de la pena a imponer"[316].

Elucubración en principio ajustada a Derecho, pese la cual procedió a realizar la degradación de la pena que operaba pero respecto del extremo mínimo de la pena en abstracto, esto es, sobre los ocho (08) meses de prisión que estipula la Ley 1407 de 2010 como menor pena para el reato de deserción y posterior a esto partió de los cuatro (04) meses de prisión así obtenidos para fijar en nueve (09) meses el extremo del primer cuarto de movilidad en que dijo se situaría, esto sin explicación distinta a que ello era producto de restar aquellos cuatro (04) meses de los veinticuatro (24) meses de pena máxima -misma que dejó incólume-, dividir el resultado así obtenido (20 meses de prisión) en cuatro (04) -cifra correspondiente a los cuatro cuartos de movilidad normados en el códice castrense aplicable al thema- para un guarismo resultante de cinco (05) meses y aumentar aquel extremo del primer cuarto de movilidad en estos cinco (05) meses.

Operación aritmética que hizo igualmente respecto de los restantes cuartos de movilidad, quedando, en últimas, los cuartos -el mínimo, los dos medios y el máximo- de la siguiente manera:

1er cuarto	2º cuarto	3er cuarto	4º cuarto
04 a 09 meses	09 a 14 meses	14 a 19 meses	19 a 24 meses

Ello para anunciar el fallador que se movería, se reitera, en el primer cuarto de movilidad al advertir circunstancias atenuantes como lo era la carencia de antecedentes penales del procesado[317], imponiéndole como condena la pena de nueve (09) meses o lo que es lo mismo, doscientos setenta (270) días de prisión, esto bajo la justificación de la gravedad de la conducta punible.

316 Folio 90 ídem.

317 Ibídem.

Palmar *erroris in iudicando* en tanto, si bien es cierto que por virtud de la aceptación de cargos del SLR. EARG en la diligencia de inquirir el día 05 de noviembre de 2019[318] resultaba procedente, acorde con lo preceptuado por del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, reconocer la rebaja de hasta el cincuenta por ciento (50%) de la pena imponible al acriminado, no menos cierto resulta que el ejercicio aritmético y dosimétrico a surtir imponía que ello se hiciere sobre la pena en concreto[319] por obedecer la atenuación punitiva en comento a un evento post delictual[320], esto es, una vez obtenidos de manera correcta los cuartos de movilidad y sus extremos punitivos, establecido el cuarto en que se tasaria la pena imponible e individualizada cuantitativamente esta, todo ello en los precisos términos señalados en los artejos 60 y 61 de la Ley 1407 de 2010[321].

318 Folios 56 al 59 CO. 1

319 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 16778, abril 08 de 2003, entre otras.

320 La aceptación de cargos es un fenómeno eminentemente post delictual en tato tiene lugar después de la perpetración del delito, lo que explica porque la rebaja ha de ser posterior a la tasación de la pena imponible en concreto. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho" Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia septiembre 20 de 2016, radicación N° 47588, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO en la que se dijo: "Tratándose del primer tipo de preacuerdo, es decir, la simple aceptación de los cargos formulados, no hay dificultad alguna en aceptar la tesis expuesta por el tribunal en la sentencia que se examina, pues es indudable que primero se ha de determinar "la pena imponible", siguiendo los criterios y metodología indicados por el legislador, para luego efectuar su reducción, en la proporción fija que corresponda, y arribar así a la que puede denominarse como pena efectiva.". (Las negrillas de la Sala)

321 "Artículo 60. Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, esta se aplicará al mínimo de la infracción básica.

2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, esta se aplicará al máximo de la infracción básica.

3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, esta se aplicará al mínimo de la infracción básica.

4. Si la pena se aumenta, en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.

5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

Además de los criterios señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y en el concurso, el número de hechos punibles.

Artículo 61. Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá pon-

Procedimiento luego del cual, determinada la mayor o menor contribución de la aceptación de cargos en el desgaste y dilación innecesarios de la administración de justicia, sí procedía el establecimiento de la proporción de la degradación punitiva por razón de aquella, degradación -se habrá de recordar- que debería haber oscilado, como quedó decantado ut supra, entre la sexta (1/6) parte de la pena imponible y la mitad (1/2) de esta, sin que ello tampoco se hiciere así por error sólo atribuible al fallador de primer grado, mismo que respecto al porqué tasó la pena a imponer en nueve (09) meses de prisión, llevó a cabo un mínimo ejercicio retórico, que no por ello errado, sustentado en que la conducta del sumariado era grave porque abandonó el servicio sin causa justificada y en el daño real causado con aquella al bien jurídicamente tutelado por el legislador.

Dislate aquel que la Sala estima consecuencia de una desacertada interpretación del artículo 60.3 de la Ley 1407 de 2010 y que conduce a éste Tribunal Castrense a recordar al señor Juez Décimo de Brigadas XVI y XVIII del Ejército Nacional, previo a la redosificación que de la pena impuesta se impone llevar a cabo en salvaguarda del principio de la legalidad de la pena y a fin de atender el acertado reparo planteado por la censora y refrendado por la respetada funcionaria del Ministerio Público como garante del debido proceso, *i)* que el proceso hermenéutico de la ley debe ceñirse siempre a los postulados constitucionales y legales a fin de evitar eventuales arbitrariedades que afecten las garantías del procesado; *ii)* que el ejercicio para la aplicación de una rebaja de pena por allanamiento a cargos no puede ser de tal jaez que lleve a modificar en abstracto los extremos punitivos de las sanciones penales, de exclusivo resorte legislativo y *iii)* que la relativa discrecionalidad que la ley confiere al operador judicial para la realización del proceso de dosificación punitiva, no lo acredita para desatender los baremos anejos al debido proceso sancionatorio en tanto es una facultad reglada que debe ceñirse a los precisos parámetros enclavados en la normatividad aplicable[322] y a lo que enseña el

derando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

Parágrafo. El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre el Fiscal Penal Militar y la Defensa.".

322 El artículo 59 de la Ley 1407 de 2010 señala de modo imperativo que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, además, el artículo 61 ejusdem establece una restricción a la discrecionalidad del juez en el proceso de individualización de la misma al indicar la forma como debe dividir objetivamente el marco punitivo –que resulta de la diferencia entre el límite mayor y menor– en cuartos: mínimo, en caso de no concurrir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo presentarse estas últimas; medios, cuando simultáneamente concurran unas y otras; y máximo, si confluyen únicamente agravantes.. Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia abril 30 de 2014, radicación No. 41350; sentencia febrero 20 de

precedente vertical de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la par que ha de resultar razonable y motivada[323] respecto a los criterios aplicados de individualización de pena, con lo que se habilita la posibilidad de que los sujetos procesales impugnen la decisión en que aquel proceso tiene lugar al no estar de acuerdo con sus pilares dialécticos, fácticos y juridicos.

(…)

Sentado lo anterior, retoma la Sala la estela dialéctica previamente trazada y acorde con ella procederá a la anunciada redosificación de la pena, esto atendiendo que, como bien se plasmare en la decisión impugnada, la tasación punitiva tendrá lugar en el cuarto mínimo de movilidad ante la exclusiva concurrencia de circunstancias de atenuación punitiva y que el raciocinio judicial inmerso en la sentencia reprochada en punto a la gravedad de la conducta del procesado, el daño real con ella causado y la necesidad de la pena no fue objeto de disenso en el recurso de alzada.

Bajo la égida de unas consideraciones tales y dado que la imposición de pena en el presente caso obedeció a un ponderado equilibrio entre la conducta delictiva y la reacción estatal que corresponde, amén que guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés jurídico objeto de salvaguarda[324], resulta claro -partiendo de los extremos punitivos de ocho (08) y veinticuatro (24) meses de prisión contemplados en el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010 para el reato típicamente militar de deserción- que los compartimentos de movilidad correctos a tener en cuenta en el proceso dosimétrico punitivo anejo a la presente causa penal, previa consideración de la diferencia resultante entre aquellos límites mayor y menor y dividido objetivamente el marco punitivo en cuatro cuartos, son los siguientes:

1er cuarto	2º cuarto	3er cuarto	4º cuarto
08 a 12 meses de prisión	12 meses y 01 día a 16 meses de prisión	16 meses y 01 día a 20 meses de prisión	20 meses y 01 día a 24 meses de prisión

Habida consideración de los fundamentos para la individualización de la pena

2008, radicación No. 21731; y sentencia diciembre 02 de 2015, SP 16558-2015, radicación N° 44840, entre otras.

323 Esto como expresión del principio de motivación de las decisiones judiciales y en tanto la medida de control sobre el proceso de individualización de pena radica en el examen de su razonabilidad, en consonancia con los criterios atinentes a la necesidad, proporcionalidad y las funciones que cumple.

324 Cfr. González-Cuéllar Serrano, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 189.

elucidados por el Iudex A quo en el pronunciamiento confutado -la inexistencia de circunstancias agravantes, el daño creado con la conducta punible y la gravedad de esta-, mismos que líneas atrás se dijo no habían sido objeto de reparo en el bastión de alzada, habrá de partirse del extremo punitivo mínimo del primer cuarto de movilidad, el de ocho (08) meses de prisión, mismo que se incrementará en dos (02) meses, por razón de los dos últimos fundamentos en cita, para un guarismo resultante de diez (10) meses de pena en concreto, pena acorde al ponderado equilibrio que ha de existir entre la conducta delictiva y la reacción estatal que corresponde, circunstancia que avala, además, la injerencia en el derecho a la libertad personal del encartado y guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés jurídico conculcado[325] con el injusto culpable cometido por el SLR. KARG.

Sobre este *quantum*, ahora sí ajustado a Derecho, procede efectuar el antes citado descuento punitivo reconocido por el *A quo* en razón de la aceptación de cargos y de acuerdo a lo que dispone el canon que regula este instituto en sede de diligencia de inquirir, descuento que en términos concretos resulta ser de cinco (05) meses[326], mismos que restados de la prenombrada pena imponible en concreto de diez (10) meses, arroja una pena definitiva a imponer de cinco (05) meses de prisión, monto punitivo que es el correcto y ajustado de acuerdo a las reglas de dosimetría punitiva vertidas el presente proveído.

Tradúcese lo anterior en que esta Corporación, en univoca consonancia con la delegada del Ministerio Público ante la misma, modificará la pena inicialmente impuesta en la sentencia condenatoria apelada -nueve (09) meses de prisión se habrá de recordar-, para en su lugar imponer como pena definitiva en concreto la antes tasada, misma que se compadece con el valor superior de la justicia, el derecho a la dignidad humana y la proporcionalidad de la sanción ···. " **(Rad. 159281 del 19 de junio de 2020, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

45. RECURSO DE APELACIÓN

Facultad del A quo ante una presunta indebida sustentación.

"Es por lo anterior que, siguiendo las reglas del canon 364 de la Ley 522 de 1999, el recurso de hecho aquí presentado se estima admisible para ser resuelto

325 Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 189.

326 Resultante de restar a los 10 meses de prisión tasados incialmente en conreto el cincuenta por ciento (50%) reconocido por el juez de conocimiento lo que es lo mismo 10 meses-05 meses= 05 meses.

por parte de la Colegiatura.

Pues bien, para resolver si el recurso de apelación fue correcta o incorrectamente denegado por la juez de instancia, se hace obligado transliterar los apartes más sustanciales de su determinación, a efectos de poder confutarlos con las explicaciones de la defensa y de esta manera entrar a decidir.

Para el *A quo* el recurso de apelación interpuesto por la defensa adolece de la debida sustentación, en razón a que *"(…) se advierte que los puntos de discusión no atacan o concretan lo motivado en el fallo, toda vez, que solo consigna de forma general algunas citas hechas por este juzgado y que incluso, la tesis defensiva como lo fue el caso fortuito o fuerza mayor fueron abordadas con suficiencia en el cuerpo de la decisión y no como erradamente lo sugirió, que no fue analizada."*

Para el recurrente, lo que hizo la juez de conocimiento frente al recurso de apelación fue *"(…) reprochar los argumentos expuesto por esta defensa en razón a que ya fue objeto de pronunciamiento en la referida sentencia….sin tomar en cuenta todos los aspectos de inconformidad que se señalaron en el escrito de apelación"* y, entonces, en su parecer no puede la administradora de justicia *"(…) negar un recurso de apelación por el solo hecho de no compartir las razones o consideraciones de los sujetos procesales, pues en el derecho existe disparidad de criterio que debe ser estudiado y decidido en una segunda instancia si a bien consideran las partes.".*

Expresó, además, que una postura judicial como la de la juez primaria resulta ubicable en lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado defecto procedimental por excesivo ritualismo, al superlativar las formas sobre lo sustancial.

Puestas así las cosas y como quiera que la razón por la que se denegó el recurso de alzada se vincula con la indebida sustentación, es mandado entonces recordar que quien interponga el recurso de apelación no sólo debe cumplir con los requisitos de legitimación, interposición dentro de términos, procedencia, sino además el de la debida sustentación, requisito este último de vertebral importancia en tanto que por su intermedio se delimita la competencia funcional de la segunda instancia, alrededor del cual se cierne la controversia aquí planteada, por reputarse indebidamente estructurado.

Para la Sala, una cosa es la sustentación del recurso como presupuesto para su interposición y otra bien distinta es su idoneidad como elemento delimitante de la competencia de la Segunda Instancia, pues el primero es el que debe verificar el *A quo* a la hora de conceder o no el recurso, en tanto que el segundo, es sobre el cual el Juez Colegiado debe aprehender su conocimiento y resolver lo que en Derecho corresponda.

Si verificamos el instrumento procesal especial, vemos cómo claramente el

legislador de 1999 previó, en punto de la sustentación del recurso de apelación, en el artículo 363 que: "*Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. En caso contrario no se concederá.*" (Negrillas fuera del texto).

Del contenido de la disposición transliterada se desprende sin vacilación que para la concesión del recurso de apelación, en punto de la sustentación, basta que el recurrente exponga por escrito las razones de su inconformidad con el proveído, so pena de su denegación; es entonces a ello que debe circunscribirse la actitud procesal del juez de instancia a efectos de determinar si concede o no la alzada, de esta manera se evita soslayar el principio de la doble instancia y la imposibilidad de *"reforzar la presunción de acierto y legalidad predicable de las providencias judiciales."*[327].

Por contraposición y en la lógica procesal, se desprendería del artículo 583 de la obra comentada que al Tribunal Superior Militar y Policial solo se le permitiría, de cara al recurso de apelación, revisar únicamente los aspectos que fueran objeto de impugnación.

Se sigue de tal entendimiento que los aspectos de aptitud jurídica o idoneidad del recurso, como atrás se llamó, sólo le son permitido revisarlos al Cuerpo Colegiado, que determinará si la sustentación tiene la aptitud de plantear una verdadera dialéctica o controversia jurídica o no, propia de la naturaleza de ese medio procesal.

La interpretación que se viene de expresar encuentra íntima coherencia con la nueva línea de entendimiento jurídico que ha trazado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la decisión contenida en el radicado 50560 del 02 de agosto de 2017, que privilegia el acceso a la Segunda Instancia y demanda de los jueces *"adoptar una actitud proactiva, tendiente a que se materialice en la medida de lo posible el derecho fundamental a la controversia en segunda instancia de las decisiones que afectan a los intervinientes dentro del proceso penal."*[328]

Para mejor comprensión, revisemos, *in extenso*, la aludida decisión:

"18. Al respecto, en Auto de 2 de agosto de 2017 (radicación 50560), la Sala de Casación Penal expresó:

327 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 50560 del 02 de agosto de 2017, MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

328 Radicado 54133 del 16 de enero de 2019, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

"En este orden, el principio de la doble instancia tiene como propósito garantizar los fines del Estado y reforzar la presunción de acierto y legalidad predicable de las providencias judiciales, objetivo que no se agota con la sola existencia formal de medios de recursos, sino que demanda del Estado la garantía de acceso a aquéllos.
Dada la trascendencia de este principio, estima la Sala que en aquellos eventos en que media algún grado de sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja.

Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió. Ello por cuanto la declaratoria de desierto del recurso de alzada impide de plano que otro funcionario revise si, en efecto, los argumentos expuestos son insuficientes para activar la competencia de la segunda instancia.

Por ello, reitera la Sala, siempre que haya controversia en torno a si el impugnante cumplió con la carga de sustentación suficiente de la alzada, deberá denegarse esta con el propósito de permitir al interesado la interposición de queja, para que sea el superior jerárquico quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación."

De ese modo, para salvaguardar el principio de doble instancia, tiene mucho sentido que, a través del recurso de queja, el superior funcional decida sobre la idoneidad de la fundamentación.

21. En síntesis, los lineamientos jurisprudenciales contenidos en el Auto de 2 de agosto de 2017 (radicación 50560), sólo son aplicables para los casos donde sí se sustenta el recurso de apelación, pero el Juez de primera instancia considera insustancial y deficiente su fundamentación; para que, en lugar de declarar desierta la alzada (con auto que sólo es impugnable en reposición), lo niegue, de modo que se habilite el recurso de queja, para que el superior funcional examine los planteamiento de la apelación y quede a salvo el principio de la doble instancia.

(...)

24.3 Con todo, los funcionarios judiciales encargados funcionalmente de conocer el recurso de apelación deben adoptar una actitud proactiva,

tendiente a que se materialice en la medida de lo posible el derecho fundamental a la controversia en segunda instancia de las decisiones que afectan a los intervinientes dentro del proceso penal."[329].

La nueva comprensión jurisprudencial de la Corte, de cara a la materia en estudio, obedece al hecho de no encontrar *"(…) razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió."*[330]

Guiados por la anterior comprensión, estima esta Célula Judicial que la Juez Sexta de Instancia de Brigadas del Ejército Nacional erró al negar la concesión del recurso de apelación interpuesto por el DR. JAIME ANDRÉS SILVA MURCIA contra la sentencia del 05 de agosto de 2019, como quiera que no sólo se observa que el togado estaba legitimado para presentar el recurso, sino que además lo hizo en términos y a través de escrito dirigido al juez de la causa en el que expuso las razones de su inconformidad, es decir, satisfizo los requisitos de oportunidad, modo y sustentación formal de que trata los cánones 362 y 363 de la Ley 522 de 1999.

Nótese cómo el jurista criticó que se diera por sentado en el fallo apelado la ocurrencia de la falta al deber objetivo de cuidado por parte de su representado, sin que se tuviera en cuenta el principio de confianza legítima, pues en su parecer si la orden permanente era que todos debían tener puesto el cartucho de seguridad en los fusiles, su patrocinado actuó amparado en que todos habían ajustado su comportamiento a esa directriz.

Por otra parte, aun cuando ciertamente, como lo expresó la juez primaria, la causal eximente de responsabilidad de caso fortuito fue analizada en la sentencia, también lo es que frente a ella la defensa mostró su inconformidad en el escrito bajo el argumento que su prohijado en ningún momento (…)

De la misma manera el libelista censuró, a través de su escrito impugnatorio, la incoherencia que en su parecer hay con relación al tiempo fijado para las penas accesorias que le fueron irrogadas a su cliente, al no compadecerse con lo preceptuado en el artículo 59 de la Ley 599 de 2000.

Para la Sala, una vez más se insiste, el recurso contiene una exposición de los motivos de inconformidad del apelante con el fallo atacado, que impiden sea denegado como lo hizo la juez primaria.

329 Radicado 50560 del 2 de agosto de 2017, MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

330 Radicado 54133 del 16 de enero de 2019, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

Lo anterior no significa, hay que aclararlo, que la carga de debida sustentación haya quedado satisfecha, o en palabras más precisas que el contenido del recurso tenga la aptitud jurídica o la idoneidad suficiente de plantear una verdadera controversia o dialéctica con relación al fallo protestado, lo cual será un tema que deberá estudiar la Colegiatura a la hora de asumir la competencia para resolver la alzada". **(Rad. 159223 del 06 de diciembre de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ)**

• • • •

46. RECURSOS

Libertad de configuración legislativa para excepcionar de determinados recursos ciertas providencias judiciales.

"No empece, no ocurre lo mismo con el primero de tales presupuestos, esto es, que la apelación sea procedente conforme a lo establecido en el canon 360[331] de la misma normativa, como quiera que el auto por virtud del cual el prenombrado *Iudex A* quo decidiere no conceder el beneficio de prisión domiciliaria transitoria al SLR. LCBL sólo resultaba susceptible de ser atacado por vía del recurso de reposición como preceptúa el artículo 8º del Decreto Legislativo No. 546 de 2020 del 14 de abril de 2020, circunstancia que fuere advertida por el despacho ejecutor de penas penas y medidas de seguridad en proveído del 15 de mayo de 2020 en tanto verdad de Perogrullo es que el SLR. LCBL se encuentra actualmente privado de su libertad desde el día 03 de marzo del presente año descontando la pena de un (01) año de prisión que le fuere impuesta como autor responsable del punible de abandono del puesto.

El precitado precepto, como bien señalara el pluricitado juzgado, es del siguiente tenor literal:

> ***"ARTÍCULO 8º - Procedimiento para hacer efectiva la prisión domiciliaria transitoria.*** *Cuando se tratare personas condenadas a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por medio de las direcciones regionales y los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios, verificarán preliminarmente el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en el presente y remitirán a los Juzgados de Ejecución de y Medidas de Seguridad respectivos, el listado junto con las cartillas biográficas digitalizadas, el cómputo la información que obre en la hoja de vida, los antecedentes judiciales y los certificados correspondientes de*

331 "PROCEDENCIA. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. (...)".

personas privadas la libertad que se ajusten a cualquiera las circunstancias descritas en artículo segundo, para que dentro del término máximo cinco (5) días den aplicación a lo dispuesto en este Decreto Legislativo. La decisión que se notificará por correo electrónico y será susceptible del recurso de reposición que se interpondrá y sustentará dentro de tres (3) días siguientes, por escrito remitido por el mismo medio virtual"[332]. *(Resaltado de la Sala).*

Así las cosas, resulta irrefragable que la determinación de la Juez Sexta de Brigada con facultades de Ejecución de Penas del Ejército Nacional, vertida en el auto del 15 de mayo de 2020 se repite, carecía del atributo de apelabilidad al que se ha hecho previa alusión, ello pese a haberse adoptado en providencia interlocutoria -circunstancia que axiomáticamente no la tornaba *per se* en pasible del recurso de alzada como se detallará en los párrafos subsiguientes-, y por ende resulta palmar la ausencia, se itera, del primer presupuesto objetivo para que está Corporación pueda abordar de fondo el recurso de hecho génesis del presente proveído.

Un aserto tal no obsta -habida cuenta que la recurrente, citando los artículos 333, 359 y 360 de la Ley 522 de 1999, postuló que el referido auto es interlocutorio y por tanto susceptible de los recursos de reposición y apelación, siendo esto desconocido por la funcionaria *A quo* con transgresión del derecho a la doble instancia y del debido proceso-, para que está Corporación rememore que fue el Jefe del Ejecutivo Nacional el que dentro de sus facultades excepcionales (Constitución Nacional, artículos 150.10, 189.11 y 212) expidió el pluricitado decreto, norma con fuerza de ley -en sentido material[333]- por la cual, como reza su epígrafe, se adoptaron medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, a la par que se adoptaron otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de su propagación en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

En dicha norma igualmente se estableció, como quedó visto, que en tratándose de condenados a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario, lo que es el caso del SLR. LCBL como líneas atrás de dijere, la providencia por la cual el juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad decidiere lo relativo al procedimiento para hacer efectiva la prisión domiciliaria transitoria sólo sería susceptible del recurso de reposición -mismo que deberá interponerse y sustentarse dentro de tres (03) días siguientes a su notificación-, no del recurso

332 Decreto 546 del 14 de abril de 2020.

333 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-917 de 2002, C-1262 de 2005 y C-507/14 entre otras.

de apelación como sí se estableció en el artejo 7º del decreto en cita cuando el procedimiento versa sobre la sustitucion de la detención preventiva, ello sin consideración alguna a la naturaleza jurídico procesal de la providencia que sirve de vehículo a la pertinente decisión, circunstancia que fue la tenida en cuenta por la multicitada funcionaria ejecutora de penas para apalancar su negativa a conceder el recurso de alzada ante éste Tribunal foral, determinación que la distinguida delegada del Ministerio Público recurrente acusó de ser incorrecta en tanto violatoria del principio de la doble instancia y por la cual impetró el recurso de hecho que concita la atención de la Sala en esta oportunidad.

Ello sin hesitación alguna impone remembrar lo que respecto a la doble instancia como derecho constitucional y a la facultad del legislador de excepcionar de determinados recursos ciertas providencias judiciales, ha aquilatado de antaño la la guardiana de la incolumidad de la Carta Política, resultando más que procedente recapitular lo consignado en pronunciamiento por el cual se desatare demanda de inexequibilidad contra el artículo 16 del Decreto No. 2700 de 1991[334] *que regulaba dicho apotegma en símiles términos que hoy lo hace el artejo 207 del codex castrense de 1999*[335]*, ello en los siguientes términos:*

"En cuanto al artículo 16 acusado se encuentra que la parte controvertida es la que permite la existencia de excepciones al principio de la doble instancia contra las providencias interlocutorias que se producen dentro del proceso penal.

Advierte ***la Corte que la Constitución establece el principio de la doble instancia como derecho constitucional fundamental, y con carácter indisponible y obligatorio pero referido sólo al caso de la sentencia condenatoria; esta observación se hace en atención a los reiterados argumentos que formulan los actores. Empero, obsérvese que en el asunto que se examina no se trata de una disposición que regule el régimen de la controversia o impugnación de las sentencias sino sólo de los autos interlocutorios, lo cual es asunto bien diferente del planteado por el actor y que compete a la ley, pudiendo ésta señalar su régimen general y las excepciones que correspondan.***

La Corte no encuentra que exista obstáculo alguno de carácter constitucional, que impida al Legislador proveer sobre la materia en ciertas hipótesis acerca de la improcedencia de recursos contra providencias distintas a las sentencias condenatorias*; en este sentido se tiene en cuenta lo dispuesto por*

334 "Artículo 16. Doble instancia. Toda providencia interlocutoria, podrá ser apelada, salvo las excepciones previstas.".

335 "Artículo 207. Dos instancias. El proceso penal militar tendrá dos instancias, salvo las excepciones legales."

el citado inciso cuarto del artículo 29 de la Carta, en concordancia con el inciso 1o. del artículo 31 de la C.N., en la parte que indica que quien sea sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Igualmente se señala que el Legislador no puede ordenar la improcedencia de los recursos contra la sentencia condenatoria, ni establecer excepciones al respecto, salvo el caso de los fueros especiales en materia penal radicados en la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional, ya que ésta es según definición de la propia Carta, el máximo organismo de la Jurisdicción ordinaria"[336]*. (Negrillas y subrayas de la Sala)*

Posición reiterada en posterior pronunciamiento en el que la Corte Constitucional precisó:

"Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso – reposición, apelación u otro- tiene o no cabida respecto de cierta decisión*, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad,* ***cuándo no es procedente*** *y cuáles son los requisitos –positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio"*[337]*. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

Al igual que en la sentencia en que mencionada Corporación acrisolare:

"…si el legislador decide consagrar un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal decisión, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. Más todavía, puede con la misma limitación, suprimir los recursos que haya venido consagrando sin que, por el solo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política". ***Y por último, también hace parte del poder de configuración legislativa en materia procesal, con relación a los recursos contra las decisiones judiciales, precisamente el no consagrarlos. Incluso en materia penal, donde la doble instancia es de especial trascendencia, la jurisprudencia ha dicho que no es forzosa para todos los asuntos que son materia de decisión judicial, "pues el legislador, dentro de la facultad que tiene de regular su trámite, bien puede decidir en cuáles procede la segunda instancia y en cuáles no, siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente,***

336 Sentencia C-150 de 1993.

337 Sentencia C-1104 de 2001.

las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales."[338] *(Resaltado de la Sala)*

Uniforme e inveterada visión constitucional del real contenido del antes citado principio, que la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha acogido igualmente en sus pronunciamientos, resultando pertinente al caso *sub examine* evocar aquel en el que se consignare:

"De conformidad con el anterior derrotero jurisprudencial, ***es dable señalar que el tema referido a la posibilidad de impugnar las decisiones tomadas por los jueces en el proceso, no necesariamente corresponde a criterios constitucionales, ni a postulados principialísticos del procedimiento, dado que es el legislador, en cada caso concreto, el llamado a definir qué recursos proceden contra las diferentes decisiones vertidas en las distintas actuaciones, incluso, la de naturaleza penal, sin que esa facultad pueda considerarse contraria a la Constitución Nacional."***[339]*. (Resaltado de la Sala)*

Conducente resulta igualmente destacar, para la adopción de la determinación que en Derecho procede, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos cuya aplicación predica la recurrente en aras de sacar avante su pretensión , no preceptúan -como equivocadamente parece entender la misma- que toda decisión adoptada en un proceso penal deba ser susceptible de ser apelada, pues lo que realmente estatuye el primero de estos instrumentos internacionales incorporado al bloque de constitucionalidad patrio es que *"toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley"*[340] y, conteste con ello, la referida convención establece que toda persona tiene ***"derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior"***[341], resultando esto acorde con lo que a su vez establece la Constitución Política Colombiana en su artejo 29 al consagrar la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria y en el canon 31 que dispone que ***"toda sentencia*** *judicial podrá ser apelada o consultada,* ***salvo las excepciones que consagre la ley".***

Preceptos respecto de los cuales, habrá de decirse, se evidencia respetuosa la Ley 522 de 1999, aplicable al evento *sub judice*, ello al señalar en su artículo 207 que *"El proceso penal militar tendrá dos instancias, salvo las excepciones legales"* y en su artejo 360 que "*Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede*

338 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-738 de 2006.

339 Corte Suprema de Justicia, radicado AP-4812 de 2016, MP. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.

340 Artículo 14, numeral 5º.

341 Canon 8, numeral 2º, literal h.

contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. En la audiencia, no procederá en ningún caso el recurso de apelación. Las decisiones que en ella se adopten, sólo son susceptibles del recurso de reposición".

Así las cosas, resultando diamantino que la providencia en la que la señora Juez Sexto de Brigada con funciones de Ejecución de Penas del Ejército Nacional denegó la petición del beneficio de prisión domiciliaria transitoria con fundamento en el Decreto 546 de 2020 no es susceptible del recurso de apelación por cuanto en el mismo decreto sólo se contempló procedente el de reposición como fuere decantado a espacio y suficiencia *ut supra*, al igual que evidenciándose prístino que la no consagración de aquel recurso respecto de la decisión relativa al procedimiento para hacer efectiva la prisión domiciliaria transitoria en tratándose de personal condenado a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario es facultad del legislador y por manera alguna puede reputarse como contraria a la Constitución Nacional y menos aún que apareje mácula a la carta axiológica Colombiana, dispondrá este Tribunal Superior Militar y Policial inadmitir el recurso de hecho incoado por la doctora CFGR, Procuradora 241 Judicial Penal, orientado a que se le conceda el negado recurso de alzada, y, en consecuencia, se ordenará la remisión de la presente actuación al aludido despacho de instancia para que forme parte del expediente y se continúe con el trámite procesal a que haya lugar. **(Rad. 159300 del 03 de julio de 2020, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

47. REVELACIÓN DE SECRETOS.

No necesita la producción de un resultado.

"Es un hecho cierto e incuestionable, como también lo concibe el recurrente, amén de estar suficientemente demostrado, que el SLP. ALCA encontrándose comprometido en desarrollo de la misión táctica No. 20 "FIERA" suministró información reservada y relacionada con los movimientos del personal comprometido en esa labor militar a un guerrillero conocido con el alias de "CUPER", integrante de la columna móvil "Libardo García" del entonces grupo armado ilegal FARC, a través del abonado telefónico 3117570031, el que fue interceptado y monitoreado por la sala de control telemático del CTI de la Fiscalía General de la Nación, previa orden judicial[342].

Comunicación que se dio a través de mensajes de texto que intercambiaron el 1° de febrero de 2012 el SLP. ALCA y "alias CUPER", de donde se pudo extraer lo siguiente: (...)

Aunado a lo anterior, en la comunicación sostenida el 16 de febrero de 2012, se

342 Folio 17 C.O.1

evidencia claramente que el SLP. ALCA ofrece información al referido integrante del entonces grupo armado ilegal FARC relacionada con la ubicación de la tropa acantonada en inmediaciones del sector Bajo Calima, así como de las órdenes dadas por sus superiores respecto de la posibilidad de arremeter contra el referido grupo subversivo al que pertenecía alias "CUPER", bajo los siguientes términos:

(...)

La precedente reproducción escrita del audio interceptado no fue desvirtuada, sino a contrario guarda afinidad con el contenido de los referidos mensajes de texto, en punto a los sitios por donde se movilizaría el personal militar destinado a la ejecución de la orden de operaciones "FIERA" emanada de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, y la entrevista ofrecida por el TC. JRVG, jefe de la sección de inteligencia de la misma unidad operativa menor, cuando manifestó que el BACOT3, unidad a la que pertenecía el procesado, fue agregado al Batallón de Alta Montaña No. 3 "***con el objeto de fortalecer las operaciones militares brindando la capacidad en profundidad hacia el norte con el departamento de Chocó, sector del rio aguaclara, y río calima***"[343] (subrayado fuera de texto).

(...)

Nótese como en diligencia de inquirir el sumariado admitió que durante los meses de enero a julio de 2012 perteneció al primer pelotón de la compañía "COBRA" del BACOT3, lapso durante el cual ***"andábamos en registro de operaciones andando por el sector bajo calima, el enemigo era la columna Móvil Libardo Garcia (…) íbamos en registro de operaciones por aguas claras (…)"***, lo que una vez más ratifica que, contrario a lo aseverado por el impugnante, la información suministrada por el procesado a alias ***"CUPER"*** guarda estrecha relación con la planeación, desarrollo y ejecución de la mencionada orden de operaciones, toda vez que la referida unidad fundamental en estricto cumplimiento del deber constitucional asignado a la Fuerza Pública tenía como misión principal, a partir del 1° de febrero de 2012, realizar maniobras de combate irregular sobre los sectores del Bajo Calima y río Agua Clara tendientes a garantizar y proporcionar la seguridad a la población civil de esa región, así como la infraestructura económica, por tanto, estaba dirigida contra aquel grupo al margen de la ley del que hacía parte el interlocutor al que le proporcionaba la información operacional reservada el ahora enjuiciado, afín a los movimientos del personal del Ejército comprometido en la orden de operaciones.

Consecuente con lo anterior, es evidente que con la conducta desplegada por el SLP. ALCA, sí se afectó el bien jurídico de la Seguridad de la Fuerza Pública, toda vez que puso en riesgo los intereses del personal que se encontraba desarrollando la

343 Folios 334 a 336 c.o.3.

misión táctica No. 20 "FIERA", máxime que con ese comportamiento sacó de la esfera de reserva el contenido de la información, que hasta ese momento era desconocida o se mantenía oculta por razones de seguridad, para divulgarla clandestinamente a un guerrillero perteneciente a la columna móvil "Libardo García" de la entonces organización armada ilegal FARC, contra quien iba dirigida la operación previamente planeada. Por lo que aseverar que la información suministrada por el enjuiciado al miembro de las FARC era irrelevante para el desarrollo de la operación deviene en irracional, puesto que la tropa contaba con órdenes legítimas de operar sobre un territorio determinado y contra ese objetivo definido, acto que da cuenta de la entidad de la información operacional entregada por el encausado.

En esas condiciones, a diferencia de lo planteado por el censor y en completa correspondencia con lo expuesto por el representante del Ministerio Público en su concepto, resulta claro que el delito de revelación de secretos no exige para su configuración de la presencia de un resultado lesivo, en tanto este halla tipicidad objetiva por el solo hecho de revelar documento, acto o asunto concerniente al servicio que registre clasificación de reservado, secreto o ultra secreto. Por esa razón, en relación con su contenido corresponde a un delito de mera conducta, puesto que determina como reato el comportamiento del agente independientemente de sus consecuencias por cuanto el legislador consideró que la simple amenaza al bien jurídico de la Seguridad de la Fuerza Pública ocasiona que la ejecución de ciertas conductas sea considerada como punible, constituyéndose, además, en un delito de peligro en relación con el bien jurídico tutelado.

Luego, dada la importancia operacional de la información entregada por el enjuiciado al enemigo contenida en la orden fragmentaria No. 020 "Fiera" a la orden de operaciones "Escudo" del Batallón de Alta Montaña No. 3 "Dr. Rodrigo Llorera Caicedo" del Ejército Nacional[344], relacionada con la posición de las tropas en el terreno, que resultaba sensible para el éxito del objetivo militar establecido por la unidad táctica atinente a la captura o neutralización del cabecilla de la columna móvil "Libardo García" de las FARC, indudablemente determinaba un nivel de clasificación, dado que comportaba información pública reservada[345], por cuanto tenía relación con la defensa y seguridad nacional conforme lo establece la Ley 1712 de 2014, lo que le imponía la clasificación de "secreto"[346]. Información que

344 Folios 85 a 95 CO. 1.

345 Ley 1712 de 2014, artículo 6, literal d. "Información pública reservada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley.

346 Ley 1712 de 2014, Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:
a) La defensa y seguridad nacional;

resultaba valiosa para el grupo insurgente del que hacía parte precisamente ***alias*** "CUPER", al punto que no se limitaba a señalar los lugares en que se desplegaría las unidades de combate del Ejército Nacional, sino además, a la maniobra de emboscada que se ejecutaría por el bajo Calima[347], así como al conocimiento de las tropas frente a la ubicación de los campamentos insurgentes y a la descripción física de la persona que serviría de orientador en el terreno[348].

Ahora, aunque la entrega de dicha información no determinó la producción de ataques con resultados lesivos para las tropas del Ejército Nacional, permitió que el grupo armado ilegal lograra evadir oportunamente el accionar de la Fuerza Pública, como lo precisó el perito militar que estableció frente a este aspecto: ***"El fracaso de la operación se genera debido a que desde el 01 de febrero del año en mención, fecha que inicia la misión táctica, el SLP. ALCA alerta a alias CUPER sobre una "operación grande" dirigida a la ubicación de campamentos y principalmente al cabecilla alias Reinel que reemplazó a alias Marlon, información que coincide con la información suministrada por el oficial de inteligencia de la Tercera Brigada en cuanto enemigo se refiere y por tanto hace que las estructuras que se encontraban sobre el Rio Calima y Rio Agua Clara efectuara retirada y cambios posición previo a la llegada de las tropas, dejando vislumbrar la veracidad de la información revelada por integrantes*** de ***la Fuerza Pública al Cabecilla de Milicias de la Estructura"***[349].

Por tanto, resulta insuficiente la tesis de la defensa para sostener que la conducta desplegada por el enjuiciado se torna atípica, puesto que poco interesa en la labor de adecuación típica la manera en que ALCA tuvo acceso a la información, puesto que lo cierto es que se encuentra demostrado que en procura de obtener un provecho patrimonial ilícito éste entregó a un miembro del grupo armado ilegal información contenida en la orden de operaciones, pese a que era conocedor del obrar antijurídico que ello suponía, como lo señaló en las comunicaciones telefónicas interceptadas por la Fiscalía General de la Nación[350]. "**(Rad. 157530 del 03 de diciembre de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

---

b) La seguridad pública;
c) Las relaciones internacionales;
d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;
e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;
f) La administración efectiva de la justicia;
g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;
h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país.
i) La salud pública".

347 Folio 43 a 47 CO.1.

348 Folio 47 CO. 1.

349 Folio 894 CO. 5.

350 "(...) pero que ahí el se está quemando con esos manes, que en caso de algo lo pueden meter a la cárcel, que en caso de algo lo miren en alguna vuelta pide la baja y se va (...)" folio 46 C.O.1.

• • • •

48. SENTENCIA.

Error aritmético e irreformabilidad en la jurisdicción castrense.

"El artículo 335 de la Ley 522 de 1999, norma procesal aplicable al presente evento en razón a que el sistema procesal de tendencia acusatoria no ha sido implementado en la jurisdicción foral, establece que excepcionalmente la sentencia puede ser corregida, aclarada o adicionada, de oficio o a petición de parte, en caso de error aritmético, sobre el nombre del procesado o por omisión sustancial en la parte resolutiva, siempre y cuando no se encuentre debidamente ejecutoriada.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido como factor limitante al principio de irreformabilidad de la sentencia al error aritmético, en tal virtud lo ha definido como el resultante de una equivocada operación aritmética, llámese sumas, restas, multiplicaciones y divisiones[351], es decir, es ***"aquel que surge de un cálculo meramente aritmético cuando la operación ha sido erróneamente realizada***[352]***"***. Así mismo, ha señalado respecto de su corrección:

> ***"Si la modificación pretendida compromete, por cualquier motivo, los fundamentos fácticos o jurídicos del fallo, no se está entonces en presencia de un error de esta naturaleza, sino de uno in iudicando, susceptible solo de ser corregido por la vía de los recursos"***[353].

Frente al caso concreto, verificada la sentencia de fecha 4 de octubre de 2017[354], en lo referente a la dosificación punitiva, se tiene que la falladora precisó:

(…)

Por su parte, el recurrente estimó que la Juez A quo cometió un error aritmético, para lo cual señaló:

> ***"El Fallador no realizó el cálculo exacto, no realizó la operación matemática como ha debido hacerla, en su decisión erro al momento de la dosificación, al momento de acomodar los números, lo que hace que la pena a imponer sea superior de manera significativa frente a la ya acordada al momento de darse la aceptación de cargos por parte del señor EAVM. Sencillamente ha debido partir de la pena mínima del delito mayor entidad y simplemente***

351 Corte Suprema de Justicia, sentencias de octubre 30 de 1991, MP. Dídimo Páez Velandia y, diciembre 13 de 1994, MP. Jorge Carreño Luengas.

352 Sentencia T-875 de 2000, MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

353 . Corte Suprema de Justicia. radicado 10.341, septiembre 23 de 1998, M. P., Fernando Arboleda Ripoll.

354 Cuaderno original 2, folios 212-233.

sumarle hasta otro tanto por el otro delito (concurso de delitos).

El principio de Legalidad, debemos entender que la pena a imponer debe ser la señalada por la ley, y es obligación de los jueces, corregir las sentencias impuestas para que sean ajustadas a esta, de lo contrario son sentencias ilegales y carentes de aplicabilidad"[355].

En esas condiciones, se puede colegir que el reclamo se soporta en que la falladora se equivocó al establecer la pena mínima para el delito de abandono de puesto lo que determinó una inadecuada dosificación punitiva para el concurso de delitos, así mismo, indicó que la pena impuesta no fue la acordada al momento de aceptarse los cargos por parte del condenado, por lo que estimó quebrantado el principio de legalidad de la pena a su prohijado.

En esas condiciones, la Sala estima que el recurrente se equivoca al indicar que existió un error aritmético al momento de efectuarse la dosificación punitiva por parte de la Juez Sexta de Brigadas del Ejército Nacional, puesto que, además de olvidar precisar la operación aritmética que, en su criterio, erradamente realizó la falladora, contradictoriamente reclama vulnerado el principio de legalidad de la pena por considerar equivocada la dosificación punitiva y entender incumplido el preacuerdo al que se llegó con la fiscalía, temas que ninguna relación tienen con operación matemática alguna.

Así las cosas, el equívoco del que adolece la sentencia condenatoria pregonado por el recurrente, lejos de corresponder a un error aritmético compromete los fundamentos facticos y jurídicos de la sentencia, en tanto tienen relación con la labor de dosificación punitiva, el desconocimiento de preacuerdos con la fiscalía y la vulneración del principio de legalidad de la pena en criterio del propio defensor, razón por la cual corresponden a un error *in iudicando*, susceptible de ser corregido por la vía de los recursos ordinarios, que en este caso no fueron ejercidos por los sujetos procesales.

Por otro lado, a diferencia de lo establecido en el artículo 412 de la Ley 600 de 2000, que permite al juez modificar, aclarar o adicionar la sentencia en cualquier tiempo siempre y cuando se presente un error aritmético, sobre el nombre o una omisión sustancial[356], el artículo 335 del Código Penal Militar dispone que las referidas modificaciones solo pueden surtirse dentro del término de ejecutoria de la sentencia, lo que imposibilita que una vez cobrada firmeza el fallo, como en este caso, pueda el Juez Colegiado modificarlo dada las condiciones de irrevocabilidad e

355 Cuaderno original 2, folio 260.

356 Corte Suprema de Justicia, Auto del 12 de mayo de 2004 y Auto del 19 de enero de 2005, radicados 18.489 y 21.346.

irreformalidad que adquiere".

"…La irreformabilidad de la sentencia en el proceso penal militar.

La jurisdicción penal militar, cuyo origen deviene del artículo 221 de la Constitución Política[357], constituye una excepción al principio del juez natural[358], razón por la cual tiene su propio ordenamiento penal en atención a los sujetos a quienes está destinada, los bienes jurídicos que protege, así como el procedimiento a aplicar, respetando y desarrollando, eso sí, los principios y valores constitucionales[359], por lo que difiere del régimen ordinario, tanto en los tipos penales de contenido castrense o funcional como en las sanciones que se imponen. No obstante, en virtud del principio de integración, en los eventos en que la materia no se encuentre expresamente regulada en la codificación especial, se pueda acudir al código ordinario, procesal penal, civil o procesal civil u otros ordenamientos cuando el asunto no se oponga a la naturaleza del régimen penal militar.

Respecto a la especialidad de la ley penal militar, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria se ha pronunciado, en los siguientes términos:

(…)

Entendido lo anterior, es preciso acotar que el artículo 335 de la Ley 522 de 1999, establece que la sentencia debidamente ejecutoriada es irreformable e irrevocable, para ello la citada norma determina:

Ley 522 de 1999. Artículo 335. "Irreformabilidad de la sentencia. La sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, salvo en caso de error aritmético, o sobre el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutiva. En cualquiera de estos casos el juez, de oficio o a petición de parte, dentro del término de ejecutoria procederá a efectuar las correcciones, aclaraciones o adiciones pertinentes".

357 El artículo 221 de la Constitución Política, señala: "De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.
En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario."

358 Sentencia C-429-01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

359 Corte Constitucional Sentencia C-1068 del 10 de octubre 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Condición que impide que en firme la sentencia sea susceptible de ser revocada o corregida, precisamente porque ejecutoriado el fallo alcanza la condición de cosa juzgada al haberse emitido por el Estado un pronunciamiento irreversible, por lo que adquiere el carácter de inmutable, definitiva, vinculante y coercitiva, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ella no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir nuevo pronunciamiento.

Efectos que se imponen no por voluntad del funcionario judicial sino por mandamiento constitucional y legal en procura de la seguridad y estabilidad de las decisiones judiciales[360]. Muestra de ello corresponde a lo establecido por el artículo 29 de la Constitución Política y, particularmente, en el artículo 14 de la Ley 522 de 1999, reproducido en el artículo 192 del nuevo Código Penal Militar de 2010, que señala: *"El procesado, condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, o en providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, salvo las excepciones legales previstas respecto de la acción de revisión".*

Bajo ese panorama, resulta claro que, el 4 de octubre de 2017, la Juez Sexta de Brigada profirió sentencia condenatoria en contra del SLR. EAVM por los punibles de deserción en concurso con abandono del puesto, imponiéndole una pena de veintitrés (23) meses de prisión, en virtud a la aceptación de cargos. Fallo que fue notificado personalmente al defensor, fiscal y al representante del Ministerio Público[361] y de manera supletoria al procesado[362], sin que contra este se hubiera interpuesto recurso alguno por lo que cobró ejecutoria el tres (3) de noviembre de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 362 de la Ley 522 de 1999[363].

En esas condiciones, la sentencia ejecutoriada resulta inmodificable por la vía del rito penal militar, en tanto el digesto punitivo castrense, aplicable al caso concreto, regula íntegramente la forma y oportunidad para efectuar correcciones, aclaraciones o adiciones a la sentencia, indicando que estas solo proceden por error aritmético, en el nombre del procesado o por la omisión sustancial en la parte resolutiva, eventos que no corresponden al aquí producido como antes se estableció. Así mismo, el

360 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de agosto de 2015, Rad. 43.267, MP. Eugenio Fernández Carlier.

361 Cuaderno original 2, folio 236.

362 Cuaderno original 2, folio 237.

363 Ley 522 de 1999. TITULO SEXTO. ACTUACION PROCESAL CAPITULO V DE LOS RECURSOS. RECURSO DE APELACIÓN Formas de interposición. Oportunidad y modo de interponerla. "Artículo 362. Las apelaciones se interpondrán así: Contra los autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes".

artículo 335 de la citada disposición establece que la corrección, aclaración o adición solo puede efectuarse mientras el fallo no haya cobrado ejecutoria, norma que en virtud al principio de especialidad normativa[364], determina que ni el juez de instancia que profirió la decisión ni esta Corporación están facultados para hacer u ordenar modificación alguna de la citada decisión condenatoria[365].

El ordenamiento penal militar tiene previsto, en su artículo 335, un término perentorio para realizar las correcciones, aclaraciones o adiciones que sobre error aritmético, en el nombre del procesado u omisión sustancial en la parte resolutiva se presenten en la sentencia, puesto que es innegable que el juez puede estar compelido a cometer errores[366], yerros que podrán ser corregidos dentro del término de ejecutoria, pero no posterior a ella cuando por negligencia o incuria la defensa dejó vencer los términos para el efecto, pretendiendo ahora subsanar su propio yerro cuando ya no es posible a través de este mecanismo.

En ese orden de ideas, resulta fácil concluir que si el accionante estaba interesado en reprochar el quebranto del principio de legalidad de la pena que en su sentir considera vulnerado con la sentencia, tuvo la posibilidad de recurrir el fallo de primera instancia a través del recurso de alzada y, eventualmente, en sede del extraordinario recurso de casación por ser el ámbito propicio y natural para ello. Sin embargo dejó fenecer los términos para acudir a los recursos que la ley le otorgaba, por lo que una solicitud en ese sentido a esta altura procesal resulta improcedente bajo el marco del proceso penal en virtud de principios como el de preclusividad de los actos procesales y el de cosa juzgada.

Omisión atribuible al propio recurrente que permitió que el fallo condenatorio cobrara firmeza, situación que no puede subsanarse posteriormente, como lo pretende el togado, en consideración a que el artículo 335 de la Ley Penal Militar impide dicho cometido, razón por la cual resulta inadecuado intentar revivir la oportunidad procesal que feneció en silencio, con la pretensión de acudir a un supuesto que no se cumple

364 Corte Suprema de Justicia, radicado 44662, marzo 25 de 2015. MP. Patricia Salazar Cuellar.

365 "La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. (...) De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio". Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

366 "Ante la verdad, inconcusa e insoslayable, de ser el juez un hombre falible, el legislador estatuyó una serie de instrumentos con el objeto de reparar, de ser el caso, los diferentes yerros en los que pueda incurrir el director del juicio, tales como los recursos, las aclaraciones, correcciones o adiciones de las providencias" CSJ, Sala de casación laboral, radicación 29416, agosto 14 de 2007, MP Isaura Vargas Díaz.

en el presente evento, como antes se advirtió, aspirando a sustituir el mecanismo defensivo dispuesto por el legislador al interior de la actuación judicial adelantada y culminada en contra de su defendido.

Por tanto, como el recurrente desechó la oportunidad de interponer los recursos procedentes como lo era el de apelación y, eventualmente, el extraordinario de casación previsto a su favor a efectos de debatir la pena atribuida no puede pretender ahora suplirlo a través de una solicitud, por lo demás extemporánea, ante el juez de ejecución de penas.

Por lo demás, la delegada del Ministerio Público ante el ad quem, acertadamente precisó que conforme lo dispone el artículo 335 del códice penal militar no es posible realizar corrección o adicción alguna a la sentencia de fecha 4 de octubre de 2017 por encontrarse ejecutoriada. Igualmente entendió que el error enunciado por la defensa no es aritmético, por cuanto no hubo ninguna equivocación en las operaciones matemáticas realizadas por la falladora de primer grado. Señalando, además, que fueron los sujetos procesales quienes dejaron vencer los términos para interponer los recursos correspondientes a fin de que fuera la segunda instancia quien modificara la pena.

Sin embargo, indicó que la omisión del defensor, determinó la existencia de una situación violatoria al principio de legalidad de la pena, por lo que solicitó a la Corporación ordene al Juzgado Sexto de Brigada realizar los ajustes necesarios para adecuar la dosificación punitiva realizada, con el fin de evitarse un exceso ritual manifiesto que sacrifique el principio de prevalencia del derecho sustancial.

Solicitud que la Sala encuentra improcedente de conceder al interior del proceso castrense, como antes se anotó, puesto que la distinguida representante de la Procuraduría no estableció la forma o manera en que el Colegiado pudiera modificar la sentencia ejecutoriada en desconocimiento de lo establecido por el artículo 335 del Código Penal Militar, en razón a que la sentencia proferida por la Juez Sexta de Brigada del Ejército Nacional por medio de la cual se condenó al SLR. EAVM hizo tránsito a cosa juzgada formal y materialmente, lo que le impide que sea revocada o modificada por el juez que la profirió o por la segunda instancia[367], salvo

367 "8. Como ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, un juez de la República que acude a la facultad que le confiere el artículo 310 del C. de P.C. para modificar los fundamentos fácticos o jurídicos de una providencia, está actuando al margen de su competencia. En estos eventos, nada obsta para que la parte afectada pueda hacer uso de los mecanismos que establece la ley para la defensa efectiva de sus intereses dentro del proceso. Sólo en el caso en el cual la decisión no sea susceptible de control judicial ordinario, sería procedente la acción de tutela contra el respectivo auto. En efecto, en casos como estos, la providencia estaría afectada por un grave defecto orgánico, pues el juez carecía de competencia para proferirla. No obstante, para que la acción de tutela pudiera ser concedida, sería necesario, adicionalmente, que la falla orgánica tuviera un resultado claramente nocivo para los intereses o derechos de la parte comprometida con la nueva decisión. Ahora bien, ya se sabe que la acción de tutela no es un mecanismo que sirva para suplantar los medios ordinarios de defensa o para remediar la negligencia o incuria de la parte que ha dejado de acudir a aquellos en procura de sus derechos. En consecuencia, si aun existiendo una vía de hecho, se comprueba que el sujeto afectado dejó de utilizar los mecanismos ordinarios

que se presente un recurso de revisión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos para que prospere" …" **(Rad. 158895 del 02 de julio de 2019, M.P. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

• • • •

49. SOLICITUDES PROBATORIAS.

Carga argumentativa del peticionario.

"Con tal propósito, cabe enfatizar, como se ha hecho en anteriores oportunidades y se itera en el presente pronunciamiento con afincamiento en los precedentes jurisprudenciales traídos a colación párrafos atrás, que en tratándose de las solicitudes probatorias, incumbe al sujeto procesal que postula el decreto y práctica de un determinado medio suasorio, justificar la pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad del mismo, teniendo por lo tanto que indicar de manera argumentada pero precisa y concisa, cuáles son los elementos de convicción sobre los que gravita su petición, qué pretende probar con los mismos, cuál es su fuerza y eficiencia demostrativa respecto de la circunstancia de hecho o de Derecho que pretende probar, cuál es la relación con el *thema probandum* que se ventila en autos y qué utilidad reporta su ordenación y práctica para la administración de justicia, en tanto le permitirá arribar al grado de certeza propio de la etapa procesal en que tiene lugar la solicitud y cuál es su incidencia en las etapas subsiguientes del proceso.

Entorno a este particular tópico, ha decantado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que es carga obligatoria de la parte que demanda la práctica de pruebas, explicitar los hechos que pretende demostrar y su conexión con la conducta que se imputa, y que, de no hacerlo, se impone para el funcionario su rechazo en tanto ello torna nugatorio el juicio de conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de convicción peticionados.

(…)

En orden a la resolución del recurso de alzada, desde ya habrá de decirse que lo previamente reseñado evidencia que el respetado defensor obvió argumentar la incidencia de las pruebas solicitas en los hechos objeto de la presente pesquisa penal, la utilidad que ello reportaba para la administración de justicia y su fuerza y eficiencia demostrativa en punto al cumplimiento de los fines del sumario, específicamente a la determinación o al desvirtuamiento del compromiso penal del CS. JFFT en la comisión de los hechos investigados. Omisión retórico demostrativa que también habrá de predicarse en punto a la aptitud suficiente que tienen las

de defensa, la tutela no podría proceder". Corte Constitucional, Sentencia T-875 julio 11 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

pruebas que depreca para demostrar las circunstancias relativas a la comisión de la conducta punible investigada, los factores exógenos y endógenos que incidieron en la misma, y, asimismo, las circunstancias que pudieren explicar a la luz del Derecho la violación de la ley penal e incluso las que pudieren, como fue acotado ut supra, avalarla.

Omisión dialéctica, sólo atribuible al profesional del Derecho que detenta la defensa técnica del empapelado, apóstata del principio de sustentación suficiente[368] que le obligaba a evidenciar por vía de una dialéctica[369] argumentativa lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, que las pruebas solicitadas aglutinaban los presupuestos explicados a espacio y suficiencia párrafos atrás, que indefectiblemente lleva a la Colegiatura a confirmar la abstención que al respecto hiciere la Juez Cuarta de Brigada del Ejército Nacional, conllevando ello, como consecuencia lógica, a la confirmación del auto adiado 22 de agosto de 2017 por ella proferido.

Determinación que no se erige en óbice para apuntalar que palmar se evidencia que algunas de las peticiones probatorias enarboladas por el defensor del procesado, como bien lo resaltara el respetado representante del Ministerio Público ante esta instancia en su concepto de rigor, son un soterrado esfuerzo por reabrir etapas ya superadas que van en contravía del principio de preclusión de los actos procesales[370], ello en tanto, se habrá de rememorar, solicitó la aducción de una serie de documentos para apalancar diversas nulidades que fueron estudiadas en su debida oportunidad por la Fiscalía Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial e incluso en fallo de tutela proferido por la Honorable Corte Suprema de Justicia obrante en el cartulado[371], circunstancia que impone a la Colegiatura recordar que el artejo 210 del *códex* castrense de 1999 preceptúa que *"Las personas que intervienen en el proceso penal militar están en él deber de obrar con absoluta lealtad con los restantes sujetos procesales e intervinientes en el proceso"*, a la par que apuntalar que parte del debido proceso también es que los sujetos procesales se abstengan de llevar a cabo actos de parte que aparejen una dilación injustificada del trámite[372], naturalmente sin perjuicio del legítimo ejercicio

368 El principio de razón suficiente, también denominado de sustentación suficiente, impone que la fundamentación para cada censura ha de bastarse a sí misma para lograr la infirmación total o parcial de la decisión. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 30822, marzo 10 de 2009, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA y auto octubre 02 de 2013, radicación No. 42311, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

369 El método dialéctico se puede describir como el arte del diálogo. Un debate en el que se investiga la verdad mediante el examen crítico de las percepciones y teorías, mediante el intercambio de proposiciones (tesis) y contra-proposiciones (antítesis), resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final (conclusión).

370 Cfr. Tribunal Superior Militar y Policial, auto marzo 14 de 2018, radicación No. 158700, allí se precisó el alcance de este principio con apalancamiento en decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, específicamente las sentencias de marzo 20 de 2003, radicado No. 19960 y marzo 15 de 2008, radicado No. 30107.

371 Folios 760 a 775 C.C. 4.

372 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto noviembre 10 de 2010, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

del derecho a la defensa de sus pretensiones, al punto que la Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado, contempla ello como falta disciplinaria" **(Rad. 156795 del 06 de diciembre de 2019, M.P. CN (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

50. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS CULPOSOS (Lesiones)

Procedimiento para calcularlo.

"Por ello, se estima menester iniciar por referirnos al argumento defensivo de haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción, aspecto sobre el cual desde ya se anuncia no tiene vocación de éxito, por las razones que se pasan a exponer.

Los hechos por los cuales se impulsa la presente actuación sumarial tuvieron ocurrencia el 20 de julio de 2011 en Cali –Valle del Cauca-, según consta en las fojas, cuando en desarrollo de un procedimiento policial MTCP resultó lesionado en el tercio medio distal de la pierna izquierda por impacto de arma de fuego que le ameritó una incapacidad médico legal definitiva de treinta y cinco (35) días, con secuelas medico legales de deformidad física de carácter permanente[373], lo que originó que luego de agotada la etapa investigativa la Fiscalía 149 Penal Militar acusara al hoy SI. LAF como autor del delito de lesiones personales en modalidad culposa.

Pues bien, el Código Penal vigente para la fecha de los hechos –Ley 599 de 2000- consagró en el artículo 111 el delito de lesiones personales, que reza: *"El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes. (…)".*

A su turno, el canon 112 *ibídem*, previó: "*Incapacidad para trabajar o enfermedad. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si pasare de noventa (90) días, la pena será de dos (2) a cinco (5) años de prisión y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes."*[374].

373 Folio 79 del C.O. 1.

374 Texto original de la Ley 599 de 2000, posteriormente modificado por el artículo 14 de la Ley 80 de 2004.

Por su parte, el artejo 113 de la misma obra, estableció: *"Deformidad. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte."*[375].

Y, finalmente, el artículo 120 de la obra comentada, dispuso: *"El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes. Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego se impondrá igualmente la pena de privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de uno (1) a tres (3) años.".*

Las disposiciones que se vienen de citar fueron el marco jurídico de imputación sobre el cual la Fiscalía 149 Penal Militar acusó al SI. LAF, y es entonces a partir de tales normas que la Sala explicará por qué razón la acción no ha prescrito.

Iniciemos por recordar que el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, norma sustantiva vigente y aplicable, estableció que *"La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años.*

PARÁGRAFO. Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal Ordinario para las conductas punibles cometidas por servidores públicos."

Si ello es así, necesario es determinar cuál es el máximo de la pena fijada en la ley para el delito de lesiones personales culposas con deformidad física de carácter permanente.

Ya habíamos visto que el inciso segundo del artículo 113 del Código Penal fijó como máxima pena para dicha conducta, 7 años de prisión y multa de 36 salarios mínimos legales mensuales vigentes; sin embargo, como la modalidad de la conducta imputada es culposa, el mismo estatuto de las penas, como ya se vio, previó entonces que dicha pena será disminuida de las cuatro quintas a las tres

375 Texto original de la Ley 599 de 2000, posteriormente modificado por el artículo 2 de la Ley 1639 de 2013.

cuartas partes.

Ahora bien, ¿cómo operaría la disminución de las dos proporciones antes anotadas, para determinar con precisión el máximo de la pena? Para ello es mandado acudir a lo reglado en el artículo 60 de la Ley 1407 de 2010, que en su numeral 5 estableció: *"Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.".*

Así las cosas, al mínimo de la pena establecida para la anotada conducta punible, 2 años, se le debe aplicar la máxima proporción, es decir, las 4/5 partes, y al máximo de la pena, esto es 7 años, la mínima proporción, es decir, las 3/4 partes, el resultado aritmético es el siguiente:

• 2 años (720 días) disminuidos en las 4/5 partes = ***144 días***, que corresponderá a la pena mínima.
• 7 años (2520 días) disminuidos en las 3/4 partes = ***630 días*** (1 año y 9 meses de prisión), que vendría a ser la pena máxima a imponer.

Precisado en este caso, el máximo de la pena a imponer para el delito de lesiones personales culposas con deformidad permanente es inferior a 5 años, lo que significa que este guarismo es el punto de partida para determinar el momento en que ocurriría la prescripción de la acción, dado que, como lo estableció la norma, en ningún caso ésta podrá ser inferior a cinco años, lo que aunado a lo estatuido en el parágrafo del artículo 76 de la Ley 1407 atrás reseñado, que para los delitos comunes previó que *"la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal Ordinario para las conductas punibles cometidas por servidores públicos"*, obligado conlleva verificar este estatuto, en el que en el tercer inciso del canon 83, se reglamentó que: *"Inciso modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 del 121 de julio de 2011. El nuevo texto es el siguiente:" Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores."*

En conclusión, vemos que el término de prescripción en este asunto es de 7 años y 6 meses, en consideración a que a los 5 años que es el término de partida, como atrás se explicó, se le deberá hacer el incremento de la mitad consagrado en la norma antes referida, por tratarse de una conducta punible cometida por servidor público, lo que nos arroja el resultado ya visto.

Así las cosas, el fenecimiento de la facultad investigativa del Estado, por virtud

del fenómeno prescriptivo, en la etapa instructiva ocurriría el 20 de enero de 2019, atendiendo el tipo de delito investigado –ejecución instantánea-, de no ser porque tal término ya fue interrumpido con la ejecutoria de la resolución de acusación[376], acto procesal que tuvo ocurrencia el 9 de septiembre de 2016[377], momento desde el cual debe iniciarse a correr un tiempo igual al ya señalado[378].

En suma, es nítido como se viene de expresar, que no le asiste la razón a la defensa cuando alega que en este caso particular ha operado el fenómeno prescriptivo." **(Rad. 158843 del 10 de abril de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ)**

• • • •

51. TÉRMINO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

Inaplicabilidad por principio de favorabilidad de la Ley 906/04. La norma aplicable es la contenida en la Ley 522/99.

"Bajo el marco dogmático esquematizado en precedencia, la Sala deberá concentrar su esfuerzo en el problema jurídico planteado, que se centra en determinar si el término prescriptivo en el presente evento corresponde al señalado en el parágrafo segundo del artículo 292 de la Ley 906 de 2004.

Para el efecto, se debe recordar que en este momento yace la coexistencia de dos procedimientos, el consagrado en la Ley 522 de 1999, escritural y de corte inquisitivo, y el dispuesto en la Ley 1407 de 2010, oral y de tendencia acusatoria, aunque, solo es aplicable a todos los casos que se surtan en esta jurisdicción hasta tanto no se produzca la implementación de la nueva sistemática, el previsto en la primera norma. Por tanto, si se pretende aplicar una regulación que se estima más benigna, contenida en alguna de las dos disposiciones, debe hacerse respetando las reglas que permiten hacer efectivo el principio de favorabilidad.

Esta situación implica que las normas que regulan lo concerniente al instituto de la prescripción de la acción penal sean las contenidas en los artículos 83 y siguientes del código penal militar de 1999, dado que la aplicación de la nueva normatividad determina el empleo de elementos propios del esquema procesal oral de tendencia acusatoria que no registran un instituto similar en la ritualidad actualmente aplicable, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia, cuando indicó:

376 Ley 522 de 1999, artículo 86.

377 Folio 542 del C.O. 3

378 Ello en virtud a que según lo estipulado en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, en ningún caso el término de prescripción podrá ser inferior a 5 años, al que se le deberá aumentar la mitad por mandato expreso del parágrafo del mencionado artículo, en armonía con el inciso 6 del artículo 83 del Código Penal.

"Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contenidos en la Ley 522 de 1999, lo cual por demás patentiza este asunto, haciendo de paso evidente que en ese sentido la demanda carece de fundamento al pretender vulnerado el axioma de legalidad.

(…)

En consecuencia, si los procesos se tramitan bajo las formas previstas en el anterior Código Penal Militar mientras no se implemente el sistema penal acusatorio, por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Luego la aplicación del artículo 76 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, norma que ciertamente es más favorable en la medida en que establece un lapso prescriptivo para el delito de deserción de un año mientras que la Ley 522 lo determinaba en dos, resulta posible a condición, se reitera, de que no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar"[379].

Bajo ese entendido, resulta inobjetable que la norma llamada a regular el fenómeno prescriptivo en los procesos que adelanta actualmente la jurisdicción castrense es la contenida en la Ley 522 de 1999, puesto que la Ley 1407 de 2010 introdujo hitos procesales para establecer la interrupción de la prescripción que no son aplicables a la ritualidad de corte inquisitivo, como corresponde a la formulación de la imputación que no tienen un instituto similar dentro del procedimiento establecido en el Código Penal Militar de 1999.

Recuérdese que la prescripción de la acción penal conforme a los lineamientos de la Ley 522 de 1999, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero que en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni superior a veinte (20) años, salvo en el delito de deserción. Así mismo, la norma contempla que el término prescriptivo de la acción penal se desarrolla en dos momentos: el primero, que se contabiliza desde el día de la consumación de la conducta, en los punibles de ejecución instantánea, o desde la perpetración del último acto, en los delitos tentados o permanentes, interrumpiéndose con la ejecutoria de la resolución de acusación. El segundo término prescriptivo que,

379 CSJ, Radicado 45632 del 15 de julio de 2015, MP. Luis Guillermo Salazar Otero.

corresponde a la mitad del arriba señalado pero que no puede ser inferior a cinco años, tiene inicio con la ejecutoria de la pieza acusatoria y solo se interrumpe cuando adquiere firmeza la sentencia.

8.3- Entendido lo anterior, dentro de los procesos regulados bajo la ritualidad contemplada por la Ley 522 de 1999, no es posible en virtud del principio de favorabilidad aplicar normas que rigen un esquema procesal distinto como el acusatorio, puesto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que para la aplicación del principio de favorabilidad ya sea en temas de sucesión de leyes, tránsito de leyes o coexistencia de las mismas se deben cumplir tres condiciones, a saber: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable[380].

Requisitos que no se cumplen en el presente evento, puesto que la prescripción en los esquemas procesales de tendencia inquisitiva y acusatoria registran presupuestos jurídicos procesales diferentes y la aplicación de las reglas contenidas en uno de los esquemas procesales en el otro resquebrajaría su naturaleza, situación que la propia Corte Suprema de Justicia dilucidó, al señalar:

"Con la expedición de la Ley 1407 de 2010, Nuevo Código Penal Militar, y la vigencia de la Ley 522 de 1999 (antigua codificación) se presenta el fenómeno denominado coexistencia de normas, de manera que para aplicar una u otra normatividad por virtud del principio de favorabilidad es necesario revisar detenidamente los dos sistemas para establecer si los institutos de los que se peticiona su aplicación en una y otra codificación son equivalentes. Como lo tiene sentado la Sala:

'…el concepto amplio que siempre ha manejado esta Corte Suprema frente a la aplicación del principio de favorabilidad, no puede conllevar a que, con su pretexto, se pueda invocar, por ejemplo, la aplicación íntegra del nuevo sistema procesal a un caso no cobijado por su vigencia, pues, de un lado, el principio de favorabilidad es predicable de cara a institutos contenidos en uno u otro método de juzgamiento –los contenidos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004- en tanto discurran coetáneamente, y, de otro, la igualdad sólo es predicable frente a individuos que se encuentran en condiciones similares, o mejor expresado, como el fin último de cualquier sistema procesal es el de servir de ámbito de garantía a los derechos del individuo, es claro que cada

380 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23700, M.P. Doctor Alfredo Gómez Quintero, 9 de febrero de 2009.

sistema por sí mismo contiene una estructura interna propia que materializa y desarrolla el catálogo de garantías fundamentales consagradas en la Carta Política.

(…)

De allí que la aplicación de la favorabilidad respecto de determinadas normas contenidas en la Ley 906 a casos regulados por la Ley 600, depende de la equivalencia de los respectivos institutos…'

2. En este evento, la Ley 522 de 1999 difiere de la 1407 de 2010, en cuanto cada una contiene distintas fases procesales y por tanto se modifica el procedimiento para administrar justicia militar, pues entre otras, las autoridades cambian sus roles, los sujetos procesales asumen distintas formas de participación, varía el sistema de aducción de pruebas, se modifican los términos en cada estadio procesal y por consiguiente los institutos jurídicos que las gobiernan se transforman sustancialmente.

3. Dentro de la nueva dinámica procesal de la Ley 1407 de 2010, al existir una fase pre procesal en la que los intervinientes se encuentran habilitados para recaudar elementos materiales de prueba con miras a esclarecer la noticia criminal, es claro que la fase de investigación sufre serias modificaciones, entre ellas la forma de contar los términos con los que cuentan para adelantar la investigación.

En tal sentido el artículo 444 del nuevo estatuto procesal consagra la formulación de imputación como 'el acto a través del cual la Fiscalía General Penal Militar comunica a una persona su calidad de imputado…', es decir, lo vincula a la investigación, siendo por tal razón que es a partir de tal momento que el término prescriptivo se interrumpe; situación que no se puede equiparar con la interrupción de la prescripción que opera en la Ley 522 de 1999, en los términos pretendidos por la defensa.

6. Nótese cómo las decisiones que en uno y otro sistema fijan los límites para la interrupción de la prescripción no guardan identidad, toda vez que en la Ley 522 de 1999, (artículo 86) aquél término se cuenta a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación (actuación con la que termina la instrucción, y se da inicio al juicio), en tanto que con la Ley 1047 de 2010, es con la formulación de la imputación (como forma de vinculación a la averiguación penal) que se interrumpe el termino de prescripción de la acción.

7. De ahí que esté llamada al fracaso la solicitud de la apoderada, pues para

apoyar su pretensión equiparó dos institutos jurídicos disímiles en cuanto que la audiencia de formulación de imputación que consagra la nueva normatividad, no puede parearse a la resolución de acusación del sistema procesal anterior, sencillamente porque el nuevo sistema también establece en sus artículos 481 y ss la audiencia de formulación de acusación, con lo cual no resulta posible la aplicación del principio de favorabilidad, en la medida en que el artículo 78 del nuevo Código Penal Militar no guarda similitud con ningún instituto de la estructura procesal que consagra la Ley 522 de 1999, que es la normatividad que regula este proceso"[381].

Por tanto, resulta equivocado pretender, como lo hace el censor, que dentro del procedimiento regulado por la Ley 522 de 1999, particularmente en lo relativo al fenómeno de la prescripción se aplique el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, puesto que, como antes se explicó, contiene institutos cuya operancia solo se produce al interior del esquema procesal de tendencia acusatoria por lo que su aplicación en la ritualidad de corte inquisitiva comporta la afectación de lo vertebral del sistema escritural, esto es, de aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizarían tanto sus postulados y finalidades como su sistemática.

Recuérdese que, el régimen inquisitivo se caracteriza por actuaciones esencialmente escriturales, las etapas de averiguación preliminar e investigación o instrucción las adelanta un funcionario judicial, juez de instrucción penal militar con facultades de investigador y de juez para limitar la libertad y otros derechos del procesado, allega pruebas, vincula mediante indagatoria al investigado, le resuelve la situación jurídica y, finalmente, remite el proceso a la fiscalía cuando estima que se ha perfeccionado esta fase[382].

La etapa de calificación de mérito del sumario la adelanta el fiscal penal militar quien, mediante decisión interlocutoria, una vez cumplidos los trámites propios de esta fase, valora el material probatorio y los argumentos expuestos por los sujetos procesales en los escritos precalificatorios, para luego optar por decretar la terminación del proceso mediante cesación de procedimiento o proferir resolución de acusación, decisión ésta, que es susceptible de apelación ante su superior funcional. Ejecutoriada la acusación remite el proceso al juez de conocimiento y el fiscal adquiere la condición de parte; la etapa del juicio la dirige el juez de conocimiento, quien debe decidir de fondo teniendo en cuenta las pruebas allegadas en las etapas anteriores.

Los rasgos esenciales y los institutos previstos en la citada legislación, también se hallaban consagrados en el anterior estatuto punitivo castrense Decreto 2550 de 1988, pues las fases de indagación previa e instrucción eran adelantadas por el juez

381 CSJ, Radicado No. 35517 del 06 de julio de 2011.

382 Salvada excepción de la Ley 1765 de 2015, artículo 97.

de instrucción y aunque la calificación del mérito del sumario la realizaba el juez de conocimiento, en esa etapa también se podía decretar cesación de procedimiento o convocar a consejo verbal de guerra, decisión ésta, con similares fines y objetivos a los de la resolución de acusación.

Conforme a lo anterior, es evidente que en una y otra codificación, se conserva la misma regulación, con similares presupuestos, trámite y finalidades, la indagación previa, la instrucción, la vinculación del imputado por medio de indagatoria o declaratoria de persona ausente, las medidas de aseguramiento, el cierre de la investigación y la acusación, actuaciones en que se afectan derechos mediante providencias interlocutorias judiciales susceptibles de los recursos ordinarios, conservando sistemas de procedimiento y estructurales similares con el mismo régimen inquisitivo, por lo que resultaban muy parecidos y hasta idénticos, contexto de fácil comparación para efectos del principio de favorabilidad, de ser éste procedente.

No ocurre lo mismo con la Ley 906 de 2004, pues con esta normativa no se produce un simple cambio de procedimiento en la jurisdicción penal, lo que hizo el legislador en esta sistemática fue transformar en forma total el sistema de procesamiento criminal, para situarlo en su justa dimensión con los postulados constitucionales y del derecho penal moderno, así como con las instituciones y forma de juzgamiento.

Es por ello que, el nuevo sistema previsto en la Ley 906 de 2004 de marcada orientación acusatoria, no es similar al contemplado en la Ley 522 de 1999, cuando menos en relación con el instituto de la prescripción, problema jurídico que concentra la atención de la Sala. Basta resaltar algunas de sus características para evidenciar las diferencias entre uno y otro procedimiento: una policía judicial que se encarga de adelantar la investigación dentro de un término definido, coordinada por un fiscal que no tiene facultades judiciales, no practica pruebas y todas sus actividades debe someterlas a control previo o posterior de un juez de garantías; institutos como el del allanamiento, los preacuerdos y las negociaciones, que apuntan a que la acción penal se reserve para ciertos casos, para finalmente llegar a un juicio oral adelantado ante el juez de conocimiento.

Luego, en términos generales podemos afirmar que, en el sistema acusatorio se distinguen dos fases, una etapa pre procesal cuya génesis es la noticia criminal y comprende una indagación, audiencia de formulación de la imputación, práctica de prueba anticipada, medidas de protección de víctimas y testigos, medidas cautelares, preclusión y aceptación de cargos y, una segunda fase ya procesal, donde encontramos la audiencia de formulación de la acusación, audiencia preparatoria, audiencia de juicio oral, concentrado, básicamente de partes, continuo y público, dentro de la cual se practican todos los medios de prueba acordados en la audiencia preparatoria, con inmediación del juez en forma ininterrumpida, en la que debe anunciarse el sentido

del fallo, audiencia de individualización de la pena, incidente de reparación integral y justicia restaurativa.

Aquí debe hacerse una precisión, la formulación de imputación de la Ley 906 de 2004, es el acto a través del cual la fiscalía comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez penal de control de garantías, mientras que la formulación de la acusación de la Ley 906 de 2004 es realizada en audiencia ante el juez de conocimiento, previa presentación del escrito de acusación, es el acto procesal mediante el cual se inicia la etapa de juicio.

Es evidente entonces, que entre la formulación de la imputación y la acusación, existen diferencias sustanciales, pues mientras la primera se produce ante el juez de control de garantías para dar inicio a la fase de instrucción, como un acto de comunicación; la segunda, es decir la acusación, se promueve ante el juez de conocimiento para dar inicio a la etapa de juicio, sin que exista identidad o similitud entre la formulación de la imputación prevista en el proceso de corte acusatorio, con la resolución de acusación de la Ley 522 de 1999. Por ello, no puede fundarse la interrupción del término de prescripción en la ejecutoria de ésta última, bajo el prurito de dar aplicación al principio de favorabilidad, asimilándola con la formulación de imputación de la Ley 906 de 2004, como lo equiparó el abogado defensor, pues se trata de actos procesales disímiles y con consecuencias procesales diversas." **(Rad. 158779 del 18 de febrero de 2019, M.P. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ).**

• • • •

52. TRIBUNALES SUPERIORES.

Son los encargados de establecer criterios hermenéuticos de interpretación frente a casos no revisados por los órganos de cierre.

"Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de sus respectivas jurisdicciones[383]. Y frente a los casos, que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores[384].

Bajo la concepción que existen dos tipos de precedentes con efectos vinculantes[385] y criterios hermenéuticos de interpretación, que son fijados por los tribunales para

383 Ver entre otras, T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-766 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio.

384 Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

385 Sobre precedente vertical y horizontal, se pueden consultar las sentencias T-441/10 y T-014/09.

los operadores judiciales de menor jerarquía judicial cuando los casos son objeto de pronunciamiento en segunda instancia y no son susceptibles de ser revisados por los órganos de cierre[386], como ocurre normalmente con los procesos que conoce este Tribunal Superior Militar y Policial, es dable concluir que por regla general el juez debe respetar el precedente establecido por las autoridades judiciales superiores[387] al momento de fallar un caso que presente similitudes fácticas y jurídicas con otros que hayan sido decididos previamente, ello en desarrollo de los principios de igualdad de trato, de seguridad jurídica, de confianza legítima y de buena fe, sin que esto implique, obviamente, que no pueda el juez apartarse del mismo ejerciendo una especial carga argumentativa explicando las razones por las cuales decide no acoger el precedente, ejercicio que garantiza la autonomía judicial en el proceso de administrar justicia.

Respecto de la fuerza vinculante y el grado de obligatoriedad, el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional ha insistido en que, *"el precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales"*[388].

Pues bien, en esta oportunidad el *A quo* en ejercicio del principio de autonomía e independencia judicial de que gozan los jueces[389], de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Constitución Política[390], ha decidido abandonar la línea de pensamiento unificada que este Tribunal ha venido construyendo desde el año 2015 a través de la emisión de símiles fallos judiciales respecto del delito de deserción, en donde concretamente se ha concluido que se trata de una conducta

386 Sentencia T-918/10, MP. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

387 "A este respecto también tiene especial valor rememorar que por virtud de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, tal como atrás se dijo, los funcionarios judiciales en sus decisiones están vinculados al precedente que sobre un asunto concreto ha establecido el órgano unificador, que en nuestra jurisdicción es la Corte Suprema de Justicia cuando ésta resuelve la casación, pero en los demás negocios jurídicos que no son susceptible de este recurso extraordinario la pauta interpretativa la trazan los Tribunales Superiores." Radicado 158989, auto del 05 de abril de 2019, MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Sala Primera de Decisión, Tribunal Superior Militar y Policial.

388 Sentencia SU354/17

389 En este sentido, véase sentencia C-836/01.

390 ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

de ejecución permanente[391]; actuación válida que le implicaba, como se explicó precedentemente, la exhibición de una carga argumentativa bastante alta con miras a lograr mutar el precedente trazado por esta Corporación, en tanto, como lo han señalado las Altas Cortes, debe existir un límite a la autonomía judicial en materia de interpretación para no rayar con el absolutismo.

Este tema ha sido abordado por la Corte Constitucional en la sentencia T-688 de 2003[392], entre otras, precisando que en esta área concreta existen criterios objetivos que permiten fijar un lindero legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente se establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por un juez primario al momento de resolver. Recordemos lo dicho por el máximo Tribunal Constitucional:

> *a) Los recursos de apelación y consulta en la estructura orgánica de la rama judicial, permiten precisamente que el superior revise una decisión del a quo. Si ello es así, es claro que el juez superior puede controlar la interpretación del inferior frente a normas concretas o aspectos jurídicos específicos, por lo que el juez inferior deberá en principio tener en cuenta las apreciaciones del juez superior al respecto, y no desoír libremente estas consideraciones. De ahí que si lo que pretende es apartarse de las consideraciones del superior, su carga mínima será fundar esa separación de las consideraciones del superior en su decisión. En este sentido, puede decirse objetivamente, que el juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta, por lo que en casos similares deberá evaluar sus consideraciones con base en las observaciones que se le hagan, so pena de que en sede de apelación le sea avalada o refutada la doctrina establecida en un caso concreto.[393](Negrilla fuera de texto).*

Quiere significarse con lo anterior, que frente al asunto que nos ocupa el *A quo* se encontraba obligado a respetar el precedente fijado por esta Corporación, dada su fuerza vinculante en tanto fuente formal y material de Derecho, en punto a que la acción penal seguida en contra del SLR. ASRR por el delito de deserción prescribe en

391 Véase entre otras decisiones del Tribunal Superior Militar, radicado 158237, agosto 14 de 2015, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. Radicado 158236, agosto 28 de 2015, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 158206 del 2 de septiembre de 2015, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA. Radicado 158263, auto octubre 30 de 2015. MP MY (RA) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME. Radicado 158061 enero 27 de 2016, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA. Radicado 158586, febrero 14 de 2016. MP MY (RA) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME. Radicado 158417, junio 7 de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 158546, noviembre 21 de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 158662, agosto 15 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. Radicado 158946 diciembre 12 de 2018, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA. Radicado 159099, julio 9 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 159119, septiembre 20 de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. Radicado 159190 octubre 7 de 2019, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA.

392 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

393 Sentencia T-698/04

el término de dos (02) años[394] y que el conteo de dicho lapso debe iniciarse desde la perpetración del último acto, atendiendo a la permanencia de la ejecución de la conducta[395], entendiendo como tal –último acto- cualquiera de los presupuestos fácticos o jurídicos que pacífica y uniformemente ha venido edificando la línea de pensamiento de este Tribunal Castrense desde el año 2015[396].

Pero bien, como autónomamente el *A-quo* decidió apartarse de ese precedente debió hacerlo de manera motivada, para de esta forma dejar sin sustento lo dicho por las distintas Salas de esta Corporación, tarea que no cumplió en tanto su estrategia argumentativa estuvo orientada a denigrar y descalificar la labor unificadora realizada por este Tribunal en la materia.

Destáquese que el primer error en el que incurrió el juzgador de instancia frente al cometido fue no reconocer que existía un precedente judicial vinculante que debía respetar, contrariamente, partió del supuesto errado que lo resuelto por este Tribunal en casos anteriores eran simples "tesis" o "teorías"[397] creadas sin fundamento, dado que, en su opinión, las decisiones que en este sentido se han emitido no dejan de ser meras "(…) conceptualizaciones o que se debe entender por un delito de ejecución permanente con la asimilación de conductas que la jurisprudencia ha considerado como tal; es decir, la rebelión, secuestro, concierto para delinquir, entre otros"[398], dejando así de lado lo dicho por la propia Corte Constitucional cuando al momento de zanjar la controversia sobre quiénes son los órganos encargados de unificar la jurisprudencia en nuestro país y la forma como opera la figura del precedente frente a los demás operadores jurídicos, resolvió lo siguiente:

> *"cuando el asunto es susceptible de casación y el órgano que ocupa el punto más alto en la jurisdicción ordinaria se ha pronunciado sobre el mismo, el juez debe aplicar la subregla sentada jurisprudencialmente. En estos casos la autonomía judicial se restringe de manera radical. Por lo tanto, el operador jurídico, acatando el principio stare deciris, sólo podrá apartarse del precedente si demuestra que los supuestos de hecho son radicalmente*

394 Artículo 83 de la Ley 522 de 1999.

395 Artículo 85 de la Ley 522 de 1999.

396 Cfr. radicado 158224, junio 23 de 2015, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA; radicado 158236, agosto 27 de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado 158856, febrero 14 de 2016, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; radicado 158609, mayo 23 de 2017, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 159094, julio 18 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, entre otras.

397 Cfr. Folio 264 C.O.2

398 Ibídem.

diferentes a los que regula la norma jurisprudencial[399]*"*

"Si el proceso no tiene casación, el análisis a realizar es diferente. Los asuntos que no son susceptibles de casación, carecerían de una instancia que unifique los criterios de conformidad con los cuales debe interpretarse la normatividad. ***Se ha entendido entonces, que los tribunales superiores son la cúspide de los diversos distritos judiciales y que, en consecuencia, cumplen la función de unificación jurisprudencial. Serían entonces ellos los encargados de desatar los diversos dilemas interpretativos, fijando para ello criterios ciertos y precisos.*** *Es claro, entonces que en las amplias áreas del derecho que por diversas razones no son susceptibles de unificación vía casación, la función unificadora, como condición necesaria para salvaguardar el derecho constitucional a la igualdad, deber ser asumida funcionalmente por estos entes."*[400] *(Negrillas fuera de texto).*

Es indiscutible, entonces, que este Tribunal como órgano funcionalmente superior en la Jurisdicción Penal Militar ha tenido que asumir de algún tiempo atrás la tarea encomendada de unificar la jurisprudencia dentro de nuestro ámbito jurisdiccional[401], de allí que a los funcionarios de primera instancia les sean aplicables los criterios orientadores y los precedentes emitidos por esta Corporación en el desarrollo de su labor judicial, máxime cuando han venido emanando de manera unificada y pacifica por sus distintas Salas de Decisión, adquiriendo un carácter ordenador y unificador que buscan perpetrar principios como el de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso, amén de ser indispensables como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento[402].

Ahora bien, un segundo yerro que se advierte del proveído objeto de examen es que carece de la fuerza argumentativa esperada, pues, como se anticipó precedentemente, no solo desconoció la existencia de un precedente judicial en la materia, sobre el que debió haber partido, sino que, además, el juez se limitó a criticar y descalificar la postura de este Colegiado desde un punto de vista

399 Ver sentencia T-1625 de 2000.

400 Sentencia T-683 de 2006

401 "Los Tribunales son la cúspide judicial dentro de sus respectivos distritos judiciales. Por lo mismo, dentro de dicho ámbito territorial, cumplen la función de unificación jurisprudencial. Es decir, la realización del principio de igualdad. Teniendo en cuenta lo anterior, no se explica que dicha función (unificación) y el respeto al derecho a la igualdad pueda ser abandonada por el Tribunal. Es a éste, sin considerar que tenga diversas salas de decisión, a quien le corresponde definir las reglas jurídicas aplicables dentro de su jurisdicción.". Ibídem.

402 Cfr. Sentencia T-292 de 2006, "En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.".

meramente subjetivo, sin la construcción de argumentos de fondo para edificar la necesidad de un cambio de postura." **(Rad. 159241 del 02 de marzo de 2020, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ)**

• • • •

53. VALORACIÓN PROBATORIA.

Alcance.

"Probanzas que igualmente, al amparo de las reglas de la sana crítica, dan por tierra con el otro argumento esbozado por el respetado apelante, consistente en que no hay certeza respecto de quién hizo el disparo que impactó al plurinombrado ciudadano, ya que el agresor de éste -quien emprendiere la huida ante la presencia policial-, hizo varios disparos para garantizar su escape; subjetiva, hipotética e indemostrada versión de los hechos que definitivamente resulta infirmada en la urdimbre procesal, en tanto esta aparejaría aceptar como cierto que la lesión sufrida por el señor JASQ fue causada por JAVG en el momento en que huía siendo perseguido por los agentes de la ley y, ello a su vez, implicaría que el proyectil de arma de fuego que produjo la conculcación de la indemnidad corporal de aquel hubiese ingresado en la región posterior de su humanidad en trayectoria postero-anterior, cuando en realidad lo que se encuentra fehaciente establecido al interior de este proceso penal es que tal proyectil ingresó por la zona anterior de su cuerpo, específicamente a nivel del tórax, como se desprende de los medios suasorios antes enumerados.

A lo hasta aquí dicho habrá de añadirse, en total convergencia con lo vertido por el representante de los intereses de la sociedad ante esta instancia en su concepto de rigor, que si bien es cierto que en el informe suscrito por el Subintendente YAGV, perito balístico[403], éste señaló que *"NO EXISTE UNA CONGRUENCIA EN LA TRAYECTORIA DE DISPARO (BOCA ARMA DE FUEGO - ORIFICIO DE ENTRADA O HERIDA PRODUCIDA POR ARMA DE FUEGO), YA QUE LA POSICIÓN QUE ADQUIRIÓ EL SINDICADO CON EL ARMA DE FUEGO AL MOMENTO DE DISPARAR PRESENTA UN CAMPO VISUAL REDUCIDO CON PRESENCIA DE OBSTÁCULOS COMO LO ES EL SEÑOR CONDUCTOR DE LA MOTOCICLETA QUE SE ENCUENTRA DELANTE DE LA VICTIMA, TENIENDO EN CUENTA LA VERSIÓN DEL TESTIGO Y LA INCLINACIÓN DEL TERRENO NO HAY POSIBILIDAD DE IMPACTAR A LA VICTIMA (…)"*, no menos cierto es que se advierte que el procesado, en el desarrollo de la diligencia en que intervino el antes citado auxiliar de la justicia, cambió su versión injurada de lo ocurrido, manifestando que disparó su arma de dotación oficial en dos oportunidades al aire, la primera *"al*

403 Folios 230 a 241 C.O. 2.

subir la pistola para evitar que las personas se la quitaran seba [sic] un disparo al aire" y la segunda *"el sujeto de chaqueta roja se voltea y le hace un disparo por lo que el dispara al aire"*, ello a pesar que, como se resaltara previamente, en su diligencia de inquirir sostuvo: "(…) *realice* [sic] *dos disparos uno de ellos cuando formaron la asonada y trataron de quitarme el arma, al momento que me la halaron se accionó y el segundo al momento que alias "GARAVITO" realiza otro disparo contra la patrulla pero se lo realicé a él directamente, tenía campo abierto no habían más personas ahí ya que él salió a correr".* (Subrayado y negrillas de la Sala)

Inferencia racional a la que habrá de agregarse que, si bien es cierto que el dictamen pericial suministra al proceso conocimientos técnicos, científicos o de cualquier otra índole, también lo es que el funcionario judicial no está atado a su resultado; como cualquier otra prueba, debe ser apreciada por éste en conjunto con los demás elementos de juicio, de acuerdo con el método de persuasión racional, sin sujeción a ningún valor o tarifa preestablecida y ello le permite así formar su convencimiento para emitir el correspondiente juicio de responsabilidad, siendo aquella un medio de conocimiento técnico-científico o artístico, capaz de orientar al funcionario judicial en la labor de investigación y juzgamiento[404] pero respecto de la cual el administrador de justicia, quien cuenta con la suficiente formación al efecto, puede desecharla y por ende apartarse de sus conclusiones o darle el mérito total o parcial que encuentre más ajustado al caso sometido a su conocimiento de conformidad con lo que señala la integridad del acervo probatorio.

Aquilatado lo anterior y habida cuenta que el recurrente afirmó que la providencia recurrida es repetitiva y dedicada a dar valor probatorio a los testigos de cargo, dejando de lado las afirmaciones de la defensa que señaló que aquellos dejaron ver su parcialización encaminada a buscar un resultado querido afectando su credibilidad, habrá de recordarse al distinguido autor de esta postulación que por virtud del denominado principio de selección probatoria el operador judicial no está obligado a hacer un examen exhaustivo de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni de sus extremos asertivos, sino de las que considere jurídicamente relevantes para la sentencia, pues de lo contrario ésta devendría en interminable[405], amén que pretender ello contravendría lo dispuesto en el inciso final del artículo 55 del Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996[406], que consagra como factor esencial para los jueces y magistrados en la elaboración de las providencias judiciales *"la precisión y la concreción de los hechos*

404 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto mayo 17 de 2016, AP2702-2016, radicación No. 43263, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

405 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia marzo 18 de 2009, radicación No. 26631.

406 La facultad que se le otorga a los tribunales y jueces militares para conocer de los delitos sometidos a su competencia, debe ajustarse no sólo al mandato contenido en el artículo 221 Superior, sino también a las prescripciones de esta ley estatutaria, que sean compatibles con su estructura especial. Cfr. Corte Constitucional, sentencia No. C-399-95.

*materia de los debates y de las pruebas que los respaldan".***(Rad. 158791 del 24 de febrero de 2020, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

• • • •

54. VALORACIÓN PROBATORIA.

Incidencia de los errores en la motivación de las providencias.

Al respecto sea lo primero rememorar que en materia penal el método de contemplación de las pruebas en nuestro país es el denominado de la persuasión racional o sana crítica, según el cual, aquellas deben ser apreciadas y valoradas primero en forma singular y luego en conjunto, es decir, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencias allegadas al proceso, esto de conformidad con las reglas de la lógica, de la ciencia, de la experiencia y del sentido común, método que permite asignar a tales elementos de juicio un determinado mérito persuasivo, una específica fuerza demostrativa, franqueando así el arribar a la verdad material aneja a cada caso en particular.

Una valoración así efectuada supone necesariamente, añade la Sala, echar mano de criterios objetivos, racionales, serios y responsables, sin caer en valoraciones arbitrarias, irracionales o caprichosas de los elementos suasorios sometidos al conocimiento del administrador de justicia.

No empece, una labor tal, que por obvias razones involucra el intelecto y la capacidad de discernimiento de cada dispensador de justicia, no está exenta de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria, mismos que pueden generarse como consecuencia de: *(a)* una omisión judicial, como sucede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido; *(b)* por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno Derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto; o *(c)* por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, esto es, de las reglas de la lógica y de la ciencia y de las máximas de la experiencia.

Estas insuficiencias probatorias, o errores en la contemplación probatoria como también las denomina la jurisprudencia nacional, son las que dan origen a lo que se ha denominado defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio

allegado al proceso, defecto que se traduce en vulneración sustancial del derecho al debido proceso y que tiene lugar cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba, la niega, la valora arbitraria, irracional o caprichosamente, o pretermite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados[407], lo que conlleva a que sin razón valedera dé por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[408] o *contrario sensu*, agrega la Sala, repute probado esta o aquel sin que así lo señale en realidad el elemento probatorio, o el arsenal suasorio, objeto de racional escrutinio judicial.

Lo anterior, por razones más que obvias, tiene directa incidencia en la motivación de las decisiones judiciales, dando lugar a la denominada motivación *sofística, aparente* o *falsa*, que es aquella que no encuentra respaldo en la verdad probada a través del proceso; vicio *in iudicando*[409] que se explica en tanto el error lo comete el administrador de justicia bien al apreciar las pruebas –al aprehender lo que objetivamente dicen sin atribuirles ningún valor persuasivo-, ora al valorarlas –esto es al asignarles valor probatorio, credibilidad-, pues al suponer o desconocer las mismas, al cercenar o adicionar su contenido demostrativo o al tergiversar lo que objetivamente señalan, se aparta flagrantemente de la verdad probada judicialmente y arriba, en consecuencia, a una conclusión jurídica diversa de la realmente correcta.

Este vicio de motivación de las decisiones judiciales con claro origen en la errada contemplación probatoria, se itera, tiene como efecto, se habrá de decir, el que se deba revocar la decisión que adolece del mismo y dictar la determinación de reemplazo, a diferencia del efecto propio de los otros vicios que en materia de argumentación judicial se pueden dar – *verbigratia* ausencia total de motivación[410], motivación dilógica o ambivalente[411] o motivación incompleta[412]-, los que de acaecer generan la nulidad de la decisión en que ellos tienen ocurrencia, como así lo ha decantado en diversas oportunidades esta Corporación[413] y la honorable Corte

407 Sentencia T-086 de 2007.

408 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-576 de 1993 y T-442 de 1994.

409 Tal yerro puede consistir, entre otras manifestaciones, en que el administrador de justicia desatendió cierta prueba, la valoró indebidamente, la inventó o la supuso (Cfr. auto febrero 08 de 2016, radicado No. 158307, Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA). Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 12 de diciembre de 2005, del 7 de febrero de 2007 y septiembre 16 de 2009, radicados 24011, 23331 y 158225, respectivamente.

410 Se configura cuando no se precisan las razones de orden probatorio y jurídico que soportan la decisión.

411 La motivación es ambivalente o dilógica cuando acoge posturas contradictorias que impiden conocer su verdadero sentido, o las consideraciones expuestas son contrarias a la determinación adoptada en la parte resolutiva.

412 Será precaria o incompleta la motivación, cuando se omite analizar algún aspecto sustancial o las razones argüidas no alcanzan a traslucir el fundamento del fallo.

413 Ver entre otros autos Sala Tercera de Decisión diciembre 17 de 2015, radicado No. 158225; abril 13 de 2016, radicado No. 158409; septiembre 03 de 2018, radicado No. 158844; octubre 10 de 2018, radicado No. 158924; octubre

Suprema de Justicia[414].

Ahora bien, la revocatoria de la decisión afectada del primero de estos vicios y el proferimiento de la que deba reemplazarla, procede acotar, no se produce *ipso facto* con el sólo señalamiento del defecto, pues quien enarbole el mismo debe correr con la carga procesal de demostrar qué dice la prueba que en su concepto resultó omitida, supuesta o distorsionada, cuál era su real contenido material y cuál fue el que le atribuyó el juzgador y, lo que es más importante, la manera como el defecto incidió en la decisión cuestionada, ello en tanto el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser flagrante, manifiesto, trascendente y con incidencia directa en la decisión, de manera tal que ninguna repercusión tendrán los yerros que no se ajusten a unas características tales.

(…)

El estudio de la presente causa penal y el análisis crítico racional del entramado probatorio anejo a la misma, de cara a lo decantado con antelación, lleva a esta Sala de Decisión a la ineluctable conclusión de la existencia de errores en la valoración probatoria llevada a cabo por la titular del referido despacho, ello en la medida que apreció y valoró las pruebas recaudadas en el devenir investigativo de manera equivocada y derivó de las mismas un contenido diverso y distorsionado de aquel que objetivamente señalan, infiriendo inexplicablemente que *"no existe claridad y mucho menos certeza respecto a los hechos que dieron origen a la presente investigación"* y, asimismo, la eventual ocurrencia de *"causales de exculpación"* que desvirtúan *"la tipicidad subjetiva que atañe al dolo"*, dislates que la condujeron a aplicar, en forma contraria a la técnica que ello demanda[415], el axioma del *in dubio pro reo* ante un evento en el que meridianamente resultaba improcedente, patentizándose *contrario sensu* la ausencia de un elucubrado juicio probatorio que le permitiere arribar a la conclusión de la existencia, en punto a estos aspectos, de dos hechos probados que -en tanto que trascendentes, contrarios y con igual grado de credibilidad-, generaban incertidumbre respecto de la materialidad del delito o a la responsabilidad penal del acusado.

(…)

31 de 2018 radicado No. 158912; noviembre 04 de 2018, radicado No. 158911; diciembre 06 de 2018, radicado No. 159005, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; autos Sala Segunda de Decisión junio 19 de 2018, radicado No. 155609 y agosto 09 de 2018, radicado No. 158909, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; y auto Sala Primera de Decisión, auto noviembre 22 de 2018, radicado No. 159002, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

414 Ver entre otras Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 26177, sentencia septiembre 16 de 2009, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA y radicado No. 30073, sentencia enero 19 de 2011, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

415 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias febrero 23 de 2009, radicado No. 29418, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS y auto septiembre 15 de 2010, radicado No. 34372, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS entre otras providencias

Así las cosas, contrario a lo erradamente concluido por la *Iudex A quo*, diamantino refulge la existencia de suficientes elementos suasorios que dan cuenta de la materialidad del comportamiento desplegado por el SLC. KAAS y de su encuadramiento objetivo en el tipo penal de deserción consagrado en el numeral 1° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, normatividad vigente para la época de los hechos, en tanto innegable su calidad de miembro activo de la Fuerza Pública derivada de su previa y regular incorporación a las filas del Ejército Nacional como Soldado Campesino orgánico del Batallón de Artillería No. 1 *"Tarqui"* ubicado en la ciudad de Sogamoso (Boyacá) y probada igualmente su desautorizada ausencia de la unidad castrense en que se hallaba para el 05 de mayo de 2016 -Batallón de Instrucción y Entrenamiento No. 1 acantonado en Samacá (Boyacá)-, al igual que establecido en el dossier que permaneció ausente del servicio y del cumplimiento de su deber constitucional por más de los cinco (05) días consecutivos regulados en el referido canon de derecho positivo[416].

(…)

Concluyese así que en la ausencia del servicio protagonizada por el SLC. KAAS y en la apostasía hacia el deber constitucional que le era exigible, no se advierte la ausencia de dolo como erradamente lo infirió la falladora de primer grado con afincamiento en la presunta muerte de la abuela y en los quebrantos de salud argüidos por aquel, constituyéndose lo afirmado por la distinguida juez de instancia, se itera, en una mera apreciación subjetiva e hipotética sin sustento real en la urdimbre procesal y probatoria, resultando verdad de Perogrullo además, como ha precisado la jurisprudencia[417], que el establecimiento de una motivación en concreto facilita la demostración de una específica finalidad, pero si esto y aquello no se logra, ello no implica per se que el conocimiento y la voluntad de transgredir la ley, o dolo típico[418], no exista, y que por razón de ello deba declararse la irresponsabilidad del procesado."**(Rad. 159118 del 19 de septiembre de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA).**

416 Enseña el cartulado que dicha ausencia perduró durante un (01) año y cuatro (04) meses hasta el momento de su captura.

417 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto julio 15 de 2009, radicación No. 31780, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

418 ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Civitas, 1997 § 10, Pág. 308. "Por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo".

Justicia Penal Militar y Policial

Por una Jurisdicción expedita y transparente

Revista Judicial
Tribunal Superior Militar y Policial

Bogotá D.C

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado Ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	158968.
Procedencia:	Juzgado Tercero de Brigadas
Procesado:	SLR. DOLP
Delito:	Abandono del puesto
Motivo de alzada:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma decisión.

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

I.ASUNTO POR TRATAR

Le corresponde a la Primera Sala de Decisión desatar el recurso de apelación incoado por la abogada MIGR, defensora pública, contra la sentencia del 30 de mayo de 2018[1] proferida por el Juzgado Tercero de Brigada del Ejército Nacional con sede en Cali (Valle), mediante la cual condenó al SLR. DOLP a la pena principal de doce (12) meses de prisión, no concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, al ser hallado responsable del delito de abandono del puesto.

---

[1] Folio 155 y ss., del C.O.1.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Los hechos fueron puestos en conocimiento de la autoridad judicial competente mediante oficio No. 002719/MDN-CGFM-CE-DIV3-BR3-BPM3-CDO-CJM-29.86 adiado el 28 de junio de 2013[2] por el señor TC. CJSP, Comandante del Batallón de Policía Militar No. 3 con sede en Cali (Valle), en el que da cuenta que el día 14 de junio de 2013 el SLR. DOLP no asumió el turno de centinela que le correspondía prestar desde las 15:00 a las 18:00 horas según orden del día No. 164 artículo 213, siendo encontrado en ese interregno por el ST. EMO hablando con una mujer por fuera de su puesto y sobrepasando los límites de la base que habían sido asignados por el Comandante de la unidad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 El Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar dispuso apertura de investigación formal[3] en contra del SLR. DOLP por el delito del centinela, siendo vinculado mediante indagatoria el 05 de diciembre de 2016[4] y resuelta su situación jurídica provisional mediante proveído del 16 de diciembre del mismo año[5], acto mediante el cual el juez se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento en atención a que no se cumplían los fines constitucionales para que resultara procedente su aplicación.

---

[2] Ver folio 1 del C.O.1.
[3] Mediante auto del 9 de septiembre de 2013, visto a folio 13 del C.O. 1.
[4] Folio 97 a 100 *ídem*.
[5] Folio 101 a 109 *ídem*.

3.2 El 27 de diciembre de 2016 el instructor remitió el paginario al acusador, asumiendo su conocimiento la Fiscalía 16 Penal Militar, quien el 06 de enero de 2017, devolvió el plexo para subsanar una serie de irregularidades advertidas en la etapa de instrucción que lesionaban el debido proceso y el derecho de defensa del sindicado[6]. Una vez enmendada la actuación, el ente fiscal procedió mediante resolución del 09 de noviembre de 2017[7] a acusar al procesado por el delito de abandono del puesto.

3.3 En firme la calificación del sumario, el proceso fue enviado al Juzgado Tercero de Brigadas del Ejercito Nacional, quien realizó audiencia de corte marcial el 10 de mayo de 2018[8] y el 30 siguiente[9] profirió sentencia condenatoria en disfavor del SLR. DOLP, decisión que fue apelada por la defensora pública y la cual hoy concita la atención de esta Sala.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *A quo* concretó que el asunto a decidir se encontraba enmarcado dentro de la conducta tipificada por el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010 definida como abandono del puesto, disposición que transcribió literalmente para indicar que el día 14 de junio de 2013 el acusado DOLP, "*abandonó la facción en la que se encontraba, interrumpiendo así la función que le había sido asignada por sus superiores incumpliendo el turno de*

[6] Ver folio 122 a 123 C.O.1.
[7] Ver folio 160 y ss. *ídem*.
[8] Ver folio 180 y ss., *ídem*.
[9] Ver folio 195 y ss., ídem.

centinela de 15:00 a 18:00 horas que debía prestar en el puesto No 4, de la Base Militar de Polvorines".[10].

Destacó que un elemento del tipo penal era el denominado como *"puesto"* que es *"sitio o espacio que ocupa una persona, (…) señalado o determinado para la ejecución de una cosa"*; que en tratándose del reato militar investigado lo fundamental no era el incumplimiento de unas funciones específicas y determinadas del servicio, sino el traslado, movimiento físico o corporal del sujeto del sitio asignado.

Resaltó que el enjuiciado para la fecha de los hechos se encontraba en calidad de disponible, es decir, listo a recibir el turno de centinela para el cual había sido nombrado, además de ello pendiente para ser utilizado por sus superiores en caso de un ataque a la unidad o requerirse frente a cualquier otro tipo de situación similar, pese a esto y sin razón valedera se ausentó del lugar en que debía permanecer por orden de sus superiores.

Al verificar la tipicidad subjetiva, expuso la juez de instancia que el procesado actuó de manera dolosa, como quiera que conocía que se encontraba nombrado de centinela para el día 14 de junio de 2013 en el puesto No 4, sin embargo, a su arbitrio, en forma voluntaria y sin permiso alguno de sus superiores sobrepasó los límites de la base que le habían sido asignados por su comandante, faltando de esta forma al deber de presencia en el lugar que se le había determinado y

[10] Folio 216 *ídem.*

por ende vulnerando de esta manera el bien jurídico del Servicio.

Consideró la falladora, respecto de la antijuridicidad de la conducta, que el atentado en este caso se había presentado sin justa causa contra el servicio, el que se constituye en fundamento necesario para el cumplimiento de la misión constitucional asignada a las Fuerzas Militares, pues el día de marras el procesado no recibió el puesto del centinela para el cual estaba nombrado, siendo posteriormente encontrado fuera de los límites de la base hablando con una mujer e interrumpiendo la función de seguridad y vigilancia que debía cumplir.

En relación con el elemento de la culpabilidad, expuso que el uniformado DOLP obró dolosamente en calidad de autor responsable, ya que tenía pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento y pese a esto decidió libre y conscientemente sustraerse de su deber de recibir el turno del centinela para el que estaba nombrado, sin que se encontrara inmerso en alguna circunstancia excluyente de responsabilidad a que se refiere el artículo 33 del Código Penal Militar.

Aunado a lo anterior, enfatizó que la sentencia condenatoria tenia plena viabilidad, por cuanto el mismo procesado aceptó que conocía las consecuencias del hecho punible, pues había recibido instrucción de Justicia Penal Militar, por lo que de allí concluyó

"que su voluntad y conciencia estuvieran dirigidas a cometer tal conducta delictiva"[11].

Finalmente, sostuvo que se daban los requisitos del artículo 396 de la Ley 522 de 1999 para proferir condena en su contra, en la medida que las pruebas permitieron demostrar la materialidad del hecho punible y su responsabilidad.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La abogada MIGR, defensora pública del encausado, discrepó de la decisión de primera instancia advirtiendo que el procesado fue enfático en afirmar que *"(…) él no se retiró del puesto que es fijo, nunca lo dejo botado, que el siempre cumplía con el turno y las ordenes, (…)"*[12] y que su comportamiento no estaba dirigido a incumplir el servicio como quiera que su objetivo era terminar de prestar el servicio militar, como en efecto lo hizo por lo que obtuvo su libreta militar y tarjeta de conducta.

Señaló que la investigación respaldaba la versión del acusado, en el sentido que para el día de autos estuvo prestando su servicio de centinela que se le había asignado y que en ningún momento dejó su puesto abandonado, ya que terminó su turno a satisfacción y no tuvo inconveniente alguno, contrario a lo que expuso el ST. EMO.

---

[11] Folio 221 C.O.1.
[12] Folio 230 del C.O.2.

Consideró que la orden del día No. 164 debía ser objeto de valoración por esta Corporación, como quiera que en la mencionada no se informó ni se dio a conocer al personal de la unidad cuáles eran los límites de la base que no se podían sobrepasar, lo que dificultaría la estructuración del reato pues *"al no existir este elemento probatorio el cual nos daría total claridad en los autos, pero su no existencia genera dudas sobre la preexistencia de los límites de la Base a la cual pertenecía el procesado"*[13].

Adujo que la conducta resultaba atípica porque no se demostró la vulneración al bien jurídico tutelado del Servicio y por ende no se puede hablar que el SLR. DOLP actuó con dolo, más aún porque los mandos militares no dieron a conocer a todos los integrantes de la compañía, mediante una orden del día, cuáles eran los límites que no se debían sobrepasar, aspecto que le llevó a concluir que *"el SLR. DOLP no puede tener conocimiento de algo que no existe y si esos límites no son preestablecidos y dados a conocer a los soldados no se puede tipificar la conducta imputada y es por ello que la presunta conducta de Abandono del Puesto, es atípica."*[14].

Cuestionó la prueba testimonial del ST. EMO, pues en criterio de la apelante ésta resultaba contradictoria de cara al primer informe que rindió y que dio origen a la presente investigación. Concretamente adujo que el oficial aseveró haber encontrado al procesado fuera de la base militar hablando con una mujer,

[13] Folio 230 C.O.1.
[14] *Ídem*.

uniformado y con todo el armamento completo, lo cual no corresponde con la foto aportada con el informe de novedad en donde no se aprecia que la persona retratada porte uniforme del Ejército Nacional ni que porte armas.

Finalmente, reiteró que la imagen o fotografía allegada por el oficial EMO no podía ser objeto de estimación, en razón a que era una imagen muda, tomada sin haber informado o puesto a disposición de la autoridad competente para establecer la forma como fue obtenida, mucho menos se sabe de la fecha y hora en la que se consiguió la misma, cuestionando la impugnante que en el proceso no se explicó *"cómo fue recolectada esa imagen, no se observó lo establecido en el Manual de Procedimiento para el Sistema de Cadena de Custodia el cual también se aplica en el proceso penal militar, para introducir o presentar un elemento material probatorio. Y el procesado no ha reconocido o aceptado que es él quien aparece en el dibujo que obra al fl. 3."*[15].

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En representación del Ministerio Público el DR. MFAG, Procurador 13 Judicial II Penal, emitió concepto solicitando confirmar la sentencia condenatoria, para lo cual consideró que el recurso de apelación de cara al material de prueba no tenía posibilidad alguna de prosperar.

[15] Folio 232 C.O.1.

En primer lugar, frente al argumento defensivo relacionado con la no concreción de los límites de la base dentro del orden del día No. 164 en la que se nombró al SLR. DOLP como centinela; expuso que su sola postulación resultaba inapropiada y sorpresiva para esta instancia, como quiera que no fue un tema que se hubiera puesto en consideración en la audiencia de acusación y aceptación de cargos, además porque el límite de la base era un aspecto que se encontraba *"íntimamente ligado al puesto fijo establecido en la orden del día y la calidad en que fue nombrado el procesado –centinela–, aspectos que conjuntamente evaluados permiten deducir que el "puesto" lo constituía específicamente el designado en dicho acto (…)."*[16].

Para el Ministerio Público resulta de mayor relevancia el claro abandono de la función por parte del acusado, ya que su designación en la orden del día le implicaba una disponibilidad permanente y continua frente al servicio, no obstante, se logró constatar que abandonó el espacio físico designado para tal fin, lo que permitió colegir la armonización entre el acontecer fáctico y la exigencia objetiva del tipo penal de esta índole de delito, con sobrada razón denominado de función[17].

Para finalizar la discusión frente a este primer argumento de la defensa, el Procurador Judicial exhortó a la judicatura a no pasar por alto que el testigo AGA, en su condición de centinela número 7

[16] Ver folio 239 y 240 del C.O.2.
[17] Para ampliar el concepto dogmático del delito de abandono del puesto citó el proveído de esta Corporación según radicado 158260 del 31 de marzo de 2016, MP. MY.(R) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión.

para el día de los hechos, corroboró que los puestos fueron asignados mediante orden del día leída por el Teniente EMO, ello aunado a que fue recalcado que los puestos eran fijos, así como las consecuencias jurídicas de incumplir con dicha función, todo lo cual le conllevó a suponer que *"el procesado conocía los elementos constitutivos de la infracción (abandonó del puesto) y así y todo quiso hacerlo (voluntad)."*[18].

De otro lado, puso de manifiesto que aunque la defensora pública alegó la existencia de posibles contradicciones en que pudo incurrir el testigo principal de cargo, no existe elemento de juicio alguno que permita a la segunda instancia estimar la estructuración de duda sobre la materialidad de la conducta, pues si bien el ST. EMO al momento de rendir su declaración amplió detalles que no había consignado en el informe inicial, ello mal podría apreciarse como de relevancia en tanto existen otras pruebas que igualmente aclaran el asunto.

Así las cosas, destacó que lo verdaderamente sustancial en el asunto era:

> *"(…) que el señor León Pejendino fue sorprendido fuera del puesto que le había sido asignado como centinela, hablando con una mujer, hechos sobre los cuales ciertamente hay una fotografía, que si bien no es lo suficientemente ilustrativa en cuanto a la identificación o individualización de quienes allí aparecen, de todas maneras refuerza el dicho del St. EMO y, quizá más importante aún,*

[18] Folio 241 C.O.1.

ese medio ni siquiera fue tenido en la (sic) *cuenta por el juzgador para edificar su decisión, remitido como lo estuvo a la fuerte prueba documental y testimonial colectada en la pesquisa penal."*[19].

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva Codificación Castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año[20], como de los ocurridos con posterioridad a la misma; ello dejando claro que dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación se debe aplicar la Ley 1407 de 2010 en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Se analizará el asunto bajo las limitaciones impuestas por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, de tal suerte que la segunda instancia no puede pronunciarse

[19] Folio 241 a 242 C.O.2.
[20] Radicado 36412 de mayo de 2011; radicado 36737 del 22 de junio de 2011, radicado 37797 del 08 de noviembre de 2011, y radicado 38401 del 07 de marzo de 2012, todos de la Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

sobre aspectos no propuestos por el impugnante, salvo la nulidad y los inescindiblemente vinculados a la investigación.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1 Esta Corporación ha tenido la posibilidad en diversas oportunidades de realizar un examen jurídico y jurisprudencial sobre cuándo resulta admisible un recurso de apelación y en qué circunstancias debe ser rechazado[21], esto porque el acceso a la segunda instancia se encuentra condicionado por la ley penal militar al cumplimiento de aspectos básicos, tales como que el recurso sea interpuesto oportunamente[22] y sea debidamente sustentado por escrito ante la primera instancia[23].

Cuando la segunda instancia constata la sustentación del recurso, las exigencias que tiene en cuenta están dirigidas hacia una postulación lógica de los alegatos

---

[21] Entre otros véase, radicado No. 158257 del 28 de agosto de 2015, MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado No. 158457 del 06 de marzo de 2017, MP. CN. (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA, radicado No. 158957 del 10 de septiembre de 2018, MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tribunal Superior Militar y Policial.

[22] Ley 522 de 1999. Artículo 362. "*OPORTUNIDAD Y MODO DE INTERPONERLA. Las apelaciones se interpondrán así: Contra los autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes.*".

[23] ARTÍCULO 363. "*SUSTENTACIÓN. Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. En caso contrario no se concederá. Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, se entenderá sustentado con los argumentos que se presentaron para la reposición. El trámite del recurso en segunda instancia se surtirá en el original, cuando el expediente sea enviado por apelación o consulta de la providencia con la cual culmine la primera instancia.*".

y la pertinencia argumentativa que soporte dichas inconformidades, esto con el fin de dar por cumplida la carga que le incumbe al apelante cuando hace uso del mecanismo defensivo, no obstante, si el escrito no reúne dichos presupuestos para su admisibilidad, surge la necesidad de que sea declarado desierto pues no le es permitido al *Ad quem* hacer un estudio de fondo acerca de pretensiones no invocadas por el impugnante o que resulten contradictorias y excluyentes entre sí.

8.2 Siendo ello así, la Sala observa, que en el libelo examinado la Defensora Pública señaló como finalidad de la impugnación la revocatoria de la sentencia condenatoria que fue proferida por la Juez Tercero de Brigadas del Ejército Nacional en contra del SLR. DOLP por la comisión del reato de abandono del puesto, proponiendo con tal propósito dos tesis defensivas: *i)* la atipicidad de la conducta y, *ii)* la inexistencia de prueba para condenar.

Se advierte que la carga argumentativa exhibida por la impugnante en el recurso con miras a soportar tales premisas defensivas es mínima, aunado a ello su sola postulación resulta contradictoria entre sí, pues de una parte aseguró que la investigación arrojó como resultado que la versión del acusado sería cierta, esto es, que para el día de autos estuvo prestando el servicio de centinela que se le había asignado y en ningún momento dejó su puesto abandonado, dado que terminó su turno a satisfacción y no tuvo novedad alguna, lo que significaría que nunca abandonó el puesto y la conducta resultaría atípica.

Empero de forma ambivalente propuso una segunda teoría, según la cual bien pudo haber tenido lugar la conducta, es decir el abandono de los deberes de facción, pero que existe duda sobre la comisión del reato en razón a que tanto la prueba testimonial como documental adolecen de veracidad, ya que de una parte la orden semanal No. 164, en la cual fue nombrado como centinela al SLR. DOLP, no informaba cuáles eran los límites de la base militar que se debían respetar y en tal sentido no le era exigible a su prohijado respetarlos porque los desconocía.

De otro lado, aseveró que la principal prueba de cargo recibida al ST. EMO resultaba indigna de credibilidad por las contradicciones en que incurrió de cara al primer informe que rindió y que dio origen a la presente investigación, máxime cuando estaba soportada en una fotografía en la que supuestamente se muestra al enjuiciado en el momento que estaba fuera de los límites de la base, sin que este medio de convicción hubiera agotado los lineamientos probatorios exigidos por la ley para que pudiera ser valorado por la Juez de Primera Instancia.

Así las cosas, en principio encontraría la judicatura motivos serios de indebida sustentación para desechar el recurso propuesto por presentar una argumentación ambivalente que atenta contra la lógica y la coherencia, cuando, se itera, en forma simultánea se alega por la apelante que la conducta es atípica porque el procesado no la cometió, sin embargo, en un

mismo plano de sustentación sostuvo que esta pudo haber tenido lugar, pero no existe prueba que acredite su realización para endilgarle responsabilidad penal.

Claramente se puede advertir que dos reparos de este tenor con miras a derruir el acierto de legalidad de que goza la sentencia resultarían excluyentes. Pese a ello, al ofrecerse una argumentación básica en el recurso y denotarse que los errores de que adolece el escrito son más de tipo formal que material, se persuade esta Corporación de no tomar la decisión de desertar el recurso y, por el contrario, en pro de la lealtad argumentativa para con las partes y la protección de los derechos de defensa y contradicción, entrará esta Sala de Decisión a abordar el problema planteado.

8.3 En la primera parte del memorial la apelante reclama a la segunda instancia la absolución del SLR. DOLP por considerar que la conducta es atípica y ello sostenido bajo la siguiente premisa:

> *"Tal como consta en la instructiva se tiene que los hechos informados por el ST. EMO, no tienen respaldo jurídico alguno en los autos, y por el contrario el dicho del procesado si es creíble porque tal como lo expreso (sic) DOLP él para el día de autos si prestó el servicio que se le había asignado de Centinela y en ningún momento dejó su puesto, término (sic) el turno satisfactoriamente y no tuvo inconveniente alguno."*[24].

[24] Folio 230 C.O.2.

Para dar respuesta a estos cuestionamientos, se impone a la Sala de Decisión hacer las siguientes precisiones:

La defensora pretende dar por probado que el SLR. DOLP nunca abandonó el puesto porque recibió el turno de centinela y lo prestó hasta el final, no obstante, dentro del proceso no concurre medio probatorio alguno del que pueda inferirse como cierta dicha pretensión, pues ni siquiera la indagatoria rendida por el procesado se conduele en este sentido. Obsérvese que sus exculpaciones para desligarse de la responsabilidad que le acarrearía la comisión del punible se orientan a negar que él ese día hubiera estado nombrado como centinela mediante la orden del día No. 164, de hecho desconoce el documento y lo tacha de falso al decir: *"El teniente dice que yo debería estar de turno, me acuerdo bien que ese supuesto día que él dice que me encontró, yo no estaba de turno (…) Así mismo se observa como borroneado mi nombre en la orden del día."*[25].

Aunado a lo anterior, destáquese que lo relevante del caso no es la comisión del reato militar del centinela o si estaba nombrado o no para dicho servicio, ya que ha quedado claro desde la resolución de acusación que luego de la valoración del conjunto probatorio la conducta que se adecua con la acción desplegada por el acusado es la de abandono del puesto y no aquélla, en razón a que el SLR. DOLP nunca asumió la condición de centinela en tanto no llegó a prestar el turno, sino

[25] Folio 99 C.O.1.

que estando de servicio abandonó las funciones del servicio. En tal sentido, no podría la Sala entrar a discutir aspectos no relacionados con la acusación, en consideración a que se desbordaría el ámbito de competencia del superior[26].

También se observa que la apelante incurrió en una confusión al concentrar sus esfuerzos argumentativos en sostener que la conducta de abandono del puesto no puede tipificarse porque su poderdante no había sido informado de cuáles eran los limites preestablecidos para el sitio y por tanto no podía exigírsele que respetara instrucciones que él desconocía.

Tal desatino argumentativo resulta axiomático como quiera que no cuenta con medios de convicción respaldándolo, según se advirtió en precedencia, aunado a que pierde de vista que en la orden semanal No. 164 sí se especificó sobre los límites exactos que no debían ser excedidos por los militares que se encontraban nombrados para los servicios durante los días 13 y 14 de junio de 2013. Obsérvese que en el artículo 214 se impartió como orden de carácter permanente la siguiente: ***"Ningún soldado está autorizado a salir de las instalaciones de la Base sin plena autorización del Cdte*** (Sic)***"***[27]. (Negrillas nuestras).

---

[26] Ciertamente, la Corte Constitucional tiene dicho que *"en el trámite de la segunda instancia, un juez no tiene siempre plena competencia para pronunciarse sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación, pues podría estar actuando por fuera del marco de su competencia, por ejemplo, cuando profiere decisiones que resuelven de manera directa un asunto que no fue objeto de decisión por parte del a quo".* Sentencia T-516 de 2005, MP. DRA. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

[27] Ver anverso del folio 6 C.O. 1.

Quiere lo anterior significar que el Comando de la Base Militar de Polvorines determinó previamente cual era el espacio físico que no podía ser sobrepasado por los soldados y por ende se entiende que un militar con la antigüedad y grado de instrucción como la de quien se encuentra siendo aquí procesado, próximo a licenciarse, contaba con la plena capacidad de saber y entender hasta donde podía llegar y cuál era el espacio comprendido por las instalaciones de la base militar y los límites que ésta tiene para no excederlos, so pena de asumir las consecuencias que conlleva el salir sin autorización de su comandante, por tal motivo tampoco le asiste razón a la apelante frente a esta pretensión en punto de que la conducta sea catalogada por sus apreciaciones como atípica.

8.4 Ahora bien, la Sala realizará algunas precisiones dirigidas a absolver dudas y críticas formuladas por la memorialista en torno a la inexistencia de prueba en el proceso para emitir fallo de condena y en ese sentido anticipa ésta Corporación que la razón fundamental por la cual no acoge tal postura es en consideración a que el caudal probatorio demuestra que se encuentran congregados los presupuestos del artículo 396 de la Ley 522 de 1999 para arribar a la conclusión que la conducta punible fue cometida por el SLR. DOLP y por ende resulta procedente endilgarle un fallo de responsabilidad, expliquemos el porqué:

El asunto sometido a consideración se encuentra regulado por el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, de cuyo digesto se desprende que la conducta es

cometida cuando el militar o policial estando debidamente nombrado y habiendo asumido el servicio y/o estando de facción abandona el puesto por cualquier tiempo o ejecuta cualesquiera de las conductas allí previstas, esto es, se duerme, se embriaga o se pone bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

El legislador al elevar estos comportamientos al rango de delito, pretende proteger el bien jurídico del Servicio con el fin de garantizar el cumplimiento de las actividades propias de la Fuerza Pública, consonante con los cometidos constitucionales en los que se funda la razón de ser de las instituciones castrenses y policiales, conforme al modelo de Estado Social de Derecho adoptado en la Carta Política de 1991. Dogmáticamente el punible de abandono del puesto está determinado como un delito de función, por tanto, sólo puede consumarlo quien ostenta la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública y está debidamente asignado de "*facción o de servicio*" y en esa condición ejecuta alguna de las conductas alternativas establecidas en la norma, que para el caso que nos ocupa sería la de abandonar el puesto por cualquier tiempo.

Ahora bien, como hace parte de los elementos normativos del tipo el encontrarse de "*facción o de servicio*", es importante recordar los conceptos que de estos dos términos ha sostenido la jurisprudencia y esta Corporación de manera unánime y reiterativa. Así entonces, facción se refiere al cumplimiento o

realización de una tarea concreta, una actividad, una labor, una función propia del servicio; en tanto que servicio es el conjunto de funciones, deberes y obligaciones asignados a la Fuerza Pública para cumplir con la misión constitucional consagrada en los artículos 217 y 218, y demás leyes, decretos, reglamentos y disposiciones que las desarrollan, es por ello que, de antaño, la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

> *"Y en relación con el concepto de* ***servicio****, tal como sin dificultad surge de la previsión contenida en el estatuto castrense, se tiene que es término referido a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública a quienes se asignan labores de dirección o vigilancia.*
>
> *La Delegada, entonces, carece de razón cuando otorga mayor amplitud a este último, porque lo que surge claro es que entre estos bienes jurídicos, y desde luego entre los injustos a través de los cuales se protegen, existe una relación de género a especie, porque si bien los atentados contra la disciplina pueden predicarse de todos los miembros de la fuerzas militares, las faltas contra el servicio sólo son atribuibles al militar en servicio activo a quien a través de trámites formales previamente establecidos se le haya asignado una función, tarea o cargo específico como los atrás señalados, que luego incumple. (…)*
>
> *A partir de los anteriores conceptos y desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, razón le*

asiste a la demandante cuando como planteamiento general concluye que se está frente a un delito de Desobediencia cuando el bien jurídico afectado es la disciplina, y a uno de Abandono del puesto cuando el bien afectado es el servicio, porque ciertamente en este último evento más allá del genérico quebranto de la disciplina se conculca específicamente el servicio.

Pero se equivoca la actora cuando critica la adecuación típica dada al comportamiento del soldado MADU en el fallo impugnado, con el argumento de que no podía haber incurrido en un delito de Abandono del puesto porque si una vez terminado un turno, por razones personales, se alejó de la guarnición y no se presentó a la ronda siguiente, ello implica que no se encontraba de "Servicio o de Facción" como lo exige la norma, o según precisa la censora, si no se encontraba de "puesto", por sustracción de materia "no lo abandonó", porque causaría afrenta al principio de legalidad de los delitos y las penas si se consideraran como continuidad del servicio los intervalos de alistamiento que separan los turnos de seguridad.

Con esta percepción de los hechos, pierde de vista la impugnante que el procesado había sido designado previamente y con las formalidades de ley para un turno de veinticuatro (24) horas, que implicaba como lo anota con acierto la Delegada "disponibilidad permanente y continua", por lo que el abandono de la función como tal, que no del puesto entendido en la estrecha acepción de espacio o lugar donde aquélla se cumple,

estructuraba el tipo penal previsto en el artículo 111 de Código Penal Militar vigente para la fecha de los hechos, esto es, la conducta punible consagrada hoy en el artículo 124…"[28].

Así mismo, este Colegiado en pretérita oportunidad sobre ese mismo aspecto precisó:

"El término "Facción" ha sido entendido como la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia, así lo enseña el Reglamento de Servicio de Guarnición, promulgado bajo la disposición 010 de 1982. El texto implica que servicio es el marco general de la función encomendada y facción como el momento puntual y directo del ejercicio de esa función general, en otros términos, la facción es consustancial al servicio, es decir, cuando se está de facción implica estar de servicio, pero, estar de servicio no implica estar de facción, (…).

(…)

Adicional a lo anterior los ingredientes del tipo penal de abandono del puesto previsto en el artículo 124 "facción o servicio" han de entenderse como diferentes y alternativos, que el tipo penal se estructura objetivamente cuando el sujeto de ausenta estando de facción, pero también cuando se ausenta estando de servicio."[29].

---

[28] Radicado 12878, sentencia del 23 de mayo de 2001, MP. DR. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[29] Radicado 156453 del 10 de abril de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión, Tribunal Superior Militar y Policial.

En este orden de ideas, se entiende por "servicio" el género, es el todo de la orden, y la expresión "facción" es una parte puntual del ejercicio directo de la actividad encomendada; de manera entonces, que el término "facción" es la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia; en otros términos, la facción es consustancial al servicio, es decir, cuando se está de facción implica estar de servicio, pero, estar de servicio no supone estar de facción.

Así las cosas, cuando el militar o policial ha sido designado para un servicio de veinticuatro (24) horas, como ocurre en el caso bajo estudio, habrá períodos en que está de facción, por tanto de servicio, y períodos en que está solamente de servicio como cuando está disponible para recibir nuevamente de facción, cuando el reglamento o el superior con competencia lo autoriza para retirarse a descansar, dormir, comer, etc., en tanto que se trata de actividades que no interrumpen el servicio para el cual se nombró por un lapso de veinticuatro (24) horas.

Ahora bien, el abandono del puesto crea un peligro al bien jurídico protegido, porque la ausencia intempestiva e inconsulta del militar de un sitio fijo que se le ha designado compromete la eficacia del servicio por cuanto se ve menguada la capacidad de reacción de los efectivos de la unidad, sobre los cuales recaen funciones de control y deberes de protección y seguridad en sectores determinados; ello, claro está, en tanto esa distancia material le impida

prestar la función en las condiciones de seguridad, vigilancia y permanencia exigidas por el servicio[30].

Descendiendo lo dicho al caso concreto es evidente que la conducta indagada tuvo su realización, pues el SLR. DOLP abandonó el puesto estando de servicio con el único propósito de resolver asuntos personales. La prueba arrimada, debatida en las distintas etapas procesales, es conteste con que el abandono de las instalaciones de la Base Militar de Polvorines se produjo con la única finalidad de encontrarse con una mujer, sin que se demostrara justificación alguna que cobijara ese comportamiento.

Tal y como lo verificó en grado de certeza la juez primaria a través de la prueba testimonial y documental, el día de los hechos el procesado sabía que había sido designado bajo las formalidades de ley, según consta en la Orden del día No. 164 del Comando de la Compañía Furia del Batallón de Policía Militar No 13, para cumplir los días 13 y 14 de junio de 2013 turnos completos de veinticuatro (24) horas en la guardia, así mismo, que este nombramiento implicaba una disponibilidad permanente para el servicio por

---

[30] "(…) *en nuestro actual Estado Social de Derecho para que se predique el elemento de antijuridicidad de una conducta punible, no sólo debe comprobarse la contrariedad formal con la norma – antijuridicidad formal-, sino que la acción o la omisión debe haber vulnerado -lesión o peligro- de manera efectiva -real, verdadera- el bien jurídicamente tutelado – antijuridicidad material-, conforme se desprende no solo de las normas legales arriba trascritas sino de la ontología e interpretación sistemática de los artículos 2°, 86 y 228 de la Constitución Política Colombiana, ello dado que el principio político criminal de lesividad, dogmáticamente tomado por la antijuridicidad material, no es un mero referente para la construcción del delito sino un requisito para establecer la relación directa que debe existir entre la conducta y el bien jurídico que protege la disposición legal.*". Radicado 158429 del 29 de julio de 2016, MP. CR. MARCO AURELIO BOLIVAR SUÁREZ, Tribunal Superior Militar y Policial.

cuanto estaría de guardia o de facción hasta tanto fuera relevado en forma conjunta y no individual por sus comandantes, pues debía prestar durante estos días turnos de centinela en el puesto denominado "TORRE".

De acuerdo con el testimonio rendido por el ST. EMO el enjuiciado fue hallado el día 14 de junio de 2013 a eso de las 15:30 horas fuera de la Base Militar de Polvorines hablando con una menor de edad, cuando debía encontrarse cumpliendo su turno de centinela en el puesto No. 4 desde las 15:00 a las 18:00 horas.

Esta novedad fue corroborada igualmente con el testimonio del reservista AGA cuando afirmó bajo la gravedad del juramento:

> *"(…) yo estaba en el puesto de centinela No. 7 cuando mi TE. EMO (sic), se encontraba pasando revista, entonces el paso primero por el puesto de centinela 4 y vio que el centinela no estaba, entonces paso donde yo estaba mi teniente me preguntó a mí que si yo había visto el centinela de puesto 4, yo le conteste que yo no lo había visto porque yo no me había movido de mi puesto, el inmediatamente se fue a buscar al centinela es decir al soldado DOLP, quien estaba nombrado, ya ahí mi teniente nos dijo que lo había encontrado fuera del puesto de centinela y que le iba a hacer un informe, lo encontró hablando con una mujer."*[31].

También fue reconocida por el propio enjuiciado cuando en su injurada se le indagó sobre este punto:

[31] Folio 86 C.O.1.

> ***PREGUNTADO:*** *"El oficial en mención dice que para el día de los hechos él lo encontró fuera de la base hablando con una mujer y con todo su armamento, que tiene que manifestar al respecto".*
> ***CONTESTO:*** *"Yo ese día salí a comprar un pan y de regreso me encontré con la muchacha que me saludo y me puse a charlar con ella ya que no estaba de turno, pero el teniente paso y no me dijo nada, y yo sigo detrás de él común y corriente."*[32].

De contera, lo declarado por el procesado reafirma que al momento de ser sorprendido por su superior se encontraba fuera de las instalaciones de la base militar, así mismo que estaba realizando actividades ajenas al servicio. Muy a pesar que su coartada sea que no estaba de turno, lo cierto es que la prueba documental desdibuja dicha justificación, más aún porque sus compañeros de filas ratificaron que la orden semanal fue leída por el Teniente EMO cuando formó a todos los centinelas que debían prestar los turnos para esos días[33] y ese procedimiento se realizaba siempre tanto en la mañana como en la noche para enterar al personal de los servicios[34].

En ese orden de ideas, el actuar del procesado en los hechos materia de investigación constituye un comportamiento reprochable, en la medida que abandonó, desamparó y descuidó injustificada e inconsultamente

[32] Ver folio 99 del C.O. 1.
[33] En este sentido véase declaración del SLR. AGA, visible a folio 85 C.O.1.
[34] Así lo confirmó el reservista ACF cuando en diligencia de declaración se le preguntó la forma como se notificaban los puestos de centinela y los horarios al personal de soldado que prestaban servicios en la base de polvorines, vista a folios 146 C.O.1.

la tarea encomendada; función ésta que consistía en cumplir con un servicio de seguridad y vigilancia el día 14 de junio de 2013 a las 15:00 horas en el puesto "Torre" como centinela, el cual tenía como finalidad primordial custodiar la vida e integridad física de la tropa, así como la preservación del material de guerra e intendencia que poseía el Batallón de Policía Militar No. 3, máxime que tal unidad militar se encontraba en desarrollo de la misión táctica *"JERANIO No. 070"* dispuesta por la orden de operaciones "*República de la Tercera Brigada"*[35].

El procesado contaba con la capacidad de comprender la ilicitud del acto y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues no se evidenció en el proceso hecho alguno que permitiera sugerir la existencia de una circunstancia especial en su salud, además de haber quedado establecido por los diversos testimonios que a su contingente militar se le había brindado capacitación en normatividad penal militar y concretamente sobre el delito de abandono del puesto.

Finalmente, es importante dilucidar que el debate propuesto por la togada contra la fotografía allegada por el oficial EMO -anexa al informe de novedad-, no tiene posibilidad alguna de prosperar en la medida que dicha imagen no constituyó soporte probatorio para fundamentar la decisión apelada, dado que en ningún aparte de la sentencia se observa que haya sido objeto de valoración por el *A quo*, y ello obedece a que en el paginario se contó con otros medios de convicción que

[35] Véase folio 3 C.O.1.

permitieron demostrar certeramente la comisión del punible, por tal motivo la Sala considera que no hubo vulneración del debido proceso o al derecho de defensa como lo sugiere la impugnante, esencialmente porque las pruebas sobre las cuales se soporta el fallo de condena tuvieron la debida oportunidad de ser controvertidas en las distintas etapas probatorias sin que se hiciera objeción alguna en su contra.

Así las cosas, para esta Sala es evidente que conforme a la prueba recaudada en el plenario se estructuró el injusto penal de abandono del puesto en cabeza del encausado, en tanto su comportamiento no sólo resultó ser típico objetivamente, sino que actuó con conciencia y voluntad vulnerando el bien jurídico del Servicio sin justificación atendible, tal como lo afirmó la falladora de primer grado y el representante del Ministerio Público ante esta Instancia.

Consonante con lo expuesto, este Colegiado deberá despachar de manera desfavorable las pretensiones de la apelante, en consecuencia, se confirmará la sentencia condenatoria mediante la cual se declaró responsable del delito militar de abandono del puesto al SLR. DOLP.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX.RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER los argumentos de la apelación y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia adiada 30 de mayo de 2018, mediante la cual el Juzgado Tercero de Brigada del Ejército Nacional condenó al **SLR. DOLP** a la pena principal de doce (12) meses de prisión por el delito de abandono del puesto, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación de manera discrecional, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[36].

TERCERO: EJECUTORIADA esta decisión, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE. -

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente

[36] Sentencia AP6540-2016 radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Cfr. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11) y 48713 (28-09-16) *Ídem.*

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA)JULIÁN ORDÚZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado Ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	159013.
Procedencia:	Juzgado de Primera Instancia Policía Metropolitana del Valle de Aburrá
Procesado:	PT. WARR
Delito:	Abandono del puesto
Motivo de alzada:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma decisión

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

I.ASUNTO POR TRATAR

Le corresponde a la Primera Sala de Decisión desatar el recurso de apelación incoado por el abogado de la defensa JGDAC, contra la sentencia del 21 de agosto de 2018[1] proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, mediante la cual se condenó al PT. WARR por el delito de abandono del puesto a la pena principal de 12 meses de prisión.

---

[1] Folio 370 y ss., del C.O.2.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

De conformidad con los elementos fácticos expuestos en la resolución de acusación y en la sentencia de primera instancia, se tiene que el PT. WARR el día 23 de mayo de 2015, en su condición de auxiliar de información del CAI Lagos de Caujaral adscrito a la Estación de Policía Puerto Colombia en Barranquilla (Atlántico), fue hallado por su superior a las 01:17 horas fuera de las instalaciones de la unidad policial durmiendo en una silla, cuando debía encontrarse cumpliendo cuarto y primer turno de servicio para el cual había sido nombrado previamente[2].

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1.- Con fundamento en el informe suscrito por el Mayor NAZA, Comandante del Primer Distrito de Policía Riomar, el Juzgado 174 de Instrucción Penal Militar dispuso apertura de investigación formal[3] en contra del PT. WARR por el delito de abandono del puesto. Una vez vinculado mediante indagatoria el 23 de noviembre de 2015[4], fue resuelta la situación jurídica provisional del procesado con proveído del 05 de enero del 2016[5], acto jurídico a través del cual la juez de instrucción se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento en atención a que no se cumplían los fines para que resultara procedente la misma.

---

[2] Obra a folio 50 copia del libro Minuta de Guardia, donde a folio 33 se nombran los servicios para los días 22 y 23 de mayo de 2015 en la Subestación de Policía SALGAR.
[3] Mediante auto del 18 de junio de 2015, visto a folio 8 del C.O. 1.
[4] Folio 53-57 *ídem.*
[5] Folio 65-84, C.O. 1.

3.2.- A la investigación se incorporó -en calidad de prueba trasladada- copias de las principales piezas procesales obrantes dentro de la investigación disciplinaria radicada con el número MEBAR-2015-93, que se adelantó por los mismos hechos en dicha dependencia de Control Interno de la Policía Metropolitana de Barranquilla[6].

3.3.- El cierre de la investigación fue proferido por la Fiscalía 148 Penal Militar el 26 de septiembre de 2016, y el escrito de acusación se presentó el 08 de noviembre siguiente, en cuya resolución se acusó al procesado por la comisión del delito de abandono del puesto[7].

3.4.- En firme la calificación, el proceso fue conocido en etapa de juicio por el Juzgado de Primera Instancia de la Metropolitana del Valle de Aburrá, autoridad judicial que previa celebración de audiencia de corte marcial y aceptación de cargos[8], emitió sentencia condenatoria en disfavor de los intereses del procesado, quien a través de su apoderado presentó recurso de apelación, el cual concita en esta oportunidad la atención de este Juez Plural.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *A quo* en la sentencia de primera instancia

[6] Folios 114-167 *ídem.*
[7] Folios 277-280 C.O.2.
[8] Folios 338-351 *ídem.*

proferida el 21 de agosto de 2018, decidió condenar al PT. WARR por el delito de abandono del puesto, fundado en los siguientes argumentos:

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 396 del Código Penal Militar[9], advirtió que dentro del plexo encontró suficientes medios probatorios que analizados en su conjunto y contexto crítico, le llevaron a evidenciar en grado de certeza *"que WARR fue sorprendido durmiendo por el señor Capitán JASV y por ende abandonando el servicio policial que le correspondía en el cuarto y primer turno en el Puesto de Información 5 del CAI "Lagos de Caujaral " de la Estación de Policía Puerto de Colombia de la Policía Metropolitana de Barranquilla, para cuando se le pasó revista por parte del Oficial antes citado"*[10].

Explicó que los anteriores hechos fueron imputados al procesado por la Fiscalía 148 Penal Militar y encontraron respaldo probatorio en el testimonio del CT. JASV, quien expuso que a las 01:17 horas del 23 de mayo de 2015 al pasar revista a los servicios del CAI Caujaral encontró al PT. WARR sentado en una silla dormido y con unos audífonos blancos en su cabeza, conducta que también fue descrita por el PT. LAR, quien, para la fecha de los hechos, acompañaba al oficial referido como conductor del vehículo en donde se movilizaban pasando revista de los puestos.

---

[9] **ARTÍCULO 396. PRUEBA PARA CONDENAR.** "*No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado".*
[10] Cfr. folio 381 C.O.2.

Aunado a lo anterior, el fallador destacó que en diligencia de indagatoria el acusado aceptó que era cierto lo que había denunciado el CT. JASV, que el sueño lo había vencido debido a que no había dormido en la tarde durante el tiempo que tuvo para descansar.

En ese orden concretó el juez de instancia, que el abandono del puesto se originó por el incumplimiento de la actividad policial que debía desplegar el PT. WARR en el sitio de facción que se le había asignado por los mandos para el día de marras, por consiguiente, su conducta quedó adecuada con el tipo penal de abandono del puesto, en lo referido a la hipótesis de dormirse en la prestación del servicio.

Apoyado en decisión de la Corte Constitucional[11] y de esta Corporación Castrense[12], explicó que en el reato militar investigado el desvalor de acción se sancionaba cuando el miembro de la Fuerza Pública dejaba abandonada las funciones propias de la misión encomendada, puesto que la finalidad que se perseguía con la tipificación de la conducta era el cumplimiento de los cometidos constitucionales. Por otro lado, expresó que el desvalor de resultado se demostraba no sólo con la afectación o el abandono de un espacio geográfico determinado, sino además con la renuncia al ejercicio de la función ordenada para prestarse en un lugar, como es el caso de dormirse cuando se está en cumplimiento de una misión, ya que, pese a que el sujeto está en el lugar indicado, al quedarse dormido físicamente abandona sus funciones.

[11] Cita sentencia C-358 de 1997.
[12] Cita Radicado 154006 del 11 de julio de 2007.

Frente a las exculpaciones presentadas por el sentenciado, referidas a que se durmió durante el servicio porque en horas de la tarde -en el intervalo de segundo y cuarto-primer turno de vigilancia- no había podido dormir, el juez consideró que no eran de recibo, como tampoco el argumento de la defensa de tratarse de un caso fortuito. Para el *A quo* dicha excusa no es cierta, puesto que, si en efecto el procesado presentó algún tipo de patología que le impedía prestar el servicio en forma idónea en el sitio de facción asignado en el CAI "Lagos de Caujaral", lo lógico era que hubiera usado los canales de comunicación para informar a sus superiores de tal situación, lo cual no realizó.

Seguidamente el juez aseveró que el actuar del acusado era típico y que en grado de certeza se podía afirmar que el policial de manera voluntaria y consciente "*a la vez que abandonó el lugar de facción que tenía asignado para la data de los hechos, concomitantemente abandonó las funciones policiales que tenía asignadas para el cuarto y primer turno de vigilancia*", lo que fácilmente se erigiría en una conducta dolosa, como quiera que el uniformado actuó con conciencia libre y voluntaria dirigida a la comisión de la misma, teniendo indemne su capacidad mental y sus facultades volitivas para determinarse con el proceder ilícito que estaba adoptando.

También desechó el argumento defensivo referido a que no estaría demostrado en el *dossier* que la conducta

desplegada por el PT. WARR había sido antijurídica y culpable. Contrario a ello, el funcionario judicial encontró que con la conducta del procesado se lesionó de forma grave el servicio policial, máxime cuando para el perfeccionamiento del delito de abandono del puesto no se necesitaba la producción de un resultado o una consecuencia en el mundo material perceptible por los sentidos, habida cuenta que se trata de un injusto típico militar de mera conducta o de mera actividad y no de resultado.

Finalmente concluyó que no existía duda acerca de la conducta del PT. WARR, la que sin justa causa lesionó el ordenamiento jurídico vigente, concretamente el servicio policial, al sustraerse voluntaria y conscientemente de la prestación de su servicio para los días 22 y 23 de mayo de 2015 en el puesto de información del CAI Lagos de Caujaral, razón por la cual se hacía acreedor a la imposición de una sentencia condenatoria, la cual, una vez agotado el ejercicio de dosificación punitiva, la concretó en una pena de doce (12) meses de prisión sin el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por expresa prohibición legal del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa técnica del procesado solicitó a la segunda instancia revisar la decisión de condena por adolecer

de varias irregularidades sustanciales, en ese orden postuló dos reproches trascendentales.

El primero referido a la imposibilidad de estructurar el tipo penal de abandono del puesto, en tanto no quedó demostrado el elemento del tipo subjetivo de la conducta punible, esto es el dolo, y el segundo, por afectación del derecho de defensa al no haberse aportado de forma completa -en la etapa de instrucción- algunas pruebas documentales que fueron peticionadas por el procesado en su indagatoria.

Frente al primer tópico pregonó que efectivamente su cliente aceptó que *"fue sorprendido en los brazos de Morfeo durante el servicio de jefe de información"*[13], sin embargo, no se tuvo en cuenta que en su injurada también afirmó que durante el periodo de descanso no pudo conciliar el sueño lo que le impidió poder reposar y recuperarse para retomar nuevamente el turno nocturno que le correspondía cumplir, es decir, que el fallador no podía entender que al aceptar el hecho se estuviera admitiendo la culpabilidad, dado que la situación estuvo mediada por un problema de sueño, argumento soportado con los testimonios de las señoras YER y REFP, esposa y madre del acusado, respectivamente.

Consideró que no es del todo cierto lo afirmado por el juzgador cuando aseguró que el procesado no tuvo ninguna justificación para cometer el hecho, dado que la historia clínica no da cuenta de un cuadro

[13] Cfr. Folio 414 C.O.3.

patológico indicando que para el día de marras no estuviera apto para prestar el servicio. Frente a este argumento el togado consideró que debió tenerse en cuenta, además de la historia clínica, la prueba testimonial dando fe de otros factores relevantes como los fisiológicos y psicológicos, que resultaban determinantes y podían demostrar las dificultades que enfrentó WARR para conciliar el sueño y que por ende le produjeron el agotamiento al momento de prestar el turno.

A partir de hechos considerados por el juez, tales como: *i)* que el procesado fue sorprendido a 30 metros de distancia del CAI; *ii)* que fue hallado dormido y con unos audífonos puestos; y, *iii)* que se encontraba cubierto con una chaqueta, cuestionó que el fallador hubiera deducido el conocimiento y la voluntad de realización de la conducta. Para el defensor el *A quo* interpretó erradamente los anteriores supuestos fácticos, dado que si bien el uniformado se ubicó lejos del CAI lo hizo porque éstas instalaciones no contaban con la seguridad adecuada para su permanencia en el interior, los audífonos los utilizó para escuchar música y no quedarse dormido y la chaqueta la abrazó para evitar el frio de la noche.

Es claro entonces para el defensor, que la verdadera voluntad del PT. WARR estuvo dirigida a proteger su vida y evitar quedarse dormido durante el servicio, pues, recalcó, si el querer hubiera estado orientado a quedarse dormido lo lógico era que hubiera manifestado actitudes tales como despojarse de su indumentaria o

improvisar una cama. Por lo anterior en criterio del apelante *"(…) ni siquiera hubo una acción –esto es, una conducta humana voluntaria que genera cambio en el mundo exterior-, toda vez que el hecho cometido por el procesado- corresponde a la categoría de los actos reflejos o involuntarios-"*[14].

Citó el radicado 45704 del 03 de mayo de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, destacando que el sueño es una función necesaria para el organismo y que sucede independientemente de las condiciones externas, lo que sugeriría que el procesado presentó un agotamiento que no le permitió ni siquiera reaccionar al llamado que le hizo su superior por el avantel para que se reportara.

En relación con el segundo punto del recurso, consideró que los funcionarios judiciales que tuvieron a cargo el proceso incurrieron en una irregularidad sustancial que afectó el derecho de defensa del PT. WARR, al no haber aportado en forma completa todas las minutas de servicio prestados por el procesado desde el 12 al 22 de mayo de 2015, impidiendo de esa forma demostrar que el cansancio y el agotamiento que llevaba para el día que fue encontrado dormido por su superior, fue producto de los largos turnos que tuvo que prestar los días anteriores para poder salir franco.

De la siguiente forma concluyó el togado lo pretendido en este punto con la estrategia defensiva enarbolada:

[14] Cfr. Folio 417 C.O.3.

> *"(…) se puede concluir que entre el periodo del 13 al 16 de mayo del 2015, no existe minuta o no se llevó minutas de servicio, ósea los servicios de los días 13, 14 y 15 del 2015, no fueron allegados a la presente investigación, por lo tanto la solicitud probatoria no está completa, ya que lo que pretendía mi cliente cuando solicitud* (sic) *que se allegaran las minutas de servicio era probar que estaba doblado en servicio tal como se evidencio* (sic) *en las minutas de servicios de la Estación de Policía Puerto Colombia, en la cual se nota que mi cliente realizo* (sic) *|los tres turnos entre los días 12 y 13 de mayo del 2015"*[15].

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En representación del Ministerio Público el DR. MFRC, Procurador 11 Judicial II Penal, solicitó confirmar la decisión de primer grado, pues en su criterio los argumentos de la defensa no están llamados a obtener el resultado pretendido con el recurso vertical, en tanto se demostró la existencia de dolo en el actuar del procesado y no se configuró la nulidad planteada por el censor.

En lo que hace referencia al aspecto subjetivo de la conducta, señaló que a lo largo de la investigación se encontraron pruebas que daban cuenta de la manera en que el procesado durante las horas previas a su turno de servicio en el mencionado CAI de la policía de Barranquilla tuvo inconvenientes para conciliar un

[15] Cfr. Folio 421 C.O.3

sueño restaurador, al punto que sus familiares lo advirtieron sobre las implicaciones de no dormir. No obstante, el mismo policial asumió que podía culminar su turno de servicio que iniciaba a las 21 horas del día 22 de mayo de 2015 y finalizaba en las primeras horas del día siguiente.

Para el Ministerio Público es claro que en el proceso quedó demostrado "*(…) el conocimiento que tenía el procesado en torno a la probabilidad de quedarse dormido durante el servicio, entre otros, se tiene que informó de su condición de no poder conciliar el sueño a sus familiares al punto de preguntar si podía tomar algún medicamento, además, ingirió una bebida energizante, buscando con ello alejar el letargo. Sin embargo, contrario a sus deberes oficiales, el procesado asumió que podría manejar su condición de estar alerta durante el turno oficial, resultando que fue encontrado dormido durante el mismo por uno de sus superiores*".

Explicó que dentro de las condiciones normales para la prestación de un óptimo servicio están aquellas relacionadas con la salud del miembro de la Fuerza Pública, de manera que de existir algún tipo de dolencia es claro que se debe informar oportunamente para que se adopten las medidas correspondientes y evitar así la afectación de la misión, actuar que en este caso no ocurrió, dado que el procesado nunca dio a conocer a sus superiores alguna situación de salud o condición física que le impidiera trabajar esa noche, y ello fue así porque no ocurrió si se tiene en cuenta la historia clínica del procesado aportada al paginario, en la que se da cuenta que durante los

años 2014 y 2015 si bien acudió al servicio médico en varias oportunidades debido a dolencias relacionadas con el sistema digestivo, dolores de cabeza o de extremidades, nunca lo hizo por alteraciones relacionadas con el sueño o algo similar.

Realizó un análisis sobre los turnos de disponibilidad que adujo el sentenciado tuvo que cumplir adicional a los servicios ordinarios que le correspondían prestar. De manera gráfica el Procurador ilustró los turnos del PT. WARR durante los días del 12 al 23 de mayo de 2015, advirtiendo que, si bien no se aportaron las minutas de los días 14, 15, y 16 de mayo, lo cierto es que *"se advierte una razonable programación del servicio policial a cargo del procesado, sin que se evidencien sobrecargas o turnos adicionales"*[16].

Con todo lo anterior concluyó que el elemento subjetivo del tipo se encontraba presente y acreditado en la presente actuación, más aún por las condiciones en las que fue encontrado el procesado al momento de la revista de su puesto de información, ya que ubicó la silla fuera del lugar de facción, se puso audífonos en las orejas y cubrió su cuerpo con una chaqueta, actos que demuestran su determinación de entregarse al sueño durante el turno de servicio.

Un segundo tema que le mereció algunas consideraciones al delegado tiene que ver con la supuesta omisión probatoria en la que incurrieron los funcionarios que tuvieron a cargo la investigación, pues según el

[16] Cfr. Folio 443-444 C.O.2.

apelante no allegaron copia de todas las minutas de servicio, donde se reflejarían los turnos de disponibilidad adicionales que cumplió el procesado los días anteriores a los hechos que se juzgan.

Frente a esta censura el Procurador solicitó a la Judicatura descartar dicho reproche, como quiera que el apelante incumplió con la carga argumentativa de demostrar la trascendencia de la omisión probatoria de acuerdo con los principios que rigen las nulidades, y sumado a ello porque la irregularidad señalada por el apelante no configura vulneración alguna al derecho de defensa, dado que si bien no fueron aportadas todas las minutas de servicio que peticionó el togado, las que se aportaron fueron suficientes para establecer que durante los turnos de descanso que le correspondía disfrutar al procesado no fue sometido a servicios extras, seguidos e ininterrumpidos, ni en los días anteriores ni próximos a los hechos que se investigan.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva Codificación Castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de

ese año[17], como de los ocurridos con posterioridad a la misma; ello dejando claro que dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación se debe aplicar la Ley 1407 de 2010 en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Se analizará el asunto bajo las limitaciones impuestas por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, de tal suerte que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el impugnante, salvo la nulidad y los inescindiblemente vinculados a la investigación.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala se pronunciará en relación con los dos problemas jurídicos formulados por el demandante, en el orden propuesto dentro del escrito de apelación. Así entonces, se ocupará inicialmente de revisar la decisión judicial de primer grado, con miras a establecer si el comportamiento realizado por el PT. WARR resultó atípico por ausencia de dolo, y posteriormente se abordará el segundo tema, que va dirigido a obtener la invalidez de la actuación por no haberse aportado a lo largo de la investigación medios probatorios favorables a los intereses del procesado.

[17] Autos de mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, cabe aclarar, que por motivos de solución lógica de prosperar la primera pretensión de la defensa la Sala se relevaría del estudio de la segunda petición.

8.1 De la tipicidad de la conducta de abandono del puesto.

8.1.1 La norma rectora que regula la presente actuación establece que para considerar una conducta como punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable, esto conlleva que la mera causalidad no es suficiente para imputarle jurídicamente un resultado al sujeto activo de la infracción penal militar[18].

A su vez la jurisprudencia nacional tiene establecido que, "*toda conducta definida legislativamente como típica está conformada por un elemento objetivo y otro subjetivo: Para el primero se analiza la subsunción de la conducta investigada al modelo descriptivo del tipo con todos los elementos que lo estructuran, en el segundo, se han de verificar las formas conductuales dolo, culpa o preterintención*"[19].

Al verificar en el caso concreto el aspecto objetivo descriptivo contenido en el tipo penal de abandono del puesto, se advierte que el comportamiento desplegado por el PT. WARR el día 23 de mayo de 2015, cuando se quedó dormido estando de facción durante la prestación

[18] Art. 15 Ley 1407 de 2010.
[19] Radicado 47119 del 28 de junio de 2017, MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

del servicio de información en el CAI Lagos del Caujaral que iba de las 21:00 a las 07:00 horas, puede adecuarse dentro del reato militar previsto en el artículo 105 del Código Penal Militar[20].

Recordemos de manera general, que se incurre en ese injusto cuando el militar o policial estando debidamente nombrado y habiendo asumido el servicio y/o estando de facción, abandona el puesto por cualquier tiempo o ejecuta cualesquiera de las conductas allí previstas, esto es, se duerme, se embriaga o se pone bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Dogmáticamente el punible de abandono del puesto está determinado como un delito de función, por tanto, sólo puede consumarlo quien ostenta la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública y está debidamente asignado de "*facción o de servicio*", condición en la que ejecuta alguna de las conductas alternativas establecidas en la norma, que para el caso que nos ocupa sería la de quedarse dormido en el puesto por cualquier tiempo.

Como viene de verse es claro que el asunto que debe resolver este Colegiado no se encuentra en el marco del ejercicio de congruencia típica objetiva, pues los medios probatorios permiten afirmar con certeza que hubo lugar a la configuración de la conducta de abandono del puesto. Obsérvese que desde los albores

[20] **ARTÍCULO 105. ABANDONO DEL PUESTO**. "*El que estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, incurrirá, en prisión de uno (1) a tres (3) años*".

de la investigación se allegaron los siguientes medios de convicción dando cuenta de ello:

- Informe de novedad presentada el día 23 de mayo de 2015 con el PT. WARR durante la prestación de su cuarto primer turno de servicio en el CAI Lagos de Caujaral, cuando fue encontrado por un superior durmiendo a eso de las 01:17 horas[21].

- Extracto de la hoja de vida[22], resolución de nombramiento y el acta de posesión del señor PT. WARR [23], con lo cual se demuestra la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública para la fecha de los acontecimientos.

- Copia de la minuta de guardia dando cuenta que fue nombrado en 4° y 1° turno de vigilancia para los días 22 y 23 de mayo de 2015[24], concretamente cumpliendo el servicio de información.

- Testimonios indicando la realización del abandono el puesto, agotado al momento de quedarse dormido durante la prestación del servicio de auxiliar de información[25]. En el mismo sentido, lo dicho por el propio acusado cuando aceptó en su injurada lo siguiente: "*(…) soy conciente* (sic) *que me*

[21] Denuncia respaldada con la respectiva anotación efectuada en el libro de Revista De Oficiales de la Estación de Policía Puerto Colombia, obra a folios 5-7 C.O.1 y ratificación del informe a través de declaración rendida por el CT. JASV obra a folios 16-18 C.O.1.
[22] Obra a folios 63-64 *ídem.*
[23] Obra a folios 61-62 *ídem.*
[24] Obra a folios 49 y 50 C.O.1.
[25] Obran testimonios que así lo declaran entre ellos los rendidos por los señores CT. JASV (folios 16-18) y del PT. LAR (folios 31-33).

encontraba dormido porque me venció el sueño a raíz de que no había dormido en toda la tarde"[26].

Bajo el anterior contexto se desprende que la materialización de la conducta resulta más que evidente en un plano objetivo, por lo que el punto del debate sobre el cual gravita la apelación es el relacionado con la forma de imputación subjetiva que se hizo al procesado, ya que en criterio del defensor no existe certeza sobre la modalidad en la que actuó su prohijado. De hecho, sostuvo la posibilidad que ni siquiera hubiera existido acción al no haber exteriorizado su voluntad dirigida al sueño.

8.1.2 Frente al tema que no hubo acción por parte del procesado para quedarse dormido, en la medida que se trató de un acto reflejo e involuntario, brevemente se dirá que se descarta la configuración de la causal excluyente de la responsabilidad prevista en el numeral 1 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010[27] por las razones fundamentales que a continuación se expondrán.

La Corte Suprema de Justicia en variadas sentencias, entre otras, la del 05 diciembre de 2007, radicado 26513, y la del 06 marzo de 2013, radicado 39559, respecto del caso fortuito o fuerza mayor ha venido sosteniendo que:

---

[26] Cfr. Folio 55 C.O.1.

[27] **ARTÍCULO 33. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD.** No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.

> *"Cuando se hace alusión a un caso fortuito, lo que se quiere expresar en términos de la teoría de la imputación objetiva es que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no se puede determinar en el ámbito de competencia de persona alguna, entendida ésta como la portadora de un rol socialmente comprensible, o bien la imposibilidad de establecer la relación entre el sujeto activo y el resultado típico para que se le pueda atribuir al primero como 'obra suya' lo segundo. Es decir, el caso fortuito se refiere directamente a circunstancias en las que desde el punto de vista dogmático se presenta una ausencia de acción"*[28].

En ese mismo sentido, la doctrina penal ha sostenido que *"no hay conducta en los estados de inconsciencia. Cuando se presenta una completa ausencia de actividad de las funciones mentales superiores del hombre, tampoco puede haber conducta para el derecho penal; la ausencia de consciencia debe ser, pues, plena. Así acontece con los movimientos realizados por una persona que se halla en un profundo grado de narcosis (…); por un epiléptico; (…) por quien actúa en un estado de delirio profundo causado por la fiebre o el que padece un desmayo (…)."*[29].

Si para configuración de la fuerza mayor debe haber ausencia de acción y para ello es indispensable que no exista actividad mental alguna, total inexistencia de conciencia, cómo poder aceptar que en este caso ello ocurrió cuando fue el mismo encausado quien aceptó ser consciente que el no haber descansado en la tarde de ese día le podía conllevar quedarse dormido en el

[28] Radicado 26513 del 05 de diciembre de 2007, Corte Suprema de Justicia.
[29] VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1995, pág. 318.

turno de servicio[30] y por ello optó por ingerir una bebida energizante para alejar el sueño. Tal como lo advirtió el agente del Ministerio Público ante esta instancia, todas estas circunstancias conllevan a abstraer que el procesado sabía que podía quedarse dormido durante la prestación del servicio y, aun así, contrario a sus deberes oficiales, asumió que podría manejar su condición de estar alerta durante el turno oficial, lo cual descarta que todo haya sido producto de un acto reflejo e involuntario y, por consiguiente, la configuración de la causal invocada.

Es que con base en el contexto lógico dentro del cual se desarrolló la conducta atribuida, esto es, en razón a las circunstancias en las que fue hallado dormido el PT. WARR el día 23 de mayo de 2015 cuando se encontraba de facción, se evidenció que el acusado sí exteriorizó acciones dirigidas al descanso, pues nótese que adecuó una silla y se sentó allí, en un lugar alejado del puesto de servicio que le correspondía[31], y se puso unos audífonos para escuchar música, luego de lo cual el sueño lo venció.

Por todo lo analizado habrá de concluirse que la prueba es demostrativa de acciones con dominio de voluntad dirigidas a aislarse de la prestación de sus deberes, lejos de comprobar que se trató de impulsos biológicos involuntarios derivados de un estado de cansancio causado por los distintos servicios prestados días atrás, como lo propuso el impugnante,

[30] Cfr. Folio 55 C.O.1.
[31] De acuerdo con el testimonio del CT. JASV encontró dormido al procesado a 30 metros del CAI en tanto que el acusado aceptó que se encontraba dormido a 15 metros pasando la calle del frente del CAI. (ver fl. 55 C.O.1).

aspecto éste que más allá de quedar en un simple enunciado de haber sido cierto conllevaba a que el uniformado hubiera advertido a sus superiores sobre las consecuencias que tal desacierto operacional podría desatar, lo cual no ocurrió porque ello simplemente no tuvo lugar, tal como acertadamente lo visualizo y advirtió el Procurador ante esta instancia.

En este punto la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que no es posible proponer la figura del caso fortuito o fuerza mayor, que implica *per se* una falta de acción, cuando en el mismo plano probatorio de la investigación resulta evidente la existencia de un comportamiento humano dirigido a realizar la conducta, veamos:

> *"Ahora bien, extraer un concepto material de acción que sea objeto de consenso en la cultura jurídico penal contemporánea ha sido siempre una empresa problemática. Sin embargo, ya sea entendida la acción como un "movimiento corporal externo (…) producido mediante el acto de voluntad"[32], o el ejercicio de un "obrar orientado conscientemente desde el fin"[33], o una "causación del resultado individualmente evitable"[34], o una "manifestación de la personalidad"[35], etcétera,* ***lo cierto es que, en la práctica, sería contrario a la razón sostener la configuración de un caso***

[32] MEZGER, EDMUND, *Derecho penal. Parte general*, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004, Tomo I, pág. 59.
[33] WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pág. 52.
[34] JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 168 y ss.
[35] ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 252.

> ***fortuito o una fuerza mayor (es decir, de una falta de acción) cuando al mismo tiempo sea evidente la existencia de un comportamiento humano, bien sea activo o de omisión, a partir del cual pueda predicarse la lesión del bien jurídico.*** *En otras palabras, habrá acción en sentido penal cada vez que, parafraseando el artículo 29 de la Constitución Política, concurra un acto imputable a una persona.* (Negrillas fuera de texto).

8.1.3 Además de lo anterior, considera este Juez Plural que no tiene posibilidad de éxito el argumento del impugnante, según el cual el acusado presentó un cansancio físico intenso que le produjo sueño, al punto que éste lo venció y sobrevino en su organismo un fenómeno natural imposible de sobrellevar. La desestimación del argumento obedece a que de acuerdo con las minutas de servicios allegadas[36] y que fueran analizadas por el Procurador 11 Judicial II Penal[37], se puede concluir que los servicios policiales de información que prestó el PT. WARR los días anteriores a la comisión de la conducta, esto es, del 16 al 21 de mayo de 2015, no fueron excesivos al extremo que le produjeran agotamiento físico por exceso de turnos de trabajo.

Igualmente se desvirtúa la sobrecarga laboral en la función que desempeñaba el PT. WARR para la época de

---

[36] Obran a folios 101 y s.s. C.O.1, copia de las minutas de servicios prestados por el PT. WARR durante los días 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20,21,22 y 23 de mayo de 2015 en la Estación de Policía de Puerto Colombia.

[37] En su concepto de rigor, luego de graficar los turnos prestados por el enjuiciado durante los días concomitantes a los hechos, concluye que "*(…) entre los días 16 y 23 de mayo se advierte una razonable programación del servicio policial a cargo del procesado, sin que se evidencien sobrecargas o turnos adicionales"* obra a folio 444 C.O.3.

marras, si consideramos que fue el propio acusado quién en su injurada aseguró que el cansancio físico no fue ocasionado por los turnos excesivos o adicionales que prestó durante los días inmediatamente anteriores a la comisión del reato militar, sino que tal situación se produjo específicamente porque no había podido dormir para recuperarse físicamente en el tiempo anterior a recibir el servicio, es decir, entre el lapso comprendido de las 14:00 a las 21:00 horas del 22 de mayo de 2015, dado que reasumía nuevamente el servicio de las 21:00 hasta las 07:00 horas.

Conclúyase de lo analizado a lo largo de esta providencia, que de acuerdo con la prueba obrante no resulta posible excluir la responsabilidad penal del PT. WARR por vía de la causal de ausencia de responsabilidad aducida por el abogado de la defensa, pues resulta probado que la conducta típica no se produjo como consecuencia de un impulso biológico involuntario derivado de un estado de agotamiento físico por exceso de trabajo en los turnos de servicio prestados con anterioridad a la consumación de aquella, contrario a ello, hubo una sumatoria de acciones de su parte dirigidas a someterse al sueño, según lo muestran las fotos que le fueron tomadas y aportadas con la noticia criminal, donde aparece sentado en una silla, con unos audífonos puestos en la cabeza y arropado con una chaqueta[38].

8.1.4 Aclarado el asunto, procede la Judicatura a resolver el problema jurídico concerniente a la forma

[38] Cfr. Folio 4 C.O. 1.

de imputación subjetiva hecha al procesado en la comisión de la conducta de abandono del puesto, en los términos del artículo 23 de la Ley 1407 de 2010[39].

El fallador aseguró que el procesado había actuado dolosamente, como quiera que desplegó la conducta con conciencia libre y voluntaria dirigida a la comisión de la misma, teniendo intacta su capacidad mental y sus facultades volitivas para determinarse con el proceder ilícito que estaba adoptando. También dedujo el conocimiento y la voluntad de realización de la conducta de las acciones desplegadas por el encausado previo a conciliar el sueño, como fueron el recostarse plácidamente en una silla, el escuchar música con unos audífonos y posterior a ello quedarse dormido con pleno conocimiento de que su proceder era ilícito por la obligación que tenía de prestar ininterrumpidamente el servicio policial asignado.

Por su parte el apelante debatió tal postura, argumentando que si bien su cliente aceptó que "*fue sorprendido en los brazos de Morfeo durante el servicio de jefe de información*"[40], el fallador no tuvo en cuenta que ello se debió a un problema de sueño y de agotamiento físico, que si bien no pudo ser clínicamente documentado, tal condición estaría soportada con los testimonios de las señoras YER y REFP, esposa y madre del acusado, respectivamente, quienes testificaron las circunstancias de desespero e inquietud que vivió el procesado el día de los hechos

[39] **ARTÍCULO 23. MODALIDADES DE LA CONDUCTA PUNIBLE.** La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley.
[40] Cfr. Folio 414 C.O.3.

por no haber podido conciliar el sueño durante el periodo que tuvo para descansar.

Es claro entonces que el reproche del apelante se orienta a sostener que aunque el PT. WARR *"podía tener conocimiento de que si se dormía incursionaba en el delito, al sentarse no lo hizo con el ánimo de acostarse, luego entonces el que no haya informado a sus superiores que no pudo conciliar el sueño en las horas de reposo o que durante el servicio se encontraba indispuesto no es indicativo suficiente que mi cliente tenía la voluntad dirigida a quedarse dormido o de querer cometer la acción"*[41].

Para encontrar la solución al conflicto pretendido, es trascendental recordar que el dolo se ha definido por antonomasia como *"el saber y querer la realización del tipo"* [42], algo así como una especie de simbiosis entre el conocer (aspecto cognoscitivo) y el querer (aspecto volitivo), razón por la cual en materia penal se afirma que obra dolosamente quien conoce que su acción es objetivamente típica y además de ello quiere su realización[43].

Téngase en cuenta, además, que el artículo 21 del Código Penal Colombiano y el 23 de del nuevo Código Penal Militar establecen que el dolo es una de las modalidades de la conducta punible, definiéndolo en sus artículos 22 y 24, respectivamente, así:

---

[41] Cfr. Folio 419 *ídem.*
[42] HANS WELZEL, Derecho Penal Alemán, trad. de JUAN BUSTOS R. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 95.
[43] En este sentido se lee en AGUDELO BETANCUR, NÓDIER, Curso de Derecho Penal, Cuarta Edición, Ediciones Nuevo Foro, Medellín, Colombia, 2011, pág. 108.

> *"La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (…)".*

Es en tanto el dolo, la representación del resultado que se constituye en el motivo por el cual se realiza el hecho, es decir, la manifestación de voluntad, lo que hace presumir el conocimiento de las circunstancias que rodean el hecho en concreto, que corresponde a una definición legal[44].

Respecto del dolo la Corte Suprema de Justicia ha dicho[45]:

> *"Si se quisiera resumir una fórmula frente al contenido explicado del artículo 22 del Código Penal, bien podría decirse que el dolo, por su aspecto intelectivo o cognoscitivo, requiere conocimiento y conciencia integral del hecho típico; del significado de los elementos del tipo y de sus circunstancias; del resultado de la conducta y de la cadena causal, así como de la antijuridicidad del comportamiento; y por su aspecto volitivo, necesita la demostración "de operaciones síquicas que orientan al hombre a decidirse en un sentido antijurídico". O, para sintetizar aún más, también se puede afirmar que la parte del dolo referida a la voluntad "se presenta cuando el agente quiere realizar la conducta típica y antijurídica (en relación con los tipos de mera conducta), o cuando quiere*

[44] Tratado de derecho penal, pág. 411.
[45] Radicado 21695, sentencia del 20 de octubre de 2004, MP. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

ejecutar la conducta y la consecuencia que de ella se deriva (respecto de los tipos de resultado) y hacia ese fin orienta su determinación."[46].

De manera entonces que la modalidad dolosa de las conductas, en su parte subjetiva, conlleva el saber y la voluntad, esto es, el conocimiento que tiene el agente de realizar una conducta descrita en la ley como punible y el querer su realización. Para ese primer aspecto –conocimiento de los elementos de la figura típica- resulta necesario que, al igual que lo hiciera un hombre promedio en su situación, el agente entienda que con su accionar abarca aquellos elementos y sea consciente de ello, pero además, que considere que es realmente posible la producción de las circunstancias del hecho en el caso concreto y quiera hacerlo, es decir, que desee realizar la conducta prohibida y, bajo un entendido tal, ponga en marcha su accionar, bien sea que éste alcance tan sólo el fin propuesto o, amén de ello, produzca otro resultado previsible y ligado, inevitablemente o eventualmente a aquel propósito inicial.

No obstante ser amplia y clara la teorización del concepto doloso directo en la acción penal, para lo que concierne al asunto que se viene estudiando es importante tener presente que de acuerdo con el consenso de la doctrina nacional los dos componentes del dolo no siempre se presentan con los mismos grados de intensidad, nitidez o determinación, es por lo que

[46] ALFONSO REYES ECHANDÍA. Culpabilidad. Bogotá, Temis, 3ª edición, 1988, páginas 44 a 50.

ha sido necesario distinguir tres clases de dolo: *i)* El directo de primer grado, que se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico, *ii)* el directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, porque el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura y, *iii)* el eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable[47].

Bajo tal entendimiento es que esta Sala de Decisión considera que resultan parcialmente equivocadas las deducciones que frente a la modalidad de la conducta ha realizado el recurrente, por cuanto en el *sub examine* se evidencia que el procesado si bien no realizó una conducta dolosa en forma directa, si lo hizo bajo el manto del dolo eventual, pues aunque no quería la realización del resultado típico dejó librada al azar su no producción, muy a pesar de que se había representado *ex ante* la probabilidad de que ésta llegaría a ocurrir[48].

Obsérvese que esta modalidad de la conducta del PT. WARR la dedujo el Juzgado de Primera Instancia bajo un dolo directo, no obstante, como se infiere del

---

[47] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, WOLFFHUGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN. De la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. En cuadernos de Derecho Penal No. 6 (2012) pág. 18 disponible en: www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf.

[48] Ley 1765 de 2015, **ARTÍCULO 98.** Modifíquese el artículo 24 de la Ley 1407 de 2010, el cual quedará así: *"Artículo 24. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.* ***También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar".***

análisis que acaba de hacerse, esta cuestión no resulta tan nítida como para llegar a afirmar que en el comportamiento de aquél concurrieron en forma perfecta sus dos elementos, esto es el cognitivo y el volitivo, puesto que si bien el primero de ellos –intelectivo- se colige del conocimiento y la conciencia integral que tenía el uniformado del hecho típico, es decir, el saber que dormirse estando de facción o de servicio constituía la comisión de un delito castrense, por cuanto en su condición de policía había sido entrenado para la función encomendada, recibido instrucción y capacitación en la escuela de formación, dada su especialidad en el cuerpo de vigilancia urbana por más de nueve (09) años, conforme lo reporta su extracto de hoja de vida[49], no sucede lo mismo respecto del aspecto volitivo en querer realizar la conducta típica y antijurídica.

Y ello es así, como quiera que este aspecto fluctuó en la acción. En efecto, las circunstancias probadas en el sumario dan cuenta que el procesado no quería quedarse dormido y abandonar el puesto, pues era conocedor de su deber de estar alerta y en permanente atención, de hecho sus familiares aseguraron que estuvo preocupado y desesperado en la tarde porque no podía conciliar el sueño[50] y él mismo aseveró que se

[49] Ver folio 63 C.O.1.
[50] Obra a folio 93 C.O.1 testimonio de la señora REFP suegra del procesado quien indicó que el día de los hechos "*(…) mi hija YER me llama y me dice que ve a WARR como desesperado y le estaba diciendo que se vaya a dormir, pero él le manifiesta que no podía dormir ya que no siente sueño (…)*; así mismo la señora YER esposa del acusado expuso en testimonio que obra a folio 95 y ss. Que el día que su esposo soltó de turno "(…) *llegó a la casa, almorzó normalmente, le vi cierta inquietud, luego se dirigió hacia el cuarto y yo estaba atendiendo a la niña y lo vi nuevamente y le vi esa*

había tomado una bebida -*"Vive 100"*- para evitar la somnolencia porque se sentía agotado[51].

Recuérdese que la norma penal vigente exige para la configuración del dolo eventual la confluencia de dos condiciones, a saber: *(i)* que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico y, *(ii)* que deje su no producción librada al azar[52].

Concretando lo dicho, para esta Sala de Decisión el PT. WARR pese a ser consciente que no había dormido en toda la tarde y haberse representado con una alta probabilidad que se quedaría dormido durante el turno, de forma inconsulta decidió recibir el servicio y en su trascurso tomó una actitud de desinterés total de lo que podía suceder al recostarse cómodamente en una silla, ponerse audífonos para escuchar música y arroparse con una chaqueta, dejando así librada a la suerte la materialización de la conducta punible, la continuación de los cursos causales sin importar el desenlace peligroso, en otras palabras, no asumió actitudes positivas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que originaba su comportamiento.

---

inquietud le pregunté que qué le pasaba él me dijo que no podía conciliar el sueño, yo le preguntó que si tenía algún problema que si estaba estresado él me dijo que no (…)"

[51] En diligencia de indagatoria afirmó que durante la prestación del turno salió a caminar y se *"había comprado un vive 100 me lo tomé y estaba tratando de que no me cogiera el sueño me sentí agotado y fue cuando me senté y decidí ponerme a escuchar música para que me pasara el sueño y terminar el turno sin novedad en ese momento llegó mi capitán y me encontró en esa situación (es decir dormido)".*

[52] *"Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina".* Op. Cit. Pág.30

Denótese que en la investigación no se evidencia que el acusado haya hecho nada por evitar la afectación del servicio, ni tampoco que hubiera procedido como todo hombre policial promedio y prudente lo hubiera hecho ante una situación concreta; es decir, si se encontraba frente a alguna limitación para asumir el servicio o para continuar prestándolo, lo lógico era informar a un superior o compañero sobre las condiciones que le impedían cumplir el deber legal.

Destáquese que antes de salir al servicio en la Estación de Policía de Puerto Colombia el SI. ALC impartió las órdenes y las consignas para la prestación del servicio, asimismo revisó la presentación personal, el estado anímico y físico de todos los uniformados de la Estación, incluyendo al procesado, sin que ninguno manifestara *"tener algún tipo de inconvenientes"*[53]. Era en ese momento donde resultaba de vital importancia que el gendarme hubiera demostrado su voluntad de evitar el daño antijurídico para excluir el dolo eventual de su comportamiento, no obstante, tales acciones no se evidenciaron en su actuación.

Y es que, en el caso analizado, múltiples son los elementos de juicio que permiten advertir que el procesado, pese a tener conocimiento amplio de los riesgos que implicaba quedarse dormido durante la prestación de un servicio y habiéndose representado la

[53] Cfr. Folio 35 C.O.1.

realización del reato militar de abandono del puesto como posible, nada hizo por evitarlo.

Véase que en este aspecto la legislación penal colombiana para explicar el dolo eventual se circunscribe con la denominada teoría de la probabilidad, *"en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual (…) el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo"*[54].

Las anteriores premisas jurisprudenciales nos conducen a concluir que la modalidad del tipo subjetivo del injusto de abandono del puesto cometido por el PT. WARR fue la de dolo eventual, pues el resultado en este caso se produjo frente a la probabilidad de la realización de la conducta que mantuvo el policial durante la prestación de su turno de vigilancia, sin que hubiera hecho nada por evitarlo.

Recálquese que la forma como fue hallado el policial el día de los hechos por parte del CT. JASV, desdice completamente de la posibilidad que su proceder hubiera estado orientado a evitar quedarse dormido, por lo tanto, razona la Corporación, era previsible el quedarse dormido y su no producción la dejó librada al azar, máxime cuando estaban dadas las condiciones fisiológicas de cansancio previo por no haber podido descansar en horas de la tarde.

---

[54] Radicado 20860, MP. HERMAN GALÁN CASTELLANOS, sentencia de 15 de septiembre de 2004, Corte Suprema de Justicia.

Reflexión diversa hubiera que hacerse si el acusado pese a no querer adecuar típicamente su comportamiento con el reato militar de abandono del puesto, habiéndose representado dicha probabilidad como lejana, hubiera realizado acciones tendientes a evitar que el resultado se produjera y aun así ello hubiera ocurrido, hipótesis en donde la evidencia probatoria tendría que demostrar que el uniformado realizó actos encaminados a permanecer alerta en el puesto de facción, *verbi gratia,* estando atento a los llamados radiales, de pie, con todos los sentidos dispuestos para cualquier situación que se presentara, y pese a ello hubiera ocurrido el fenómeno del sueño, en cuyo caso habría lugar a proferir absolución ante la realización de una conducta bajo la modalidad de culpa con representación, lo cual es evidente que en este evento no sucedió, porque como ampliamente se ilustró en precedencia el procesado dispuso todas las condiciones, si bien no para dormir si lo hizo para descansar y con ello dejo abierta la probabilidad de quedarse dormido, como en efecto ocurrió.

8.2 De la solicitud de nulidad.

El tema que ahora resolverá el Tribunal es el concerniente a la nulidad peticionada por el impugnante; para tal efecto, se analizará brevemente el instituto jurídico de la nulidad y los principios que lo rigen, de cara el argumento expuesto en el ejercicio de la defensa material por el apelante, luego de lo cual se concluirá si debe o no prosperar

la nulidad en los términos planteados por el defensor de WARR.

Recuérdese que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de antaño, han expresado que la nulidad es un remedio extremo al que se debe acudir para subsanar las actuaciones procesales que se encuentren viciadas y que afectan, por esa razón, de manera real y cierta los derechos y garantías de los sujetos procesales, o socaban las bases estructurales de la investigación o el juzgamiento; de allí entonces que para su decreto sea necesario siempre valorar los principios que orientan esa declaratoria de invalidez, los cuales llenan de sentido y contenido las causales legales de nulidad; así se ha sostenido:

> *"(…) las causales de nulidad deben ser interpretadas a partir de unos principios que le dan sentido y contenido a las mismas*[55]*. Tales principios han sido sistematizados de la siguiente manera*[56]*:*
>
> ***"1.** Principio de taxatividad: Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar los motivos establecidos en la ley.*

[55] Cfr. Auto de 07 de septiembre de 2005, proceso 23894 (nulidad por violación al debido proceso); sentencia del 04 de mayo de 2005, proceso 20790 (no es dable aducir la invalidez por la invalidez misma); sentencia del 23 de febrero de 2005, 22900 (principios de trascendencia y convalidación), sentencia del 22 de noviembre de 2005, proceso 22603 y auto del 17 de agosto de 2005, proceso 23102 (principio de trascendencia), entre otras, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[56] Sentencia de 03 de marzo de 2004, proceso 21580, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

2. *Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica.*

3. *Principio de convalidación: La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.*

4. Principio de trascendencia: Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.

5. Principio de residualidad (o subsidiariedad): Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad.

6. Principio de instrumentalidad de las formas: No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

7. ***Principio de acreditación: Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a***

plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya.

De tales principios, en síntesis, se impone a quien invoca una nulidad, además de la referencia a la causal específica (principio de taxatividad), el deber de argüir de manera clara y precisa en dónde se origina el defecto de actividad y si éste no satisfizo la finalidad para la que estaba previsto (principio de instrumentalidad de las formas) y de demostrar si el vicio afectó las garantías o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (principio de trascendencia).” (Negrillas de la Sala).

Lo anterior era del caso precisarlo para recordar que quien alega una causal de anulación tiene la carga procesal indeclinable de argumentar los fundamentos de hecho y de Derecho en los que se apoya (principio de acreditación), bajo la comprensión de que tal petición es una sanción máxima al proceso. Así entonces, no sólo debe invocar la causal concreta que da lugar a la nulidad (principio de taxatividad), sino que, además, le corresponde acreditar que la incorrección o vicio afectó en forma real y cierta las garantías de los sujetos procesales o que con ellas se socavó las bases fundamentales del proceso (principio de trascendencia), y que la única forma de enmendarlo es con la anulación (principio de subsidiariedad).

Al otear el recurso vertical, se abstrae que el abogado de la defensa se limitó a señalar que se violó el derecho de defensa al enjuiciado por no haberse

allegado a la investigación copia de las minutas de los servicios de la Estación de Policía de Puerto Colombia durante los días 13, 14 y 15 de mayo del 2015. De la siguiente forma dejó consignada su argumentación frente a la supuesta omisión probatoria:

> *"(…) se puede concluir que entre el periodo del 13 al 16 de mayo del 2015, no existe minuta o no se llevó minutas de servicio, ósea los servicios de los días 13, 14 y 15 del 2015, no fueron allegados a la presente investigación, por lo tanto la solicitud probatoria no está completa, ya que lo que pretendía mi cliente cuando solicitud* (sic) *que se allegaran las minutas de servicio era probar que estaba doblado en servicio tal como se evidencio* (sic) *en las minutas de servicios de la Estación de Policía Puerto Colombia, en la cual se nota que mi cliente realizo* (sic) *los tres turnos entre los días 12 y 13 de mayo del 2015"*[57].

Como se aprecia, la exposición del libelista no satisface la carga argumentativa que tenía frente a la petición de invalidar del proceso, pues de acuerdo con el principio de trascendencia citado arriba y que rige las nulidades, el apelante debía demostrar que tuvo ocurrencia la omisión probatoria denunciada, es decir, que no fueron aportadas las copias de las minutas de servicio para el lapso comprendido entre el 13 y 15 de mayo de 2015, pero aunado a ello le correspondía argumentar de qué forma real y cierta tal vacío vulneró las garantías de su prohijado o socavó las bases fundamentales del proceso. Entiende la Sala que

[57] Cfr. Folio 421 C.O.3.

tal cumplimiento resultaba insostenible para el togado, como quiera que las piezas procesales echadas de menos de ningún modo podían demostrar que el encausado estaba doblado en los servicios de vigilancia para la época de los hechos que aquí se juzgan, conforme lo advirtió el agente del Ministerio Público ante esta Corporación.

En efecto, advierte esta Judicatura que si bien a folios 101 y siguientes del cuaderno original No. 1, fueron aportadas las copias de las minutas de servicios prestados por el PT. WARR durante los días 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20,21,22 y 23 de mayo de 2015 en la Estación de Policía de Puerto Colombia, y que no se hizo lo propio con las correspondientes a los días 14 y 15 del mismo mes y año, no significa lo anterior que se hubiera vulnerado el derecho de defensa del uniformado por no allegarse dichos medios documentales de convicción.

Contrario a lo expuesto por el recurrente, considera esta Corporación que la información aportada fue suficiente para analizar y concluir que no hubo sobrecarga laboral real y efectiva que menguara la capacidad física del encausado, con excepción de los días 12 y 13 de mayo que tuvo que laborar 24 horas de manera continua, irregularidad fue equilibrada en los turnos de los siguientes días, según se advierte de la siguiente grafica elaborada por el Procurador 11 Judicial Penal II en su concepto de rigor[58] y que

[58] Obra a folio 443 C.O.3.

conviene citar a continuación para dar claridad a la cuestión:

	Segundo turno 07:00 a 14:00 horas (duración: 7 horas)	**Tercer turno 14:00 a 21:00 horas (duración: 7 horas)**	**Cuarto-Primer turno 21:00 a 7:00 horas del día siguiente (duración: 7 horas)**
Mayo 12-13	X	X	X
Mayo 16-17	X		X
Mayo 18		X	
Mayo 19-20	X		X
Mayo 21		X	
Mayo 22-23	X		X

Así entonces, ante la carencia de argumentos precisos y respaldados probatoriamente que permitan dar cabida a la tesis querida por el recurrente, la Sala no tiene alternativa distinta que desestimar la pretensión anulatoria, máxime cuando tampoco se advirtió la necesidad de una actuación oficiosa en esa dirección, pues lo que se observa es un nutrido pesquisitorio encaminado a la búsqueda de la verdad y la justicia, que demostró cómo los servicios prestados por el uniformado, anteriores a la comisión de la conducta enjuiciada, fueron proporcionales en relación con el número de horas laboradas y los respectivos descansos, tal y como lo señalan los reglamentos institucionales, de manera que podía recibir en debida forma y con plena disposición el servicio de información en el CAI Lagos de Caujaral.

8.3 Conclusiones.

Las anteriores disquisiciones permiten concluir a esta Sala de Decisión, que el PT. WARR actuó contrario a la ley sin que concurriere causal alguna de ausencia de responsabilidad que amparara su reprochable comportamiento, por lo que, al estar demostrada la materialidad del ilícito y la responsabilidad del enjuiciado de conformidad con el artículo 396 del Código Penal Militar, se procederá a confirmar la condena que en su contra se impuso por parte del Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, con una única variable referida a la forma de imputación subjetiva que se hizo al procesado en el sentido que la realización de la conducta se configura no dentro de un dolo directo sino de una modalidad dolosa eventual, lo que no conllevará variación alguna de la punibilidad impuesta, habida cuenta que no fue superior al límite mínimo del primer cuarto de movilidad.

Finalmente, sea procedente aclarar que contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional[59], con miras a obtener de la Corte Suprema de Justicia su pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar posturas conceptuales, actualizar la doctrina o para abordar un tópico aún no desarrollado, ora para asegurar la garantía de derechos fundamentales[60], recurso que de interponerse se guiará por el procedimiento establecido en el Código de

[59] En tanto el delito por el cual se condenó al procesado no conlleva una pena cuyo máximo excede 8 años de pena privativa de la libertad.
[60] Artículo 205 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 368 de la Ley 522 de 1999.

Procedimiento Penal de 2000 –Ley 600 de ese año-, de conformidad con lo ordenado recientemente por el máximo órgano de cierre en lo penal dentro de los procesos 49522(15-11-17), MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA; AP6766-2017, radicado No. 49808(11-09-17), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA; y AP6540-2016, radicado No. 48713 (28-09-16), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA[61].

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX.RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER los argumentos de la apelación y, en consecuencia **CONFIRMAR** la sentencia adiada 21 de agosto de 2018, mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá condenó al **PT. WARR** a la pena principal de doce (12) meses de prisión como autor del delito de abandono del puesto, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010; ello conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

[61] Cfr. con los radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación de manera discrecional, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta providencia, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[62].

TERCERO: EJECUTORIADA esta decisión, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE. -

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

[62] Sentencia AP6540-2016 radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Cfr. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11) y 48713 (28-09-16) *Ídem.*

Capitán de Navío (RA)JULIAN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala	:	**Segunda de Decisión**
Magistrado ponente	:	**TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Radicación	:	**158753**
Procedencia	:	**Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali**
Procesado	:	**SI (R) MFR**
Delito	:	**Abandono del puesto y falsedad ideológica en documento público**
Motivo de alzada	:	**Apelación sentencia condenatoria**
Decisión	:	**Confirma**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a conocer el recurso de apelación interpuesto por el defensor del SI(R) **MFR,** contra la sentencia de fecha 10 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, mediante la cual se condenó al policial como autor de los delitos de abandono del puesto y falsedad ideológica en documento público a la pena de cuatro (4) años y

seis (6) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años y la accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública.

II. HECHOS

El CT. **JGRP** denunció que el 21 de marzo de 2015, aproximadamente a las 02:30 de la madrugada, cuando se encontraba prestando el servicio de oficial de supervisión de la Policía Metropolitana de Pasto (Nariño), sorprendió al SI. **MFR** y al PT. **FEVH** fuera del cuadrante asignado, concretamente en la carrera 1B No. 23-67 de esa ciudad.

Posteriormente, el 22 de marzo de 2015, el SI. **MFR** registró una anotación en el libro de población del CAI Simón Bolívar, en la cual precisó que los hechos ocurridos la madrugada del 21 de marzo de 2015, correspondieron a un caso de policía de una ciudadana que lo llamó a su teléfono celular para pedirle ayuda por un problema que registró con uno de sus arrendatarios a quien se le había extraviado un dinero de su habitación.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1- Por los hechos antes referidos, el Juzgado 182 de Instrucción Penal Militar, con auto del 6 de mayo de 2015, dispuso la apertura de investigación penal contra el SI. **MFR** y el PT. **FEVH** por el delito de abandono del puesto[1], siendo escuchados en indagatoria el 13 de octubre de 2015[2], donde además se le imputaron cargos al SI. **MFR** por el delito de falsedad ideológica en documento público.

Posteriormente, el despacho de instrucción con auto del 21 de octubre de 2015 resolvió la situación jurídica provisional de los policiales involucrados, absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento por los delitos endilgados[3].

3.2-. El sumario fue remitido a la Fiscalía 149 Penal Militar el 11 de febrero de 2016[4], despacho que declaró cerrada la fase instructiva el 25 de enero de 2016[5], decisión que fue recurrida por la defensa del SI. **MFR**, por lo que el ente acusador a través de pronunciamiento del 3 de junio de 2016 resolvió mantener su decisión[6] y procedió a la calificación del mérito sumarial el 28 de septiembre de 2016 con resolución de acusación únicamente contra el SI. **MFR** por los delitos de abandono del puesto y falsedad ideológica en documento público, toda vez que dispuso

[1] Cuaderno original No.1, folios 8-9.
[2] Cuaderno original No. 1, folios 175-185; 186-197.
[3] Cuaderno original No. 2, folios 209-231.
[4] Cuaderno original No. 2, folio 339.
[5] Cuaderno original No. 1, folio 341.
[6] Cuaderno original No. 2, folios 359-361.

la cesación de procedimiento en favor del PT. **FEVH** por el delito de abandono del puesto[7].

3.4-. La etapa de juzgamiento fue asumida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, despacho ante el cual se desarrolló la audiencia de corte marcial el 3 de mayo de 2017[8]. Seguidamente, el 10 de mayo de la misma anualidad se profirió sentencia condenatoria contra el SI (R). **MFR** como autor de los delitos de abandono del puesto y falsedad ideológica en documento público. Fallo contra el cual la defensa del enjuiciado interpuso recurso de apelación, el cual se resolverá por parte de esta Sala de Decisión.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

El fallador de primer grado adujo frente a los hechos que, el 21 de marzo de 2015 aproximadamente a las 02:30 am, el oficial de supervisión de la Policía Metropolitana de Pasto sorprendió al SI. **MFR** saliendo de una casa ubicada en el Barrio La Carolina, lugar donde se encontraba visitando a una dama sin que mediara ningún requerimiento policial ni permiso de su superior, encontrándose por fuera de la jurisdicción del cuadrante No. 18, área que debía atender mediante el servicio de vigilancia. Indicó

[7] *Cuaderno original No. 2, folios 378-405.*
[8] *Cuaderno original No. 3, 452-492.*

que, posteriormente, el institucional con el objetivo de encubrir su conducta realizó una anotación falsa en los libros de la unidad policial.

En lo que respecta a la tipicidad del delito de abandono del puesto, el sentenciador adujo que para el momento de los acontecimientos el uniformado se encontraba de servicio de vigilancia en el cuadrante No. 18 del CAI Simón Bolívar de San Juan de Pasto - Nariño, zona de responsabilidad que abandonó para desplazarse hasta la carrera 1B No. 23-67 de la citada ciudad sin autorización alguna, aduciendo que una amiga había solicitado su presencia para apoyarla con un problema que registraba con un inquilino.

Luego, para el fallador de instancia la conducta del policial se enmarcó objetivamente en el tipo penal de abandono del puesto según las previsiones del artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, toda vez que el inculpado para la época de los hechos era miembro en servicio activo de la Policía Nacional y se encontraba cumpliendo el servicio de vigilancia en el cuadrante No. 18 del CAI Simón Bolívar de la ciudad de Pasto- Nariño, quien abandonó el puesto de responsabilidad, según lo relató el Capitán **JGRP** y los Patrulleros **CORAL LÓPEZ** y **LÓPEZ MORENO**.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, el fallo concluyó que el procesado actuó dolosamente dado que conocía los hechos y quiso su realización, esto es,

sabía cuál era su lugar de facción para el día de los acontecimientos y, sin embargo, voluntariamente resolvió abandonarlo para visitar en horas de la madrugada a una mujer.

Así mismo, el sentenciador adujo que la conducta del policial resultaba antijurídica, como quiera que actuó contrariando el derecho lo que condujo a la puesta en peligro del bien jurídico del Servicio, máxima que se traduce en la confianza que deposita la ciudadanía en la Policía Nacional para que cumpla con los fines constitucionales encomendados por el artículo 218 superior, es decir, proporcionar un servicio de vigilancia y control permanente, oportuno, público e indelegable. Lineamientos que, en criterio del sentenciador, desconoció el uniformado con su actuar, constituyéndose en antijurídico al faltar a la continuidad y permanencia del servicio dado que el tipo penal de abandono del puesto corresponde a un delito de mera conducta, por lo que no exige un desvalor de resultado para constatar la antijuridicidad material.

En relación con la tipicidad del delito de falsedad ideológica en documento público que se encuentra enlistado en el artículo 286 de la Ley 599 de 2000, el juez primario aseguró que el actuar del acusado se adecuó a la descripción normativa por cuanto en desarrollo de la condición de servidor público que ostentaba extendió documento público con contenido

falso que podía servir de prueba, al registrar en el libro minuta de población el 23 de marzo de 2015 a las 14:45 horas, que recibió una llamada telefónica de la ciudadana **SMC**, quien tenía un problema con un arrendatario, anotación que plasmó para soportar el hecho de haberse desplazado fuera de la zona de responsabilidad para atender un asunto personal, al punto que le manifestó al PT. **FEVH** que iban a visitar a una amiga.

En lo que respecta al aspecto subjetivo, para el fallador de instancia fue claro que el uniformado actuó dolosamente en razón a que voluntariamente suscribió una anotación en el libro minuta con el ánimo de desvirtuar que había abandonado su puesto esa madrugada, lo que le llevó a concluir que el actuar del institucional puso en peligro el bien jurídico de la Fe Pública, en la medida que la confianza de la población en las autoridades de la República se vio amenazada por el actuar del encausado, particularmente frente a la presunción de que los registros que se realicen en documentos oficiales se correspondan con la realidad, pues por regla general los documentos públicos se presumen ciertos y auténticos.

En cuanto a la culpabilidad, el juez de primera instancia consideró que el policial para el momento de le ejecución de los delitos por los cuales fue llamado a juicio era imputable, tuvo la capacidad de

comprender la ilicitud de sus actos y determinarse conforme a esa comprensión, además, contaba con formación policial y amplia experiencia en el servicio de lo cual se desprende la conciencia de antijuridicidad de su actuar y las consecuencias del delito, al punto que plasmó hechos falsos en un documento público.

Así mismo, aseguró que al policial le era exigible un comportamiento distinto, ajustado a las normas y reglamentos policiales de donde se desprende que debió permanecer en su lugar de facción cumpliendo con sus funciones durante el servicio, absteniéndose de registrar hechos falsos en el libro de población del CAI Simón Bolívar de la ciudad de Pasto (Nariño).

Por último, en respuesta a los alegatos de la defensa relacionados con la ilegalidad del video que registró el hecho atribuido al policial enjuiciado, el sentenciador primario sostuvo que la pretensión del defensor resultaba inocua, dado que dicha prueba no tuvo ninguna incidencia en la valoración de la responsabilidad penal de su cliente, por lo que en el evento de aceptarse la exclusión del referido medio probatorio en nada modificaría la decisión adoptada en la sentencia.

Finalmente, condenó al policial **MFR** como autor de los delitos de falsedad ideológica en documento público en concurso con abandono del puesto a la pena de

cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de cinco (5) años y a la separación absoluta de la Fuerza Pública.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Doctor **PACC,** en su condición de defensor de confianza del enjuiciado, presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra el fallo condenatorio a través del cual solicitó su revocatoria, para en su lugar, disponer la absolución del SI(R) **MFR** por falta de motivación de la decisión judicial, atipicidad de los delitos por los cuales fue llamado a juicio, la presencia de una causal de ausencia de responsabilidad y por interpretación errónea del material probatorio.

En cuanto a la primera censura, aseguró que el juez de instancia omitió señalar las razones fácticas y jurídicas que sustentaron la pena impuesta al enjuiciado por el delito de abandono del puesto, lo cual constituye una violación del debido proceso por ausencia de motivación de la sentencia.

Así mismo, indicó que la conducta endilgada al policial por haber abandonado el puesto no afectó en forma efectiva el bien jurídico de la Seguridad Pública, al punto que a la hora de la ocurrencia del

hecho hubo total tranquilidad en la jurisdicción del CAI Simón Bolívar, esto es, sin reportes de novedades que implicaran la participación activa de los policiales, luego, la conducta del institucional resultó insignificante para el derecho penal por falta de antijuridicidad material.

Sostuvo que su prohijado actuó amparado por causal de ausencia de responsabilidad relativa a un error de tipo, toda vez que el policial actuó con la convicción que atender el llamado de una ciudadana era algo propio de sus funciones policiales y totalmente lícito, por lo que no puede censurarse que hubo dolo en su actuar y menos afectación del bien jurídico tutelado, de manera, pues, que su conducta fue irrelevante para el derecho penal y en consecuencia lo procedente es que la segunda instancia absuelva al institucional por atipicidad de la conducta.

En el mismo sentido, consideró que el tipo penal de falsedad ideológica en documento público por el cual fue acusado y juzgado el policial resulta atípico, toda vez que conforme al Manual de Patrullaje Urbano quien tiene la facultad de hacer anotaciones en el libro de población es únicamente el policial que funge como comandante de guardia, cargo que no desempeñó el SI (R). **MFR** para la época de los hechos. En esas condiciones, como el acusado no tenía la facultad ni autorización para realizar anotaciones en

el libro de población, su actuar podría enmarcarse en una usurpación de funciones, pero no una falsedad ideológica, puesto que lo registrado por el uniformado no podía ser utilizado como prueba incriminatoria del delito, razón por la que consideró que la motivación que presentó la sentencia en este preciso aspecto resultaba contraria a la realidad.

Estimó que el fallador de primer grado le dio un valor equivocado a los testimonios de cargo para fundar la decisión condenatoria, por cuanto se limitó a transcribir fragmentos de los testimonios sin hacer un análisis comparativo de los mismos que le permitiera concluir si en efecto el policial abandonó el servicio o fue víctima de un acto de deslealtad de parte de su subalterno, de manera que, reprochó que el fallador aceptara la existencia de certeza frente a la responsabilidad penal del acusado para adoptar la decisión de condena.

Reprochó que el juez de instrucción hubiera formulado preguntas a los testigos que, en su sentir, resultaban caprichosas, requiriéndoles que manifestaran su opinión personal frente a la conducta del enjuiciado, circunstancia que riñe con el grado de imparcialidad que debe predicarse del funcionario judicial a quien le corresponde realizar tales valoraciones.

Finalmente, censuró la forma como se incorporó a la actuación la grabación de video que registró el hecho, en la medida que no logró establecerse las características de la cámara que tomó las imágenes, el software utilizado y menos la identidad e idoneidad de la persona que aportó la grabación al proceso, por lo que en criterio del censor dicha prueba resulta ilegal y debe ser excluida de la actuación.

VI.CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante del Ministerio Público que actúa ante esta instancia conceptuó que la sentencia apelada debe ser confirmada. Para el efecto, sostuvo de manera inicial que el reparo planteado en torno a la práctica probatoria debe ser rechazado, en la medida que si bien se les formuló una pregunta improcedente a los testigos como lo fue requerirles que manifestaran su opinión frente al comportamiento del acusado, esa valoración le corresponde al funcionario judicial y no a los deponentes, circunstancia que por sí sola no afectó la integridad de la prueba testimonial ni la estructura de la sentencia misma, donde se aprecia que se hizo un análisis individual y colectivo de todas las pruebas concluyendo en la responsabilidad del enjuiciado.

En el mismo sentido, respecto a la censura contra la prueba pericial recaudada en el sumario, consideró

que para el caso estudiado la Ley 522 de 1999 regula ampliamente la materia, de lo cual se desprende que no es necesario acudir a los demás ordenamientos procesales por vía del principio de integración, luego, la prueba pericial obrante en el plenario corresponde a una inspección donde se extrajeron unas imágenes contenidas en una cámara de video casero, no se trató de una actividad que exigiera de aquél que la realiza conocimientos especiales, por ende la prueba resulta válida para los fines de la investigación.

En relación con la atipicidad del delito de falsedad ideológica en documento público, consideró que los presupuestos del tipo penal se agotaron en su totalidad en la medida que el procesado con el ánimo de encubrir el delito, consignó en el libro de población una actividad policial que en nada se correspondió con su actuar para el día de los hechos, como lo fue haber desamparado el cuadrante asignado con el fin de realizar una actividad diferente a sus funciones policiales, acontecer que quedó demostrado con el análisis de la prueba testimonial obrante en el sumario.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la censura por ausencia de motivación de la sentencia, el representante de la sociedad conceptuó que luego de revisar los considerandos de la decisión judicial, estima que esta cumplió con los requisitos que exige

el código penal militar en el artículo 334 para su estructuración, indicando que el fallador de primer grado expuso con suficiencia las razones que lo llevaron a concluir la responsabilidad penal del procesado, por lo que tal pretensión defensiva no puede acogerse y, en consecuencia, reiteró que la sentencia debe ser confirmada por parte de esta instancia judicial.

VII.DE LA COMPETENCIA

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[9], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub judice* es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa del SI (R) **MFR**, contra la sentencia del 10 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, a través de la cual se condenó al institucional como autor de los delitos de abandono del puesto y falsedad ideológica en documento público.

---

[9] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 44046 del 17-06-15, MP. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el inciso 2° del artículo 583 de la Ley 522 de 1999, de tal suerte, que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación.

Encuentra la Sala que los reparos planteados por el censor en su recurso de apelación giran en torno a los siguientes aspectos: **i)** atipicidad de los delitos por los cuales fue llamado a juicio el procesado, **ii)** interpretación errónea del material probatorio y, **iii)** falta de motivación del fallo apelado en lo que tiene que ver con la punibilidad del delito de abandono del puesto.

Así las cosas, procederá la Sala a resolver los puntos de disenso en el orden establecido anteriormente con el ánimo de presentar en forma ordenada y coherente los argumentos que empleará para desatar el recurso presentado, por lo que inicialmente referirá algunos aspectos dogmáticos del error de tipo, el tipo penal de abandono del puesto y la falsedad ideológica en documento público, para luego emprender el análisis de los argumentos

expuestos por el impugnante, en procura de concluir sustentadamente si debe revocar la decisión condenatoria de primera instancia, como lo reclama la defensa o, sí por el contrario, se hace necesario confirmar la sentencia. Examen que se sujetará a los precisos temas presentados por el recurrente y a los que inescindiblemente resulten vinculados al mismo, en obediencia al principio de limitación que rige al recurso de apelación.

8.1- De la atipicidad de los delitos de abandono de puesto y falsedad ideológica en documento público.

El impugnante planteó la atipicidad del delito de abandono del puesto porque su prohijado actuó bajo un error de tipo, dado que el uniformado consideró que actuó en cumplimiento de sus funciones al atender un requerimiento de policía, por el llamado que le realizó una ciudadana que registraba un inconveniente con un arrendatario dentro de su hogar.

Del mismo modo, aseguró que el delito de abandono del puesto resulta atípico por ausencia de antijuridididad material, en la medida que durante el turno de vigilancia que prestó el procesado no hubo alteraciones del orden público o casos puntuales que comprometieran la disponibilidad inmediata del institucional o de toda la unidad policial, por lo que no hubo afectación al bien jurídico de la Seguridad Pública como consecuencia del actuar del

procesado o por otras circunstancias que demandaran su disponibilidad durante al servicio.

Así mismo, consideró que el delito de falsedad ideológica en documento público resultaba atípico, toda vez que el uniformado acusado no tenía la facultad ni autorización para realizar anotaciones en el libro de población, razón por la cual al extender el documento sin la competencia para ello el mismo no puede ser utilizado como prueba, lo que determina la ausencia de un elemento normativo que conlleva la atipicidad del actuar del enjuiciado.

8.1.1 Del error de tipo respecto del delito de abandono del puesto.

Conforme al numeral 10 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, el error de tipo corresponde al que recae sobre los elementos que integran el tipo objetivo, que tienen la virtualidad de excluir la tipicidad cuando es invencible[10], requiriéndose en todo caso que éste sea insuperable de evitar o vencerse pese a la diligencia y cuidado con que haya actuado el agente para que permita exonerarlo de responsabilidad penal. Amén que, si se trata de un error invencible, que se da cuando a pesar de la diligencia debida es imposible para el agente salir de su equivocación, se excluye el dolo y como consecuencia la conducta se torna atípica, empero, si se trata de un error de

[10] CSJ, Radicado 39754 del 28 de octubre de 205, MP. Éyder Patiño Cabrera.

tipo vencible, esto es, aquél error en el cual no se hubiera incurrido de haberse observado la diligencia debida, la consecuencia será que se excluya el dolo, pero persiste la modalidad culposa siempre y cuando la ley la prevea para el respectivo tipo penal. A su vez, la doctrina penal ha clasificado el error de tipo, así:

i)Error sobre el objeto de la acción o error en la persona: El cual se presenta cuando la conducta del sujeto activo recae sobre objeto o persona diferente a la que se pretendía dañar[11].

ii) Error en el golpe o *aberratio ictus*: concurre cuando se presenta un error en la ejecución de la conducta, donde el sujeto activo visualiza el objeto de acción y ejecuta el acto sobre este pero el devenir causal hace que lesione un objeto distinto[12].

iii)Error sobre atenuantes y agravantes: El sujeto supone la existencia de atenuantes o agravantes que no existen, se clasifica como una forma de error de tipo dado que las circunstancias de atenuación y agravación punitiva son elementos de la tipicidad[13].

iv) Error sobre elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno: *"Esta hipótesis –a diferencia de la anterior, que supone un tipo complementado- implica la*

[11] Velásquez Fernando, Manual de Derecho Penal parte general, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición, 2010, P. 401
[12] Ibid, P.402
[13] Ibid. P.404

presencia de figuras penales especiales o autónomas, gracias a los cuales se da al agente un tratamiento más benigno que el de la figura básica o agravada. En realidad, por tratarse de una situación muy semejante a la del error sobre las atenuantes debe regirse por los mismos principios"[14].

Ahora bien, en el caso particular no puede sostenerse que el procesado actuó bajo el supuesto de un error de tipo que excluye la tipicidad de la conducta, puesto que el acusado para la época de los hechos, según consta en el folio 200 del libro "***Minuta de servicios del CAI de Policía Simón Bolívar***", le correspondió cumplir con el servicio de vigilancia en el cuadrante No. 18 de la ciudad de Pasto – Nariño, desde las 22:00 horas del día 20 de marzo de 2015 hasta las 07:00 horas del día 21 del citado mes y año[15], área de responsabilidad que no incluía el Barrio La Carolina dado que esa zona era jurisdicción del cuadrante No. 8[16], sitio al que precisamente se desplazó el enjuiciado sin autorización con el fin de atender un supuesto requerimiento de policía en el lugar de residencia de una amiga suya ubicado en la carrera 1B No. 23-67 de la ciudad de Pasto (Nariño).

Así mismo, tanto el CT. **JGRP**[17], oficial de supervisión de los servicios de policía, ST. **LABR**[18], jefe de vigilancia de la zona sur de la ciudad de

[14] *Ibid. P. 404*
[15] *Cuaderno original No. 1, folio 54.*
[16] *Cuaderno original No. 1, folio 49, 80.*
[17] *Cuaderno original No. 1, folios 66-70*
[18] *Cuaderno original No. 1, folios 71-74 y folios 292-294 del cuaderno original No. 2.*

Pasto (Nariño), PT. **CLRA**[19], PT. **LMCA**[20] y ST. **FAT**[21], coinciden en afirmar que el procesado se desplazó sin autorización fuera de la jurisdicción del cuadrante asignado con el fin de atender un supuesto requerimiento de policía al interior de una residencia ubicada en el Barrio La Carolina, novedad que el policial no reportó ni se encontró registro en las minutas del CAI Simón Bolívar de la ciudad de Pasto (Nariño).

Circunstancia que fue aceptada por el mismo SI. **MFR**, al manifestar que el Barrio La Carolina era jurisdicción del cuadrante No.8, indicando que se dirigió hasta ese lugar, en compañía del PT. **FEVH**, con el fin de atender un caso de policía de su amiga **SMC**, quien lo llamó a su teléfono celular la madrugada del 21 de marzo de 2015, porque según su dicho tenía un inconveniente con un arrendatario enfurecido a quien al parecer se le había extraviado un dinero de su habitación, por lo que se dirigió al lugar para atender el caso por espacio de media hora aproximadamente, sin considerar informar la novedad al CAI Simón Bolívar[22].

Por su parte, el PT. **FEVH**, quien igualmente prestaba el servicio de vigilancia en el cuadrante No. 18 para el momento de los hechos, manifestó que efectivamente acompañó al procesado en motocicleta hasta la

[19] Cuaderno original No.1, folios 95-99.
[20] Cuaderno original No.1, folios 104-108.
[21] Cuaderno original No.1, folios 110-116.
[22] Cuaderno original No. 1, folios 186-197.

residencia de **SMC** ubicada en el Barrio La Carolina, pero que no se trató de un caso de policía sino de una visita personal del enjuiciado a dicha señora, pues éste inicialmente le manifestó que iban a visitar a una amiga. Refirió que cuando llegaron a la residencia y parquearon el vehículo en el antejardín del lugar la señora abrió la puerta y saludó con un beso en la boca al SI. **MFR**, luego los invitó a seguir a su casa donde permanecieron aproximadamente dos horas, situación que le pareció extraña al punto que le solicito a su superior continuar con el itinerario del servicio sin que éste le prestara atención, por lo que decidió enviar un mensaje de whatsapp al PT. **COP**, quien prestaba el servicio de información del CAI Simón Bolívar, para preguntarle si había reportes de algún caso en aquella casa frente a lo cual la respuesta fue negativa, indicó que pasados unos minutos arribaron a la residencia varias unidades de policía al mando del oficial de supervisión de la Policía Metropolitana de Pasto, CT. **JGRP**, quien le llamó la atención a los dos uniformados por encontrarse fuera del cuadrante asignado sin autorización o justificación alguna[23].

Versión que encuentra respaldo en el libro de minuta de guardia del CAI Simón Bolívar para los días 20 y 21 de marzo de 2015[24] y en el sistema de seguimiento y control de atención a casos (SECAD123)[25], puesto

[23] *Cuaderno original No. 1, folios 172-185.*
[24] *Cuaderno original No. 1, folios 29-57,*
[25] *Cuaderno original No. 1, folios 25-26.*

que no quedó sentado registro alguno de requerimientos de policía que debiera atenderse en la carrera 1B No. 23-67 de la ciudad de Pasto (Nariño), lo que evidencia que el acusado abandonó el lugar de facción encomendado para atender asuntos de tipo personal[26].

Por otro lado, aunque la versión de la señora **SMC** coincide con las atestaciones del procesado, llama la atención de la Sala que refiriera que la novedad que presentó en horas de la tarde del 20 de marzo de 2015, cuando su arrendatario, **GOMU**, llegó a la residencia y se enfureció porque al parecer se le habían extraviado $600.000 mil pesos de su habitación, motivo por el cual sintió temor por su integridad personal y la de sus pequeñas hijas que igualmente estaban dentro de la casa. No obstante, decidió llamar por teléfono celular a su amigo el PT. **MFR** solo hasta la madrugada del 21 de marzo de 2015 porque éste se encontraba de turno de vigilancia y podía brindarle ayuda[27]. Circunstancia que no se corresponde con la aparente gravedad e inminencia de la situación descrita por la testigo frente a la cual no consideró acudir al CAI Simón Bolívar para pedir ayuda policial, sino que decidió esperar hasta la madrugada del día siguiente para contactar al SI. **MFR**, situación que a todas luces riñe con las reglas de la experiencia y la lógica que, por el contrario, dictan que ante una situación apremiante para la

[26] Cuaderno original No.1, folios49.
[27] Cuaderno original No. 2, folios 306-310.

seguridad personal se acude en forma inmediata a la autoridad policial más cercana.

Como puede verse, la tesis defensiva relativa a la configuración del error de tipo en favor del acusado resulta no solo infundada, por cuanto no se soportó la condición de insuperabilidad del error por parte del censor, sino además, equivocada puesto que se encuentra demostrado probatoriamente, como antes se estableció, que le era posible al acusado vencer el error en tanto era plenamente consciente de la jurisdicción atribuida al Cuadrante No.18, como lo manifestara en diligencia de indagatoria[28], así mismo, la formación y experiencia policial, de aproximadamente 9 años, le permitía entender que ante un caso de policía lo procedente era reportar la situación y pedir autorización para el desplazamiento requerido o en su defecto solicitar se ordenara a las unidades policiales del cuadrante No. 8 atender la novedad, actuar irregular que reconoció el propio subalterno, PT. **FEVH**, quien dio aviso de la particular situación al CAI Simón Bolívar, al considerar que no se trataba de un verdadero caso de policía y por encontrarse fuera de la jurisdicción del cuadrante No. 18.

8.1.2 De la ausencia de antijuridicidad material respecto del delito de abandono del puesto.

[28] *Cuaderno original No. 1, folios 186-197.*

Tampoco encuentra asidero el argumento defensivo que plantea la atipicidad del delito de abandono del puesto por ausencia de antijuridicidad material, en tanto el tipo penal en cuestión protege el bien jurídico del Servicio y no la Seguridad Pública como equivocadamente lo sostuvo el censor[29]. Recuérdese que, el delito de abandono de puesto corresponde a un tipo penal de mera conducta, frente al cual esta Colegiatura ha precisado lo siguiente:

> *"El abandono del puesto es entendido como las normales y efectivas condiciones que deben reinar en las unidades militares y policiales, que permitan acatar de manera constante con el cumplimiento de la misión; sugiere la presencia constante de efectivos que deben asumir diferentes tareas, misiones o menesteres, lo que se garantiza en virtud de los principios de institución y organización. Se disponen los ingredientes normativos y subjetivos del tipo, cuando se verifica que el sujeto agente (i) se encuentre de facción o de servicio (tipo objetivo); (ii) que la conducta se concrete (tipo subjetivo) en el abandonar el puesto por cualquier tiempo, esto es, ausentarse material o funcionalmente del espacio geográfico que le ordene el superior o de la función que le ha delimitado, así la separación no sólo es física, sino dejar de cumplir la función, v.gr cuando estando de comandante de guardia se embriague, etc."*[30]

De manera pues, que el tipo penal de abandono del puesto previsto en el artículo 105 de la Ley 1407 de

[29] *Cuaderno original No. 3, folio 581-582.*
[30] *Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión, Radicado 157872, MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA*

2010, fue creado para la garantizar la preservación y efectividad del servicio que prestan militares y policías, propósito que demanda la optimización del cuerpo armado para que el servicio sea desarrollado en las mejores condiciones, estableciendo previamente los turnos respectivos conforme a la disponibilidad del personal, de allí que la separación injustificada del puesto por parte de quien tiene el deber de prestar determinado servicio afecta el bien jurídico tutelado, por lo que pueda afirmarse que en los casos de abandono del puesto que corresponde a un tipo penal de mera conducta el juicio de valoración es *ex ante* para efectos del desvalor de acción y de resultado[31].

Ahora, para verificar si la conducta del SI. **MFR** lesionó o puso en peligro el bien jurídico tutelado, se debe rememorar lo establecido recientemente por la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que frente al tema señaló: "*(…) la justicia penal militar, además de sustentarse en el principio de la antijuridicidad material (art. 17 Ley 1407 de 2010), también se afianza en el concepto genérico de la «lesión de un deber», con el cual se legitima la atribución de consecuencias penales a comportamientos en los que no se produce un daño efectivo, como es el caso de los delitos que se soportan en el deber de obediencia. En otras palabras, el injusto penal militar se compone tanto de*

[31] *Ibidem.*

una infracción de deberes como de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado"[32].

Luego, resulta evidente que el acusado faltó al deber de permanencia que le imponía el servicio de vigilancia que cumplía la madrugada del día 21 de marzo de 2015, puesto que abandonó físicamente el cuadrante donde debía prestar la aludida función, de forma inconsulta y deliberada, dejando en desamparo el área que le habían sido confiados en desarrollo del servicio de policía que prestaba, omisión con la que propició no solo un riesgo para la comunidad que se encontraba en la jurisdicción del cuadrante No. 18, sino además, que generó una perturbación real de carácter institucional que también se concretó en la infracción a los deberes funcionales del Policial.

De manera que, aunque el censor pretenda indicar que no se produjo la afectación del bien jurídico porque no se causaron novedades que implicaran la participación activa de los policiales, es necesario indicar que el Servicio corresponde a un bien jurídico de relevada importancia para la Fuerza Pública y su correcto funcionamiento, por lo que "*la sola acción de abandonarlo constituye, en sí misma, una lesión material –y no simplemente formal- del interés que se busca proteger*"[33]. Razón por la cual, no es necesario que se produzca otro tipo de consecuencia para dar por superado el principio de la

[32] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 47236 del 02 de octubre de 2019, MP. DR.Luis Antonio Hernández Barbosa.*
[33] *Ibidem.*

antijuridicidad material en los tipos penales propios de los militares, pues se parte de la "*necesidad de poder sancionar, desde una perspectiva claramente institucional y especializada, aquellos comportamientos que, de manera particular, afectan la buena marcha de la fuerza pública y los bienes jurídicos que a ella interesan"*[34].

Amen que, "*el interés que tutelan las normas que criminalizan conductas que atentan o ponen en riesgo el servicio va en función no solo de garantizar la ejecución de "los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública"*[35]*, lo que es considerado como el servicio en sí mismo"*[36], sino también, en el caso particular de la Policía Nacional al *"mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz"*[37], fin institucional que se pone en riesgo cuando uno de sus miembros decide abandonar los deberes propios que le impone el servicio de vigilancia.

Razón por la cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, el Estado estableció que este tipo de conductas omisivas fueran tipificadas como punibles, precisamente por el desvalor de la acción que suponen, dado que el injusto penal militar, en relación con la antijuridicidad material, no depende

---

[34] Corte Constitucional, C-326-16, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[35] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No.12878 del 23 Mayo 2001, MP. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
[36] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 47236 del 02 de octubre de 2019, MP. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa.
[37] Art. 218 Constitución Política de Colombia.

de la realización de un daño concreto sino de sustraerse del cumplimiento de los deberes propios del servicio, lo que a su vez afecta no solo valores institucionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, sino que genera riesgos tanto individuales como colectivos que pueden afectar el cumplimiento de su misión constitucional asignada.

En consecuencia, resulta incuestionable que la acción desplegada por el procesado al abandonar el servicio de vigilancia la madrugada del 21 de marzo de 2015, tuvo la entidad suficiente para afectar el interés jurídico protegido, en la medida que alteró las condiciones del servicio de vigilancia que debía prestar el CAI Simón Bolívar de la ciudad de Pasto (Nariño), a través de los turnos que para tal fin debían cumplir el personal uniformado asignado a los respectivos cuadrantes y jurisdicciones, razones suficientes para que la Sala no acoja la pretensión del recurrente.

8.1.3 De la atipicidad del delito de falsedad ideológica en documento público.

Antes de resolver de fondo la censura planteada en el recurso, la Sala considera reiterar algunas precisiones dogmáticas respecto del delito del cual se reclama su atipicidad.

En ese sentido, esta Sala de decisión en pretérita oportunidad atendiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia[38], refirió que son tres los atributos del documento: i) la autenticidad, entendida como la correspondencia entre el autor real del documento y el autor aparente del mismo. ii) la veracidad, que atañe a la correspondencia de su contenido con la realidad, y iii) la legitimidad, relativa al derecho al documento de manera corporal. En ese orden de ideas, la falsedad ideológica se circunscribe a la veracidad del mismo, puesto que el documento no es falso en sus condiciones de existencia y autenticidad, sino que son mendaces las afirmaciones que contiene[39].

Así mismo, el referenciado tipo penal se estructura cuando el servidor público dotado de capacidad certificadora, al extender el documento que puede servir de prueba, incorpora información contraria a la verdad o deja de consignar total o parcialmente hechos o circunstancias que afectan la veracidad del documento. Sobre este preciso aspecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia destacó lo siguiente:

> *"La falsedad ideológica en documentos se presenta cuando en un escrito genuino se insertan declaraciones contrarias a la verdad, es decir, cuando siendo el documento verdadero en su forma y*

[38] Tribunal Superior Militar, Segunda Sala de Decisión, Radicado No.158542 del 21 de abril de 2017, MP. TC. Wilson Figueroa Gómez.
[39] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 31357 del 23 de junio de 2010, MP. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzman.

origen (auténtico), contiene afirmaciones falsas sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos no habiendo ocurrido, o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente"[40].

Ello supone, como elementos propios del tipo penal de falsedad ideológica: a) *la mutación de la verdad*, en el entendido de que se trata de la alteración de la verdad en su sentido y contenido documental con relevancia o trascendencia jurídica; b) *la aptitud probatoria del documento* y c) *la concurrencia de un perjuicio real o potencial*[41].

Por esa razón, el documento público de contenido falaz debe tener la capacidad de servir de prueba para validar hechos con significación jurídica o relevante para el derecho, es decir, que el elemento falsificado debe estar en posibilidad de hacer valer una relación jurídica. Por esta razón, se trata de conductas punibles que pueden clasificarse como de peligro, en la medida que su adecuación típica no exige la concreta afectación del bien jurídico tutelado, sino que basta su aptitud para causar daño, es decir, que el instrumento tenga la potencialidad de producir un perjuicio a la Fe Pública. Aspecto que determina que la consumación de ilícito no requiera el uso del documento de contenido espurio, sino que se perfecciona con su

[40] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 13231 del 29 de noviembre de 2000, MP. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.
[41] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 28961 del 29 de julio de 2008, MP.Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

material elaboración y la consiguiente introducción de información falaz o la omisión parcial o total de la verdad, en trasgresión del atributo de veracidad a diferencia de la falsedad material[42].

Ahora bien, la tesis de atipicidad que planteó el recurrente no censuró el contenido falaz de la anotación que registró el SI. **MFR** el día 22 de marzo de 2015 a las 14:15 horas en el libro de población del CAI Simón Bolívar de la ciudad de Pasto (Nariño), sino el hecho que éste no estaba facultado para realizar la anotación, circunstancia que implica hacer varias precisiones respecto de los libros reglamentarios del servicio de policía, así como el tipo de registros que deben consignarse en estos, conforme a los lineamientos del Reglamento de Supervisión y Control de Servicios para la Policía Nacional (Resolución 03514 del 5 de noviembre de 2009) y el Reglamento del Servicio de Policía (Resolución 00912 del 1° de abril de 2009).

Teniendo en cuenta la normatividad antes señalada, el libro de control de población se encuentra reglamentado en el artículo 161 del Reglamento de Servicio de Policía, donde se precisa que quien debe diligenciarlo es el comandante de guardia de la respectiva unidad:

> *"**Artículo 161. Libro de Población.** Documento público que debe diligenciar el Comandante de*

[42] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 36337 del 05 de marzo de 2014, MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier.*

> *servicio de guardia de la unidad, de acuerdo con la ocurrencia de los motivos de policía que se hayan presentado durante el servicio. Estos se consignan de manera estricta, cronológica y veraz. Debe ser diligenciado personalmente por el Comandante del servicio de guardia, según las formalidades de ley vigentes."*[43]

De la misma manera, el Reglamento de Supervisión y Control de Servicios refiere que aquellos facultados para hacer registros en el libro de población son el jefe de la unidad de información y seguridad de instalaciones, el director, subdirector, comandante o subcomandante de la respectiva unidad policial, el oficial de supervisión, el jefe de seguridad y el oficial de servicio, además que, en caso de otras anotaciones o registros solicitados por cualquier policial, deben ser realizadas por el jefe de unidad de información y seguridad de instalaciones, debiendo verificar previamente que la anotación solicitada se corresponda con la realidad y además registrar el grado, apellidos, nombres e identificación de aquél uniformado que solicita el registro de la anotación.

> *"Artículo 60. Registros en Libros. Solamente pueden dejar constancia en el Libro del Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones, el Director o Subdirector, Comandante o Subcomandante de la respectiva unidad policial, el Oficial de Supervisión, el Jefe de Seguridad y el Oficial de Servicio. Otras anotaciones o registros solicitados por cualquier policial deben ser efectuados directamente por el Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de*

[43] *Reglamento del Servicio de Policía (Resolución 00912 del 1º de abril de 2009).*

> *Instalaciones, previa verificación de que la anotación obedece a la realidad; teniendo en cuenta que es un documento público, se consignará, quien la solicitó, especificando grado, nombre, apellidos y número de identificación, con letra legible para todos los lectores y el escrito atendiendo las reglas ortográficas de la Real Academia."*[44]

Dicho lo anterior, en efecto aquellos uniformados que conforman los cuadrantes de policía no tienen la facultad para realizar por sí mismos anotaciones en el libro de población, sin embargo, dicha circunstancia no puede tenerse como causa de atipicidad penal en el evento que se registre por parte de un policial no autorizado una anotación carente de verdad como en efecto aconteció en el presente caso.

En este sentido, recuérdese que dentro de los elementos descriptivos y normativos que integran el tipo penal de la falsedad ideológica en documento público no se exige un modo específico, un instrumento o un lugar en especial donde el servidor público deba extender el documento con contenido falso, precisamente por la multiplicidad de hipótesis en que los servidores públicos podrían extender documentos públicos con contenido falaz, entonces frente a este preciso aspecto lo que interesa a la norma penal es que el documento que extienda el servidor público sea genuino, constituya un documento

[44] *Reglamento de Supervisión y Control de Servicios para la Policía Nacional (Resolución 03514 del 5 de noviembre de 2009.*

público apto como medio de prueba y que su contenido falte total o parcialmente a la verdad, independientemente de las consecuencias que ello produzca, dado que lo que cuestiona la norma penal es la credibilidad del documento ante el conglomerado social[45], de lo cual infiere la Sala que es irrelevante la forma o el modo en que el servidor público elabora o expide el documento público con contenido falso.

Conforme a las anteriores precisiones, para la Sala resulta infundada la tesis defensiva en la medida que el documento con contenido falso que extendió el procesado en el libro de población que está a cargo de otros policiales según las normas administrativas que regulan la materia antes citadas, se trata de una circunstancia que no invalida la condición de documento público de la anotación realizada por el acusado, tampoco su aptitud probatoria y menos el contenido de la misma que es lo que precisamente se le cuestionó al uniformado en el fallo de primera instancia.

En esas condiciones, los hechos registrados en el libro minuta de población el 22 de marzo de 2015 por parte del SI. **MFR [46]**, tal y como lo consideró la sentencia de primer grado no corresponden a la realidad de lo acontecido, puesto que el análisis de

[45] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 40282 del 5 de abril de 2017, MP. DR. Luis Guillermo Salazar Otero, en el mismo sentido Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 45147 del 10 de mayo de 2017. MP. DR. Eugenio Fernández Carlier.
[46] Cuaderno original No. 1, folios 50-51.

tipicidad que se hizo en precedencia concluyó que la actividad que desarrolló el acusado no fue reportada al CAI Simón Bolívar por tratarse de una visita personal del policial a la residencia de la señora **SMC** y no de una novedad de policía.

Luego, la anotación registrada por el uniformado constituye un documento público con aptitud probatoria, como quiera que el procesado para aquella época tenía la condición de miembro activo de la Policía Nacional y además prestaba un servicio específico, como lo era el turno de vigilancia en el cuadrante No. 18 del CAI Simón Bolívar de la ciudad de Pasto (Nariño), circunstancias de las cuales se predica su capacidad certificadora al extender la aludida anotación en el libro de población de la unidad policial, el cual constituye un documento público según lo indica el artículo 160 del Reglamento de Servicio de Policía, donde deben registrarse en forma cronológica, estricta y veraz todos los acontecimientos relevantes que se presenten durante el servicio.

Además de lo anterior, la intencionalidad de la conducta del policial se refleja en el hecho que éste inicialmente no informó al CAI Simón Bolívar la actividad que pretendía realizar fuera de su jurisdicción, para posteriormente y con el ánimo de darle legalidad a su conducta, decidió tomar el libro de población del CAI Simón Bolívar y realizar una

anotación a las 14:15 horas del 22 de marzo de 2015, donde dispuso narrar los hechos ocurridos aquél día a las 03:20 am para efectos de cualquier tipo de investigación, precisando que a esa hora atendió un caso de policía en compañía del PT. **FEVH** al interior de la residencia de la ciudadana **SMC**, circunstancia ajena a la realidad procesal y que en efecto constituye una falsedad ideológica en documento público como quedó corroborado con la prueba testimonial recogida.

8.2 De la interpretación errónea del material probatorio.

La Sala no encuentra reparo alguno a la valoración probatoria realizada por el juzgado de la primera instancia, en la medida que los testimonios de cargo coincidieron en afirmar que el procesado dejó de informar a sus superiores que se desplazaría fuera del área asignada para acudir a la residencia de la señora **SMC**, así mismo, que el inmueble se encontraba ubicado en jurisdicción de un cuadrante distinto al que le correspondía al acusado[47], circunstancias que el juez de primera instancia valoró en la sentencia cuestionada como aspectos fundantes de la responsabilidad penal del uniformado.

Ahora bien, es cierto que a los testigos se les indagó sobre el concepto personal respecto de la

[47] Sobre este preciso tema, téngase en cuenta los testimonios de: PT. FEVH, CT. JGRP, ST. LABR, PT. CLRA, PT. LMCA y ST.FAT.

conducta desplegada por el SI. **MFR** el día de los hechos, aspecto que en efecto choca con la técnica en que se debe practicar el testimonio, en la medida que tal valoración le corresponde al funcionario judicial competente y no a los testigos del hecho, sin embargo, dicha circunstancia por sí misma no invalida el contenido de la prueba testimonial, como acertadamente lo sostuvo el representante del Ministerio Público en su concepto.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la solicitud de exclusión por ilegalidad de la grabación de video donde se registró el hecho, conviene precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a este preciso tema, ha referenciado que la ilegalidad del elemento material probatorio o la evidencia física deviene de la inobservancia de la Constitución Política, los tratados de Derechos Humanos vigentes en Colombia y las leyes internas que regulen la materia, como sería el caso de los registros personales y la obtención de muestras que involucren al imputado sin la autorización previa del funcionario judicial competente, dado que tales actuaciones son violatorias de los derechos fundamentales de los asociados[48].

Por otro lado, los cuestionamientos que estén relacionados con defectos en la cadena de custodia, la acreditación o la autenticidad del medio de prueba

[48] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 25920 del 21 de febrero de 2007, MP. Dr. Javier Zapata Ortiz.

no corresponden a un asunto que tenga que ver con la legalidad del medio de prueba, sino que atañen a la eficacia, credibilidad o asignación del mérito probatorio[49]. Dicho lo anterior, la pretensión del recurrente cuestiona la acreditación y la autenticidad de la grabación, circunstancias que nada tienen que ver con la ilegalidad de la prueba como equivocadamente lo planteó en el recurso de apelación.

En ese orden, se tiene que al sumario se adjuntó un CD-ROOM marca Primco contentivo del registro fílmico realizado por personal adscrito a la Seccional de Inteligencia Policial de la ciudad de Pasto (Nariño), correspondiente a los hechos ocurridos la madrugada del 21 de marzo de 2015 en el Barrio La Carolina de la ciudad de Pasto, prueba que fue incorporada al proceso a través del oficio No. 016174 del 18 de agosto de 2015, suscrito por esa dependencia policial[50], lo que implicó que el Juzgado 182 de Instrucción Penal Militar ordenara su estudio por parte del Grupo de Fotografía y Video del Cuerpo Técnico de Investigación de la ciudad de Pasto (Nariño) con fines a establecer la originalidad del

---

[49] "En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enfilar la crítica la parte contra la cual se aduce.
2.3.5 La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan –como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 25920 del 21 de febrero de 2007, MP. Dr. Javier Zapata Ortiz.
[50] Cuaderno original No. 1, folios 157.

medio de prueba, para el efecto requirió que se estableciera si el contenido de la cinta fue editado y además dispuso que se realizara un álbum fotográfico de las imágenes allí contenidas[51].

Fue entonces que el 1° de octubre de 2015, se adjuntó al sumario el informe contentivo del estudio solicitado por el juzgado de instrucción[52] respecto del cual la defensa del acusado solicitó su complementación en aras de establecer la autenticidad de la grabación[53], por lo que el despacho de instrucción accedió al pedimento de la defensa en auto del 9 de noviembre de 2015[54].

De esa manera, el Grupo de Fotografía y Video del Cuerpo Técnico de Investigación de la ciudad de Pasto (Nariño) expidió el informe complementario solicitado, donde se precisó que la grabación correspondió a una copia sin editar del archivo original extraído de una cámara de video o teléfono celular desconocidos[55].

Lo anterior permite señalar que el origen del video no es claro pese a que fue aportado por una unidad de inteligencia de la Policía Nacional, sin embargo, la solución no es excluir el medio de prueba de la actuación como lo demanda el recurrente, sino que lo

[51] *Cuaderno original No. 2, folios 199-205.*
[52] *Cuaderno original No. 2, folios 199-205.*
[53] *Cuaderno original No. 2, folios 271-274.*
[54] *Cuaderno original No.2, folios 276-281.*
[55] *Cuaderno de copias No. 2, folios 315-317.*

procedente es analizar el grado de eficacia, credibilidad y mérito demostrativo que le corresponde al aludido medio probatorio.

Ahora bien, revisada la sentencia resulta evidente que la grabación de video así como el estudio fotográfico extraído de la misma no fueron la prueba fundante de la responsabilidad penal del acusado, al punto que en el fallo de primer grado no se le dio relevancia alguna, lo cual permite inferir que la valoración de dicha prueba o la ausencia en su análisis en nada incidió en la decisión de condena al uniformado por el delito de abandono del puesto, dado que dicha determinación surgió de la valoración de las diferentes pruebas en contexto y atendiendo las reglas de las sana crítica por parte del fallador de primera instancia, donde cobró relevancia la prueba testimonial y documental que comprometió al procesado como autor del referenciado delito, por lo que la censura presentada en este preciso aspecto no tiene vocación de éxito.

8.3 De la falta de motivación de la decisión judicial

La defensa sostuvo que la sentencia adolece de falta de motivación porque no se expusieron las razones fácticas ni jurídicas por las cuales se impuso la pena por el delito de abandono del puesto al enjuiciado, lo que en su criterio configuró una

violación al debido proceso por falta de motivación de la condena.

Estudiado el planteamiento defensivo, la Sala estima que no le asiste razón al censor, en la medida que la sentencia se ajustó a los mandatos del artículo 334 de la Ley 522 de 1999[56], donde puede apreciarse que el juzgado de primera instancia expuso un resumen de los hechos investigados, la individualización del procesado, el resumen de los alegatos de las partes con su correspondiente análisis valorativo, el análisis y valoración jurídica de las pruebas obrantes en el plenario, así como los fundamentos jurídicos y fácticos que motivaron la decisión de condena contra el SI. **MFR** por los delitos endilgados.

Ahora bien, en punto al delito de abandono del puesto el fallo expuso los fundamentos para la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena que le impuso al acusado, en este sentido ha de tenerse en cuenta que la sentencia abordó con detalle el análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del referenciado delito, concluyendo que el uniformado era merecedor de la respectiva sanción penal, la cual

---

[56] Ley 522 de 1999- ARTÍCULO 334. REQUISITOS DE LA SENTENCIA. La sentencia debe contener:
1. Un resumen de los hechos investigados.
2. Identificación o individualización del procesado o procesados.
3. Un resumen de los alegatos presentados por las partes con el correspondiente análisis valorativo.
4. Análisis y valoración jurídica de las pruebas que sirvan de fundamento a la decisión.
5. Los fundamentos jurídicos de la imputación que se haga al procesado o a cada uno de los procesados.
6. Los fundamentos jurídicos del fallo absolutorio, en su caso.
7. Resolución de condena a la pena principal y a las accesorias que correspondan en cada caso.
8. La suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, cuando a ello hubiere lugar.
9. La especificación concreta y clara de los factores de dosimetría penal.
La parte resolutiva de la sentencia estará precedida de las siguientes palabras: "Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley".

fundamentó en el apartado respectivo del fallo censurado, precisando inicialmente que se trató de un concurso de conductas punibles que involucró los delitos de falsedad ideológica en documento público y abandono del puesto. Luego, atendiendo las reglas del concurso previstas en el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010[57], determinó que la pena a imponer correspondía a la fijada para el tipo penal de falsedad ideológica en documento público aumentada en otro tanto, en la medida que este tipo penal contemplaba la sanción más grave.

Corolario de lo anterior y desvirtuado los argumentos defensivos planteados en el recurso de alzada, se dispondrá confirmar la sentencia condenatoria proferida el 10 de mayo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, que declaró responsable penalmente al SI(R) **MFR** por los delitos de abandono del puesto y falsedad ideológica en documento público.

En mérito a lo anterior, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

---

[57] *Ley 1407 de 2010 - ARTÍCULO 32. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.*

En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en esta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.
PARÁGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. **RESUELVE:**

PRIMERO: DESPACHAR EN FORMA DESFAVORABLE el recurso de apelación presentado por la defensa del SI (R) **MFR,** contra la sentencia proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali el 10 de mayo de 2017, que lo declaró responsable penalmente por los delitos de falsedad ideológica en documento público en concurso con abandono de puesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de fecha 10 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali en contra del SI (R) **MFR** por los delitos de falsedad ideológica en documento público en concurso con abandono de puesto.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de Casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

QUINTO: REMITIR el proceso al despacho de origen, por intermedio de la Secretaria de esta Corporación, una vez en firme la decisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitán de Navío **(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	***Segunda de Decisión***
Magistrado Ponente:	***TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ***
Radicación:	***158732***
Procedencia:	***Juzgado Noveno Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional***
Condenado:	***SLP. REPF***
Delito:	***Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales.***
Motivo de alzada:	***Apelación sentencia condenatoria.***
Decisión:	***Confirma condena***

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

I.- VISTOS.-

Asume la competencia la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la abogada **MEGL**, en calidad de defensora, en contra de la sentencia condenatoria fechada el 30 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, por medio de la cual condenó al SLP. **REPF** a la pena de doce (12) meses de prisión por el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales.

II.- HECHOS.

El suboficial de régimen interno de la compañía Barreno del Batallón de Ingenieros No 8 "FRANCISCO JAVIER CISNEROS" ubicado en Pueblo Tapao (Quindío), presentó informe de fecha 22 de enero de 2015 por medio del cual puso en conocimiento lo siguiente: "*siendo el 26 de enero tomo comunicación con el Sr* ***SUBINTENDENTE GAC,*** *comandante Grupo* ***ESMOR*** *Región Nº 3 para saber del* ***SLP REPF*** *identificado con la* ***cc 94'462.408*** *ya que él se encontraba agregado operacionalmente a esta unidad operativa con un canino de la unidad de nombre "MEDUZA" y él me informa que el mencionado soldado salió de permiso desde el 12 de diciembre hasta el 12 de enero del presente año por una calamidad familiar con la Sra. Madre del soldado y se ha tratado de comunicar con el mencionado soldado a los números 3105172510-3104470800 y no responde a ninguno de los anteriores abonados y no ha sido posible su ubicación*" [1]

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1.- Por los anteriores hechos, el 9 de febrero de 2015 el Juzgado 55 de Instrucción Penal Militar inició investigación formal en contra del SLP. **REPF** por el punible de abandono del servicio de soldados

[1] *CP. EAG CO1, folio 2.*

voluntarios o profesionales[2]. Posteriormente, el 20 de febrero del mismo año se vinculó al encartado mediante diligencia de indagatoria y se le resolvió su situación jurídica provisional con auto interlocutorio de fecha 25 de noviembre de 2015, decisión en la cual impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, otorgándole el beneficio de la libertad, previa suscripción de caución juratoria[3].

3.2.- Enviadas las diligencias a la Fiscalía 18 Penal Militar, se dispuso el cierre de la fase instructiva[4] y se calificó el mérito sumarial profiriendo resolución de acusación[5]. Posteriormente, las actuaciones de la citada fiscalía fueron nulitadas por el juzgado de instancia[6]. En consecuencia, el seis (6) de diciembre de 2016 se cerró nuevamente el ciclo instructivo[7] y el 23 de diciembre de 2016 se profirieron cargos[8]. Decisión que recurrió horizontalmente la defensa[9], el cual fue resuelto de manera negativa mediante providencia del 27 de enero de 2017[10].

3.3.- Ejecutoriada la pieza acusatoria, se remitió nuevamente el dossier al Juzgado Noveno Penal

---

[2] Cuaderno original 1, folios 11 y 12.
[3] Cuaderno original 2, folios 249-267.
[4] Auto de sustanciación del 28 de junio de 2016.CO2, folio 286.
[5] Resolución de fecha 22 de julio de 2016. CO2, folios 292-296.
[6] Mediante providencia del 20 de noviembre de 2016, la Juez Novena de Brigada, estimó que existía violación del debido proceso por indebida notificación de las citadas decisiones. CO2, folios 306-311.
[7] Cuaderno original 2, folio 318.
[8] Cuaderno original 2, folios 327-331.
[9] Cuaderno original 2, folios 344-349.
[10] Cuaderno original 2, folios 351-353.

Militar de Brigada del Ejército Nacional, despacho que el 22 de mayo de 2017 realizó la audiencia de acusación y aceptación de cargos, los que no fueron admitidos por el encartado, por lo que se realizó audiencia de Corte Marcial[11] y, el 30 del mismo mes y año se profirió sentencia condenatoria en contra del SLP. **REPF** por el punible de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, imponiéndole la pena principal de doce (12) meses de prisión y negando el subrogado de la condena de ejecución condicional[12]. Decisión que fuera impugnada por la defensa y que motiva este pronunciamiento.

IV.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.

La Juez Novena Penal Militar de Brigada profirió sentencia condenatoria en contra del SLP. **REPF** por encontrarlo penalmente responsable de la comisión del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, contenido en el inciso 2° del artículo 108 de la Ley 1407 de 2010.

Para ello, consideró que se reunían los ingredientes normativos para predicar que la conducta omisiva de **REPF**, quien para el 14 de diciembre de 2014 ostentaba la calidad de soldado profesional adscrito al Batallón de Ingenieros No. 8 "Cisneros" del Ejército

[11] Cuaderno original 2, folios 387-409.
[12] Cuaderno original 3, folios 415-458.

Nacional, se adecuaba al tipo penal contenido en el artículo 108 de la Ley 1407 de 2014; en tanto se ausentó de la unidad a la que estaba agregado sin autorización alguna, desde el 14 de diciembre de 2014 hasta el tres (3) de febrero de 2015, permaneciendo por más de cinco (5) días en esa condición.

Para la funcionaria de instancia se evidenció que el procesado hizo creer al SI. **GAC**, quien era el comandante de la unidad a la que se encontraba agregado, que el CT. **JCVM** le había concedido 30 días de vacaciones por habérsele presentado una calamidad con su progenitora para ausentarse de las filas, circunstancia que resultó falaz como lo reconoció el encausado en diligencia de indagatoria. Igualmente, sostuvo que se encontraba demostrado que el procesado no tenía autorización para abandonar la unidad puesto que el propio SI. **GAC**, a quien **REPF** señaló de haberle otorgado permiso, desmintió dicha situación.

Negó la existencia de un estado de necesidad que hubiera condicionado el actuar del encartado, encontrando, por el contrario, demostrado el conocimiento que registraba el enjuiciado frente a las consecuencias que su actuar omisivo le podría generar dada su experiencia en la institución castrense.

Precisó que la conducta, además de ser típica, era antijurídica por cuanto **REPF** de manera caprichosa abandonó los deberes propios que como militar le eran exigibles, lesionando así el bien jurídico del Servicio sin que obrara prueba que justificara su actuar omisivo, encontrándose así reunidos los requisitos para proferir sentencia condenatoria, por cuanto del material obrante se podía concluir certeramente tanto la comisión de la conducta punible como la responsabilidad del procesado a título de dolo.

Finalmente, estableció que la pena imponible era de doce (12) meses de prisión, sin que fuera posible otorgar la condena de ejecución condicional, por tratarse de un delito contra el Servicio.

V.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION -

La defensa del SLP. **REPF**, abogada **MEGL**, solicitó revocar la sentencia condenatoria y, en consecuencia, absolver de toda responsabilidad al Soldado Profesional **REPF**. Pretensión que sustentó principalmente en la atipicidad de la conducta imputada, dado que en su criterio el uniformado no había abandonado los deberes propios del servicio por cuanto tenía autorización para ausentarse del mismo.

Precisó que, para la fecha de los hechos, el procesado se encontraba agregado al escuadrón motorizado de restitución de tierras y antiterrorismo No. 3 de la Policía Nacional (conocido como Grupo ESMOR), por lo que se encontraba bajo órdenes del Subintendente **GAC** –Comandante del ESMOR-, quien otorgó permiso al procesado para ausentarse de la unidad policial a la que se encontraba asignado.

Destacó que la orden emitida por el CT. **JCVM** por medio de la cual se agregó al procesado con su canino al Grupo ESMOR era ilegal, en tanto contrariaba lo establecido en las Directivas Transitorias No. 0054 de 2012 y 0098 de 2015, toda vez que la reglamentación instituía que el binomio canino como parte de un equipo de explosivos y demoliciones del EXDE, solo podía agregarse a una unidad táctica con la totalidad del equipo EXDE.

Sostuvo que la prueba aportada al plenario no logró desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, sino que, por el contrario, demostró que el Comandante del ESMOR le concedió permiso al SLP. **REPF**, por encontrarse bajo su mando. Además, indicó que por tiempo el encausado tenía derecho a sus vacaciones, por lo que no se puede afirmar que éste abandonó sus deberes, puesto que por autorización

directa del comandante del Grupo ESMOR, al que se encontraba agregado, salió de permiso, circunstancia que reconoció el propio CT. **JCVM**, Comandante de la compañía Barreno del Batallón de Ingenieros No. 8 "*Francisco Javier Cisneros*" del Ejército Nacional.

Luego de refutar el testimonio del CP. **EAG** respecto al comportamiento personal y profesional del SLP. **REPF**, afirmó que la fiscalía militar no logró demostrar el dolo ni la existencia de daño al Estado, "*razón por la cual, se reafirma que la* ***ANTIJURICIDAD MATERIAL*** *(sic) no tiene cabida, porque no se demostró ningún perjuicio que se haya ocasionado antes del permiso o después del mismo, como tampoco hubo abandono durante la operaciones de campo realizadas por ESMOR*", en tanto el censor consideró que: "*el injusto penal en comento requiere para su estructuración, que el abandono de los deberes se realice en campaña o durante el desarrollo de operaciones militares, entendida esta actividad con la ejecución de misiones asignadas a la fuerza pública, encaminadas a conjurar alteraciones del orden público, o simplemente ejercer control de las* ***AREAS DETERMINADAS*** *(sic)*".

Finalmente, el recurrente aseguró que no se encuentran reunidos los requisitos señalados en el artículo 396 del Código Penal Militar para proferir

sentencia condenatoria, por lo que requiere la revocatoria del fallo de primera instancia proferido el pasado 30 de mayo de 2017, para en su lugar absolver de toda responsabilidad al SLP. **REPF.**

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador Judicial 13 Delegado II, **MFAG,** conceptuó en la presente causa que se debe confirmar la providencia condenatoria recurrida[13]. Para el efecto, sostuvo que el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales se tipifica objetivamente cuando el soldado abandona los deberes militares, bien sea estando en operaciones o cuando se ausente sin permiso por más de cinco (5) días.

Así mismo, consideró que la prueba permite establecer que al SLP. **REPF** nunca obtuvo permiso de autoridad alguna para ausentarse de sus labores en el ESMOR, puesto que el comandante del ESMOR **GAC,** no otorgó el permiso, sino que simplemente se limitó a registrar en el libro de novedades de la unidad lo dicho por **REPF,** respecto a que había sufrido una calamidad y que había sido autorizado

[13] *Cuaderno original 3, folios 483-487.*

por su superior, CT. **JCVM** -comandante de la BICIS- para ausentarse del servicio.

Restó relevancia frente a quien era el superior inmediato del soldado procesado, por cuanto estimó probado que ninguno de las dos personas que pudieran tener tal connotación le otorgaron permiso, quedando establecido que el comandante del ESMOR fue objeto de engaño por parte del soldado **REPF**, primero en relación con las circunstancias por las cuales necesitaba el permiso y, segundo, porque mintió al manifestar que el CT. **JCVM** le había otorgado autorización para salir de la unidad en la que se encontraba agregado.

En relación con la presunta irregularidad en que se dio la agregación, consideró que ésta era irrelevante para la investigación, dado que el soldado encausado nunca lo manifestó, así mismo debía tener claro que dependía era de quien lo designó de manera irreglamentaria.

Frente a la antijuricidad material de la conducta, precisó que acertadamente el *A quo* citó pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la atipicidad del injusto, por cuanto hacen ver que en la antijuricidad, no es necesario demostrar que la ausencia del uniformado causó grave perjuicio para el desempeño operativo de la fuerza policial, como

lo pretende el recurrente, sino que se afectó la normalidad de la prestación del servicio institucional en lo que tiene que ver con la seriedad y disciplina con que se debe afrontar la responsabilidad de la misión institucional otorgada a la Fuerza Pública.

VII.- DE LA COMPETENCIA.

De acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[14], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999 artículo 238.3. Por lo anterior, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de confianza del condenado, en el que solicita se revoque la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Noveno Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

[14] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.44046 del 17 de junio de 2015 M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

Se debe recordar frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte, que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los inherentes a ésta que se puedan visualizar en la investigación objeto de estudio.

En esas condiciones, la Sala entiende que el fundamento principal sobre el que se cimienta el recurso vertical estriba en estimar que no logró derruirse la presunción de inocencia de que goza el procesado, por lo que corresponde al Juez Colegiado verificar si le asiste razón a la impugnante, caso en el cual se deberá revocar la decisión condenatoria y proceder a absolver al encausado en aplicación del principio de *in dubio pro reo* o, si por el contrario, la decisión cuestionada está fundamentada en pruebas que permitan demostrar el hecho punible y la responsabilidad del SLP. **REPF** en la comisión del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, en cuyo evento se confirmará la decisión inicial.

Bajo ese entendido, la sala analizará las implicaciones de la presunción de inocencia, para posteriormente analizar el caso concreto y los

precisos aspectos de disenso en que se funda el recurso vertical presentado.

8.1- La presunción de inocencia.

Es menester recordar que en desarrollo del proceso penal el encausado goza de la garantía constitucional[15] y legal de presunción de inocencia[16]. Derecho que tiene plena aplicación al interior de la jurisdicción castrense, puesto que la ley penal militar adjetiva, aplicable al *sub judice*, incluyó el *in dubio pro reo* como norma rectora del procedimiento penal castrense. Es así, como el artículo 209 de la Ley 522 de 1999 establece que toda duda que surja en el proceso se

---

[15] Artículo 29 Constitución Política de Colombia. "… Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho."

[16] "En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7º:

"Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal".

"En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado".

"En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria".

"Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda."

La convicción sobre la responsabilidad del procesado "más allá de toda duda", corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena (…)". CSJ radicado 32863 febrero 3 de 2010, M.P. María del Rosario González Muñoz.

resolverá a favor del sindicado cuando no haya modo de eliminarla.

Del mismo modo, el artículo 396 de la citada codificación señaló que no podrá dictarse sentencia condenatoria sin que obre en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado. Aspecto que reprodujo el Código Penal Militar de 2010, que refiere en su artículo 178: "*Todo miembro de la Fuerza Pública se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no quede en firme decisión judicial con fuerza de cosa juzgada sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable".* Garantía procesal que esta Corporación ha privilegiado en desarrollo de los postulados constitucionales y legales antes referenciados[17].

[17] *"Previo a resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor IAGD, considera la Sala oportuno referirnos al concepto del in dubio pro reo, al constituir un principio auxiliar que se ofrece al órgano judicial para valorar la prueba, de tal manera que si una vez practicada la misma resulta insuficiente para la formación de su convicción o apreciación en conciencia acerca de la culpabilidad o no del acusado, las dudas razonadas que puedan surgir habrán de ser siempre resueltas en sentido favorable para el acusado. El in dubio pro reo sólo tendría relevancia en el momento del juicio, si al juzgador le saltan dudas a la vista de la prueba practicada y en cualquier otro momento procesal, como al momento de calificar o de inhibirse de iniciar una investigación penal si existe la imposibilidad de superar la duda" TSM, Rad. 156998 del 16 de septiembre de 2011. MP. MY(R) Maricel Plaza Arturo.*

Sin embargo, resulta preciso entender que no es cualquier duda la que permite al juzgador encaminarse hacia una decisión favorable para los intereses del acusado, sino aquella que verse respecto de la ocurrencia del hecho punible y la responsabilidad penal del procesado, que se halle razonablemente fundada, cuya construcción sea lógica y que resulte insalvable de absolver con los medios probatorios que estuvieron en posibilidad de aducirse durante el devenir procesal. La duda, entonces, debe aflorar como consecuencia del análisis probatorio y no como una mera especulación, siendo necesario que revista condiciones de idoneidad, seriedad, pertinencia e insuperabilidad que ubiquen al fallador en imposibilidad de dilucidar la incertidumbre. Frente al particular la Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"Un tal principio corresponde no únicamente a un imperativo constitucional y legal, sino precisamente, a uno de los postulados máximos que gobiernan la valoración probatoria y en general el proceso penal.*
>
> *Pero, claro está, que* ***el reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación,*** *desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la jurisdicción*

es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha de aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual esta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero, acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando intrascendente la sola afirmación de certeza o duda, según el caso, pues lo que importa es su demostración

Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, uno de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un

preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo"[18].

Lo anterior significa, que el juez ordinario como el castrense debe apreciar en forma racional, proporcional y adecuada las pruebas, inicialmente de manera individual, pero principalmente en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conforme lo establece el artículo 401 del Código Penal

[18] *Corte Suprema de Justicia. Sentencia - Única instancia 15.884, septiembre 4 de 2002, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Militar[19], en aras a desentrañar su verdadero alcance y valor, para lo cual ha de recurrir a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia común. Sólo a partir de esa labor dialéctica, el juez podrá determinar la existencia de certeza o duda frente al hecho que pretende demostrar con el universo probatorio existente dentro del proceso, conclusión que debe soportarse en el juicio probatorio efectuado y no en la simple enunciación del resultado obtenido.

Por otra parte, no debe olvidarse que la certeza requerida por la norma penal para condenar no es aquella absoluta, en tanto resulta un imposible gnoseológico de alcanzar, sino aquella certeza racional que se refiere a una seguridad relativa o aproximada[20]. Así mismo, la incertidumbre que permite adoptar una decisión absolutoria también corresponde a la duda razonada, no a la generada en la sospecha, sentimientos, intuición o en el presentimiento. Al respecto la Corte Suprema de justicia, ha señalado:

> *"[…] sería una ilusión metafísica esperar la certeza absoluta de la prueba testimonial (y en especial del conjunto de aserciones que la integran, pero en general de cualquier medio probatorio incorporado al proceso), pues los criterios de aceptación de la verdad (o credibilidad) conducen a decisiones que implican*

[19] Ley 522 de 1999." Artículo 401. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica".
[20] CSJ, Rad. 32120 del 23 de febrero de 2011.

en menor o mayor medida focos de discreción incontrovertibles desde un ámbito racional".

"El proceso penal […] no puede garantizar de manera completa la justicia material del caso concreto (aunque lo busca), sino se satisface con reducir al mínimo (y no con eliminar, pues ello sería inalcanzable) los momentos potestativos y las posibilidades de arbitrio en la actuación mediante un modelo que dé cabida a la refutación de las teorías e hipótesis en pugna"[21].

8.2- Del caso concreto.

Al SLP. **REPF** se le acusó y condenó por el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales por haberse ausentado de los deberes propios del servicio por espacio de 53 días, comprendidos entre el 14 de diciembre de 2014 y el 2 de febrero de 2015, fechas para la que se encontraba agregado como guía canino al Escuadrón Motorizado Rural de la Policía Nacional (*en adelante grupo ESMOR*) que apoyaba a la Unidad de Restitución de Tierras seccional Eje Cafetero.

Decisión condenatoria que la defensora impugnó por estimar que la prueba recaudada no logró derruir la presunción de inocencia de que goza por mandato constitucional y legal el procesado, posición que sustentó en diferentes aspectos que la Sala

[21] *CSJ, Rad. 32120 de 23 de febrero de 2011.*

estudiará por separado en procura de desatar el recurso impetrado.

8.2.1- La disidente indicó que a su prohijado no le era imputable el delito de abandono del servicio, por cuanto le fue otorgado permiso para salir de la unidad policial a la que se encontraba agregado por su superior inmediato, SI. **GAC** – comandante del grupo ESMOR. Autorización que en su entender quedó registrada en el libro de anotaciones y salidas especiales de dicha unidad policial, al punto que el SI. **GAC** no informó novedad alguna al respecto, por el contrario, en declaración confirmó que el grupo a su cargo había salido a descansar y que el soldado se presentó en la fecha en que retornaron a operaciones, es decir, el 3 de febrero de 2015.

Para dilucidar este preciso aspecto, es pertinente precisar que el soldado profesional como integrante de las Fuerzas Militares está sujeto a las normas penales militares, al reglamento de régimen disciplinario y a las disposiciones legales y reglamentarias que se expidan por los órganos competentes, de conformidad con el Decreto 1793 de 2000[22]. En consecuencia, el soldado profesional se rige en materia disciplinaria por la Ley 836 de

[22] *Decreto 1793 de 2000, Artículo 37. REGIMENES APLICABLES. "Los soldados profesionales quedan sometidos al Código Penal Militar, al Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares y a las normas que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".*

2003 "*Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militar*"[23] (*hoy por la Ley 1862 de 2017*), norma que fija los parámetros militares de conducta que debe observar el uniformado, fundamentado en la disciplina, como condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, así como la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional[24], entre las que se destacan el procedimiento a agotar para el acatamiento del conducto regular[25] e, igualmente, define la figura administrativa de los permisos especiales[26].

También es dable acotar, que teniendo en cuenta la necesidad de optimizar el recurso humano con el fin de desarrollar sus aptitudes y habilidades, se emitió por parte del Ejército Nacional de Colombia la Directiva de Personal 0188 de 2009, instrumento basado en la normatividad que regula el régimen de carrera especial para los miembros de la Fuerza Pública, entre éstos el de los soldados profesionales o voluntarios, cuyo fin es impartir normas e instrucciones sobre procedimientos y políticas que deben aplicarse en la administración

---

[23] Vigente para los años 2014 y 2015.

[24] Ley 836 de 2003. CAPITULO II. NORMAS MILITARES DE CONDUCTA. ARTÍCULO 17. LA DISCIPLINA. "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".

[25] Ley 836 de 2003, ARTÍCULO 29. CONDUCTO REGULAR. "Es el procedimiento que debe seguirse ante el inmediato superior, consistente en exponer de manera verbal o escrita asuntos del servicio o personales que afecten el mismo, con el propósito que les sean resueltos. En caso de que la respuesta sea negativa o desfavorable, se entenderá agotado y podrá acudir ante el inmediato superior de este".

[26] Ley 836 de 2003ARTÍCULO 44. PERMISOS ESPECIALES. "Los permisos especiales serán otorgados por el superior con atribuciones disciplinarias, previa motivación de los mismos, de conformidad con las normas que rigen la materia".

y manejo del personal, entre las que se encuentran las situaciones administrativas de vacaciones y permisos de los pluricitados soldados, entre otros temas.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que conforme el Reglamento de Símbolos Convencionales, Terminología y Abreviaturas Militares (*REGLAMENTO FF.MM. 3-23*), se define la figura de la "agregación", como la asignación temporal de personal o unidades en otra organización; así mismo, define el concepto de agregar, como:

> *"1. Asignar unidades o personal con carácter transitorio a otra organización. El comandante de la organización que recibe el personal a la unidad agregada ejercerá el mismo grado de mando y control que el que ejerce sobre sus elementos permanentemente orgánicos; no obstante, el órgano de origen tendrá a su cargo la responsabilidad inherente a los ascensos y traslados.*
>
> *2. Asignar a un individuo para que desempeñe funciones específicas con carácter transitorio"*[27] (Subrayado del despacho).

Bajo ese entendido, resulta importante señalar que la Directiva de Personal No. 0188 de 2009, establece en el numeral 2.6.1.2, que: "*los comandantes están facultados para conceder permisos al personal, como premio o estímulo a quienes sobresalgan en el*

[27] *REGLAMENTO FF.MM. 3-23, pág. 26*

cumplimiento del deber o por virtudes militares, como también por necesidades personales y familiares debidamente comprobadas. Los permisos podrán concederlos las respectivas autoridades con atribuciones disciplinarias hasta por cinco (5) días. Lo que exceda de este tiempo debe computarse con cargo a vacaciones", así mismo, el artículo 73 de la Ley 836 de 2003, vigente para el momento de los hechos, señala que las atribuciones y facultades disciplinarias se ejercerán por el Presidente de la República, el Ministro de Defensa Nacional, los oficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo y los suboficiales en los términos previstos en la ley. De manera que, solo tienen facultades disciplinarias y, en consecuencia, puede otorgar permisos al personal de soldados profesionales el superior militar, por lo que resulta desacertado establecer, como lo hace la defensa, que fue el Subintendente **GAC** quien concedió el permiso al SLP. **REPF**, puesto que por tratarse de un policial que registra categoría y escalafón distintos al del personal militar le estaba vedado conceder dicha autorización, además de ello, porque solo se podía conceder al procesado hasta cinco (5) días de permiso, dadas las implicaciones contables respecto de las partidas de alimentación correspondientes como lo establece la referida directiva.

Adicionalmente, la prueba aportada revela que el SLP. **REPF** le mintió al SI. **GAC**, cuando le informó que su señora madre había sufrido un accidente de tránsito y que por esta razón se había comunicado con su superior, CT. **JCVM**, quien le había autorizado 30 días de vacaciones. Subterfugio que admitió el propio procesado cuando en injurada señaló: "*la excusa que puse allá fue por una calamidad (…) por lo de mi señora madre (…) pero eso no es verdad (…) ella falleció hace 14 años (…) como ellos, los de la policía, no tienen la historia mía, entonces yo le dije así, porque no pensé que esto iba a llegar hasta acá*"[28].

Así mismo, la tesis defensiva es rebatida por el propio SI. **GAC**, quien negó haber otorgado permiso al procesado para salir de la unidad, cuando señaló bajo la gravedad del juramento: "e*l soldado profesional REPF se me acercó y me comento que había sufrido una calamidad familiar con su señora madre y que él ya había hablado con sus superiores un señor capitán de apellido JCVM, comandante del BICIS el cual le autorizó desplazarse para la ciudad de armenia y posteriormente salía con treinta (30) días de vacaciones (…) inmediatamente le dije que si las cosas eran así y que ya se había comunicado con sus jefes que no había ningún problema que saliera a atender su calamidad, pero también le dije que iba a realizar la anotación de la novedad que él me acabada de decir por*

[28] *Cuaderno original 3, folio 451.*

lo que le ordené al SI MLO (…) que realizara la anotación de lo sucedido con el soldado"[29].

Finalmente, aunque el procesado le manifestara al SI. **GAC** que además del permiso salía a vacaciones por autorización del CT. **JCVM**, dicha situación fue desmentida no solo por el oficial[30], sino, además, por el propio **REPF**, quien en diligencia de indagatoria, refirió: "*…el permiso me lo dio el subintendente **GAC (…)** le dije al subintendente que le iba a avisar a mi Capitán **JCVM** de la calamidad que tenía, pero no le informé al capitán (…) yo no tenía nada que ir a hacer el Batallón (…) no firmé el libro porque como no eran vacaciones*"[31].

Recuérdese que, el Decreto Ley 1794 de 2000 que regula el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, señala que las vacaciones de los soldados profesionales se distribuirán en tres periodos teniendo en cuenta el reentrenamiento y las necesidades del servicio[32]. Así mismo, la Directiva Permanente No. 0188 del 12 de junio de 2009, indica que "*Las vacaciones de los soldados*

---

[29] Cuaderno original 1, folios 90-91.
[30] Cuaderno original 3, folio 452.
[31] Cuaderno original 3, folios 451-452.
[32] ARTICULO 8. VACACIONES. "A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional tendrá derecho a treinta (30) días calendario de vacaciones remuneradas por cada año de servicio cumplido, las cuales se distribuirán en tres períodos teniendo en cuenta el reentrenamiento y las necesidades del servicio".

profesionales deben publicarse en la orden del día de la unidad y registrarse en el libro de turno de vacaciones de acuerdo al formato anexo de la circular de Alimentación No. 288137 del 14 de agosto de 2006", de manera que, el Ejército Nacional estableció normas que regulan la situación administrativa de los soldados profesionales en materia de vacaciones las cuales son de obligatorio cumplimiento para todo el personal militar de la institución, por lo tanto le estaba vedado al soldado disponer a mutuo propio cuándo y cómo hacer uso de las vacaciones anuales que le correspondían.

Por consiguiente, la Sala desestimará la tesis defensiva, en tanto demostrado se encuentra no solo que el procesado mintió para salir de la unidad policial a la que se encontraba agregado, sino, además, que tampoco le fue otorgado permiso por policial o militar alguno para abandonar sus deberes como soldado profesional.

8.2.2- Por otra parte, la defensa apoyada en decisión de esta Corporación con ponencia del TC. **ISMAEL LOPEZ CRIOLLO**, de fecha 20 de octubre de 2009, estimó que no existió antijuridicidad material en tanto el soldado encausado para el período en que estuvo ausente del servicio no se encontraba cumpliendo comisión de tipo militar estratégica, táctica, de servicios, entrenamiento o

administrativa, dado que el grupo ESMOR había salido a vacaciones desde el 20 de diciembre de 2014 hasta el 3 de febrero de 2015.

Al efecto, debe rememorarse como lo ha decantado esta Corporación en sinnúmero de oportunidades, que el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales corresponde a un tipo penal que castiga el incumplimiento al deber de presencia que tiene el uniformado, es decir, que su objetivo es asegurar el mantenimiento del pie de fuerza que permita cumplir al estamento castrense su misión constitucional. Luego, el delito se concibe como un injusto de mera conducta, lo que significa que no se requieren resultados o que se produzca una consecuencia en el mundo material perceptible por los sentidos para que se predique su antijuridicidad, de manera que, la ausencia inconsulta de quien tiene el deber de presencia por su condición de militar o policial altera el normal desarrollo del servicio, lo que se expresa en el desvalor del resultado, al punto que el legislador dispuso un ámbito de protección *ex ante*, tipificando ese comportamiento negativo precisamente para proteger el bien jurídico de contenido institucional como el Servicio, al respecto esta Corporación estableció:

> *"Es el ámbito de competencia (organización o institucional) que precisa el destinatario de la norma, quien con su conducta produce la afectación del bien jurídico objeto de tutela, esto es, cuando por la ausencia no prevista del miembro de la Fuerza Pública se alteran las normales condiciones en que debe desarrollarse el servicio, expresión de antijuridicidad material"*[33].

En ese orden de ideas, la prueba obrante en el foliado registra que, si bien es cierto el grupo ESMOR tuvo un receso por temporada navideña, también lo es que esa agrupación se reincorporó a sus labores el 7 de enero de 2015, como quedó precisado en la declaración del SI. **MLO**, cuando refirió: "*nosotros salimos con permiso navideño, el 19 o 20 de diciembre de 2014, y regresamos el 07 de Enero por término de permiso navideño y nos ordenó la coordinación de restitución de tierras pernoctar en la estación de policía de las Pavas…desde el 07 de enero más o menos hasta el 15 del mismo mes que empezaron actividades…*"[34].

Luego, la ausencia del procesado alteró las condiciones normales en que debía desarrollarse el servicio como lo resaltó la señora **MICO**[35], integrante de la unidad de restitución de tierras

---

[33] Tribunal Superior Militar, Sentencia del 18 de febrero de 2011, rad. 156553, MP. CR. Camilo Andres Suarez Aldana.
[34] Cuaderno original 1, folio 193.
[35] Indicó la declarante que era topógrafa, para la fecha de los hechos laboraba con la Unidad de Restitución de Tierras del Eje Cafetero y que se encontraba realizando trabajos de inspecciones judiciales con el juez especializado de restitución de tierras en topografía o georreferenciación, en Samaná –Caldas. (CO1, folio 183).

del eje cafetero, quien frente a los hechos relató: "*yo la verdad llegue, porque generalmente voy y ubico dónde están los muchachos del ESMOR para cuadrar la salida del otro día, en ese día estaban en la estación de policía del corregimiento de Florencia, que es un Corregimiento de Samaná, y yo fui para cuadrar lo de la salida ese día, entonces fue cuando yo vi que REPF iba saliendo con ese maletado de cosas, y REPF salió se despidió de los policías y no me acuerdo si se subió a un camión que iba de salida para Samaná o si fue que salió en una chiva, no pare muchas bolas a eso, porque lo que vi fue que él iba saliendo era con toda la maleta, si me extraño que él se fuera sabiendo que había comisiones judiciales y sabiendo que se requería del acompañamiento de él, él no me dijo nada simplemente pasó por el frente mío y nada más no me dijo nada*"[36].

También agregó la testigo en lo relacionado con las condiciones laborales del dúo canino para el mes de diciembre de 2014: "*la verdad es que en diciembre esa comisión, como el soldado se fue antes, el soldado no asistió a la Comisión, pero en las comisiones anteriores a las que yo salí y pude estar con el soldado REPF él se mantenía ahí con su perra*"[37].

Lo anterior permite precisar, no solo que es falso que el receso del grupo ESMOR hubiera tenido lugar entre el 14 de diciembre de 2014 y el 3 de febrero de 2015, sino, además, que efectivamente en el

[36] *Cuaderno original 1, folio 184.*
[37] *Cuaderno original 1, folios 184-185.*

período en que el procesado faltó a sus deberes profesionales se afectaron las condiciones normales en que debía desarrollarse el servicio, por lo que resulta innegable que la inconsulta dejación de sus funciones lesionó de manera efectiva el bien jurídico tutelado en la norma de prohibición que recoge el punible por el que fue acusado, puesto que su ausencia afectó el cumplimiento de las específicas funciones como soldado profesional del Ejército Nacional, particularmente como guía canino en la unidad de restitución de tierras del eje cafetero, lo que se tradujo en expresión de antijuridicidad material.

8.2.3- A su vez, la recurrente entiende que la adecuación típica del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales no se produjo en el caso particular, dado que el injusto penal requiere "*que el abandono de los deberes se realicen en campaña o durante el desarrollo de operaciones militares, entendida esta actividad con la ejecución de misiones asignadas a la fuerza pública, encaminadas a conjurar alteraciones de orden público o simplemente ejercer control de las AREAS DETERMINADAS (sic), mediando para ello las respectivas órdenes emanadas de los comandos superiores, empleando recursos militares para conseguir un objetivo específico*".

Al respecto, necesario es precisar a la distinguida togada que, en virtud del cambio de legislación en la jurisdicción especializada, es otra la lectura que se le debe dar al delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, por cuanto el tipo penal consagrado en el artículo 127 de la Ley 522 de 1999[38] fue modificado por el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010. Bajo ese entendido, debe recordarse que la descripción típica establecida en el Código Penal Militar de 1999 determinaba que se trataba de un delito de ejecución instantánea, puesto que su consumación tenía lugar cuando el soldado profesional o voluntario abandonaba los deberes propios del servicio, siempre y cuando se encontrara en campaña u operaciones militares, sin que importara el lapso que se mantuviera el abandono o si su intención era o no hacerlo de forma definitiva[39].

Sin embargo, con la expedición de la Ley 1407 de 2010, norma que cobró eficacia jurídica, es obligatoria y oponible desde el 17 de agosto del mismo año[40] en su parte sustantiva no así la adjetiva en cuanto ésta quedó sujeta al régimen de implementación del sistema penal oral de tendencia

---

[38] *Artículo 127. Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales. "El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña u operaciones militares, por cualquier tiempo, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años".*
[39] *Tribunal Superior Militar, sentencia 17 de mayo de 2011, Rad. 156981, MP. MY (RA) Maycel Plaza Arturo*.
[40] *Sentencia C-444 de 2011.*

acusatoria[41], la estructura del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales se modificó, puesto que además de la hipótesis establecida en la Ley 522 de 1999, se introdujo una nueva modalidad conductual para este delito, así:

> *ARTICULO 108. Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales. El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña, operaciones militares, por cualquier tiempo, Incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*
>
> ***La pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión, cuando el soldado voluntario o profesional en cumplimiento de actividades propias del servicio se ausente de la unidad sin permiso por más de cinco (5) días,*** *o cuando no se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado". (Negrillas del despacho).*

Ello permite establecer, que la segunda de las modalidades conductuales que configuran típicamente el punible de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales no interesa que la

---

[41] La "implementación" de una norma hace referencia al proceso por medio del cual la política que dicha norma articula jurídicamente es puesta en ejecución; se trata de una serie ordenada de pasos, tanto jurídicos como fácticos, predeterminados por la misma norma –o por aquellas que la desarrollen -, encaminados a lograr la materialización, en un determinado período de tiempo, de una política pública que la norma refleja. Por lo mismo, la noción de "implementación" tiene una dimensión jurídica, una dimensión material o fáctica y una dimensión temporal, cuyo contenido habrá de ser determinado por el Legislador. Analíticamente, una política pública primero es diseñada y luego es implementada. La articulación jurídica del diseño de la política conlleva que la implementación futura de ésta no sea sólo política sino también judicial (sentencia C-873 de 2003).

apostasía se produzca cuando el agente se encuentre cumpliendo comisión de tipo militar estratégica, táctica, de servicios, entrenamiento o administrativa, como lo hace ver la defensa, sino que tenga lugar cuando el soldado voluntario o profesional se encuentre cumpliendo funciones propias del servicio. Así mismo, a diferencia de la primera de las hipótesis normativa se incluye un ingrediente normativo temporal a la conducta delictual, al punto que se demanda que la ausencia se produzca por más de cinco (5) días, lo que determina que en este evento la estructura dogmática del delito se varíe, puesto que no se trata de una conducta punible de ejecución instantánea sino de ejecución permanente, en tanto los efectos del injusto y del proceso consumativo se proyectan en el tiempo, de manera que la conducta a pesar de consumarse formalmente pasado el quinto día sigue lesionando o poniendo en peligro el bien jurídicamente protegido por la norma, hasta tanto su autor no decida hacerlo cesar u ocurra otro evento externo que ponga fin a tales efectos[42].

En esas condiciones, el actuar del SLP. **REPF** se adecúa plenamente a la segunda de las hipótesis conductuales contenidas en el artículo 108 de la

[42] *Tribunal Superior Militar, Rad. 158224 del 24 de junio de 2015, MP. CN Julian Orduz Peralta.*

Ley 1407 de 2010, por lo que su actuar resulta típico, como lo estableció la sentencia recurrida.

8.2.4- La censora desestimó la forma como la falladora describió los hechos, por cuanto consideró que así narrados hacían parecer que la denuncia hubiese sido presentada por el superior del SLP. **REPF** cuando ello no fue cierto, teniendo en cuenta que el citado soldado estaba agregado al grupo ESMOR, razón por la cual su superior inmediato era el comandante de dicho grupo, SI. **GAC**, sin que fuera éste el que informara los hechos objeto de acción penal.

La Sala entiende, en relación con la presunta irregularidad que demanda la recurrente, que ninguna anomalía se observa por parte de la juez *A quo* en la redacción de los hechos, en primer lugar, porque realizó una transcripción literal de los descritos por la fiscalía en la resolución de acusación[43], como fue: "***El soldado profesional REPF, Orgánico del Batallón de Ingenieros No. 8 "Francisco Javier Cisneros" y agregado al ESMOR de restitución de tierra como guía canino, le informa al Comandante del grupo que sufrió una calamidad familiar con su señora madre motivo por el cual el Capitán JCVM le autoriza un permiso y en igual forma salir con 30 días de vacaciones; informándole que se reincorporará al Grupo***

[43] *Providencia del 22 de julio de 2016. CO2, folios 292-296.*

cuando reinicie las labores de campo con la unidad de restitución de tierras, para el mes de enero; pero no fue posible su ubicación."[44]**;** en segundo lugar, porque los hechos descritos son resumen del informe denuncia presentado por el CP. **EAG**[45]**;** y, en tercer lugar, porque al momento de vincularse al encartado mediante indagatoria se le enrostró por parte del funcionario de instrucción la siguiente situación fáctica: *"teniendo en cuenta que obra en diligencias que usted abandonó sus deberes como Soldado Profesional, encontrándose agregado al Grupo ESMOR de Restitución de Tierras Eje Cafetero, sírvase manifestar que tiene que manifestar frente a este cargo que se le formula",* hechos que se le han endilgado al procesado durante toda la actuación.

De lo anterior se colige, que no se ha afectado el núcleo esencial de la imputación fáctica al momento de proferir la sentencia, por lo que no existe irregularidad alguna por el hecho que la denuncia hubiere sido presentada por el CP. **EAG**, ello en tanto, es la ley penal la que obliga a cualquier ciudadano a denunciar hechos que revistan característica de delito, máxime en tratándose de funcionario público[46].

---

[44] Cuaderno original 3, folio 416.
[45] Cuaderno original 1, folio2.
[46] Ley 600 de 2000. Artículo 27. Deber de denunciar. "Toda persona debe denunciar a la autoridad las conductas punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio (…)".
Ley 906 de 2004. Artículo 67. Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio (…)".

Como viene de verse, ninguna relevancia tiene para al caso objeto de estudio quién hubiera presentado la denuncia, por cuanto, como ya se precisó, es una obligación de todo ciudadano y de cualquier miembro de la Fuerza Pública, poner en conocimiento de la autoridad judicial los hechos que tengan connotación de conductas punibles que, como el caso, afectó el bien jurídico del Servicio.

8.2.5- Finalmente, señaló la defensa que la orden mediante la cual se envió a su prohijado como agregado al grupo ESMOR de la Policía Nacional para realizar actividades de campo con la Unidad de Restitución de Tierras del Eje Cafetero no se ciñó a los parámetros establecidos en las Directivas Transitorias Nos. 0054 de 2012 y la 0098 de 2015, en virtud a que las citadas disposiciones establecen que: "*el grupo* ***EXDE*** *no DEBE operar si no existe el equipo* ***EXDE*** *completo*"[47].

Al respecto, necesario es resaltar, como lo conceptuara el representante del Ministerio Público, que se equivoca la censora al pretender hacer ver que la agregación del SLP. **REPF** al grupo ESMOR fue irregular por no haberse observado lo estatuido en las directivas que reglamentan las actividades de los Equipos de Explosivos y Demoliciones (EXDE) puesto que ninguna relevancia

[47] *Cuaderno original 3, folio 369.*

tiene esta circunstancia para el proceso penal, dado que lo debatido correspondía al abandono del servicio por parte del SLP. **REPF**, sin que la aludida irregular agregación hubiere tenido incidencia en su actuar reprochable.

Sin embargo, verificada la foliatura se observa que mediante oficio URT-DTVCP1-001005 del 5 de septiembre de 2014, el Coordinador de la Unidad de Restitución de Tierras Eje Cafetero solicitó al Comandante de la Octava Brigada del Ejército Nacional apoyo de *"binomio hombre-canino antiexplosivo para las jornadas de terreno de la UNIDAD ESPECIALIZADA DE GESTION Y RETITUCION (sic) DE TIERRAS DESPOJADAS POR EL CONFLICTO ARMADO"*[48]. Requerimiento al que se dio respuesta mediante Radiograma No.003385 del 27 de octubre de 2014, en los siguientes términos: "*PERMITOME INFOMAR ESE COMANDO X DE ACUERDO ORDEN ESTE COMANDO X BINOMIO CANINO X SLP.* ***REPF CM 94462408*** *X CANINO NOMBRE "MEDUSA" CHIPS 035*89109 X PARTIR 27 09:00 OCTUBRE -2014 X SALE AGREGADO DESTINO UNIDAD PONAL.EMCAR-CALDAS X FIN APOYAR PROGRAMA RESTITUCION DE TIERAS X PRESIDENCIA NACIONAL X"*[49].

En consecuencia, la Sala puede inferir que, si bien es cierto el aquí encartado hacía parte del grupo EXDE, su agregación se dio como guía canino para apoyo del desminado que realizaba la Unidad de

[48] *Cuaderno original 2, folio 246.*
[49] *Cuaderno original 2, folio 248.*

Restitución de Tierras, no siendo exigible el cumplimiento de los requisitos para la operación del grupo EXDE, porque para la fecha de los hechos el citado soldado no operaba como equipo sino como dúo canino en apoyo de dicho programa, sin que pueda evidenciarse que la agregación se hubiera surtido irregularmente, por el contrario, se cumplieron las normas administrativas que tiene el Ejército Nacional para disponer de su pie de fuerza, además, como lo dejó precisado el agente del Ministerio, durante los meses que operó el soldado como binomio no realizó manifestación alguna de irregularidad frente a la orden de agregación recibida, como tampoco se observó la imposibilidad de cumplir dicha tarea.

Lo anteriormente precisado, permite a la Sala establecer que la providencia objeto del disenso cumple los requisitos exigidos por el artículo 396 de la Ley 522 de 1999 para proferir sentencia condenatoria en contra del SLR. **REPF** por el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, por los hechos acaecidos entre el 14 de diciembre de 2014 y el 03 de febrero de 2015, en tal virtud, se desatenderán las pretensiones de la recurrente y como consecuencia se confirmará la decisión impugnada.

Sin más consideraciones, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IX.- RESUELVE.

PRIMERO: DESATENDER las pretensiones de la defensa del SLR. **REPF** y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia calendada el 30 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado Noveno Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, por medio de la cual condenó al SLP. **REPF**, identificado con la C.C. 94.462.408, a la pena de doce (12) meses de prisión, como autor responsable del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtidos los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ
Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	159281
Procedencia	:	Juzgado de Instancia Fuerza Naval del Caribe
Condenado	:	S3MIM (R) MAAZ
Delitos	:	Peculado culposo
Motivo de decisión	:	Acción de revisión
Decisión	:	Inadmite demanda

Bogotá, D.C., junio diecinueve (19) de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A TRATAR

Se pronuncia la Sala, por virtud de su competencia[1], respecto de la demanda de revisión presentada por el abogado LDOG, apoderado del S3MIM (R) MAAZ, en contra de la sentencia adiada 03 de octubre de 2003 mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe condenare a éste último a la pena principal de seis (06) meses de arresto y multa de diez (10) SMLMV por el punible de peculado culposo.

---

[1] Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, artículo 238.2.

II. HECHOS

El episodio fáctico génesis del proceso penal que se adelantare en su integridad hasta culminar en la antes sentencia condenatoria en disfavor del S3MIM (R) MAAZ, fue reseñado pretéritamente en el fallo de primer grado proferido por el antes citado juzgado penal militar de primera instancia y que hiciere tránsito a cosa juzgada formal y material, en los siguientes términos:

> "*Da cuenta el expediente que el día 16 de abril de 2001 al CPCIM MAAZ, orgánico de la Compañía "C" del Batallón de Fusileros de I.M. No.5 de Corozal (Sucre) le fue sustraído de su laca el fusil M16 A2E No.A0093367 que se le había asignado y el cual había guardado en su alojamiento desde el 14 de abril de 2001, cuando salió de la Unidad después de haber entregado su servicio de guardia.*"

III. ANTECEDENTES PROCESALES

Surtida la fase de juzgamiento, el 03 de octubre de 2003 el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe profirió sentencia mediante la cual condenó al S3MIM (R) MAAZ, como autor responsable del punible de peculado culposo, a las penas principales de seis (06) meses de arresto, multa de diez (10) SMLMV e interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, concediéndole, por otra

parte, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional[2].

No habiéndose interpuesto recurso alguno en contra de la decisión de condena, está cobró firmeza el 18 de marzo de 2004[3].

El 20 de febrero del presente año, el abogado LDOG, en representación del condenado, presentó ante la secretaría común de esta Corporación demanda de revisión[4], la cual acompañó del correspondiente poder y la sentencia de primer grado acompañada de la constancia de ejecutoria material de la misma.

IV. LA DEMANDA DE REVISIÓN

Después de identificar a los sujetos procesales, los hechos materia de juzgamiento y de hacer alusión a la sentencia impugnada, el apoderado judicial del citado condenado citó como causal de revisión la contenida en el numeral 3° del artículo 373 del "*Libro Tercero procedimiento Penal Militar, (…) Capítulo VIII*".[5]

Invocó como "***FUNDAMENTOS DE DERECHO***"[6], que este Colegiado es competente ya que se trata de una sentencia de primer grado "*ejecutoriada y en firme*", proferida por un juez penal militar contra un

[2] Folios 11 a 21, C.O.
[3] Folio 9, *ibídem*.
[4] Folios 1 al 21, *ibídem*.
[5] Folio 3, *ibídem*.
[6] *Ídem*.

militar por el injusto de peculado, lo que hace radicar en este Tribunal la competencia.

Señaló como "***FUNDAMENTOS DE HECHO***"[7] que acude a la precitada causal toda vez que por parte de la Fiscalía Local No.99 delegada ante los Jueces Penales del Circuito y Apoyo a la Fiscalía 10 - Unidad Nacional de Justicia y Paz se envió a su poderdante, en su condición de "*condenado por peculado*"[8], una copia de un acta de comunicación de los derechos de las víctimas potenciales en la cual da cuenta que la Fiscalía Once de la unidad en cita le había reconocido "*su calidad de víctimas potenciales como perjudicados por la acción de un grupo organizado al margen de la ley – Autodefensas Unidas de Colombia – Bloque Héroes Montes de María.*"[9].

También adujo que con fecha 29 de mayo de 2014 la Fiscalía delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla le certificó a su acudido que en su base de datos "*resulto* [sic] *víctima por el delito de Hurto de Fusil Hecho ocurrido en el año 2002 en el municipio de Corozal –Sucre. El postulado es el Señor LFBM* [sic], alias barrotico **confeso** [sic] *el hecho en versión libre el día 13 de junio de 2011* (…)"[10].

Asimismo sostuvo que el 28 de septiembre de 2012 el Fiscal 10 Delegado ante el Tribunal de Distrito Judicial Unidad Nacional para Justicia y Paz de

[7] *Ídem*.
[8] Fl.4, C.O.
[9] *Ídem*.
[10] *Ídem*.

Barranquilla le hizo entrega de un "*cd de la grabación en la que se registró la confesión del hurto del fusil de parte del Sr. LFBM*[sic]. *(es decir armamento extraviado y por el cual fue condenado por peculado culposo el S3 ® MAAZ.)*"[11].

Por último, aseguró que su poderdante se contactó telefónicamente con el precitado LFBM quien "*está dispuesto a conceder la declaración de los hechos materia de su condena y en los que acepta haberse sustraído el fusil…*"[12].

En el acápite de pruebas referenció las citadas en precedencia y como peticiones ante esta Corporación deprecó se solicitaran a la Fiscalía 10 -Unidad Nacional de Justicia y Paz, copias escritas, audios y videos donde aparezcan tanto la versión recepcionada a su poderdante como a LFBM y que una vez se cuente con el material probatorio acopiado se libre comisorio a fin que "*se reciba la versión del mencionado Señor…*"[13]; por último solicitó se obtenga del Juez de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe copia íntegra del expediente objeto de la presente acción.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Este Tribunal Castrense es competente para conocer de la presente acción de revisión, de acuerdo con lo

[11] *Ídem*.
[12] *Ídem*.
[13] Fl.6, C.O.

preceptuado en el artículo 238.2 de la Ley 522 de 1999 por estar dirigida contra una sentencia ejecutoriada dictada por un juzgado penal militar de primera instancia.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, la pretensión manifestada por el demandante se fundamentó en la causal 3ª del artículo 373 de la Ley 522 de 1999, conforme a la cual dicha acción procede "*Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.".*

La acción de revisión como lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia "*[T]iene como objetivo primordial alcanzar la remoción de una decisión con fuerza de cosa juzgada, de la cual se deduzca razonablemente su injusticia por ser evidentemente antagónica la verdad formal de la real, al cimentarse sobre hechos contrarios a la realidad, impropia en un modelo de Estado como el nuestro, el cual cuenta entre sus fines con la materialización de los derechos y garantías fundamentales para obtener la convivencia pacífica, mediante un orden justo.*"[14], por lo que es imperativo que se cumplan los requisitos formales y de contenido para su instauración, los que se encuentran enlistados en el artículo 375 del Código Penal Militar[15], *verbigratia* la determinación de la

[14] Corte Suprema de Justicia. Auto de 31 de octubre de 2014. Proceso No. 39.313. M.P.JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.
[15] Ley 522 de 1999.

actuación procesal frente a la cual se demanda la revisión, el delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión, la causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de Derecho en que se apoya la solicitud y, finalmente, la relación de las pruebas que se aportan como sustento de las circunstancias fácticas que fundamentan la petición.

De igual forma, el inciso final de la disposición en comento determina que el escrito mediante el que se promueve la acción de revisión deberá estar acompañado de la copia o fotocopia de la decisión de primer grado con su respectiva constancia de ejecutoria, proferidas en la actuación respecto de la cual se demanda la revisión.

Respecto a la causal invocada por quien en el evento *sub examine* promueve la acción, el antes citado órgano de cierre de está jurisdicción foral ha precisado lo siguiente:

> *"3.- (…) si el ejercicio de la acción se apoya en el motivo tercero de los previstos por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, esto es, por aparecer hechos o medios probatorios sobre los cuales las partes y el fallador no tuvieron oportunidad de pronunciarse por no haberlos conocido y que, de haberlo hecho,* ***habrían conducido definitivamente a la absolución o a declarar el estado de inimputabilidad del procesado en el hecho por el que en su contra se dictó condena****, compete al demandante no sólo relacionar las nuevas evidencias en las que funda su pretensión,* ***sino demostrar que de haber sido oportunamente conocidas en el curso del juicio oral, por su contundencia demostrativa la***

***decisión no podría ser diversa de la absolución del sentenciado o la declaración de haber actuado en estado de inimputabilidad**.*

*4.- Por ello la Corte ha señalado que **el ejercicio de la acción con fundamento en la causal tercera, exige acreditar el cumplimiento de los siguientes presupuestos:** a) surgimiento de hechos nuevos o de pruebas no conocidas al tiempo de la realización del juicio oral; b) que el acontecer fáctico esté ligado a la conducta punible materia de investigación y juzgamiento; **y, lo más importante c) que las nuevas evidencias sean aptas para establecer en grado de certeza la inocencia del procesado o su inimputabilidad, o de tornar cuando menos discutible la verdad declarada en el fallo, haciendo que no pueda probatoriamente mantenerse**.*

5.- También ha dicho que la situación ex novo debe consistir en un hecho nuevo, o una evidencia nueva, siendo entendido por hecho nuevo todo acaecimiento o suceso fáctico vinculado al delito materia de investigación, del cual no se tuvo conocimiento en el juicio, de manera que no pudo ser controvertido.

Y, por prueba nueva, todo mecanismo probatorio (documental, pericial o testimonial) no incorporado, por ende, no debatido en el curso del juicio oral, que da cuenta de un evento desconocido (se demuestra por ejemplo que fue otro el autor del hecho), o de una variante sustancial de un hecho conocido en las instancias, cuyo aporte ex novo tiene la virtualidad de derruir el juicio positivo de responsabilidad (o de imputabilidad) que se concretó en la decisión de condena."[16]*.* (Subrayas y negrillas de la Sala)

Así las cosas, si lo que pretende el accionante es que está Magistratura remueva la cosa juzgada del fallo objeto de la acción y deje el mismo sin valor para que bien dicte la providencia de reemplazo o disponga se tramite de nuevo el proceso desde el

[16] Corte Suprema de Justicia. Auto de 30 de julio de 2014. Proceso No. 36219. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

momento en que se indique -aspectos que el libelista LDOG, se habrá de decir, no se preocupó por señalar en su escrito-, debió desarrollar con la claridad y la precisión exigidas para la sustentación de esta clase de demanda, los presupuestos de hecho y de Derecho indispensables para apoyar su solicitud, esto en la medida que el escrito mediante el cual se pretende la remoción del fallo no es de libre formulación y ello le impone el cumplimiento de los presupuestos de forma y de contenido anejos a la acción de revisión.

Y en aras de ello le incumbía, en relación con la situación fáctica que se declaró judicialmente probada en la sentencia del 03 de octubre de 2003 mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe condenó a su poderdante y habida cuenta de la causal invocada, que se está ante:

> *"(i) un medio probatorio que no fue acopiado al proceso y cuyo contenido releva un suceso desconocido, capaz de modificar parcial o totalmente la verdad declarada en la sentencia, y por ende, el juicio de responsabilidad, o (ii) un hecho relacionado con la conducta punible investigada, del cual no se tuvo noticia dentro del proceso y en tal virtud, tampoco fue objeto de controversia."*[17]

Ello teniendo como prisma orientador que:

> *"Es importante señalar en punto a esta causal que por el demandante se debe acreditar como mínimo, el carácter ex novo de los hechos o las pruebas con las*

[17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP6519-2014, radicación No.42263, M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

> *cuales fundamenta la interposición del recurso extraordinario, y, no menos importante, la justificación o incidencia de tal cualificación frente al proceso, pues, es la propia norma invocada, la que señala que, con base en ellos, debe lograrse desvirtuar el fundamento de la condena, haciendo evidente la injusticia que con la misma se irrogó al sentenciado. Carga procesal que, de no cumplirse por el actor, da al traste con su pretensión, pues, al no acreditarse los requisitos de novedad y trascendencia,* ***el objeto de la demanda no sería nada distinto que el de proponer un nuevo examen sobre los hechos, pruebas y argumentos que ya fueron definidos por los jueces de instancia mediante la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.****"*[18]*.* (Negrillas ajenas al texto original)

De esta manera resulta deber de ineludible acometimiento para el demandante que invoque el surgimiento de prueba nueva o hecho nuevo como sustento de la acción de revisión, como acontece en el presente evento, no sólo relacionar y allegar al libelo los medios de convicción en que funda su pretensión, sino también demostrar que de haber sido oportunamente conocidos en el curso de los debates ordinarios del proceso, la solución del asunto habría sido la absolución del sentenciado, dada la contundencia demostrativa de tales pruebas, razón por la cual la Sala Penal del órgano de cierre de está jurisdicción foral ha aquilatado que "*Tampoco se trata de que el libelista presente un catálogo de hechos o pruebas nuevas no conocidos durante el proceso, es indispensable que tengan suficiente capacidad para desvirtuar la declaración hecha en el fallo, ya sea porque conducen*

[18] *Ibidem.*

fundadamente a demostrar que se condenó a un inocente o permiten predicar su inimputabilidad."[19].

Así las cosas, cernido el ejercicio dialéctico demostrativo enarbolado por el accionante en el libelo de la demanda por el tamiz que ofrecen los referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales traídos a colación *ut supra*, desde ya habrá de anunciar la Sala que su anhelo revisorio la advendrá adverso y la demanda será inadmitida en la medida que palmar se evidencia que abjuró el deber procesal que le imponía el cumplimiento de los presupuestos que una acción como la impetrada apareja, ello en la medida que no se preocupó por acreditar que la circunstancia que ahora refiere en su escrito, de la cual no establece siquiera si es hecho nuevo[20] o prueba nueva[21], sin hesitación alguna tiene la aptitud de establecer en grado de certeza la inocencia del procesado o su inimputabilidad o de tornar cuando menos discutible la verdad declarada en el fallo condenatorio proferido en contra de su poderdante, esto al punto que no puede

[19] Corte Suprema de Justicia. Auto de 29 de agosto de 2018. Proceso No. 49084. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.
[20] "*La Sala de tiempo atrás viene entendiendo por hecho nuevo el acontecimiento o suceso fáctico conectado con la conducta punible investigada, que por ser desconocido en el trámite procesal se ha quedado sin controvertir ni valorar.", Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto octubre 31 de 2012, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.
[21] "*Y, por prueba nueva, la aparición de un medio de convicción no practicado o incorporado al proceso que comprueba un hecho desconocido o una variante sustancial de uno conocido en las instancias, cuya presencia tenga el poder necesario para transmitir al funcionario judicial la convicción de que condenó a un inocente o declaró imputable a quien no lo era. Es decir, que además de acreditarse su ausencia en el proceso, debe probarse que de haber sido conocido en su momento por el juez lo habría llevado a adoptar una decisión diferente de la condena.", Cfr. ibidem.*

probatoriamente mantenerse la verdad judicial allí declarada.

A la par de ello, refulge que su ejercicio dialéctico no va más allá de erigirse en un soterrado esfuerzo, aunque estéril, por plantear un alegato encaminado a que se rehaga un análisis de la situación fáctica que ya se debatió y falló en las instancias, dejando de lado, se itera, demostrar y poner de presente el carácter *ex novo* de la prueba o del hecho en que se pretende apalancar su pretensión y, lo más importante, que éste o aquella son de tal naturaleza que permiten cuestionar inmediatamente y con eficacia el carácter de cosa juzgada de la sentencia cuya revisión anhela.

Ineluctable conclusión a la que arriba la Sala acudiendo al principio de caridad[22], habrá de acotarse, y una vez analizada la demanda impetrada en la que, si bien el actor medianamente cumplió los requisitos formales que exige la norma procedimental para la instauración de la acción, no hizo lo mismo con el presupuesto de contenido, pues se circunscribió a enunciar como sustento la causal tercera del artejo 373 del códice castrense, subrayando que esta opera cuando "***[s]urjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la***

[22] Acorde con la jurisprudencia de la Sala, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible (CSJ AP, 9 de sept. de 2015, rad. 46235).

inocencia del condenado*…s"* pero soslayando lo preceptuado por del numeral 3° del artículo 375 ejusdem que dispone que el escrito debe contener "*los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud*", esto en la medida que, como se dijere líneas atrás, pretermitió evidenciar con argumentos claros, razonados y con suficiente poder de convicción, que la aceptación por parte del ciudadano LFBM, alias "*barrotico*", del hurto del fusil de dotación del S3MIM (R) MAAZ tiene tal valor demostrativo en relación con el injusto penal por el que éste fuere condenado que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretare en la sentencia proferida en contra del mismo, ello al punto que la Sala realmente hubiere avizorado la aptitud de la demanda para promover la acción de revisión.

Esto torna procedente el evocar que la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia[23] enseña que:

> *"Si bien la demanda no requiere mayores tecnicismos, es imperativo el cumplimiento de unos requisitos mínimos establecidos por el legislador, cuya observancia es estricta para que la Corte pueda darle curso,* ***en cuanto no se trata de un alegato más dentro del proceso ni de un recurso adicional a los ordinarios.***
>
> *(…)*

[23] Auto del 27 de junio de 2007, radicación No. 27.256.

> *"Es imprescindible que quien se proponga quebrar el carácter de cosa juzgada de una providencia,* ***demuestre la existencia real de alguna de las causales señaladas en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal*** (artículo 192 Ley 906 de 2004).
>
> *(…)*
>
> *"Su contenido no puede consistir solamente en una exposición desordenada del acontecer fáctico y procesal o en apreciaciones meramente subjetivas sobre la manera en que se evaluó el material probatorio.* ***El actor debe seleccionar cuidadosamente la causal que pretende aducir en apoyo de su pretensión, presentarla de manera clara y precisa y sustentar con argumentos serios y con suficiente poder suasorio las razones en que fundamenta su solicitud****". (*Subrayas finales de la Sala*).*

Como si lo anterior resultare insuficiente para la adopción de la determinación anunciada de agraz, habrá de añadirse que, tratándose de una acción de naturaleza reglada y eminentemente rogada, no es suficiente que se alegue por el accionante que alguien ha "*confesado*" ser el autor del hurto del fusil de dotación otrora asignado a su procurado, como si un argumento de tal cariz fuera suficiente para entender cumplido el ineludible deber del libelista al que la Sala se ha referido a espacio y suficiencia en los párrafos que anteceden y como si aquella circunstancia *per se* tuviere la potencialidad de determinar la remoción de la *res iudicata* que ampara el fallo combatido o la virtualidad de relevar *ipso facto* de responsabilidad penal al S3MIM (R) MAAZ, pues a éste, habrá de rememorarse, se le investigó y condenó no por aquel

delito lesivo del Patrimonio Económico, sino por el de peculado culposo atentatorio del bien jurídico de la Administracion Pública en su concepción amplia[24], razón por la cual el *Iudex* de primer grado considerare en el fallo cuya cosa juzgada se pretende remover mediante la rescisión de aquel, que el penado "*a sabiendas de las condiciones de inseguridad de la laca y del alojamiento de Suboficiales salió de franquicia y no tomó las precauciones del caso para dejar en un lugar seguro esto es el Armerillo de la Unidad el armamento y munición que le había sido asignado, ocasionando con su falta de cuidado a que este se perdiera (…)*"[25].

Pero es más, aún de aceptarse hipotéticamente que LFBM, alias "*barrotico*", llegare a adjudicarse la autoría del hurto del arma de dotación del S3MIM (R) MAAZ, arma del Estado Colombiana asignada a éste último y perdida en el año 2001, menester resulta evocar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en punto a está clase de manifestaciones ha decantado que:

> "*[…] cuando la prueba nueva aducida la constituye la declaración, o confesión realizada por un postulado en la Jurisdicción de Justicia y Paz, bien ha comprendido la jurisprudencia que tal aceptación de responsabilidad hecha por el desmovilizado no*

[24] La administración pública es un bien jurídico que, de una parte, protege el interés general y los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad, economía y objetividad de la función pública, y de otra, los bienes del Estado ante actos de apropiación o uso indebido, o frente a comportamientos en los cuales el servidor público no obra conforme al deber de cuidado que le es exigible en defensa del patrimonio público. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP740-2015, radicación No. 39417, M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER.
[25] Fl.19, C.O.

viabiliza automáticamente la acción de revisión, ni tiene per se la virtualidad de desquiciar la sentencia demandada proferida con sustento en las pruebas que obraban en el proceso.

En términos de la Sala (Sentencia del 10 de diciembre de 2015, Rad. 42245), "… se torna necesario y oportuno referir, primero, lo que acerca de las versiones de los postulados en Justicia y Paz ha explicado esta Corte para la configuración integral de la causal de revisión invocada, dígase como pruebas nuevas con la potencialidad de mutar la cosa juzgada imperante.

Síntesis del criterio de la Sala sobre este tópico, es que las versiones suministradas por los desmovilizados sometidos al proceso transicional de la Ley 975 de 2005, no ostentan per se un valor dado, una calidad especial, ni están marcadas por una especie de tarifa legal; esto es, que las atestaciones de los individuos sometidos al proceso de Justicia y Paz, no están dotadas de un contenido de verdad absoluto, ni siquiera relativo, pues en todo caso están sometidas a demostración, acorde con lo previsto en el inciso tercero del artículo 17 de ese compendio normativo, modificado por el artículo 14 de la Ley 1592 de 2012.

(…) no se caracteriza la versión de los sometidos al procedimiento consagrado en la Ley 975 de 2005 y sus reformas, como un medio de comprobación, en sí mismo, dotado de mérito especial, prevalente o preferente, que imponga a la par el deber de tener por cierto lo narrado o afirmado por el sometido a la justicia; en cambio, todo aquello que el desmovilizado – postulado informe ante el Fiscal del caso ha de ser objeto de la consecuente y necesaria comprobación, en coherencia con el objeto de la justicia transicional que tiende a '…facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación'.

Por consiguiente, en cuanto a la verdad se refiere, imperativo establecer en el decurso de la investigación que la información dada por un desmovilizado – postulado, sea corroborada a través del acopio de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenidas, que permitan sustentar en su contra cargos mediante formulación de imputación; surtido ese trámite, previa aceptación de cargos y cumplida la identificación de las víctimas y sus afectaciones, proferir la sentencia que impondrá las condignas sanciones, incluida la pena alternativa, acorde con los supuestos fácticos y probatorios como jurídicos pertinentes debidamente constatados.

En ese escenario, ha dicho la Corte, ciertamente la versión en comento debe ser completa, cierta y veraz sin perjuicio de la correlativa obligación del ente persecutor de respaldarla en una investigación previa, concomitante y subsiguiente a la confesión del mismo, porque esta será la "…única manera para asegurar siquiera medianamente que lo relatado por el desmovilizado sea la totalidad de lo que sabe y que corresponde a la verdad.

Esto porque la versión libre no se puede limitar al universo fáctico buenamente escogido y relatado por el justiciable, sino que por el contrario, debe ampliarse al que el fiscal construya con la información recolectada, con la que indagará, inquirirá y cuestionará al desmovilizado de manera que pueda constatar la veracidad y totalidad de su dicho."[26]

Así las cosas, resulta evidente que el mero anuncio probatorio presentado como novedoso aunque sin distingo alguno entre hecho nuevo o prueba nueva, se itera, no cumple con los requisitos establecidos para su viabilidad, ni comporta en momento alguno la

[26] *Ídem.*

presentación de elementos de juicio idóneos para derruir la firmeza de una sentencia ejecutoriada que ya ha hecho tránsito a cosa juzgada y que, por lo mismo, se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

En consecuencia, como el escrito del actor no cumple con las exigencias que la ley ha impuesto para su admisión como demanda de revisión, conforme a lo que prevé el *codex* castrense, se inadmitirá la demanda y así se declarará en la *resolutio* del presente proveído.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Superior Militar y Policial,

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda presentada por el abogado LDOG, apoderado del S3MIM (R) MAAZ, en contra de la sentencia adiada 03 de octubre de 2003 mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe condenare a éste último a la pena principal de seis (06) meses de arresto y multa de diez (10) SMLMV por el punible de peculado culposo, demanda impetrada con el fin de iniciar acción de revisión contra dicha sentencia, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* del presente proveído.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad penal aplicable al rito procesal penal militar[27] y surtido el trámite que legal, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de la Corporación, remítase por intermedio de esta dependencia copia de la actuación al Juzgado de Instancia de la Fuerza Naval del Caribe y asimismo déjese en la Sala copia de la actuación.

CÓPIESE, RADÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

---

[27] Ley 522 de 1999, artículo 341, "*FORMAS DE NOTIFICACIÓN. Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.*

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado.".

Ley 600 de 2000, articulo 187, "*Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."

Capitán de Navío **(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA**

Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**

Magistrado

Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**

Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala	***: Segunda de Decisión***
Magistrado ponente	***: TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ***
Radicación	***: 159137***
Procedencia	***: Juzgado ante Comando Aéreo 121***
Procesado	***: SLR. JFOC***
Delito	***: Deserción***
Motivo de alzada	***: Apelación sentencia condenatoria***
Decisión	***: Confirma***

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS.

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a pronunciarse sobre el recurso de alzada presentado por la Doctora **LMOR,** contra la sentencia proferida por el Juzgado ante Comando Aéreo 121 de la Fuerza Aérea Colombiana el pasado quince (15) de mayo de dos mil diecinueve (2019), por medio de la cual condenó al SLR. **JFOC** como autor del delito de deserción.

II.HECHOS.

Denunció el **TC. JENB,** Comandante del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases No. 85 del Comando Aéreo de Trasporte Militar –CATAM- ubicado en la ciudad de Bogotá, que el SLR. **JFOC,** integrante del quinto contingente de 2018 y orgánico de la referenciada unidad militar, el día 18 de marzo de 2019 abandonó sin autorización las instalaciones del grupo de seguridad aproximadamente a las 12:30 horas, sin que dentro de los cinco (05) días siguientes a esa fecha hubiera retornado a continuar con la prestación del servicio militar pese a las continuas llamadas telefónicas que se le hicieron.

III.ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1- Por los referidos hechos, el 10 de abril de 2019, el Juzgado 125 de Instrucción Penal Militar inició investigación penal en contra del SLR. **JFOC** por el punible de deserción[1]. Posteriormente, el 15 de abril de 2019 fue escuchado en diligencia de indagatoria, actuación dentro de la cual aceptó los cargos que por el delito de deserción le formuló el despacho de instrucción[2]. Seguidamente, en la misma

[1] *Cuaderno original 1, folios 42-44*
[2] *Cuaderno original 1, folios 87-90.*

fecha se suscribió acta de aceptación de cargos ante el Juzgado 125 de Instrucción Penal Militar[3].

3.2- El sumario fue remitido al Juzgado ante Comando Aéreo 121 el 7 de mayo de 2019[4], despacho que profirió sentencia condenatoria contra el uniformado el 15 de mayo del mismo año concediéndole una rebaja equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la pena por aceptación de cargos durante la diligencia de indagatoria[5], en desarrollo de lo establecido por el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015. Inconforme con la decisión, la defensa interpuso recurso de apelación que la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial procederá a resolver.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA.

El juzgado de instancia concluyó que el comportamiento del SLR. **JFOC** se adecuó al tipo penal de deserción descrito en el numeral 1° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, puesto que el procesado, encontrándose debidamente incorporado al servicio militar en el Grupo de Seguridad y Defensa de Bases No. 85 de CATAM, decidió en forma voluntaria abandonar las instalaciones de la unidad militar el día el 18 de marzo de 2019, permaneciendo ausente

[3] Cuaderno original 1, folios 91-94.
[4] Cuaderno original 1, folio 148.
[5] Cuaderno original 1, folios 150-162.

por más de cinco días consecutivos, regresando a la unidad hasta el 13 de abril de 2019.

Agregó que, el soldado tenía plena conciencia de su actuar dado que recibió instrucción sobre los delitos del código penal militar, no registró problemas de índole familiar o personal, además aceptó cargos por el delito de deserción durante la indagatoria afirmando que se ausentó de las filas para estar en compañía de su novia, hecho que igualmente se corroboró con los testimonios de la madre del soldado y de su compañera sentimental, por lo que su actuar era doloso.

Respecto a la antijuridicidad, sostuvo que por tratarse de un delito de mera conducta la afectación al bien jurídico tutelado se dio por causa de la ausencia injustificada del soldado que afectó el Servicio, por lo que la unidad militar tuvo que nombrar servicios adicionales en cabeza de otros soldados para suplir la ausencia del institucional y con ello tratar de cumplir con normalidad la prestación de seguridad a las instalaciones militares.

El fallo puntualizó que el SLR. **JFOC** para la época de los hechos gozaba de plenas facultades mentales que le permitieron comprender la ilicitud de sus actos, al punto de aceptar cargos por el delito de

deserción durante la diligencia de indagatoria en forma consciente y voluntaria.

De la misma manera, concluyó que no se identificaron causales de ausencia de responsabilidad penal en favor del procesado, dado que el abandono de las filas y su posterior retardo obedeció a una circunstancia ajena a sus obligaciones, por lo que se le exigía un comportamiento distinto ajustado a derecho, como lo era solicitar el permiso respectivo o dar cuenta a sus superiores de alguna situación apremiante que le impidiera cumplir con sus deberes oficiales, circunstancias que no acontecieron en el transcurso de la actuación, de lo cual se desprende que el acusado optó por mantenerse ausente de las filas sin una justificación válida, por lo tanto es merecedor del respectivo juicio de reproche y la pena correspondiente.

En lo que tiene que ver con la punibilidad, el juzgado de la primera instancia partió del cuarto mínimo para hacer la tasación de la pena, en tanto el acusado registró únicamente circunstancias de atenuación punitiva como corresponde a la buena conducta anterior y la ausencia de antecedentes penales, para lo cual fijó la pena en 8 meses de prisión, no obstante dispuso un incremento punitivo en 3 meses más atendiendo las reglas del inciso 3° del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, para el caso

se refirió a la gravedad de la conducta del enjuiciado reflejada en la disponibilidad para el servicio como un deber constitucional y a la vez una de las máximas de las instituciones castrenses, también aludió al daño potencial creado para el bien jurídico tutelado que se consolidó con la ausencia injustificada del acusado, circunstancia que conllevó la disminución del pie de fuerza de la unidad militar y por ende el incremento en el servicio para los demás soldados que prestaban seguridad de las instalaciones militares.

De la misma manera, justificó el incremento punitivo a partir de la intensidad del dolo que se demostró con la ausencia injustificada de las filas militares por 26 días, así como la reiteración de este tipo de conductas por parte del procesado.

Finalmente, el fallador primario tasó la pena en 11 meses de prisión. Sin embargo, dado que el acusado aceptó cargos durante la diligencia de indagatoria procedió a aplicar la rebaja punitiva de hasta del cincuenta por ciento (50%) según lo dispone el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, fijando la pena a imponer en 5 meses y 15 días prisión, negándole al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal, según lo establece el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

La Doctora **LMOR**, en su condición de defensora pública del procesado, presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proferida contra el SLR. **JFOC** como autor del delito de deserción, para lo cual solicitó la reducción de la pena impuesta al enjuiciado y subsidiariamente requirió decretar la nulidad de la sentencia para efectos de acumulación con el proceso penal No. 267, sumario donde igualmente se profirió condena contra el procesado por el delito de deserción.

En cuanto a la solicitud de reducción de la pena impuesta al condenado, la defensa planteó que el fallador de primera instancia si bien en forma acertada partió del cuarto mínimo de pena a imponer, cometió un error inaceptable al justificar el incremento punitivo afirmando que la conducta del soldado afectó el bien jurídico del servicio, en tanto el pie de fuerza de la unidad se vio disminuido y los demás soldados tuvieron que asumir más turnos de centinela, así mismo, por la intensidad del dolo en la medida que el soldado se ausentó de las filas por un periodo de 26 días.

En tal sentido, refirió que el dolo y la afectación del bien jurídico tutelado corresponden a aspectos

inescindibles que debe abordar la sentencia como parte del análisis de responsabilidad penal contra el procesado, de esa manera estimó inaceptable que esos mismos elementos fueran utilizados nuevamente por el juez de instancia para aumentar la pena correspondiente.

Censuró el hecho que, aunque en el acta de aceptación de cargos no se contemplaran agravantes genéricos ni específicos que le permitieran al sentenciador agravar la pena al condenado, el fallo refiriera que el encausado era reincidente para agravar su situación punitiva. Luego, indicó que dicha situación determinaba una incongruencia entre la acusación y la sentencia porque el fallo no respetó lo pactado en el acta de aceptación de cargos.

Del mismo modo, planteó que la reincidencia a la que se refirió la sentencia tiene que ver con la condena contra el procesado que se dictó dentro del sumario No.267 por el delito de deserción, acontecer que resulta ajeno al presente caso en la medida que la sentencia dentro del referenciado proceso no se encontraba en firme, por lo tanto, no puede constituirse en antecedente penal según los términos del artículo 249 de la Constitución Política. En esas condiciones, solicitó la reducción de la pena impuesta al procesado, la cual debía fijarse en ocho meses de

prisión, exigiendo tener en cuenta la rebaja punitiva del cincuenta por ciento (50%) por aceptación de cargos en los términos del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015.

Finalmente, como petición subsidiaria solicitó decretar la nulidad de la sentencia con el fin que el juez de instancia acumule la presente actuación con el proceso penal No. 267, causa dentro de la cual se hizo la respectiva solicitud en aras a que se profiera una única sentencia que sea más benigna a los intereses del SLR. **JFOC.**

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador 05 Judicial II Penal conceptúo que la sentencia apelada debe ser confirmada, en tanto la motivación del juez de la primera instancia respecto a la dosificación punitiva fue acertada. En tal sentido, refirió que el sentenciador partió del cuarto mínimo de pena dado que el enjuiciado no reportó antecedentes penales ni circunstancias de agravación punitiva.

Además, resaltó que, si bien el procesado aceptó los cargos por el delito de deserción, este acontecer no relevó al fallador de primera instancia de dar aplicación al artículo 61 del código penal para

efectos de graduar la pena a partir de elementos tales como la intensidad del dolo, la gravedad de la conducta y la necesidad de la pena.

En ese sentido, compartió la argumentación del fallo en cuanto al incremento punitivo de tres meses sobre el mínimo de la pena a imponer el cual consideró razonado y proporcional. Circunstancia que se sustentó a partir del artículo 61 del código penal donde se hizo mención a aspectos relevantes para efectos de la intensidad del dolo, como lo fue el hecho que el acusado permaneció ausente de las filas militares sin justificación por un término de 26 días, así como el daño potencial creado para el bien jurídico del Servicio, el cual se vio disminuido por causa de la ausencia injustificada del SLR. **JFOC.**

Finalmente, sostuvo que las alegaciones de la defensa en cuanto a su inconformidad con la tasación de la pena que conllevan a la nulidad de la sentencia no tienen vocación de éxito, por el contrario, consideró que el fallo respetó los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena, así como los fines de la misma.

VII.DE LA COMPETENCIA

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[6], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por la defensora del SLR. **JFOC**, contra la sentencia del 15 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado ante Comando Aéreo 121 que condenó al uniformado como autor del delito deserción.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Sea lo primero recordar que, frente a la apelación, ésta se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los inherentes a ésta que se puedan visualizar en la investigación objeto de estudio.

---

[6] *Corte Suprema de Justicia, Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. Luis Guillermo Salazar Otero.*

Por esa razón, la Sala se ocupará de los argumentos de apelación presentados por la defensora del acusado, quien, en desacuerdo con la sentencia condenatoria, sostuvo que debe reducirse en tres (3) meses la pena de prisión impuesta al procesado o en su defecto debe decretarse la nulidad de la sentencia para que se rehaga el juicio, en el cual deberá acumularse la presente causa penal con el sumario No. 267 donde igualmente el uniformado fue condenado por el delito de deserción.

En esas condiciones, el problema jurídico planteado por la censora se circunscribe a establecer si el juez de la primera instancia al momento de individualizar la pena imponible al procesado debió aplicar el límite mínimo por la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad. Seguidamente, la Sala analizará la petición de nulidad de la sentencia a efectos de determinar si el argumento planteado por la recurrente tiene la entidad suficiente para viciar la actuación, en aras de garantizar el derecho del acusado a que se acumule la presente actuación con otro proceso penal que igualmente se sigue en su contra por el delito de deserción.

8.1- Para resolver el problema jurídico planteado ha de tenerse en cuenta que el parágrafo del artículo

61 de la Ley 1407 de 2010[7], -norma sustantiva aplicable en el presente evento-, establece que el sistema de cuartos para efectos de individualización de la pena no se aplica en aquellos casos en los cuales medien preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía penal militar y la defensa del acusado, prohibición que se corresponde igualmente con el artículo 3° de la Ley 890 de 2004[8].

Situación que obedece a la naturaleza y características de los mecanismos de justicia premial diseñados en el marco jurídico del esquema procesal penal con tendencia acusatoria de la Ley 1407 de 2010. Ley procesal que consagra dos formas de terminación anticipada del proceso, que conservan sus propias características: el allanamiento a los cargos o aceptación unilateral de los mismos y los preacuerdos y negociaciones.

No obstante, constituye un hecho cierto que el esquema procesal de corte acusatorio no ha logrado implementarse al interior de esta

---

[7]Ley 1407 de 2010- Artículo 61- PARÁGRAFO. El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre el Fiscal Penal Militar y la Defensa.

[8] Ley 890 de 2004- ARTÍCULO 3o. El artículo 61 del Código Penal tendrá un inciso final así:

El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.

jurisdicción especializada, puesto que si bien la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia desde el pasado 17 de agosto del citado año, su efectiva aplicación se encuentra condicionada a un proceso de implementación, razón por la cual los procesos adelantados ante la jurisdicción penal castrense, como en el presente evento, siguen siendo tramitados bajo el esquema procesal contemplado en la Ley 522 de 1999[9].

Situación que impide dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, puesto que el proceso se ha tramitado bajo un esquema procesal distinto, siendo evidente entonces que lo plasmado en el acta de aceptación de cargos del 15 de abril de 2019, que suscribió el SLR. **JFOC** con la asistencia de su defensora ante el Juzgado 125 de Instrucción Penal Militar[10], no constituye un preacuerdo o negociación en el marco de un sistema procesal penal acusatorio, sino la aceptación de cargos libre y voluntaria dentro de un proceso penal de naturaleza mixta.

---

[9] Situación frente a la cual la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia se ha pronunciado en diferentes oportunidades, entre ellas las providencias con radicado No. 41600, 42960 y , donde estableció "Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace a sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contenidos en la ley 522 de 1999.(…)".

[10] Cuaderno original No. 1, folios 91-94.

Bajo ese contexto, este Colegiado ha sostenido en reiteradas oportunidades que la aplicación del instituto de aceptación de cargos regulado en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, no se encuentra sujeto a la implementación del esquema procesal de tendencia acusatoria en la jurisdicción foral, en tanto involucra conceptos propios del esquema procesal regulado por la Ley 522 de 1999, verbigracia la aplicación para determinados delitos y su desarrollo dentro de la diligencia de indagatoria, sin que determine como condición para su ejercicio el cumplimiento de etapas jurídicas o fácticas diversas a las señaladas por la norma adjetiva aplicable actualmente (Ley 522 de 1999)[11].

Así las cosas, el mecanismo de aceptación de cargos regulado en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 a diferencia de los preacuerdos y negociaciones de que trata la Ley 1407 de 2010, constituye una aceptación unilateral del procesado respecto de los cargos formulados por el juez de instrucción penal militar durante la diligencia de indagatoria, de lo cual se desprende que no hay espacios de negociación, ni se autoriza al juez de instrucción para hacer solicitudes sobre punibilidad, en tanto la rebaja punitiva de hasta el cincuenta por ciento otorgable al sindicado se encuentra sujeta a un parámetro

[11] *Ver pronunciamientos del Tribunal Superior Militar radicados 158456, 158110, 158382, 158387, 158393, 158455, 158381, 158372, 158410, 158438 y 158382.*

amplio que debe fijar el juez de instancia. Funcionario que de avalar la aceptación de los cargos realizada por el indagado por considerarla libre, espontánea y voluntaria, debe proceder a dosificar la pena conforme a las reglas del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010 y sobre esa base debe aplicar la rebaja punitiva posdelictual señalada en la Ley 1765 de 2015[12].

Entendido lo anterior, resulta claro que la aplicación del sistema de cuartos es perfectamente viable frente al instituto de aceptación de cargos establecido en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, en donde no existe acuerdo frente a las consecuencias punitivas de la conducta punible cuya responsabilidad se admite de manera unilateral, libre, voluntaria y espontánea. De esa manera, cobra sentido que sea el juez de primera instancia a quien corresponde, en desarrollo del sistema de cuartos, individualizar la pena por tratarse de un descuento ponderado, lo que implica que el fallador al otorgar la disminución punitiva, si bien no puede superar la mitad de la pena imponible, puede aplicarla en una menor proporción.

No obstante, aunque el fallador de primera instancia como la recurrente incurrieron en una imprecisión al señalar que el acta de aceptación de cargos que

---

[12] Tribunal Superior Militar, Segunda Sala de Decisión, Radicado No. 158382 del 24 de enero de 2017, MP. TC. Wilson Figueroa Gómez.

suscribió el SLR. **JFOC** correspondió a un preacuerdo, ninguna consecuencia adversa implicó para los intereses del enjuiciado la tasación y fijación de la pena impuesta por el Juzgado 121 ante Comando Aéreo de la Fuerza Aérea Colombiana que implique la modificación de la sentencia, tal y como lo reclama la recurrente.

La sentencia de primer grado evidencia que el juez de primera instancia aplicó el sistema de cuartos para fijar la pena impuesta al acusado, para lo cual partió de la pena mínima sin superar el primer cuarto (8 a 12 meses de prisión), en tanto no se registraron agravantes genéricos ni específicos de mayor punibilidad, por el contrario, se advirtieron circunstancias atenuantes como lo era la buena conducta anterior y la carencia de antecedentes penales del procesado[13].

Sin embargo, el reparo de la defensa para demandar la modificación de la pena impuesta al SLR. **JFOC** se sustenta en que el sentenciador, aunque se movió dentro del primer cuarto punitivo, no impuso el límite mínimo establecido por el tipo penal correspondiente a ocho (8) meses, sino que individualizó la pena en once (11) meses de prisión. Aspecto que la impugnante reclama como improcedente, por cuanto el *A quo* no justificó adecuadamente dicha

[13] *Cuaderno original No.1, folio 158.*

decisión conforme lo demanda el inciso 3° del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010.

Frente al particular, la sentencia de primer grado destacó que los tres (03) meses de prisión que se adicionaron a la pena mínima de ocho (8) meses que establece el artículo 109 del Código Penal Militar, tiene justificación en:

> "…*los criterios fijados para la imposición de la pena en el artículo 61 inciso tercero de la referida ley resulta pertinente indicar que la mayor gravedad de la conducta reflejada en la disponibilidad para el servicio como función de vital importancia dentro del estamento castrense y como deber constitucional de todo ciudadano donde la función que le había sido encomendada al procesado era un deber constitucional de seguridad y vigilancia no solo para la unidad militar y sus bienes, sino para el conglomerado que habita en la región. El daño potencial creado y la forma como se puso en peligro el bien jurídico tutelado, considerando que con la ausencia el pie de fuerza de la unidad se vio menguado y con ello se incrementó el servicio para los demás soldados al asumir los deberes de seguridad y vigilancia que le correspondían al procesado.*
>
> *Esto sumado a la intensidad del dolo demostrada en la ausencia por veintiséis días; como también, la reiteración de la conducta merecen especial reproche a nivel punitivo. Este contexto, en criterio del despacho, hace que se imponga un aumento punitivo de tres (3) meses sobre la pena mínima y respetando los*

parámetros del primer cuarto punitivo. Así las cosas, este despacho impondrá una pena de once (11) meses de prisión"[14].

En estas condiciones, debe recordarse que el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal Militar de 2010, señala que establecidos el cuarto o los cuartos dentro del cual debe determinarse la pena, el sentenciador deberá ponderar aspectos como la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

De manera que, el fallador puede en función de principios de razonabilidad y proporcionalidad, moverse dentro del respectivo cuarto punitivo de movilidad desde el límite mínimo del segmento escogido hasta su máximo, en desarrollo de los criterios legales de movilidad. Sin embargo, para superar el mínimo de la sanción establecida legalmente debe soportar jurídica y probatoriamente las razones por las cuales se configura el criterio de movilidad que se aduce, sin que pueda recurrir a consideraciones que simplemente repitan factores que configuran el respectivo tipo penal[15].

---

[14] Cuaderno original No. 1, folio 160.
[15] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. 38.290 del 29 de abril de 2014, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

Luego, pese a la exigua justificación que presentó el juzgado de primera instancia recurriendo a elementos establecidos dentro del tipo penal para adicionar tres (3) meses a la pena mínima que registra el primer cuarto de movilidad, estableció acertadamente que se movió dentro del límite mínimo punitivo dada la intensidad del dolo evidenciado en el propósito del SLR. **JFOC** de no regresar a su unidad, aspecto que contrario a lo señalado por la apelante tiene suficiente soporte probatorio, dado que, como lo indicó la madre del procesado y la novia de éste, el bajo banderas sin autorización abandonó el servicio militar para estar al lado de ésta última, permaneciendo fuera de las filas por 26 días pese a las continuas llamadas telefónicas que sus superiores le hicieron, como acertadamente lo estableció el representante del Ministerio Público en su concepto de rigor.

Circunstancia que permitió al sentenciador, al momento de individualizar la pena, evidenciar una mayor afectación al bien jurídico del servicio que se concretó tanto en la falaz excusa que presentó el condenado para abandonar los deberes constitucionales y legalmente asumidos, así como, el lapso prolongado que permaneció en esta situación y la poca importancia que prestó al llamado de sus superiores para retornar a la unidad militar. Aspectos que

evidencian la premeditación del delito, su adecuada preparación, así como, el desprecio que registraba el uniformado por el servicio militar que prestaba.

Razones que presentó el *A quo* y que permiten a esta Colegiatura concluir como válido el incremento efectuado al mínimo punitivo establecido para el delito de deserción. Criterio legal de movilidad que solo fue valorado por el juez de instancia al momento de dosificar la sanción y que no tuvo incidencia en la rebaja del cincuenta por ciento de la pena imponible por aceptación de cargos. Incremento que resulta ponderado, razonable y proporcional, lo que conduce al Colegiado a que se desestimen los argumentos presentados por la recurrente y se confirme la pena impuesta al SLR. **JFOC.**

8.2- Por otro lado, deberá precisarse que el principio de congruencia constituye una de las máximas del debido proceso aplicable tanto a los asuntos penales tramitados por las ley penal ordinaria como militar[16], el cual se entiende como la correspondencia que se predica entre los fundamentos fácticos y jurídicos contenidos en la acusación que

---

[16] "La congruencia es un principio estructural del procedimiento penal, ya sea que el procedimiento tenga una estructura inquisitiva o que, por el contrario, se haya edificado sobre las bases de un sistema acusatorio.

En el estatuto procedimental que en materia penal se estableció con la ley 600 de 2000 –normatividad procedimental aplicable a los hechos objeto de la causa penal-, la congruencia fue un principio axial a la estructura y dinámica procesal que regía la materia. El contenido del principio de congruencia en esta específica etapa viene determinado por el artículo 338 el que en su inciso primero y tercero" Corte Constitucional, Sentencia T-1067-12, MP. Alexei Julio Estrada.

deben ser abordados en la sentencia, sin que pueda el juzgador en ejercicio de su función desbordar el límite jurídico y fáctico planteado por la fiscalía en la pieza acusatoria, de lo contrario el fallo judicial sería violatorio del debido proceso dado que no habría relación entre los hechos y las normas jurídicas aplicables a determinado asunto[17].

Así mismo, para efectos de la congruencia la Corte Suprema de Justicia ha precisado que al realizarse una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico donde se involucra el artículo 250 de la Constitución Política y las normas procesales de la Ley 906 de 2004 y 600 de 2000 que regulan la materia, debe constatarse *"**la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos) entre la acusación y la sentencia**"*[18], de lo cual se desprende que la congruencia puede ser desconocida por el juez que falla el caso tanto por acción como por omisión, para lo cual se han planteado las siguientes modalidades:

> *"1. Por acción:*
>
> *a) Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.*

---

[17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 25913 del 15 mayo de 2008, MP. Javier Zapata Ortiz.
[18] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 47680 del 11 de abril de 2018, MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

b) Cuando se condena por un delito que nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, según el caso.

c) Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibillidad.

2. Por omisión:

a) Cuando en el fallo se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se hubiese reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso"[19] *Subrayado fuera de texto.*

Bajo ese entendido, de cara al caso concreto y en especial a la pretensión de la recurrente para que se decrete la nulidad de la sentencia, es evidente que el principio de congruencia puede ser transgredido por el juez de instancia en los supuestos en que, sin haberse contemplado en la acusación, se incluye en la sentencia una circunstancia genérica o especifica de mayor punibilidad.

Dicho lo anterior, conviene reiterar que el fallador de la primera instancia cuando se ocupó de la punibilidad inicialmente refirió que no se

[19] *Ibidem.*

argumentaron circunstancias genéricas ni específicas de mayor punibilidad en el acta de aceptación de cargos, por lo que para efectos de tasación de la pena el ámbito de movilidad sería el cuarto mínimo para el delito de deserción (8 a 12 meses de prisión)[20].

No obstante, cuando el sentenciador justificó el aumento de la pena en tres (3) meses de prisión sobre el límite mínimo establecido para el delito de deserción con base en los presupuestos del inciso tercero del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, mencionó escuetamente que el enjuiciado era reincidente en este tipo de conductas, circunstancia que en efecto no se planteó en el acta de aceptación de cargos y de la que tampoco se ahondó en el fallo cuestionado, de lo cual podría inferirse que la sentencia no respetó el principio de congruencia.

Sin embargo, el juez de conocimiento al individualizar la pena no acudió a la reincidencia del enjuiciado en este tipo de conductas punibles como fundamento para sobrepasar el primer cuarto de movilidad del tipo penal de deserción (8 a 12 meses de prisión), ámbito de movilidad que según el inciso 2° del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010[21] es

---

[20] *Cuaderno original No. 1, folio 159.*
[21] *Ley 1407 de 2010- ARTÍCULO 61-. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.*

aplicable cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, como en efecto aconteció en el presente asunto.

En esas condiciones, trasgresión alguna se produjo al principio de congruencia al individualizar la pena, debido a que la sanción impuesta se encuentra dentro del primer cuarto de movilidad, puesto que si el fallador de instancia hubiera aplicado una circunstancia de mayor punibilidad hubiera podido sobrepasar el ámbito inicial de movilidad punitiva, cosa que no ocurrió en el presente evento. Ahora bien, lo que ocurrió fue que en desarrollo de lo establecido por el parágrafo tercero del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, al momento de individualizar la pena el juez de instancia consideró que dada la gravedad de la conducta el daño potencial creado para la unidad militar, así como la intensidad del dolo debía fijar la pena en once (11) meses de prisión, situación que de ninguna manera vulnera el debido proceso como lo pretende hacer ver la recurrente, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado en este preciso aspecto.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

8.3- Finalmente, la defensa del enjuiciado planteó la nulidad del fallo de primer grado por violación del debido proceso, en la medida que el juez de la primera instancia no acumuló la presente causa penal con el sumario No. 267 donde igualmente juzgó al SLR. **JFOC** por el delito de deserción.

Respecto a la acumulación de causas penales, la Ley 522 de 1999[22] establece que es procedente cuando contra un mismo sujeto se estuvieren tramitando dos o más procesos, aunque en éstos figuren otros procesados. En cuanto a la oportunidad, la acumulación es procedente desde la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la iniciación de la respectiva audiencia de juzgamiento en los procesos

---

[22] *Ley 522 de 1999. ARTÍCULO 285. PROCEDENCIA. La acumulación procede en los procesos penales militares, cuando contra un sujeto se estuvieren siguiendo dos o más procesos, aunque en éstos figuren otros procesados.*

ARTÍCULO 286. OPORTUNIDAD Y COMPETENCIA. En los procesos que se sigan por el procedimiento de cortes marciales es procedente la acumulación, desde la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la iniciación de la audiencia y será competente la Corte Marcial en que se haya proferido primero resolución de acusación.
En el procedimiento especial, desde el auto de iniciación del juicio hasta el auto de traslado a las partes para concepto y alegato y será competente el Juez que primero haya dictado el auto de iniciación del juicio.
Si uno de los delitos materia de acumulación está sometido al procedimiento de las Cortes Marciales y otro u otros no, se seguirá el trámite correspondiente a aquéllos.

ARTÍCULO 287. PETICIÓN DE INFORMES. Si el juez que conoce de un proceso tiene noticias de que en otro despacho cursa otro proceso de aquellos que deben acumularse, pedirá informe al despacho respectivo y éste deberá contestar dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que recibió la petición. Dicho informe contendrá todos los datos necesarios para establecer la pertinencia de la acumulación.

ARTÍCULO 288. DECISIÓN SOBRE ACUMULACIÓN. Recibido el informe o la propuesta de la acumulación, el juez resolverá de plano sobre su procedencia o improcedencia. Contra dicha decisión no procede recurso alguno. Actuará como Fiscal el del proceso en que se haya proferido primero resolución de acusación.

ARTÍCULO 289. SUSPENSIÓN DE PROCESOS. Decretada la acumulación, se suspenderá el proceso o procesos que se hallaren más adelantados, hasta lograr la uniformidad en el estado procesal que permita continuarlo simultáneamente.

que sigan el procedimiento de cortes marciales, en el procedimiento especial desde el auto de iniciación del juicio hasta el auto de traslado a las partes para concepto y alegatos.

Respecto a la competencia, esta radicará en el juez que primero haya dictado el auto de iniciación del juicio, así mismo en los eventos en que se pretendan acumular procesos por delitos que deban juzgarse por el procedimiento especial (Ley 1058 de 2006) y también por el procedimiento ordinario o de corte marcial (Ley 522 de 1999), se aplicará este último para efectos de juzgamiento[23].

Dicho lo anterior, surge para la Sala el siguiente interrogante: ¿Es procedente la acumulación de causas penales frente a eventos en que el procesado acepta cargos en distintos procesos durante la diligencia de indagatoria y, en consecuencia, se da el trámite de juzgamiento previsto en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015[24]?

---

[23] Ley 522 de 1999.ARTÍCULO 286. OPORTUNIDAD Y COMPETENCIA. En los procesos que se sigan por el procedimiento de cortes marciales es procedente la acumulación, desde la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la iniciación de la audiencia y será competente la Corte Marcial en que se haya proferido primero resolución de acusación.
En el procedimiento especial, desde el auto de iniciación del juicio hasta el auto de traslado a las partes para concepto y alegato y será competente el Juez que primero haya dictado el auto de iniciación del juicio.
Si uno de los delitos materia de acumulación está sometido al procedimiento de las Cortes Marciales y otro u otros no, se seguirá el trámite correspondiente a aquéllos

[24] ARTÍCULO 97. ACEPTACIÓN DE CARGOS. Cuando durante la investigación el procesado sea escuchado en indagatoria, y dentro de esta diligencia aceptare los cargos que le impute el juez de instrucción, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible. Para tal efecto, el juez de instrucción procederá a levantar acta que suscribirá con el sindicado y su defensor, en la que consten los cargos aceptados por el procesado, la cual equivaldrá a la resolución de acusación y, remitirá de forma inmediata todo lo actuado al juez de conocimiento quien verificará si se imputaron adecuadamente los cargos, si su aceptación fue libre,

Frente al anterior cuestionamiento, la Sala considera que una interpretación sistemática del marco normativo sustantivo y procesal que actualmente se aplica a los casos de competencia de esta jurisdicción foral que involucra el contenido de las Leyes 522 de 1999, 1058 de 2006, 1407 de 2010 y 1765 de 2015 hace viable la acumulación de procesos penales que se juzguen conforme a los preceptos del artículo 97 de la Ley 1565 de 2015, dado que tal procedimiento fue diseñado por cuestiones de celeridad y economía procesal frente al trámite de actuaciones penales, simplificando etapas procesales frente a delitos a los cuales se les aplica el procedimiento especial de la Ley 1058 de 2006, es decir, que el procedimiento que se aplica con base en los lineamientos del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 guarda relación con los fines de la Ley 1058 de 2006, por tanto figuras como la acumulación jurídica se torna procedente frente a casos puntuales.

Así mismo, conviene precisar que al darse aplicación a los preceptos del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 frente a la aceptación de cargos del imputado, el acta de aceptación de cargos se torna equivalente

---

voluntaria, espontánea y procederá a aceptarla, sin que a partir de allí sea posible retractación alguna; seguidamente dictará sentencia.

En este evento no será necesario resolver la situación jurídica. PARÁGRAFO. Este procedimiento será aplicable únicamente para las conductas punibles establecidas en la Ley 1058 de 2006.

a la resolución de acusación por disposición de la misma ley, siendo viable que al momento de su suscripción la parte interesada pueda presentar la solicitud de acumulación, correspondiéndole al juez de conocimiento resolver si acumula el sumario con otras actuaciones para efectos de dictar sentencia, eso sí, luego de verificar que la aceptación de los cargos como el acta correspondiente cumpla los requisitos formales y sustanciales establecidos la referida disposición.

Es importante precisar a la togada que la decisión sobre acumulación de procesos penales radica únicamente en el juez de la primera instancia sin que la determinación que adopte al respecto pueda ser debatida ante esta instancia por vía ordinaria, dado que la providencia judicial donde se resuelve su procedencia o improcedencia no admite recurso alguno según lo dispone el artículo 288 de la Ley 522 de 1999[25].

Puntualizado anterior, conviene igualmente referir que revisada la presente actuación se observa que ni el procesado ni su defensora solicitaron la acumulación jurídica antes del proferimiento del

[25] *Ley 522 de 1999. ARTÍCULO 288. DECISIÓN SOBRE ACUMULACIÓN. Recibido el informe o la propuesta de la acumulación, el juez resolverá de plano sobre su procedencia o improcedencia. Contra dicha decisión no procede recurso alguno. Actuará como Fiscal el del proceso en que se haya proferido primero resolución de acusación.*

fallo de primer grado, tampoco se constató que el juzgado de la primera instancia en forma oficiosa se hubiese pronunciado respecto al tema, situación que de manera alguna vicia de nulidad la sentencia por violación del debido proceso, por cuanto, se itera, la defensa no solicitó oportunamente la acumulación de procesos penales, pretendiendo en virtud del recurso de apelación revivir la oportunidad para hacerlo, lo que riñe con el principio de la preclusión de los actos procesales.

Sin embargo, la ley penal castrense ofrece como alternativa la acumulación de penas prevista en el artículo 31 de la Ley 522 de 1999[26], procedimiento en el cual se aplican las reglas del concurso de conductas punibles, lo cual constituye una posible solución frente al inconformismo de la recurrente, decisión que le corresponde adoptar al juez de la primera instancia en su función de ejecutor penas.

En mérito a lo anterior, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

---

[26] Ley 522 de 1999. ARTÍCULO 31. PUNIBILIDAD EN EL CONCURSO. Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de hechos punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad.

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR EN FORMA DESFAVORABLE el recurso de apelación presentado por la defensa del SLR. **JFOC,** contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado 121 ante Comando Aéreo de la Fuerza Aérea Colombiana, en procura de que se modificara la pena de prisión impuesta al procesado, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de nulidad de la sentencia proferida por el Juzgado 121 ante Comando Aéreo de la Fuerza Aérea Colombiana en contra del SLR. **JFOC,** el pasado 15 de mayo de 2019, conforme lo establecido anteriormente.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de Casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

CUARTO: REMITIR el proceso al despacho de origen, por intermedio de la Secretaria de esta Corporación, una vez en firme la presente decisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitán de Navío **(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 159170.
Procedencia: Juzgado Once de Brigada
Procesado: SLR. BHRC
Delito: Deserción
Motivo: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Revoca condena y absuelve

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020). -

I. ASUNTO POR RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el abogado MTS –Defensor de oficio- contra la sentencia de calenda 14 de junio de 2019[1], por medio de la cual el Juzgado Once Penal Militar de Instancia condenó al SLR. BHRC a la pena principal de ocho (8) meses de prisión, como autor responsable del delito de deserción, sin concederle el subrogado de la condena

[1] Ver folio 411 y ss. C.O.3.

de ejecución condicional por expresa prohibición legal.

II. HECHOS

Se desprende del material de prueba aportado al expediente, que el soldado regular BHRC perteneciente al Batallón Especial Energético y Vial No. 6 del Ejército Nacional acantonado en la ciudad de Tunja (Boyacá), salió a disfrutar de un permiso otorgado por sus superiores desde el 20 de diciembre de 2016 hasta el 04 de enero de 2017, sin que hasta el 10 siguiente, cuando se rindió el correspondiente informe[2], hubiere retornado a la unidad táctica[3].

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

3.1 Con fundamento en las diligencias allegadas a través de oficio No 0235/MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DIV02-BR01-BAEEV6-S11-38.10 del 25 de enero de 2017 suscrito por el CT. CALG–Ejecutivo del Batallón Especial Energético y Vial No. 6[4]-, el Juzgado 41 de Instrucción Penal Militar inició formal investigación en contra del SLR. BHRC por la comisión del presunto delito de deserción, en la que luego de disponer y

[2] Obra a folio 2 C.O.1, informe rendido por el CT. EHR, Comandante de la Compañía de I/R BAEEV No. 6.
[3] Ver folio 1-3 *ídem*.
[4] Ver folio 1 y 16, *ídem*.

practicar algunas pruebas se escuchó en indagatoria al procesado[5].

3.2 El 28 de marzo de 2018[6], se procedió por parte del instructor a resolver la situación jurídica del encartado, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento en consideración a que la prueba aportada era indicativa que el procesado al parecer habría actuado amparado por una circunstancia de ausencia de responsabilidad.

3.3 Tras culminarse la fase investigativa, la Fiscal 26 Penal Militar en cumplimiento del artículo 579 de la Ley 1058 declaró el cierre de la presente investigación[7] y con fecha 30 de noviembre de 2018[8] resolvió cesar todo procedimiento en favor del soldado BHRC por el delito de deserción. Antes de que cobrara firmeza la anterior decisión, el Procurador 376 Judicial Penal I presentó recurso de apelación el cual fue resuelto por la Fiscalía Primera ante el Tribunal Superior Militar con revocatoria de la cesación de procedimiento dispuesta por la Fiscalía *A quo*[9].

3.4 El asunto se remitió para juicio al Juez Once de Brigada, quien con calenda 05 de abril de 2019 procedió a realizar el respectivo control de legalidad. Sin

[5] Obra a folio 68-72, *ídem*.

[6] Ver folios 153-161 C.O.1.
[7] Ver folio 236 *ídem*.
[8] Ver folio 244-251 *ídem*.
[9] Ver folio 297-314 *ídem*.

embargo, el siguiente 10 de abril de manera oficiosa decretó la prescripción de la acción penal[10]. Siendo recurrida esta decisión por el Procurador 376 Judicial Penal I, frente a lo cual el *A quo* dispuso con proveído de data 22 de abril de 2019[11], reponer la decisión de cesar procedimiento por prescripción de la acción penal para en su lugar ordenar darle continuidad al proceso mediante la realización de la audiencia de acusación y aceptación de cargos.

3.5 Una vez celebrada la audiencia de corte marcial[12], en la que el procesado fue declarado persona ausente, la falladora procedió a dictar sentencia el 14 de junio de 2019[13], condenando al acusado a la pena principal de ocho (8) meses de prisión como autor responsable del punible objeto de juicio. Contra dicho fallo el defensor de oficio interpuso recurso de apelación[14], el que corresponde ahora conocer por competencia a este Tribunal Superior Militar.

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

El Juzgado Once Penal Militar de Instancia de Brigada del Ejército Nacional en la decisión de primer grado, realizó un estudio de las categorías dogmáticas que estructuran la conducta punible de deserción. En tal

[10] Ver folio 338 y ss. *Ídem*.
[11] Ver folio 358-366 C.O.2.
[12] Ver folio 389-410 *ídem*.
[13] Ver folio 411-457 *ídem*.
[14] Ver folio 464-473 *ídem*.

sentido respecto de la tipicidad objetiva precisó, que la imputación hecha al procesado corresponde a la descripción típica contemplada en el artículo 109 numeral 2° de la Ley 1407 de 2010, conducta en la cual incurre quien, estando legalmente incorporado al servicio militar, no se presenta a sus superiores dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un permiso, una licencia, una incapacidad, etc.

Expuso que en el presente caso el SLR. (R) BHRC para el momento de los hechos ostentaba la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública, como quiera que era integrante del octavo contingente del 2016, orgánico de la Compañía de Instrucción y Reemplazos del Batallón Especial Energético y Vial No. 6 con sede en Tunja (Boyacá).

Asimismo, indicó la falladora, que a través de los distintos testimonios recepcionados y del material documental aportado se pudo establecer, que al procesado se le concedió un permiso del 20 de diciembre de 2016 y que no retornó a su unidad el 04 de enero siguiente, permaneciendo así ausente de las filas por mucho más de los cinco (5) días que exige la norma para adecuar la conducta como típica.

Afirmó que la modalidad con la que actuó el SLR. BHRC era dolosa, en tanto era conocedor que con su proceder

incurría en una infracción penal y dirigió su voluntad hacia tal fin. Destacó que *"Se trata de un dolo avalorado desde la perspectiva de la dogmática penal de la Ley 1407 de 2010, donde el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y la voluntad de ausencia se encuentran acreditados"*[15].

Frente a la antijuridicidad de la conducta explicó que el bien jurídicamente tutelado de acuerdo con la Ley 1407 de 2010 era el Servicio, y que la materialidad estaría *"(…) representada por la afectación efectiva del bien jurídico derivado de la ausencia al servicio sin justa causa, es decir, por la vulneración en la que quedó expuesta la unidad militar ante el incumplimiento del deber de presencia del SLR (r) BHRC"*[16]. Sumado a ello indicó que no se advertían posibles circunstancias extremas y/o excepcionales que pudieran justificar la conducta para hacer *"decaer la norma subjetiva de determinación ante la imposición de la norma objetiva de valoración"*[17].

En relación con la culpabilidad aseveró el *A quo* que el acusado era responsable de la conducta atribuida, como quiera que para el mes de enero de 2017, fecha en que tuvo lugar la conducta, no se probó que el acusado tuviera incapacidad de comprender la ilicitud de su conducta y de determinarse de acuerdo con esa comprensión por lo que para efectos penales, aseguró,

[15] *Cfr*. Folio 433 C.O.3.
[16] *Cfr*. Folio 434 C.O.3.
[17] *Ídem*.

habría actuado como imputable. En este sentido concluyó lo siguiente:

> *"Debe considerarse igualmente que su deseo fue ocultarse de los superiores, pues no sólo no contestó llamadas realizadas por los encargados de cumplir el rol, sino que, además nunca se presentó. Conocía que la ausencia por más de 5 días al servicio militar sin justa causa no le era permitida, primero, porque recibió instrucción de delitos típicamente militares, segundo, porque le fueron advertidas las prohibiciones que tenía durante la prestación del servicio militar"*[18].

La falladora remató frente a este respecto, que como quiera que el SLR. BHRC comprendía la ilicitud de su conducta y se había demostrado la tipicidad y antijuridicidad de la conducta realizada, lo procedente era la emisión de una sentencia condenatoria en contra del acusado. Lo anterior, no sin antes resolver y emitir pronunciamiento de fondo sobre las solicitudes elevadas por el defensor en la audiencia de corte marcial referidas a la prescripción de la acción penal, a la posible configuración de un estado de necesidad y a la atipicidad de la conducta.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

[18] *Cfr*. Folio 435 *ídem*.

En desacuerdo con la anterior decisión, el abogado de la defensa, MTS, interpuso recurso de apelación a través del cual planteó un primer reproche contra la sentencia impugnada, el cual condujo por la senda de la nulidad, pues en su opinión al acusado se le infringieron los derechos a un debido proceso, a la defensa y las formas propias del juicio.

Sostuvo que la primera irregularidad administrativa fue cometida por el Ejército Nacional al haber demorado el trámite de desacuartelamiento de su prohijado por más de dos (2) meses, lo que ocasionó que el proceso penal adelantado en su contra no hubiera podido prescribir, situación que fue aprovechada por la Fiscal de Segunda Instancia para resolver *"la apelación al cese de procedimiento faltando 7 días para que efectivamente prescribiera y pudiese en esta ocasión evitar ese fenómeno prescriptivo y se adelantara la corte marcial materia de estudio"*[19].

Reclamó a la Corporación un análisis sobre la mora en que al parecer incurrió la Juez 41 de Instrucción Penal Militar al momento de resolver la situación jurídica del SLR. BHRC, pues habiendo sido escuchado en diligencia de indagatoria el 28 de agosto de 2017 sólo vino a resolverse sobre su situación al año siguiente, esto es, el 28 de marzo de 2018 cuando el artículo 521 del Código Penal Militar establece un

[19] *Cfr*. Folio 467 C.O.3.

término de cinco (5) días para pronunciarse al respecto.

Señaló también que se encontraba inconforme con el hecho, que no se hubieran practicado las pruebas que beneficiaban al procesado, entre otras, *"no se escuchó en declaración a los señores padres del sindicado JHRM y NCR, NI MUCHO MENOS A LA MAMÁ ETR, DEL MENOR JRR"*[20] (Mayúsculas del texto), cuando se advierte que en autos estos testimonios habían sido ordenados por el juez instructor.

Agregó que los funcionarios que tuvieron a cargo el proceso no insistieron sobre estas pruebas que hubiesen arrojado mayores luces sobre las razones por las cuales el sindicado no volvió a continuar prestando el servicio militar. Con el fin de suplir el vacío probatorio denunciado, allegó certificación laboral del joven BHRC y dos declaraciones extrajuicio del padre y abuela del enjuiciado[21].

Sustentó la violación del debido proceso con la postulación de una falta de defensa técnica en detrimento del procesado, para el efecto trajo a colación proveído de esta Corporación, identificado con radicado 157075 del 17 de noviembre de 2011, haciendo especial énfasis en que una vez asumió en la etapa de juicio la defensa de los intereses del SLR.

[20] *Ídem*.
[21] Obran a folios 474-476, C.O.3.

BHRC, advirtió que su antecesor había desatendido los deberes del cargo que como defensor público le correspondía, al punto que fue *"un simple convidado de piedra que lo único que hizo fue notificarse para darle validez a las actuaciones del juzgado instructor, fiscal y juez de instancia"*[22].

Desplegó en contra de la inactividad defensiva de su predecesor, sendos reproches por no haber solicitado en la instrucción ni siquiera los testimonios de los padres y la compañera sentimental del encartado. En este sentido indicó fue tal la falta de defensa técnica en la causa, que su ahora prohijado tuvo necesidad de recurrir *"(…) al consultorio jurídico de la Universidad Militar Nueva Granada, siendo atendido por FORTUNA por mi hijo METM, estudiante de noveno semestre de derecho en esa alma mater, QUIEN DESPUES DE HABERLO ILUSTRADO ME SOLICITÓ TELEFONICAMENTE, LE AYUDARA A ESE MUCHACHO, EL SLR. BHRC"*[23].(Mayúsculas del texto).

Para concluir frente al reproche, citó radicado 48128-SP154-2017 de la Corte Suprema de Justicia, todo con miras a sostener que la asistencia jurídica de un profesional del Derecho calificado dentro del proceso, se constituye en una garantía según lo enseña el artículo 29 de la Constitución Política, y ésta no se satisface con la sola existencia nominal de un abogado, por tanto frente a la carencia de tal

[22] *Cfr*. Folio 468, *ídem*.
[23] *Cfr*. Folio 469 C.O.3.

requisito constitucional, el trámite agotado por las instancias quedaría deslegitimado y en tal sentido lo procedente era nulitar la actuación.

Un segundo cuestionamiento estuvo dirigido hacía lo que denominó *"FALTA DE INSTRUCCIÓN SOBRE JUSTICIA PENAL MILITAR"*. A este respecto indicó que el día que los compañeros de filas del acusado recibieron la instrucción sobre delitos militares, su prohijado se encontraba en cita odontológica, por lo que no sería de recibo lo dicho por la falladora en la sentencia condenatoria, cuando dio por cierto que el enjuiciado "*conocía todo lo relacionado al delito de deserción, y sus implicaciones y de contera, los elementos estructurales del hecho punible*"[24].

Cuestionó que el Batallón Vial No. 6, certificara que en una sola jornada académica a los soldados se les brindó capacitación en temas de justicia penal militar, pues por su propia experiencia como *"oficial de la MARINA, por más de 23 años de servicio, en mis años mozos, cuando era TENIENTE DE FRAGATA, juez de instrucción penal militar y auditor auxiliar de guerra en aquella época, mínimo le daba a los conscriptos y reclutas Infantes de Marina más de 12 horas"*[25].

Frente a la temática finalizó diciendo que no era posible hacer deducciones, como las hizo la Juez de

[24] *Cfr*. Folio 74 C.O.1.
[25] Cfr. Folio 470 C.O.3.

Primera Instancia y el Procurador Judicial, que su prohijado tuviera conocimiento de la ilicitud de la conducta, pues ello se aleja de la realidad como quiera que este militar no recibió instrucción sobre Justicia Penal Militar.

De otra parte, el apelante indicó que se debía reconocer que su prohijado actuó amparado por un estado de necesidad, según se desprende de la causal No. 7 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010. Para demostrar su configuración explicó que el soldado BHRC fue engañado y obligado a prestar el servicio militar, pues para la época en que fue reclutado informó que tenía un hijo menor y se encontraba laborando con el fin de cumplir las obligaciones que le demandaba su núcleo familiar.

Sumado a lo anterior, adujó el apelante que el procesado permaneció por más de 20 días en condiciones infrahumanas junto con otros reclutas mientras fueron dados de alta en las Fuerzas Militares. Por lo que, en diciembre de 2016 luego de visitar a su familia durante un permiso, fue que decidió no regresar al batallón con el único propósito de cumplir con algunos contratos que había dejado inconclusos y de esta manera obtener recursos económicos para su subsistencia y la de sus familiares.

El apelante cuestionó la postura asumida tanto por el Ministerio Público como por la Juez en primera instancia durante la etapa de juicio, pues descartaron la posibilidad de reconocer el estado de necesidad bajo el argumento que el procesado podía con lo que recibía de bonificación militar suplir los alimentos de su hijo menor. Para el togado una tal afirmación resultaría alejada de la realidad en tanto los ingresos que reciben los soldados por concepto de bonificación son irrisorios. Aseguró que una vez realizó la indagación sobre cuanto era el monto que recibían los soldados regulares para el año 2016 le *"informaron en el BATALLON DE POLICIA MILITAR 70, DE LA ARMADA NACIONAL, QUE EN EL AÑO 2016 LOS SOLDADOS RECIBIAN 101.000 MIL PESOS"*[26].

Finalmente solicitó tener en cuenta que el soldado BHRC con mucho sacrificio terminó su carrera técnica y actualmente poseía un trabajo digno, circunstancias éstas que debían ser tenidas en cuenta por este *Ad quem* para no cercenar su derecho a un trabajo digno, pues con esos humildes recursos es que actualmente le brindaba alimentación, educación y salud a su hijo menor. En consecuencia, peticionó la absolución por vía de reconocimiento de una causal de ausencia de responsabilidad o en su defecto la declaración de la nulidad por violación del derecho de defensa y debido proceso.

[26] Cfr. Folio 472 C.O.3.

VI. INTERVENCIÓN DEL NO RECURRENTE

En calidad de Agente del Ministerio Público intervino el doctor CAMM, inició por comentar que el joven BHRC fue incorporado al Ejército Nacional con el fin de cumplir con el deber constitucional que le asiste a todo colombiano de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo requieran para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, según dispone el artículo 216 de la Constitución Política de Colombia.

Posteriormente enlistó uno a uno los medios de convicción a través de los cuales se podía deducir la calidad del procesado como miembro activo de la Fuerza Pública[27] para concluir que no existía duda alguna sobre su debida incorporación al servicio militar y por tanto, que al momento de la ocurrencia de los hechos gozaba de la condición de miembro activo según los antecedentes documentales que obraban en el paginario.

Frente al permiso que le fue otorgado al enjuiciado por sus superiores, expuso, que debió disfrutarlo del 20 de diciembre de 2016 al 04 de enero de 2017, según

[27] Entre otros, hizo alusión a la orden del día No. 201 del 25 de octubre de 2016, a la constancia de calidad militar suscrita por el Jefe de Recursos Humanos del BAEEV6, exámenes medico legales practicados al conscripto durante el proceso de incorporación, ficha médica unificada de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y orden administrativa de personal No 13274 del 8 de marzo de 2017, mediante la cual fue desacuartelado el soldado BHRC.

consta en los informes suscritos por el CT. EHR y el SP. BERO, no obstante, pasados más de cinco (5) días el soldado BHRC no regresó a continuar prestando su servicio militar.

El no recurrente indicó, que si bien en el decurso procesal se había venido haciendo alusión a que el militar acusado tenía un hijo antes de ser incorporado al Ejército Nacional y además padecía de un problema de salud, lo cierto era que, éstos no fueron los verdaderos motivos que aquejaron al procesado para negarse a prestar el servicio militar, pues en la diligencia de indagatoria manifestó: "*(…) que no había regresado al batallón era porque tenía un compromiso contractual laboral y le preocupaba eso, no la existencia de su hijo ni la manutención o su cuidado, ni tampoco refirió el tema de la varicocele, pues ni siquiera manifestó que esta enfermedad le impidiera desarrollar sus actividades físicas laborales, además que después trabajó pintando y en mampostería, actividades que requieren esfuerzo físico*"[28].

Continuando con la valoración de las categorías dogmáticas del delito de deserción, dijo que el procesado vulneró el bien jurídico del servicio y la continuidad de la misión militar, así como su eficacia, pues su trabajo precisamente recaía sobre la defensa de bases y al abstenerse de cumplirlo puso en riesgo no sólo a la tropa, sino que menoscabó la

[28] *Cfr*. Folio 484 C.O.3.

organización previamente diseñada por el mando para cumplir con los requerimientos de seguridad de la guarnición.

Sobre la culpabilidad aseguró, que el procesado al momento de realizar el comportamiento *"era plenamente conocedor que debía actuar de otra manera, es decir presentarse ante sus superiores respectivos oportunamente después de terminarse su permiso y permanecer prestando su servicio, y no lo hizo, determinándose conforme a esa comprensión, que conociendo y comprendiendo la ilicitud de su actuar contrario a derecho quiso su resultado. Y además no es inimputable".*

Señaló que el recurso de apelación presentado por el defensor se tornó bastante confuso, pues en primer lugar solicitó nulidad de la sentencia y a la par el reconocimiento de un estado de necesidad, para finalmente pedir al juzgado de primera instancia se diera claridad a la parte resolutiva de la sentencia condenatoria.

En los términos que a continuación se describen hizo referencia a los puntos de inconformidad que tuvo el defensor para recurrir la decisión de primera instancia:

- En relación con la indebida incorporación del procesado adujo que la jurisprudencia del Tribunal Superior Militar había venido sentando un criterio

unificado en torno de no atipicidad de conducta de quien se ausenta de las filas militares por indebida o irregular incorporación[29], por tal motivo la incorporación a las filas del soldado BHRC se encontraba cobijada con presunción de legalidad.

- De cara al estado de necesidad peticionado por el recurrente, dijo que en el proceso no existía prueba alguna que demostrara que el menor JRR se hubiera encontrado en una situación calamitosa de desamparo o abandono, que tuviera el padre la necesidad de desertar de las filas militares para atenderlo, pues *"ni siquiera se sabe dentro del proceso con quien convive el niño, ni aparece probado quien provee su manutención o si BHRC le suministra los alimentos legalmente debidos a su descendiente"*[30].

- Sobre la posibilidad de existencia de irregularidades sustanciales por violación del derecho de defensa, insistió el sujeto no apelante, que el sindicado contó con defensor el cual estuvo presente en todos los actos procesales y su actividad no podía catalogarse como indebida aun cuando el silencio hubiera sido parte de su estrategia.

[29] Al respecto citó radicados 157902, 157865, 156867 del Tribunal Superior Militar.
[30] *Cfr*. Folio 491 *ídem*.

- En relación con la petición de nulidad indicó que en la presente causa no se había incurrido en causales de nulidad, sumado al hecho que no se cumplían con los principios que rigen la materia para que resultara procedente decretarla, máxime cuando el defensor había dejado fenecer la oportunidad para invocarlas, pues de acuerdo con el artículo 391 de la Ley 522 de 1999 dicho plazo venció con la ejecutoria de la resolución de acusación.

- Finalmente, frente a los testimonios de los padres del enjuiciado y de la madre de su hijo menor, pidió el pretendiente que no se tuviera en cuenta la solicitud del defensor, como quiera que estas diligencias fueron ordenadas previamente por el Juzgado de Instrucción y fue "*imposible ubicarlos ya que en la dirección nadie atiende y tampoco contestan llamados telefónicos ni nadie los conoce*"[31]. Aunado a que el apelante desaprovechó la oportunidad que le faculta la probatoria de la etapa de juicio para llevarlos a la audiencia de corte marcial con el fin de demostrar su conducencia y pertinencia.

VII. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

[31] *Cfr*. Folio 499 C.O.3.

La Procuradora 7 Judicial Penal II rindió concepto sobre el recurso de apelación, el cual inició con un recuento de las razones de inconformidad presentadas por el abogado defensor, no sin antes reprochar la labor desarrollada por el recurrente al momento de sustentar el recurso, pues consideró que no atacó de manera contundente los planteamientos expuestos por el Juzgado 11 de Brigada en la decisión materia de alzada. Sin embargo, confluyó que, pese a ello, se lograban extraer algunas inconformidades con la sentencia de primer grado, frente a las cuales hizo las siguientes referencias:

En lo que atañe a la violación del debido proceso relacionada con la demora en el proceso de desacuartelamiento del soldado BHRC, indicó que era un asunto de carácter administrativo cuyas consecuencias eran ajenas al proceso penal por lo cual no podía invalidarse la presente actuación. El mismo concepto le mereció, las irregularidades denunciadas en punto de la dilación en la definición de la situación jurídica, pues consideró que estas circunstancias no tenían la entidad suficiente para viciar lo actuado, sin embargo, asintió que:

> *"Si bien es cierto el juzgado instructor excedió con creces el término legal dispuesto para definir la situación jurídica, no solo lo hizo en aras de obtener mayores elementos de juicio que le*

permitieran adoptar la decisión, sino de efectivizar el principio de investigación integral a fin de corroborar las justificaciones del implicado"[32].

En relación con el reproche de una posible violación al principio de investigación integral aseguró que no tenía vocación de prosperidad, pues una revisión atenta de la actuación permitía vislumbrar que en varias oportunidades se intentó practicar los testimonios de los señores JHRM y NCR padres del investigado, así como el de la señora ETR madre de su menor hijo, no siendo posible por circunstancias ajenas a la voluntad del instructor.

Cuestionó la inacción del defensor frente a la posibilidad probatoria que le otorgaba el artículo 563 de la Ley 522 de 1999 para insistir sobre los referidos testimonios, y que no era el trámite del recurso de apelación el momento procesal oportuno para aportar *"las declaraciones extra juicio de JHRM y MHB, abuela del procesado, en las que hacen algunas manifestaciones en torno a que aquél tiene bajo su protección y cuidado a su menor hijo"*[33].

Frente a la posibilidad de invalidación de la actuación por vulneración al derecho de defensa, indicó que resultaba imposible acceder a tal petición,

[32] Cfr. Folio 512 C.O.3.
[33] *Cfr*. Folio 512 C.O.3.

como quiera que de la revisión del diligenciamiento procesal se advertía que el Sistema Nacional de Defensoría Pública le designó dos defensores públicos al soldado BHRC, que si bien no presentaron solicitudes probatorias ni interpusieron recursos contra las decisiones adoptadas en las diferentes etapas procesales, no por ello era dable afirmar que dejaron desprotegido al patrocinado.

De la misma manera adujo que la denuncia del recurrente sobre irregularidades en el proceso de incorporación del procesado al servicio militar, podían, dado el caso, generar investigaciones disciplinarias o incluso penales respecto de las personas que intervinieron en el trámite, pero nunca atipicidad de la conducta, pues en el caso concreto se presumía la legalidad del proceso de alistamiento a filas.

En referencia al reconocimiento del estado de necesidad que se pregonó en la alzada, solicitó a la Corporación concederle la razón al impugnante en consideración a que las circunstancias particulares que enfrentó el procesado evidencian que actuó amparado en la causal de ausencia de responsabilidad de que trata el artículo 33.7 de la Ley 1407 de 2010, aun cuando en la decisión confutada el Juez 11 de Brigada Ejército Nacional hubiera desestimado dicha posibilidad.

En tal sentido expuso que "*independientemente que el señor BHRC hubiera puesto en conocimiento de los funcionarios de reclutamiento su condición de padre de familia, o que hubiera omitido informarles sobre ese particular, lo cierto es que no puede desconocerse el hecho de que efectivamente tiene un hijo, por quien debe velar para su sostenimiento y manutención y principalmente para acompañar en su crianza*"[34]. (Subrayado del texto original).

Añadió una crítica a la postura asumida por el *A quo* cuando afirmó que el procesado fue un padre que "*se limitó a dar el apellido al menor y menos aún que no cumplía las obligaciones que le correspondían*", pues en sentir de la Procuradora, del testimonio rendido por el CT. EHR y de la indagatoria del procesado se podía deducir lo contrario, esto es, que no sólo conocía de su condición de padre, sino que sostenía económicamente a su hijo.

Consideró descontextualizada la valoración realizada por la juez en la sentencia, en punto de la exculpación presentada por el acusado para ausentarse de sus deberes patrios. Explicó la representante del Ministerio Público que si bien en la indagatoria el soldado BHRC adujo la necesidad de desertarse con el fin de cumplir compromisos contractuales adquiridos previamente al momento de ser reclutado, la lectura

[34] *Cfr*. Folio 515-516 C.O.3.

que debió darle la falladora era que los honorarios que pretendió recuperar eran precisamente con los cuales pretendía garantizar el sustento para su hijo y no como ésta lo concluyó, que simplemente su intención era obviar las obligaciones con el Ejército Nacional o para ocupar el tiempo en otros menesteres.

También refutó como desacertado el planteamiento expuesto en la sentencia condenatoria, según el cual la manutención del menor correspondía a ambos padres y su cuidado estaba en cabeza de la madre *"(…) sin que la presencia del procesado fuera indispensable para la garantía y el bienestar del menor (…)".* Asintió que las exculpaciones ofrecidas por el enjuiciado en torno al particular no fueron corroboradas, empero tampoco existió pruebas para afirmar que la madre del menor, JRR, tuviera los medios económicos para garantizar su sostenimiento y el pleno ejercicio de sus derechos, los cuales, por mandato constitucional, revisten un interés superior[35].

En tal sentido, solicitó a la Corporación revocar la sentencia recurrida con el fin de reconocerle al procesado la existencia de un estado de necesidad como causal excluyente de responsabilidad, en consideración a que al momento de cometer el delito de deserción el enjuiciado se enfrentó con una colisión de deberes entre *"(…) el Ejército Nacional al que fue incorporado*

[35] Al respecto citó fragmentó de la sentencia C-262 de 2016.

para prestar el servicio militar obligatorio; y otra con su menor hijo, respecto de quien independientemente de haber informado o no su existencia, es sujeto de derechos, que por mandato constitucional tienen prevalencia"[36].

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año[37], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010 -Ley 1407- mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

---

[36] *Cfr*. Folio 518 C.O.3.

[37] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estudiado el memorial del recurso de apelación presentado por el defensor público, advierte la Sala que los aspectos determinantes para la solución del caso, son dos a saber: *(i)* Nulidad de la actuación por violación del debido proceso y derecho de defensa en los términos del artículo 388 del Código Penal Militar y, *(ii)* reconocimiento del estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad, prevista en el numeral 7 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010.

Considera la Sala la necesidad de abordar los anteriores aspectos como quiera que se debe estudiar, en primer lugar, la dimensión de los vicios denunciados por el impugnante y su incidencia respecto de aspectos sustanciales en el proceso penal que aquí se sigue, obviamente de cara a los principios que rigen en materia de nulidades; y en segundo lugar, en caso de resultar irrelevantes las irregularidades manifestadas, devendría imperioso verificar si en el

proceso se logró acreditar que el acusado abandonó sus deberes en la prestación del servicio militar con el fin de cumplir el deber legal y moral que le asistía para con su menor hijo.

Frente al anterior bosquejo temático de estudio, resulta incuestionable la obligación para la Corporación de ceñirse a los temas del recurso y emitir el pertinente pronunciamiento de fondo, no obstante, también resulta prudente, antes de proceder al cometido, realizar una breve disertación sobre el documento presentado por el doctor CAMM en su calidad de Procurador 376 Judicial Penal I de Bogotá, el cual contiene los alegatos que como sujeto procesal no recurrente presentó ante la juez de primera instancia en el trámite que suplió el recurso de apelación.

Téngase en cuenta, que el Procurador Judicial en el extenso memorial presentado ante el Juzgado 11 Penal Militar de Brigadas del Ejército Nacional[38], se opuso a los reproches formulados por el impugnante realizando un juicioso análisis sobre lo inconveniente que resultaría acceder a las solicitudes de la defensa, en tal sentido solicitó la confirmación de la sentencia de primer grado al encontrarla "*acertada y ajustada a legalidad*"[39].

[38] Obra a folios 479-501 C.O.3.
[39] Cfr. Folio 501 *ídem*.

Al respecto, habrá de decirse que la Sala no tendrá en cuenta tales alegaciones, pues los argumentos allí expuestos fueron presentados de manera extemporánea incluso mucho antes que el recurso subiera a esta Instancia Judicial para conocimiento, desbordando por completo el momento oportuno en que debió haberlos sustentado.

Recuérdese que cualquier intervención en ese sentido –oponiéndose o coadyuvando el recurso de apelación- debe plantearse en el término de traslado a los no recurrentes, de acuerdo a las previsiones del artículo 581 de la Ley 522 de 1999[40] que rige el asunto, que dista mucho de lo preceptuado en el artejo 194 de la Ley 600 de 2000[41], pues claramente el trámite que se surte en la jurisdicción ordinaria no puede traerse por vía de integración normativa al ordenamiento castrense, dado que jurídica y procesalmente no resulta viable en la medida que la materia se encuentra perfectamente regulada en nuestro Código

[40] ARTÍCULO 581. TRÁMITE. "*La apelación o consulta de las sentencias en el Tribunal Superior Militar se surtirá así: repartido el expediente, el magistrado a quien le corresponda dará traslado al agente del Ministerio Público por el término de tres (3) días,* ***y luego se fijará en lista por igual término para que las demás partes presenten sus alegatos****. Vencidos los términos de traslado y fijación en lista, se resolverán dentro de los diez (10) días siguientes. Cuando se trate de autos interlocutorios, el magistrado dará traslado al agente del Ministerio Público por el término de tres (3) días. Se fijará en lista por tres (3) días y se resolverá dentro de los tres (3) días siguientes".* (Negrilla fuera de texto).

[41] ARTICULO 194. SUSTENTACION EN PRIMERA INSTANCIA DEL RECURSO DE APELACION. "*Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cuatro (4) días, para la sustentación respectiva.* ***Precluido el término anterior, correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cuatro (4) días.***" (Negrilla fuera de texto).

Penal Militar al no existir vacío alguno que deba suplirse.

Si se tiene en cuenta que los traslados que se surten en el trámite de la apelación a los sujetos procesales no recurrentes, tienen por objeto que éstos se pronuncien sobre los argumentos del recurso y que su actividad, en este trámite, se encuentra regulada por las oportunidades y términos previamente establecidos[42], así como también limitada a los temas inescindiblemente vinculados al objeto del recurso, no resulta posible que pueda abrirse a pronunciamiento en sede de segunda instancia aquellos ejercicios de oposición o coadyuvancia que son presentados por fuera de los términos procesales previamente establecidas para ello, aun cuando lo hubiera hecho el sujeto procesal que por antonomasia tiene la función de vigilar el cumplimiento del respeto por los derechos humanos y el debido proceso[43].

Ultímese frente a la temática, que la legalidad del procedimiento se constituye en una garantía a la que el juez debe sujetarse, por tal motivo es que le está vedado adoptar trámites diferentes o desconocer los preexistentes.

Se concluye, entonces, que en este y en los demás casos que se tramitan ante esta Instancia Judicial, en

[42] Capítulo V, Procedimiento en la Segunda Instancia de la Ley 522 de 1999.
[43] Artículo 290 de la Ley 522 de 1999.

donde los sujetos procesales de ordinario vienen exteriorizando sus manifestaciones en calidad de no apelantes ante el juez de primer grado, quien habitualmente y desconociendo lo preceptuado en la norma penal militar que regula la materia de manera específica recibe los memoriales y le da trámite ante esta Corporación, recurriendo a formas y términos no previstos en la ley, esta Sala de Decisión no los tendrá en cuenta por extemporáneos, por lo cual exhorta a las partes a no seguir omitiendo las formalidades que de tiempo atrás se encuentran determinadas por el legislador y procedan a sustentar los alegatos dentro del término que prevé el artículo 581 de la Ley 522 de 1999 para las partes no recurrentes.

Habiéndose realizado las precisiones del caso, pasa la Sala al estudio del recurso. En tal sentido se advierte que el libelista, tal y como lo enunció la procuradora judicial ante esta Instancia, cumplió mínimamente con la carga procesal que le concernía para refutar la sentencia condenatoria, pues se desgastó en debates y comentarios un tanto confusos y extensos que no venían al caso, *verbi gratia*, algunas experiencias particulares que vivió durante su pasada vida militar y profesional. Empero, la exposición de ciertos fundamentos de hecho y de derecho del memorial impugnatorio, lograron redimir el ejercicio dialectico

de la apelación y por tanto esta Corporación avocará el conocimiento y la resolución del *petitum*.

Es claro entonces, que aun cuando el texto jurídico que contiene el recurso de apelación presenta desaciertos técnicos y jurídicos, así como glosas basadas en conocimientos personales, lo cierto es que este Tribunal Penal Militar se pronunciará acerca de las dos pretensiones allí formuladas, habida cuenta que, conforme ha sido criterio consolidado de la jurisprudencia nacional[44], el funcionario judicial al momento de estudiar sobre la admisión del libelo debe omitir algunos errores de postulación con el fin de superar los defectos advertidos en su confección y de este modo poder extraer del memorial impugnatorio, de la manera más coherente y racional, cuáles fueron los argumentos nodales que componen las tesis del apelante para finalmente entrar a resolverlas.

Habiéndose echo claridad sobre las razones que dieron lugar a la admisión del recurso, procede la Primera Sala de Decisión en el orden inicialmente reseñado, a emitir las respuestas de las peticiones elevadas por la defensa, así:

8.1 Respecto de la nulidad de la actuación por violación del debido proceso y derecho de defensa.

[44] CSJ AP, 27 de enero de 2016, rad. 38151.

De la lectura del recurso se extrae que la pretensión principal se orienta hacia la anulación de lo actuado desde la etapa instructiva, pues en sentir del apelante al procesado se le vulneraron dos derechos: *i)* Al debido proceso, por no haberse practicado algunos testimonios que conducían a la exoneración de la responsabilidad del procesado, por vía de la demostración de una causal de ausencia de responsabilidad (estado de necesidad) y, *ii)* a la defensa en su acepción técnica[45], en tanto que los profesionales de Derecho que lo antecedieron en su mandato oficioso al parecer no representaron en forma debida los intereses del enjuiciado, al punto que dejaron fenecer las etapas procesales sin presentar solicitudes probatorias ni ejercitar el contradictorio a través de la interposición de los recursos pertinentes.

Surge imperioso rememorar que el debido proceso como principio jurídico procesal de carácter sustantivo, implica la observancia de determinadas garantías mínimas a favor del sujeto activo de la conducta punible[46], de los demás sujetos procesales y de la

---

[45] "*La Corte ya ha tenido ocasión de referirse a la importancia y características de la defensa técnica en materia penal, para advertir que hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses". sentencia C-069/09.*

[46] "***ARTICULO 234. Ley 600 de 2000. IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BUSQUEDA DE LA PRUEBA.*** *El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven,*

sociedad en su conjunto, presupuesto lógico antecedente y consecuente para hacer efectiva la realización del *ius puniendi*, garantías encarnadas en la legalidad de las formas propias de cada juicio, legalidad de los delitos, de la pena, derecho a contar con una defensa técnica, a tener la oportunidad de ser escuchado y hacer valer sus pretensiones, entre otras.

Así entonces, si el Estado quiere hacer efectiva su facultad punitiva -*ius puniendi*-, todas sus actuaciones y sus decisiones deben estar sujetas al respeto y observación del principio de legalidad, esto es, acatando las normas de rito y de garantía. El rito hace referencia a la estructura formal del proceso, mientras que las normas de garantía corresponden a derechos reconocidos en favor de los sujetos procesales, tales como la publicidad, intervención, contradicción e impugnación.

El artículo 388 de la Ley 522 de 1999 consagró como causales de nulidad: *"1.- La falta de competencia del juez o del Fiscal (…) 2.- la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. 3.- La violación del derecho de defensa."*[47], norma de la cual se abstrae que la nulidad sólo es procedente cuando se trate de irregularidades sustanciales, esto es, que hayan afectado los derechos

---

atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia."

[47] Con esta norma se desarrolla legalmente el precepto constitucional contenido en el artículo 29.

fundamentales de las partes o se haya vulnerado la estructura lógica del proceso; ello bajo el entendido que los ritos y formalidades no fueron consagrados por el legislador como un formalismo, sino que conlleva implícita una finalidad política traducida en garantías para quienes intervienen en el proceso.

Ahora bien, también habrá de recordarse que la nulidad es un mecanismo de carácter residual, en tanto que se trata de una medida extrema cuando no exista ningún otro medio procesal que subsane la irregularidad; ello conforme a los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, según los cuales: ***i)*** solamente es posible alegar las expresamente previstas en la ley *(taxatividad)*, ***ii)*** no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica *(protección)*; ***iii)*** aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales *(convalidación)*, ***iv)*** quién alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento *(trascendencia)* y, ***v)*** que no exista otro

remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte *(residualidad)*[48].

En suma, la nulidad debe decretarse sobre actos procesales cuando se compruebe la existencia de una irregularidad sustancial que tenga la virtualidad de socavar la estructura del proceso o las garantías de los sujetos procesales, lo cual implica que no cualquier defecto tiene la capacidad de retrotraer la actuación ante su ocurrencia, pues se tiene que demostrar no sólo la irregularidad sino, además, la transcendencia en relación con estos dos aspectos -las garantías de las partes y/o la estructura del proceso- aunado a que debe consultar los principios que orientan su declaratoria.

Observa la Sala, teniendo como premisas los anteriores preceptos de orden conceptual, legal y jurisprudencial, que lo dable en el asunto es resolver de manera negativa la prosperidad del recurso en punto de los argumentos expuestos sobre la existencia de una nulidad por violación del debido proceso y derecho de defensa[49], pues de entrada se dirá que estos no pasan de ser irregularidades sin mayor trascendencia en el proceso y en las garantías de las partes, veamos porqué:

[48] Radicado 17297, sentencia del 02 de octubre de 2003, MP. DR. MAURO SOLARTE PORTILLA, Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia.
[49] Artículo 388 numerales 2° y 3° de la Ley 522 de 1999.

El recurrente cuestionó el trámite llevado a cabo por el Ejército Nacional para el desacuartelamiento del Soldado Regular BHRC. La inconformidad se generó porque considera que hubo mora en dicho procedimiento, ya que tardó más de 2 meses en promulgarse la orden administrativa que finalmente ordenaba su retiro de las filas, lo que ocasionó que el proceso penal adelantado en su contra por el delito de deserción no hubiera podido prescribir prontamente.

Un reproche de tal tenor resulta inadmisible, pues en primer lugar los trámites administrativos que se agotan al interior de las Fuerzas Militares resultan ser completamente ajenos al debate jurídico penal, en la medida que éstos obedecen a términos y regulaciones propios de la organización y administración pública de aquellas y, en segundo lugar, resulta ilógico considerar que existe un consenso entre la Jurisdicción Penal Militar y las oficinas de personal de las distintas entidades castrenses para concertarse sobre cuándo y cómo debe proferirse un acto administrativo de desacuartelamiento, pues se itera, son situaciones ajenas que ocurren de manera aleatoria y obedecen a un cronograma propio del manejo del personal militar activo, que no por ello puede suponerse que se cumpliría con el fin perjudicar a los procesados, ya que en últimas los fenómenos de prescripción al interior del proceso penal ocurren por el simple paso del tiempo, sin que pueda el

funcionario judicial incidir determinantemente sobre el asunto.

De otra parte, el apelante acusó como una violación del debido proceso la mora injustificada en que al parecer incurrió el funcionario instructor al momento de resolverle la situación jurídica al SLR. BHRC, pues habiéndose escuchado en diligencia de indagatoria el 28 de agosto de 2017 sólo vino a resolverle sobre la situación jurídica al año siguiente. Una superficial mirada del alegato del recurrente frente al cumplimiento del principio de trascendencia propio de las nulidades, permite a la Judicatura colegir que lo alegado no pasa de ser una declaración sin acreditación alguna, pues de contera se advierte que el defensor incumplió con la obligación de sustentar la manera en que la irregularidad sustancial denunciada logró afectar las garantías constitucionales del procesado o desconoció las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento.

Es que en el presente evento el apelante no podía sustentar suficientemente la satisfacción de dicho requisito, porque las circunstancias en que tuvo lugar la demora de la resolución del caso permiten vislumbrar que no tuvieron la entidad suficiente de viciar la actuación, dado que como bien lo destacó la Procuradora Judicial 7 Penal II en el concepto de rigor, si bien el juzgado instructor excedió el

término legal dispuesto para definir la situación jurídica del procesado, esto ocurrió no por mero capricho del funcionario judicial sino con el único propósito de adquirir mayores elementos de juicio que permitieran adoptar una decisión ajustada y coherente con las citas realizadas por el procesado en la diligencia de indagatoria.

Luego ante tal panorama, mal podría concluirse que el yerro advertido resulta ser trascendente y en detrimento de los intereses del implicado, puesto que lo que en suma se advierte del paginario es que durante el lapso refutado como moroso lo que hizo el funcionario instructor fue impulsar procesalmente las pesquisas en perfecta armonía con el principio de investigación integral.

El reproche siguiente que propuso el memorialista se fundamentó en que no se practicaron algunos testimonios que beneficiaban la tesis defensiva del procesado, puntualmente hizo alusión a las declaraciones del señor JHRM y la señora NCR, progenitores del acusado, así como el testimonio de ETR, madre de JRR, hijo del encausado. Con el fin de suplir el vacío probatorio denunciado, allegó certificación laboral del joven BHRC y dos declaraciones extra-juicio del padre y abuela del enjuiciado[50].

[50] Obran a folios 474-476, C.O.3.

En relación con esa censura este Colegiado debe realizar unas acotaciones puntuales; la primera es que cuando se acude por vía de nulidad por violación del principio de investigación integral, el peticionario debe tener en cuenta que su obligación no se limita a señalar actuaciones potencialmente enervantes de violación al debido proceso por denegación de pruebas, puesto que la omisión de una prueba objetivamente conducente solo se constituye en quebrantamiento de garantías cuando de cara a la realidad procesal y a la trayectoria investigativa que se cumplió en el proceso, se logra advertir que el juez de la causa asumió una actitud omisiva o parcializada en menoscabo de la búsqueda de la verdad o de las circunstancias que le eran favorables al investigado.

No se trata, entonces, como lo hizo el defensor en este asunto, de presentar reproches de libre factura sino de tener en cuenta que las anomalías que conspiran contra la vigencia de la actuación son aquellas que se configuran en verdaderos actos de deslealtad, como por ejemplo cuando el juez omite por mero capricho y desidia personal el allego de los elementos de convicción que ineludiblemente debían aportarse al sumario por su estrecha relación con los hechos investigados y, lógicamente, con la posibilidad de ser realizable su recaudo.

La Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que, "*La obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable, no se entiende desconocida por el solo hecho de haberse dejado de practicar las pruebas solicitadas a instancia de la defensa o aquellos elementos que a juicio del recurrente hubiesen beneficiado los intereses del procesado*"[51], pues resulta indispensable, para un completo ataque por vía de nulidad, que además de individualizar los elementos reclamados se evidencie que hubo alguna falla investigativa que deba ser corregida por el superior, en tanto siendo posible y recaudable los elementos de prueba no fueron ordenados y acopiados al paginario, conforme a las reglas de conducencia, pertinencia, utilidad y necesidad.

De esta manera considera la Sala, que carece de soporte material la velada insinuación de la defensa referida a la presunta violación del principio de investigación integral, pues no pasa de ser una crítica a los funcionarios judiciales que tuvieron a cargo el proceso, básicamente por no exigir el cumplimiento de las pruebas ordenadas, sin tomarse la molestia el recurrente de acudir al expediente en orden a comprobar la veracidad de sus quejas y, de paso, ser consecuente con el esfuerzo investigativo que se llevó a cabo con el propósito de verificar las citas hechas por el indagado.

[51] CSJ. Radicado 16951 del 23 de noviembre de 2016, MP. EYDER PATIÑO CABRERA.

Es que cuando se da un vistazo al sumario se encuentra la Sala con que la realidad probatoria es bien distinta a la refutada por la defensa, pues allí obran las misiones de trabajo y las comunicaciones libradas por el juez de instrucción con el fin de lograr el testimonio de la señora NCR y del señor JHRM[52], asimismo obran despachos comisorios Nos. 032/2017[53], 139/2017[54], 200/2017[55], 070/2018[56] a través de los cuales se insistió por parte del Juzgado 41 de Instrucción Penal Militar para que fueran escuchados los familiares del implicado a través de testimonio, no obstante las respuestas suministradas por estos funcionarios a través de los diversos medios de comunicación fue siempre negativa.

Huelga concluir, que aun cuando la prueba testimonial no pudo ser recaudada en su totalidad pese al despliegue investigativo que desarrolló el juez de instrucción, no por ello puede asegurarse, como lo deprecó la defensa, que se violaron garantías del acusado al no realizarse un mayor esfuerzo probatorio con el fin de lograr escucharlos en testimonio, pues esa etérea afirmación no se compadece con la realidad procesal que fue destacada en precedencia dado que la inasistencia de los testigos no resultaría imputable a la administración de justicia, pues por todos los

[52] Folios 39, 41, 194, 196 del C.O.1 y 213, 214, 217, 218, 222, 223, 225, 227, 228, 229, 230, 232 del C.O.2.
[53] Folios 42-46, *ídem*.
[54] Folios 87-91, *ídem*.
[55] Folios 190-192, *ídem*.
[56] Folios 200-204 C.O.2.

medios posibles se trató de buscar de manera imparcial dichas pruebas.

Dicho sea de paso, que no solo era responsabilidad de la Jurisdicción Castrense tratar de ubicar estos testigos, pues a la defensa también le incumbía el deber de localizarlos y generar su comparecencia para que atestiguaran sobre los hechos que les interesaba demostrar, empero ello no se suple con el aporte material de dos declaraciones extra juicio de los tan requeridos deponentes, por razón que las etapas procesales se encuentran más que precluidas para el aporte probatorio de dichos medios de convicción.

Finalmente, es oportuno precisar que tampoco tiene vocación de éxito la queja referida a que los profesionales del Derecho que lo antecedieron y que representaron al acusado durante todo el proceso hasta antes de la audiencia de corte marcial carecían de idoneidad para el desempeño del cargo, según la posterior perspectiva del hoy recurrente.

El argumento principal del defensor público en la apelación fue que sus antecesores actuaron como simples convidados de piedra, que lo único que hicieron fue notificarse de las decisiones que profirió el juzgado instructor, el fiscal y la juez de instancia con el único fin de darle validez a sus

actuaciones[57]. Frente a ello impera señalar que, según inveterado criterio jurisprudencial, un reproche de tal magnitud no tiene cabida *per se* como motivo de nulidad de cara a los principios de taxatividad, acreditación y trascendencia que rigen la materia.

Ello es así, por cuanto la inconformidad que propone el togado se encuentra sustentada en una apreciación subjetiva respecto de la labor desarrollada por los defensores públicos que lo precedieron y ante tal panorama se corre el riesgo de caer en desafueros de índole personal porque siempre habrá la posibilidad de que el último abogado en ocupar ese cargo en determinado proceso encuentre que el anterior, no fue, según su punto de vista personal, lo suficientemente versado, atinado o acucioso en el desempeño de la función; de llegarse a admitir como válidos este tipo de cuestionamientos significaría dejar librada la seguridad de la defensa técnica a los dictados inciertos del ego profesional o del criterio personal que considere cada jurista.

Sumado a lo anterior téngase en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la violación de la garantía invocada en la apelación:

> *"(…) se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la*

[57] Cfr. Folio 468, *ídem*.

prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho"[58].

Esto último ocurre en el presente asunto, en el que la supuesta deficiencia de la labor de los profesionales que antecedieron al ahora defensor, se encuentra soportada en diferencias de criterios sobre si debieron hacer uso de los recursos de apelación o si los anteriores letrados dejaron de insistir sobre la práctica de los testimonios que favorecían la coartada defensiva del acusado, todo lo cual no pasa de ser simples especulaciones, ya que como viene de verse, en primer lugar no resultaba trascendental la petición probatoria en el sentido que lo considera ahora el apelante, pues dichas declaraciones fueron ordenadas en múltiples oportunidades por el instructor sin que fuera posible su práctica, y en segundo lugar, el ejercicio del contradictorio por vía recursal no era tan conveniente en la medida que las decisiones proferidas en la etapa de instrucción y acusación nunca le fueron adversas a los intereses del procesado, por el contrario, los funcionarios en primera instancia se

[58] CSJ, 18 de enero de 2017, radicado 48128.

abstuvieron de decretarle medida de aseguramiento[59] y cesaron procedimiento a su favor[60].

En estos términos, la irregularidad denunciada carece de objetividad, pues, se reitera, la divergencia de criterios sobre el ejercicio afortunado o no de la labor de los anteriores abogados no demuestra *per se* un efectivo menoscabo del derecho a la defensa; se itera, nos encontramos frente a una apreciación subjetiva del apelante, que lógicamente puede variar en cada profesional del derecho y según las condiciones del caso concreto, pues cada uno diagnostica el problema y establece su propia estrategia defensiva, lo cual no significa que de no coincidir en ello se infrinja automáticamente la garantía de defensa[61]. Lo anterior llena de razones suficientes a esta Corporación para concluir que este argumento también tiene que ser desechado.

8.2 Reconocimiento del estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad.

Como quiera que los vicios denunciados por el impugnante no tuvieron incidencia respecto de aspectos sustanciales de la actuación para decretar la nulidad de la actuación, procederá la Sala al estudio de la petición enarbolada por la defensa con miras al

[59] Obra a folios 153-161 C.O.1, auto del 28 de marzo de 2018.
[60] Obra a folios 244-251 C.O.2, proveído del 30 de noviembre de 2018.
[61] Cfr. SP 29 abr. 1999, rad. 13315, citada en AP8310-2016, del 30 de noviembre de 2016, radicación 48081.

reconocimiento de un estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad en el comportamiento realizado por el sentenciado.

Al respecto se extrae del material probatorio, que el joven BHRC fue incorporado y dado de alta como soldado regular del Batallón Especial Energético y Vial No. 6 (En adelante BAEEV6) de la ciudad de Tunja (Boyacá), mediante OAP No. 201 del 25 de octubre de 2016[62]. Igualmente, que el día 20 de diciembre siguiente salió a disfrutar de un turno de permiso que le fue concedido por el Comando de la Segunda División[63], debiendo hacer presentación el 04 de enero de 2017. Sin embargo, haciendo caso omiso a las indicaciones de sus superiores sobre las consecuencias que traería la presentación retardada de un permiso, decidió no retornar a sus labores y de forma definitiva abandonar el cumplimiento del servicio militar, siendo finalmente desacuartelado por el Ejército Nacional mediante orden administrativa de personal No 1327 del 08 de marzo de 2017[64].

Ante lo improductivo de las actividades de búsqueda desplegadas por el juez instructor, fue necesario proferir orden de captura al SLR. BHRC con fines de indagatoria. La diligencia se surtió con la presencia del procesado el día 28 de agosto de 2017, donde

[62] Cfr. Folio 12-13 C.O.1.
[63] Obra folio 2 *ídem*.
[64] *Cfr*. Folio 219-221 C.O.2.

aseguró que abandonó su deber de prestar un servicio militar al Estado Colombiano por razón de tener responsabilidades económicas que cumplir, pues para la fecha en que fue reclutado se encontraba laborando con una empresa contratista de la ETB y además de ello tenía un hijo que quedó a la deriva cuando él se fue a las filas del Ejército Nacional[65].

Precisamente la tesis planteada por la defensa se encuentra directamente relacionada con la existencia de una justificación en el comportamiento asumido por el procesado, en la medida que propone la exclusión de la responsabilidad por vía de una causal de estado de necesidad. La motivación que arguyó el defensor se sostiene sobre la base que el soldado BHRC fue engañado y obligado a prestar el servicio militar, ya que para la época en que fue reclutado informó que tenía un hijo menor y se encontraba laborando con el fin de cumplir las obligaciones que le demandaba su núcleo familiar.

Para la Sala es diáfano que el comportamiento desarrollado por el acusado materializa una acción típica objetiva y subjetiva de la conducta de deserción de que trata el artículo 109 numeral segundo de la Ley 1407 de 2010, al adecuarse perfectamente con su acción los elementos que conforman el juicio de tipicidad; primero por el abandono en el cumplimiento de los

[65] C*fr*. Folio 70 C.O.1.

deberes de presencia que se le imponían, al estar legalmente incorporado al Ejército Nacional y ostentar la calidad de soldado regular; segundo por la ausencia en las filas más allá del término que establece la norma como criterio para la consumación del ilícito, estos son cinco (5) días, y tercero porque conocía que al no retornar a la unidad militar y hacer presentación ante su Comandante de Compañía, constituía una conducta reprochable, no obstante dirigió su voluntad hacia la evasión del deber.

Como se advierte la adecuación de la conducta en punto del elemento tipicidad se encuentra perfectamente ajustada, debiendo ahora trasladarse la discusión al ámbito de la antijuridicidad que dispone el artículo 17 de la Ley 1407 de 2010. En este sentido, la Sala verifica que las afirmaciones expuestas por la defensa en el recurso, sobre la necesidad de atender una situación familiar con su consanguíneo que al parecer se encontraba en estado de indefensión, no se corresponde nítidamente con los medios de convicción aportados en el paginario con miras a lograr el reconocimiento que su comportamiento típico no resulte punible por mediación de una justa causa que excluya la lesión producida al bien jurídico del servicio.

A este respecto, recábese que la circunstancia de ausencia de responsabilidad que enarbola el impugnante se encuentra contenida en el numeral 7° del artículo

33 de la Ley 1407 de 2010, que al tenor literal expresa lo siguiente*:*

> *"ARTÍCULO 33- AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD, No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*
>
> *(…)*
>
> *7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.*

Cuando se habla de la necesidad de proteger un derecho propio de un peligro actual o inminente, se debe entender que "*"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, movimiento, etc., de tal manera que lleve al sujeto racionalmente a la convicción de que es necesario tomar las medidas indispensables encaminadas a protegerlo"*[66].

Para efectos de dar mayor claridad sobre el tema, conviene rememorar algunos aspectos trascendentales de la eximente de responsabilidad en estudio, que se

[66] VELÁSQUEZ V., FERNANDO: Manual de Derecho Penal Parte General, 3ª Ed, pág. 393, Bogotá, Editorial Comlibros, 2007.

analizaron en reciente oportunidad por esta Sala de Decisión:

> *"el estado de necesidad en términos generales se concibió como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos en la que por proteger uno de ellos, necesariamente el de mayor jerarquía, se debe optar por sacrificar el otro -estado de necesidad justificante-, o cuando el agente realiza una conducta típica con el objeto de salvaguardar o proteger un derecho propio o ajeno de una amenaza o daño real actual o inminente, en el que se produce un daño de menor gravedad a los bienes jurídicos, siempre que no pueda evitarse de manera distinta -estado de necesidad excluyente de la culpabilidad-.*
>
> *Hechas las precisiones anteriores, se debe apuntalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia*[67] *han venido decantando que para estructurar el estado de necesidad habrá de cumplirse los siguientes presupuestos, a saber:* ***i)*** *debe existir un riesgo, un daño o peligro;* ***ii)*** *ese riesgo, daño o peligro debe ser actual o inminente;* ***iii)*** *la conducta ejecutada debe tener como único propósito proteger un derecho propio o ajeno, es decir, la finalidad debe ser la*

[67] *Cfr*. Sentencias: radicado 43033 del 05 de marzo de 2014, MP. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, radicado 32614 del 17 de agosto de 2011 MP. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, radicado 8523 del 17 de agosto de 1993 MP. DR. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ, Corte Suprema de Justicia y sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006 MP. DR. JAIME ARAUJO RENTERIA Corte Constitucional; entre otros.

protección del bien; ***iv)*** *el daño o peligro no puede evitarse de otra forma, procedimiento o por otro actuar;* ***v)*** *el daño causado debe ser de menor entidad o gravedad;* ***vi)*** *el daño o peligro que se pretende evitar no debe ser causado por el agente de manera intencional o por imprudencia y,* ***vii)*** *el agente no debe tener el deber jurídico de afrontar ese peligro*[68]*."*[69]

Bajo tal preludio dogmático jurídico, emerge claro que las disculpas presentadas por la defensa se hallan sin suficiente soporte probatorio e imposibilitan el reconocimiento de una situación de peligro en el menor hijo del encausado. Téngase en cuenta que un análisis serio de la situación fáctica propuesta por el apelante como justificante, no logra encontrar respaldo con los medios de convicción que fueron aportados de cara a los requisitos exigidos por la jurisprudencia nacional[70] y la doctrina[71] para reconocer como justificada la conducta.

---

[68] Derecho Penal, parte general, ALFONSO REYES ECHANDIA, Editorial Temis S.A., Bogotá –Colombia- 1987 –decima primera edición-.

[69] Tribunal Superior Militar y Policial, radicado 158858 mayo 11 de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ.

[70] (…) *la jurisprudencia siempre ha sostenido que no basta que la persona llegue a condiciones precarias para invocar a su favor el estado de necesidad, como dirimente de la antijuridicidad, pues del precepto legal se infieren requisitos sustanciales y precisos como el peligro actual o inminente de un derecho propio o ajeno; la inevitabilidad del daño a un tercero inocente; y la proporcionalidad entre el mal que se precave y el que se ocasiona, entre otros, de tal manera que el sujeto activo está obligado a escoger, en situaciones que se lo permitan, el medio menos nocivo a los terceros extraños y no el más rentable para su propio interés.* CSJ. Radicado 15313 MP. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO, 17 de agosto de 2000.

[71] *"Si el fundamento del injusto está dado tanto por el desvalor de acto como por el desvalor de resultado, aparece obvio que para la exclusión del mismo por vía de justificación se requiera tanto de la presencia del valor de acto como del valor de resultado; es decir, para reconocer la exclusión de la antijuridicidad se requiere que el hecho aparezca en la realidad*

Si bien palmariamente advierte la Corporación que nos encontramos ante la imposibilidad de probar los elementos objetivo y subjetivo que demanda la causal, por cuanto no se pudo demostrar en grado de certeza en el proceso que el riesgo argumentado por el impugnante al momento de la consumación del punible hubiera tenido lugar, ello tampoco es impedimento para aceptar que la motivación principal de BHRC estuvo dirigida hacia la finalidad de salvaguardar un derecho ajeno que en este caso sería la vida de su hijo.

Téngase en cuenta que era precisamente a través de los testimonios de los familiares del investigado que se pretendía dar fe de las circunstancias especiales y difíciles que atravesó en ese momento el acusado, sin embargo, como se dejó sustentado en precedencia, por circunstancias ajenas a la diligencia del aparato judicial fue imposible para los funcionarios judiciales, de acuerdo con los medios técnicos y legales disponibles, poder ubicar a las personas que podían dar información relacionada con el paradero del desertor y las causas de su evasión, aunque como bien lo refirió la procuradora judicial ante esta Instancia, existían otros medios de convicción que

---

circunstanciado por la presencia de los elementos objetivos de la causal de justificación y de la motivación por parte de su autor: no simplemente actuar bajo el amparo de la causal, sino motivado por lo que ella contiene". ARRUBLA, Camilo. Lección 19: La Antijuridicidad. En Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Universidad Externado de Colombia, 2011.

permitían corroborar[72], aunque fuera de manera indiciaria, la versión del procesado[73].

Obsérvese en este punto, que la versión rendida por el señor CT. EHR, Comandante de la Compañía de Instrucción del BAEEV6, permite tener otro conocimiento de lo acaecido, pues de una parte afirmó que decidió llamar telefónicamente al desertor para que regresara al servicio militar porque era buen soldado y *"sobresalía sobre los demás[74]"*, ante lo cual el acusado le comentó que no retornaba a la unidad por *"problemas económicos en la microempresa que tenía, me dijo que ya tenía compañera permanente y que era el padre de un menor de edad"*[75].

Ahora bien, la Sala observa que la juzgadora acogió la postura de negar el reconocimiento de la hipótesis del estado de necesidad alegada por el apoderado, argumentando precisamente que no existían medios probatorios suficientes para así reafirmarlo. A pesar de ello, no puede ignorar ésta Sala de Decisión que tampoco fue desvirtuada de manera contundente la mediación de dicha prerrogativa, pues contrario a ello

---

[72] Obra a folio 98 C.O.1 Registro civil de nacimiento de JRR.
[73] En diligencia de indagatoria (obra a folios 68-72 C.O.1) el acusado afirmó, cuando se le preguntó sobre su núcleo familiar lo siguiente: *"Yo dije que tenía un hijo, mi sargento CASTRILLÓN y mi capitán sabían, me dijeron que llevara un registro y cuando me dijeron que llevara el registro era próximo del permiso y les dije que después de venir del permiso, pero ellos me dijeron que eso no impedía que prestara el servicio"* y seguidamente sobre la manutención de su hijo y compañera aseguró: *"Ellos quedaron a la deriva, en esos momentos ella no estaba trabajando, y después de salir me tocó otra vez buscar plata"*
[74] *Cfr.* Folio 136 *ídem.*
[75] *Cfr.* Folio 136 C.O.1.

lo que emerge es la duda sobre las razones por las cuales el soldado BHRC abandonó el servicio militar y frente a tal vacío probatorio mal haría la Corporación en patrocinar la declaratoria de responsabilidad, máxime cuando no existe forma de eliminar la incertidumbre de manera razonable ante los perentorios términos que se surten en el proceso penal militar cuando se trata del delito de deserción.

No puede entonces soslayar este Tribunal, que quien tiene siempre la carga de probar la conducta típica, antijurídica, culpable y la responsabilidad del incriminado es el Estado, salvo la excepcional aplicación de la carga dinámica de la prueba[76], que en todo caso no favorece pretensiones inadmisibles de imponer al acusado el gravamen de probar que no es responsable penalmente.

A propósito de eso, tampoco puede dejar de mencionar la Sala la precariedad de la motivación judicial de la providencia de condena, cuando entiende cumplida su

[76] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias abril 09 de 2008, radicado No. 23754 y mayo 13 de 2009, radicado No. 31147. En estas decisiones enseña esta Alta Corporación que el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer. Así si se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, es al procesado o su defensor a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan.

obligación de sustentar la no ocurrencia del estado de necesidad como mediador de la conducta, bajo el siguiente débil argumento:

> *"el dicho del mismo procesado refleja que no existía una condición de peligro de tal magnitud que exigiera la comisión de la conducta punible, para salvaguardar los derechos del menor, pues como lo señala el señor BHRC, la manutención del menor correspondía a ambos padres y su cuidado estaba en cabeza de la señora ETR, sin que su presencia fuera indispensable para la garantía del bienestar del menor"*[77].

Encuentra la Judicatura que tales consideraciones no se compadecen con las afirmaciones declaradas por el acusado en la diligencia de inquirir, pues paradójicamente narró situaciones distintas a las resumidas aquí por la funcionaria *A quo*. Luego si bien existió falta de voluntad del procesado para sujetarse a la disciplina y al servicio militar y cierto desinterés por comparecer ante las autoridades judiciales para coadyuvar con el aporte de las pruebas que le favorecían ante el grave compromiso penal que le asistía, lo procedente no era la consecuencia penal de condena que se profirió en su contra por la juez de primera instancia, en consideración a que subsiste una incertidumbre respecto de si medió o no un estado de necesidad al momento de la consumación del delito.

[77] Cfr. Folio 450 C.O.3.

Sobre el aspecto relacionado con la duda se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

> *"(…) Para llegar a una declaración de duda, el juzgador no puede recurrir a la suposición propia o simplemente emanada de su subjetividad, ni tampoco lo puede hacer a través del eco arbitrario a una expresión aislada, mentirosa y oportunista del procesado. Como las pruebas deben recaudarse por medio del rito legal, después el funcionario judicial le otorgará a cada ítem informativo el valor que le corresponde, y finalmente se aquilatarán todos los medios de información integrados (en conjunto); además será la prueba la que conduzca a la certeza o al estado de duda sobre el hecho punible y la responsabilidad del acusado, de conformidad con los artículos 246 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la convicción en uno u otro sentido debe surgir de un proceso de racionalización basado en los datos de información y no en la conjetura del juzgador. Por ello, tanto de la certeza como del in dubio pro reo se pregona que no pueden reposar en una pura subjetividad ni se compadecen meramente con la íntima convicción del juez, sino que habrán de derivarse de la racional y objetiva valoración de las constancias procesales (…)"*[78].

[78] Radicado 9526 del 05 de agosto de 1997, MP. DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

De lo anterior se desprende que el juzgador tiene el deber de resolver las dudas existentes en beneficio del sujeto pasivo de la acción penal, sin olvidarse que tal mandato es condicionado toda vez que ello debe hacerse siempre y cuando la incertidumbre sea insalvable, esto es, que no haya modo de eliminarla, tal como lo establece el artículo 209 de la Ley 522 de 1999[79] y se infiere del artículo 178 de la Ley 1407 de 2010[80], dejando claro que aunque esta última codificación no regló ese condicionamiento, en modo alguno comporta que el mismo no sea aplicable.

Ante el panorama que se afronta, encuentra la Sala que un análisis tanto del material probatorio recaudado como del mérito que se le otorgó en la sentencia impugnada, lo que se pone de manifiesto es que aun predominan en los razonamientos de la funcionaria de instancia los motivos de incertidumbre que aquejaron a los funcionarios judiciales, tanto en la etapa de instrucción como de acusación, esto es, en torno de las circunstancias que en realidad acaecieron al momento preciso en que BHRC abandonó sus deberes patrios.

---

[79] Ley 522 de 1999, artículo 209. *"In dubio pro reo. Toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla."*.

[80] Ley 1407 de 2010, artículo 178. *"Presunción de inocencia e in dubio pro reo. (…) En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. (…)"*.

Insiste la Sala que la duda probatoria ahora reconocida fue sorteada desde los albores de la investigación y nunca superada; destáquese, por ejemplo, que en el auto interlocutorio de fecha 28 de marzo de 2018 el instructor se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en contra del sindicado en razón a que *"actuó amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, denominada Estado de Necesidad, ante las dificultades económicas y morales que atravesaba la señora ETR, para suministrarle el cuidado, protección y manutención a su hijo JRR, pues fue incorporado a prestar el servicio militar, interrumpiéndose el apoyo económico y moral que estaba dando a su menor hijo"*[81].

Bajo la misma línea de pensamiento, la Fiscalía 26 Penal Militar el 30 de noviembre de 2018[82], resolvió cesar procedimiento al acusado ante la presencia de un estado de necesidad que justificó su proceder, y aun cuando esta decisión fue revocada por la Fiscalía Primera Penal Militar ante este Tribunal[83], al amparo que no se configuraba la excluyente de responsabilidad, considera la Corporación que al presente momento procesal si bien no logran demostrarse todos los elementos requeridos para su reconocimiento, también lo es que no fue aportado un solo medio probatorio adicional que permita obtener un conocimiento seguro y evidente que tampoco medió tal

[81] *Cfr*. Folio 160 C.O.1
[82] *Cfr*. Folio 249 C.O.2
[83] *Cfr*. Folio 297-314 *ídem*.

situación al momento de la comisión del punible, para proceder legalmente a declarar la responsabilidad penal del acusado.

La Sala encuentra oportuno recordar, que la jurisprudencia nacional frente a la duda sobre una causal de ausencia de antijuridicidad material del hecho típico ha decantado que el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia en el radicado 11679 de 2002, acerca de la exigencia de demostración *"en grado de certeza que quien llevó a cabo la conducta lo hizo al amparo de un motivo de justificación legalmente previsto"*, fue modificado con providencia del 26 de enero de 2005 según radicado 15834, en los siguientes términos:

> *"Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla", dispuso el legislador de 1971 como igual lo había hecho el de 1938; el de 1987, en el artículo 248 del decreto 0050, reprodujo el mandato; el de 1991, en el artículo 445 del decreto 2700, simplemente suprimió la locución "cuando no haya modo de eliminarla" y en lo restante lo conservó; y el de 2000, a través del artículo 7° de la ley 600, lo introdujo como norma rectora.*
>
> *Ahora bien: si no se puede dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado, según la fórmula*

legal acogida en los Códigos de 1987, 1991 y 2000, no puede prohijarse la idea de que la duda sobre la antijuridicidad de la conducta es igual a la certeza exigida para condenar. Si la primera se presenta no hay lugar a la segunda y en casos así la ley dispone que la indefinición que produce la duda se resuelva a favor del procesado porque es la única manera de impedir que se condene a un inocente.

El mandato legal de que toda duda se debe resolver a favor del sindicado, en fin, no permite excepción de ningún tipo (…).".

La referencia jurisprudencial nos facilita precisar, que ante la inexistencia de prueba testimonial o documental que permita describir en detalle lo realmente acaecido sobre cuáles fueron las verdaderas circunstancias que enfrentó el Soldado Regular BHRC para la época del 10 de enero de 2017 cuando desertó del Ejercito Nacional, lo dable no es trasladarle la carga al enjuiciado con la consecuente declaratoria de su responsabilidad, pues lo lógico y reglado es aceptar que existió y persiste una duda probatoria que ha permeado las distintas etapas de la investigación, al punto que no pudo ser superada y no existe modo de que pueda ser eliminada.

Infalible resulta entonces para éste Tribunal concluir que en el asunto debe pregonarse el principio

de duda a favor del procesado, pues de una parte la actividad probatoria demostró la ocurrencia de los sucesos y el eventual compromiso del sindicado, empero de otro lado, también se aportaron pruebas que objetivamente sugieren la existencia de una causal de justificación con capacidad de desvirtuar la presencia del elemento antijurídico de la conducta[84].

Bajo tales presupuestos se itera, la única salida jurídica factible es dar aplicabilidad al principio de *in dubio pro reo*, por cuanto si bien quedó demostrado el elemento típico de la conducta, frente al elemento antijurídico del injusto existen serias dudas, pues pervive la incertidumbre de si es posible estructurar en favor del acusado una causal de ausencia de responsabilidad que cobije su actuación, razón por la cual ésta Sala revocará la decisión de primer grado para en su lugar proceder a absolver de toda responsabilidad al Soldado Regular (R) BHRC.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

IX. RESUELVE:

[84] SP18022-2017, radicado 48679 del 01 de noviembre de 2017, MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA; AP4617-2017, radicado 48548 del 18 de julio de 2017, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA; SP2184-2017, radicado 47348 del 15 de febrero de 2017, MP. DR. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER; AP5759-2016, radicado 47019 del 31 de agosto de 2018, MP. DR. JOSÉ LUIS BARCELO CAMACHO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

PRIMERO: DESPACHAR DE MANERA DESFAVORABLE la petición de nulidad y reconocimiento del estado de necesidad invocadas por el abogado de la defensa, según lo dispuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: REVOCAR de manera oficiosa la providencia adiada 14 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Once Penal Militar de Instancia del Ejército Nacional, a través de la cual condenó al SLR. BHRC dentro del proceso que se adelantó en su contra por el delito de deserción, conforme a lo esbozado en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: ABSOLVER, en su lugar, a BHRC por el delito de deserción, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, de acuerdo con lo indicado en la motivación de este proveído.

CUARTO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación discrecional, que podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta sentencia, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[85].

[85] Sentencia AP6540-2016 Radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia *Cfr*. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), 48713 (28-09-16) *Ídem*.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVÚELVASE. -

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala ***: Segunda de Decisión***

Magistrado ponente ***: TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ***

Radicación ***: 158179***

Sindicado ***: MY. LACV***

Delito ***: Asesoramiento ilegal agravado***

Asunto ***: Fallo de primera Instancia***

Decisión ***: Sentencia absolutoria.***

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019).

I.VISTOS:

Realizada la diligencia de audiencia de Corte Marcial dentro del juzgamiento que se adelanta en contra del Mayor **LACV** –Juez 29 de Instrucción Penal Militar- por el punible de asesoramiento ilegal agravado, procederá la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a proferir el fallo correspondiente.

II. HECHOS

El Teniente **AJGM** –Juez 42 de Instrucción Penal Militar- denunció que el entonces Capitán, hoy Mayor **LACV**, en su condición de Juez 29 de Instrucción Penal Militar, dentro del proceso penal No. 497-2014 seguido en contra del Capitán **GACO**, mediante auto de fecha cuatro (4) de agosto de 2014 realizó imputaciones falaces en su contra señalando que el denunciante le informó que había recibido presiones por el trámite del citado proceso. Providencia, en la que además, el MY. **LACV** se declaró impedido para avocar el conocimiento de la referida actuación dado que consideraba haber conocido los hechos previamente y brindado asesoría al oficial investigado a través de su esposa[1].

III. DE LA COMPETENCIA

Conforme lo dispone el artículo 221 de la Constitución Política[2], 1° de la Ley 1407 de 2010[3]

---

[1] Cuaderno original 1, folios 1-3.

[2] Constitución Política de Colombia. Artículo 221. "De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.
En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.
La Justicia Penal Militar o Policial será independiente del mando de la Fuerza Pública".

[3] Ley 1407 de 2010. Artículo 1°. Fuero Militar. "De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro".

y 238.1 de la Ley 522 de 1999[4], el Tribunal Superior Militar y Policial es competente para juzgar la conducta del Mayor **LACV**, en razón a que el funcionario involucrado, para la fecha de los hechos, era miembro de la Fuerza Pública en servicio activo en el grado de capitán del Ejército Nacional y fungía como Juez 29 de Instrucción Penal Militar.

IV. IDENTIFICACION DEL PROCESADO

Se trata de **LACV**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.439.986 expedida en Facatativá – Cundinamarca- oficial del Ejército Nacional que para la fecha de los hechos ostentaba el grado de Capitán[5], adscrito al Cuerpo de Justicia Penal Militar[6] quien ostentaba el cargo de Juez 29 de Instrucción Penal Militar con sede en Montería – Córdoba-.

V. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

---

[4] Ley 522 de 1999, artículo 238 numeral 1º. "Competencia del Tribunal Superior Militar. Las Salas de decisión del Tribunal Superior Militar conocen:
1º. En primera instancia de los procesos penales militares que se adelanten contra los jueces de conocimiento, salvo lo previsto en el numeral tercero del artículo 234 de este Código, contra los Fiscales ante los juzgados de primera instancia, auditores de guerra y jueces de Instrucción Penal Militar, que sean miembros de la fuerza pública en servicio activo, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.
(…)"
Artículo 280 Procedimiento para el juzgamiento en primera instancia por el Tribunal Superior Militar. Procedimiento "En los procesos por delitos que conoce en primera instancia el Tribunal Superior Militar, se aplicará el procedimiento de la Corte Marcial.
(…)
El magistrado ponente dictará los autos de sustanciación, dirigirá las audiencias y elaborará los proyectos de autos interlocutorios y sentencias, los cuales serán adoptados en la forma establecida en este Código"
[5] Decreto No. 4489 del 1º de diciembre de 2010. (Acuerdo extracto hoja de vida. CO1, folios 83-85).)
[6] Resolución 1242-MDN- 3 de noviembre de 2004.

Recibida en la Corporación la denuncia presentada por el CT. **AJGM** –Juez 42 de Instrucción Penal Militar- en contra del CT. **LACV** –Juez 29 de Instrucción Penal Militar[7]-, correspondió por reparto al Magistrado CN(RA) **CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA**, quien el 05 de noviembre de 2014 ordenó la apertura de la indagación preliminar en contra del Juez 29 de Instrucción Penal Militar, delito por establecer. Para el efecto, comisionó como funcionario instructor al Juez 164 de Instrucción Penal Militar de la Policía Nacional con sede en Montería (Córdoba)[8]. En virtud de tal facultad, el despacho comisionado practicó pruebas[9] y escuchó en versión libre del CT. **LACV** el 24 de febrero de 2015[10].

Una vez devuelta la indagación al despacho del magistrado por término de comisión, el 11 de marzo de 2015 se inició investigación formal en contra del CT **LACV** por los punibles de asesoramiento y otras actuaciones ilegales y falsedad ideológica en documento público, designando al mismo Juez 164 de Instrucción Penal Militar para adelantar la instrucción[11].

El 23 de julio de 2015, el magistrado instructor escuchó en indagatoria al CT. **LACV** [12] y el 4 de

---

[7] Cuaderno original 1, folios 1-3
[8].Cuaderno original 1, folios 8-10.
[9] Cuaderno original 1, folios 17-59, 64-66.
[10] Cuaderno original 1, folios 60-63
[11] Cuaderno original 1, folios 68-72.
[12] Cuaderno original 1, folios 174-191.

agosto del citado año resolvió su situación jurídica provisional por los delitos de asesoramiento y otras actuaciones ilegales y falsedad ideológica en documento público, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva por no cumplirse los fines constitucionales para el efecto[13].

Se recibió en el despacho del magistrado instructor, petición de pruebas de parte de la defensa del procesado[14], solicitud que fuera aceptada de manera parcial[15], lo que determinó que la decisión fuera objeto de recurso de reposición y en subsidio apelación[16], en consecuencia, con providencia del 26 de octubre de 2015 se dispuso reponer parcialmente la providencia recurrida y remitir el cuaderno de copias a la Corte Suprema de Justicia para que surtiera el recurso vertical[17]. Decisión que fuera confirmada por el órgano de cierre el 16 de marzo de 2016[18].

Posteriormente, el defensor del CT. **LACV** solicitó cesación de procedimiento[19], petición que fuera resuelta de manera negativa mediante proveído del 19 de agosto de 2016[20], por lo que dicha decisión fue objeto del recurso de reposición y en

---

[13] Cuaderno original 2, folios 192A-257.
[14] Auto de fecha 14 de septiembre de 2015. CO2, folios 273-276.
[15] Cuaderno original 2, folios 294-302.
[16] Cuaderno original 2, folios 310-312.
[17] Cuaderno original 2, folios 323-333.
[18] Radicado No. 47180 MP. Fernando Castro Caballero, C.A 4, folios 7-17.
[19] Memorial de fecha 12 de abril de 2018, CO 3, folios 444-456.
[20] Cuaderno original 3, folios 460-485. En vitas de que el magistrado instructor, CN(R) Carlos Alberto Dulce Pereira había culminado período, correspondió continuar con la instrucción al MY(R) Jose Liborio Morales Chinome,

subsidio apelación, resolviéndose de manera negativa el recurso horizontal y en consecuencia se concedió la alzada ante la Corte Suprema de Justicia[21], instancia que mediante proveído del 30 de agosto de 2017 confirmó la decisión recurrida[22].

Culminada la etapa de instrucción, el 26 de septiembre de 2017 se remitió la investigación a la Fiscalía Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial[23], habiendo correspondido la calificación del sumario a la Fiscal Primera ante la Corporación. Encontrándose la investigación en el despacho de la fiscalía, se recibió solicitud de nulidad presentada por el Mayor **LACV**, petición que el 23 de marzo de 2018 fuera resuelta de manera negativa[24]. El 25 de marzo de 2018, la fiscal penal militar declaró cerrado el ciclo instructivo[25].

La defensa del procesado presentó recurso de apelación contra el auto que negó la petición de nulidad[26] y reposición frente al auto que decretó el cierre de la etapa instructiva[27]. En ese orden, la Corte Suprema de Justicia con providencia de fecha 30 de mayo de 2018, confirmó la decisión

---

[21] Cuaderno original 3, folios 511-536.
[22] Cuaderno original 3, folios 559-581 y Radicado No. 49031 MP. Fernando Castro Caballero, C.A 6, folios 31-53.
[23] Cuaderno original 3, folio 582.
[24] Cuaderno original 4, folios 598-608.
[25] Cuaderno original 3, folios 597.
[26] Cuaderno original 4, folios 614-632.
[27] Cuaderno original 4, folio 633.

que negara decretar la nulidad de la actuación[28] y mediante providencia del 30 de abril de 2018 el ente acusador declaró desierto el recurso de reposición incoado en contra del auto que ordenó el cierre del ciclo instructivo[29].

La Fiscal Primera delegada ante esta Corporación profirió resolución de acusación en contra del Mayor **LACV**, por el delito de asesoramiento ilegal agravado y cesó procedimiento por el punible de falsedad ideológica en documento público el 29 de octubre de 2018[30].

Recibido en la Corporación la causa, correspondió a la Segundas Sala de Decisión adelantar el juicio en contra del Mayor **LACV**. En consecuencia, mediante auto de fecha 4 de diciembre de 2018 se dio inicio al juzgamiento, abriendo el proceso a pruebas[31], término durante el cual se recibieron peticiones para que se ordenara practicar pruebas en juicio por parte del acusado y del defensor[32], pedimentos que fueron denegados mediante proveído del 14 de marzo de 2019[33]. Contra la citada decisión el Mayor **LACV** interpuso recurso de reposición[34], en consecuencia, el 27 de marzo de 2019 se resolvió no reponer el auto recurrido[35] y el 10 de mayo de 2019, se fijó fecha y hora para

---

[28] Radicado No. 52640 MP. Fernando Castro Caballero, C.A 8, folios 6-20
[29] Cuaderno original 4, folios 642-649.
[30] Cuaderno original 4, folios 712-743.
[31] Cuaderno original 4, folios 763-764.
[32] Cuaderno original 4, folios 770-781 y 782-784, respectivamente.
[33] Cuaderno original 4, folios 787-803.
[34] Cuaderno original 5, folios 808-824.
[35] Cuaderno original 5, folios 835-850.

la audiencia de corte marcial[36], la que se llevó a cabo el 22 del mismo mes y año.

IV.RESUMEN DE LA INTERVENCION DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA DE CORTE MARCIAL

De la Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar, Teniente Coronel PLZS.

Estimó la fiscal penal militar que se encontraban reunidos todos los elementos del tipo penal para proferir sentencia condenatoria en contra del Mayor **LACV** por el punible de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, estatuido en el artículo 421 del Código Penal. Ello en tanto, se le endilgó al citado oficial que en su calidad de Juez 29 de Instrucción Penal Militar asesoró al Teniente **GACO** en su defensa en un proceso que se le adelantaba en el Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar, asesoramiento que se prestó a través de la esposa del Teniente **GACO**, la Mayor **EVS**.

Aseguró que la conducta deprecada al Mayor **LACV**, se evidenció el 4 de agosto de 2014, fecha en que profirió auto de sustanciación mediante el cual se declaró impedido para conocer de las diligencias que se le adelantaban al Teniente **GACO** por el punible de ataque al inferior,

[36] *Cuaderno original 5, folio 867.*

argumentando para ello que no podía conocer de dicha actuación porque había asesorado a la esposa del citado oficial en su defensa.

Aseguró que la ocurrencia de la conducta endilgada al acusado quedó demostrada con las declaraciones de la Mayor **EVS**, el Cabo Primero **VAA** y en la versión libre rendida por el mismo encartado en las diligencias previas practicadas, en tanto fueron contestes al afirmar que la Mayor **EVS**, una vez se abrió la investigación a su esposo, acudió al despacho del Juez 29 de Instrucción Penal Militar a pedir asesoría, no solamente al juez, sino a los demás empleados, visitas que fueron frecuentes, al punto, que la mencionada Mayor **EVS**, al momento de rendir la primera diligencia, de manera libre y espontánea, exhibió el último documento que le había remitido al correo al juez. Escrito que se trataba de un oficio remitido por la Secretaría del Tribunal Superior Militar al Teniente **GACO**, en el que le comunicaban una decisión tomada por la Corporación en su investigación.

Versiones iniciales que, en criterio de la fiscal, fueron modificadas posteriormente cuando se dio inicio a investigación formal, al punto que los citados testigos variaron su dicho inicial asegurando, al unísono, que no se trató de una asesoría, sino que la oficial **EVS** simplemente consultó el caso de su esposo y que

el juez solo atinó a decirle que consiguiera un buen abogado penalista especializado en justicia penal militar. Declaraciones que, por demás, la fiscal tildó como sospechosas, al considerar que iban en consonancia con lo asegurado por el encartado en su injurada, quien también agregó, que se declaró impedido en el referido proceso por el conocimiento previo que tuvo de los hechos a través de la esposa del Teniente **GACO**, situación que lo había convertido en testigo de oídas.

Para la fiscalía, tales exculpaciones no eran de recibo, por cuanto consideró que la causa del impedimento fue el asesoramiento que brindo el Mayor **LACV**, puesto que era de su conocimiento que, conforme a la Resolución No. 0484 de 2013 de la Dirección de Justicia Penal Militar, debía instruir los procesos del personal orgánico de la Brigada 11 del Ejército Nacional a la que pertenecía el Teniente **GACO.**

Manifestó en relación con el ingrediente normativo del tipo, que se requería que el acto de asesoramiento fuera ilegal, es decir, que estuviera prohibido por la ley. Luego, estimó que conforme al estatuto del abogado contenido en la Ley 1123 de 2007, en lo relativo a las incompatibilidades que establece el artículo 29 de la citada norma, que el procesado como servidor público no podía ejercer la abogacía.

Así mismo, estimó que debía tenerse en cuenta que conforme al artículo 116 de la Constitución Política y el estatuto de administración de justicia, la jurisdicción penal militar administra justicia, aunque orgánicamente la jurisdicción especializada dependa de la rama ejecutiva, razón por la cual le era aplicable el artículo 154 de la citada disposición, en donde se establece la prohibición a los funcionarios judiciales de interesarse en algún asunto que se surta en otro despacho judicial.

En esas condiciones, consideró que si a los funcionarios de la justicia penal militar les cobijaban los derechos, prerrogativas y beneficios que tienen los integrantes de la rama judicial, también se les debía aplicar las prohibiciones que existen para dichos funcionarios.

Así entonces, estimó que la conducta endilgada al Mayor **LACV** no solo se encuadró objetivamente dentro del tipo penal endilgado, por cuanto la asesoría que brindara el procesado fue constante, amplia y abierta, sino que además, se produjo dolosamente, dado que el citado oficial conocía que por su condición de abogado, funcionario público y juez penal militar le era vedado asesorar, dar concepto, recomendación o analizar

documentos dentro de un proceso que adelantaba otro despacho.

Prueba de ello fue el trámite indebido que le dio al impedimento, en tanto manifestó encontrarse imposibilitado de avocar el conocimiento de la investigación por haber dado consejo ante el Juez 42 de Instrucción Penal Militar cuando debió hacerlo ante el Tribunal Superior Militar.

Frente a la antijuricidad de la conducta, señaló que el procesado con su actuar puso en peligro a la administración pública, ya que el funcionario como juez intervino irregularmente en una causa que adelantaba un despacho distinto del que era titular, por lo que inclinó la balanza en favor de un particular y orientó ilegalmente la defensa de un presunto infractor de la ley penal militar.

Finalmente, señaló que el actuar del acusado era culpable en tanto se tiene clara su condición de imputable, la preparación profesional y la vasta experiencia del funcionario le permitían conocer que con su proceder contravenía la ley penal, pudiendo actuar conforme a derecho. Razón por la cual, estimó que se encontraba probado en grado de certeza la responsabilidad penal del Mayor **LACV** como autor del delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

De la Procuradora 3 Judicial II Penal delegada ante la Corporación, abogada DMA.

La representante de la sociedad subrayó que para proferir sentencia condenatoria se debía tener certeza racional respecto de la responsabilidad penal del procesado, por ello se hacía necesario establecer si existía prueba suficiente que permitiera enrostrar al Mayor **LACV** el delito establecido en el artículo 421 de la norma penal, por cuanto se le endilgó al citado oficial haber asesorado a la Mayor **EVS** y, a través de ella, a su esposo, a quien se le adelantaba una investigación en el Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar.

Para ello, estimó que al realizar un análisis pormenorizado de las pruebas, especialmente aquellas iniciales en que se fundamentó la fiscalía para proferir la acusación, no se cuestionó a los testigos o al indagado en ¿qué consistió el asesoramiento? interrogante que fue dilucidado por el encartado al momento de rendir la indagatoria por el delito de asesoramiento ilegal, explicando en ese m omento que lo que se hizo fue recomendar los servicios de un abogado especializado en justicia penal militar.

Agregó, que en la primera versión ofrecida por la Mayor **EVS**, explicó en qué consistió el asesoramiento recibido por parte del funcionario,

indicando que como desconocía los términos jurídicos, solicitó a **LACV** le informara en que consistía el delito por el que era procesado su esposo, consecuencias y lo concerniente al desarrollo del proceso, estimó la mayor que el juez como amigo y profesional del Derecho era la persona idónea para que la ilustrara sobre el tema, al punto que finalmente le pidió explicar a qué se refería el Tribunal Superior Militar cuando resolvió inhibirse al conocer del impedimento propuesto por el Juez 42 de Instrucción Penal Militar.

Con fundamente en ello, la procuradora estimó que conforme al contenido jurídico del verbo rector asesorar la conducta no encontraba adecuación típica, en tanto no se demostró que el acusado hubiera dirigido la defensa o planteado una estrategia específica para ello. Por otro lado, en relación con la providencia a través del cual el procesado manifestó encontrarse impedido para conocer el proceso seguido en contra del CT. **GACO**, auto del 4 de agosto de 2014, entendió que el funcionario en aras de ser neutral, transparente e imparcial, pretendió apartarse del proceso dado que tenía conocimiento previo de los hechos que le había referido la mayor **EVS** en su relato, situación que lo convirtió en testigo de oídas.

Concluyó que la presunción de inocencia del procesado no logró derruirse, por cuanto persiste duda que debe resolverse a su favor, en tanto no se estableció en qué consistió el asesoramiento prestado por el Mayor **LACV** a la Mayor **EVS.** Por consiguiente, solicitó que se absolviera al procesado en aplicación al principio Constitucional de *in dubio pro-reo*.

De la defensora de confianza, abogada NWM.

Sostuvo que debe proferirse decisión absolutoria en favor de su defendido, toda vez que la fiscalía no pudo derruir la presunción de inocencia de que goza por disposición constitucional y legal. En ese sentido, adujo que, aunque existen pruebas que conducen a concluir que existió una conversación entre su defendido y la Mayor **EVS**, no se puede entender por ese solo hecho que éste brindo consejo legal a la oficial, por cuanto no existe prueba más allá de toda duda razonable que permita corroborar esta situación.

Señaló que el Mayor **LACV** de ningún modo asesoró a la Mayor **EVS** en el trámite de la investigación que se adelantaba en contra de su esposo, puesto que como lo estableció la fiscal en la vista pública, el asesoramiento: "*se entiende como dar consejo o dictamen, con esta acción el asesor señala los puntos que otro debe sostener, prever los*

tropiezos, selecciona las pruebas, analiza documentos, en fin cumple una tarea que en ocasiones puede ser discreta o lejana, continua o intermitente frente a la información y establecimiento de medios para el desarrollo de una empresa o la consecución de un determinado fin", acciones en las que no logró demostrarse que hubiera incurrido el Mayor **LACV.**

Adujo, que las pruebas testimoniales permitían inferir, que la Mayor **EVS** acudió al despacho del Mayor **LACV** en un estado de desesperación y angustia por la investigación penal que se iniciaba en contra de su esposo, situación que determinó que el Juez 29 de Instrucción Penal Militar la escuchara y atinara a recomendarle que buscara el apoyo de un abogado especializado en derecho penal militar, así como las consecuencias del delito que se le endilgaba a su cónyuge. Situación que se evidencia en las diferentes declaraciones vertidas con posterioridad al inicio de la investigación formal, como corresponde a los testimonios del Cabo **VAA**, el Teniente **GACO**, el Subintendente **DEP**, la Mayor **EVS** y el mismo procesado, quienes al unísono refirieron cómo transcurrieron los hechos y cuál fue la actuación desplegada por el Mayor **LACV.** Declaraciones que la fiscalía tachó de sospechosas pero que igualmente fueron sustento para cesar procedimiento en favor de su prohijado por el ponible de falsedad ideológica en documento público.

Concluyó que no está probado que el Mayor **LACV** hubiera ejercido la profesión de abogado en favor de particulares, porque el solo hecho de sugerirle a la señora mayor que consiguiera un abogado no constituye consejo legal.

En relación con la prohibición que les asiste a los funcionarios de administración de justicia de interesarse de procesos que se adelanten en otros despachos, refirió que no se demostró que su prohijado tuviera interés alguno en el proceso tramitado en contra del CT. **GACO** porque ni siquiera lo conoció personalmente ni aceptó tramitar la investigación que se seguía en contra de ese oficial.

Aseguró en relación con la primera declaración vertida por la Mayor **EVS**, que la referencia que hizo del verbo asesorar fue consecuencia del cuestionario realizado por el juez de instrucción, en el entendido a que fue éste quien la indujo a referirse a dicho vocablo cuando le preguntó si había recibido asesoramiento por parte del Capitán **LACV.**

Por esas razones, estimó que la conducta atribuida al acusado resultaba atípica y, en consecuencia, solicitó aplicar el principio de i*n dubio pro-reo* por cuanto no existe prueba para condenar conforme lo exige el artículo 396 de la

Ley Penal Militar. Finalmente, precisó que no están dados los elementos del tipo penal para proferir condena requiriendo del juez colegiado la absolución del Mayor **LACV.**

De la intervención del acusado, Mayor LACV El acusado manifestó que no había cometido ningún delito, resaltando que no asesoró a persona alguna en el trámite de una investigación en particular, en esa medida, subrayó ser inocente de los cargos que se le endilgaron.

Luego, de referir que por el trámite de la investigación seguida en su contra ha visto afectada su vida militar, profesional y personal, resaltó la importancia de la jurisdicción penal militar por entender que solo un juez que conoce el estamento castrense y policial puede entender los diferentes aspectos que rodean el actuar del uniformado, en esas condiciones, aseguró que el hecho de ser juez penal militar no le impedía relacionarse con otros uniformados, razón por la cual decidió atender a la Mayor **EVS** al verla descompuesta y alterada, a quien solo le refirió las consecuencias del delito por el que era encausado su esposo y la necesidad de contar con un profesional del derecho idóneo que asumiera la defensa de su cónyuge. En consecuencia, solicitó se profiera fallo absolutorio en su favor.

V. DE LAS PRUEBAS EN QUE SE FUNDAMENTA LA DECISIÓN

1. Del orden documental.

1.1- Denuncia presentada por el Teniente **AJGM** –Juez 42 de Instrucción Penal Militar- en contra del entonces Capitán **LACV** –Juez 29 de Instrucción Penal Militar.

1.2- Auto del 25 de junio de 2014, que hace parte del proceso penal No. 497-2014 adelantado en contra del Teniente **GACO**, por medio del cual el Teniente **AJGM**, remitió el citado proceso al Juzgado 29 de Instrucción Penal Militar por competencia (CO1, folios 30-37).

1.3- Auto adiado el 4 de agosto de 2014, que hace parte del proceso penal adelantado en contra del TE. **GACO**, mediante el cual el CT. **LACV –** Juez 29 de Instrucción Penal Militar- devuelve el proceso 497-2014 al Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar por considerarse impedido para conocer el mismo (CO1, folios 39-40).

1.4- Auto de fecha 16 de septiembre de 2014, que hace parte del proceso penal No. 497-2014 adelantado en contra del TE. **GACO**, a través del cual el Juez 42 de Instrucción Penal

Militar resolvió la situación jurídica al citado oficial (CO1, folios 42-48).

1.5- Documentación perteneciente al CT. **LACV**, como corresponde a: Constancia tiempo de servicio (C01, folio 82.); Extracto hoja de vida (CO1, folios 83-85); copia resolución No. 00701-DEJUM- del 10 de octubre de 2013, por medio del cual se trasladó al acusado como Juez 29 de Instrucción Penal Militar (CO1, folios 87-89); copia acta de posesión No. 353-BR11- del 28 de octubre de 2013, como Juez 29 de Instrucción Penal Militar (CO1, folio 90); Certificación expedida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en la que constan los cargos ocupados por el acusado en la jurisdicción penal militar (CO1, folio 91); copia cedula de ciudadanía No. 11439986 que corresponde a **LACV** (CO1, folio 92). copia resolución No. 000484-DEJUM- julio 17 de 2013, por la cual se modifican sedes y nomenclaturas de despachos judiciales de la justicia penal militar. (CO1, folios 93-114); copia oficio (número inentendible) de fecha 9 de febrero de 2015, que fuera aportado por la Mayor **EVS** en la diligencia de declaración rendida el 24 de febrero de 2015.

2. Inspecciones judiciales.

2.1- Inspección practicada al proceso penal No. 497-2014 que se adelantaba en contra del TE. **GACO** en el Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar. (CO1, folios 28-48).

3. **Del orden testimonial.**

3.1- Ampliación de denuncia del Teniente **AJGM**, realizada el 28 de noviembre de 2014. (CO1, folios 49-50).

3.2- Declaración del Cabo Primero **VAA**, rendida el 24 de febrero de 2015. (CO1, folios 53-54).

3.3- Declaración de la Mayor **EVS**, rendida el 24 de febrero de 2015. (CO1, folios 55-56).

3.4- Declaración de **PNRM**, rendida el día 24 de febrero de 2015. (CO1, folios 58-59).

3.5- Ampliación del testimonio de la Mayor **EVS**, efectuado el 20 de marzo de 2015. (CO1, folios 128-129).

3.6- Declaración del Teniente **GACO**, rendida el día 31 de marzo de 2015. (CO1, folios 132-133).

3.7- Ampliación de declaración del Teniente **AJGM**, rendido el 01 de septiembre de 2015. (CO2, folios 281-287).

3.8-Ampliación de declaración del Cabo Primero **VAA**, rendida el 16 de febrero de 2016. (CO2, folios 377-378).

3.9-Ampliación de declaración de **PNRM**, rendida el 16 de febrero de 2016. (CO2, folio 379 ambas caras).

3.10- Declaración rendida por el Subintendente **DEPG**. (CO2, folio 380-384.

3.11- Declaración rendida por el Sargento Mayor **JEZR**. (CO2, folio 390-393).

3.12- Tercer testimonio vertido por la Teniente Coronel **EVS**. (CO3, folio 407-408).

VI. FUNDAMENTOS FÁCTICOS, JURÍDICOS Y PROBATORIOS DE LA DECISIÓN

Con fundamento en el inciso 5° del artículo 580 de la Ley 522 de 1999, la Sala es competente para emitir el fallo que en derecho corresponda y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 de la Ley 522 de 1999[37], establecer si obra prueba suficiente que permita determinar certeramente la existencia del hecho, así como la responsabilidad del acusado.

[37] *Ley 522 de 1999 Artículo 396. Prueba para condenar. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.*

Así las cosas, al Mayor **LACV** se le acusa de haber prestado asesoría en la defensa del proceso penal No 497-2014 que se adelantaba en el Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar contra del Teniente **GACO**, a través de la esposa del oficial investigado, la entonces Mayor **EVS**, en tal virtud, se le atribuyó la comisión como autor del delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales agravada, tipo penal que se encuentra previsto en el artículo 421 de la Ley 599 de 2000, norma que establece:

> *Artículo 421.* ***Asesoramiento y otras actuaciones ilegales.*** *"El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*
>
> *Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público la pena será de prisión de uno (1) a tres (3) años (hoy dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses), e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años (hoy ochenta (80) meses)". (Texto subrayado corresponde a la pena aumentada en virtud de la Ley 890 de 2004).*

6.1- El delito de *asesoramiento y otras actuaciones ilegales* exige para su adecuación típica la presencia de un sujeto activo calificado, en tanto debe registrar la condición de servidor público, calidad que registran: "*los*

miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios…"[38]. Por su parte, el Código Penal señala que: "*para todos los efectos de la ley penal a los miembros de las Fuerzas Militares se les considerará servidores públicos*[39].

Por su parte, el sujeto pasivo de la conducta punible corresponde al Estado, en tanto, la administración pública debe estar orientada por los principios de transparencia, legalidad, prevalencia del interés general, imparcialidad y moralidad y como parte de la actividad Estatal está enmarcada en la prestación de los servicios públicos, se puede entender que hay abuso de poder al desconocer tales principios que demanda el legislador del funcionario público, en tanto al incurrir en la conducta prohibida el sujeto agente contraviene los fines del Estado por desconocer el fundamento de igualdad ante la ley que registran los asociados. Frente al particular la Corte Suprema de Justicia precisó:

> *"Se castiga al autor por adoptar una doble posición concomitante, la de servidor público y como gestor de intereses personales mancillando a la administración pública. Además, pone en*

---

[38] Artículo 123 de la Constitución Nacional.

[39] Ley 599 de 2000. Artículo 20. Servidores públicos. "Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política"

> *primacía al particular favorecido frente a la contraparte en el proceso, socavando el principio de igualdad ante la ley[40], a la vez que altera la integridad y honradez características del proceder oficial…"[41]*

La conducta prohibida contiene varias acciones que el sujeto agente puede llegar a realizar independientemente o de manera alternativa, a saber: *representar*, *litigar*, *gestionar* o *asesorar*, en asunto judicial, administrativo o policial. Así las cosas, la conducta prohíbe al servidor público la representación, litigio, gestión o asesoría en asunto judicial, administrativo o policivo.

Bajo ese panorama, el verbo rector asesorar puede entenderse como dar consejo o dictamen, tomar lección del letrado, asesorar o consultar su dictamen, recibir consejo de una persona de otra, ilustrarse con su parecer[42]. Así mismo, se tiene que este verbo rector puede tener diferentes acepciones, entre otras: indicar, avisar, informar, comunicar, manifestar, significar, revelar, señalar, orientar, aconsejar, recomendar, sugerir, advertir, dictaminar, prescribir.

Es decir, resulta fácil precisar, que el verbo *asesorar* en su mejor acepción para el tipo penal

---

[40] Delitos contra la administración pública. CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA, pág. 525.
[41] Corte Suprema de Justicia, Sala de Instrucción, radicado NO. 37900, noviembre 3 de 2012. MP Julio Enrique Socha Salamanca.
[42] Corte Suprema de Justicia, Sala de Instrucción, radicado NO. 37900, noviembre 3 de 2012. MP Julio Enrique Socha Salamanca

bajo estudio, debe entenderse como " *dar consejo o dictamen*", acción con la que el asesor señala los puntos que otro debe sostener. Es decir, quien asesora le señala al orientado el camino a seguir en cierto asunto o materia.

Por otro lado, el tipo penal tiene como ingrediente normativo que el asesoramiento se realice de manera ilegal, significando con ello que el consejo se emita contrariando la ley. En ese sentido, el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, estatuto del abogado, prohíbe a los servidores públicos ejercer la abogacía salvo en causa propia o cuando sean debidamente autorizados por la entidad que representan[43], así mismo, el artículo 154 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia[44], dispone:

> *"Prohibiciones. A los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, según sea el caso, les está prohibido:*
> *(…)*
> *14. Interesarse indebidamente, de cualquier modo, que sea, en asuntos pendientes ante los demás despachos judiciales o emitir conceptos sobre ellos"*

---

[43] Ley 1123 de 2007. Artículo 29. INCOMPATIBILIDADES. "No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:
1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.
PARÁGRAFO. <Aparte subrayado CONDICIONAMENTE exequible> Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley".
[44] Ley 270 de 1996.

Ello quiere decir, que de manera general el abogado no puede desempeñar al mismo tiempo funciones en un cargo público y ejercer el derecho en interés particular, puesto que dicha dualidad inicialmente se encuentra prohibida en cualquier trámite de carácter administrativo, policivo o judicial.

6.2- Ahora bien, la Fiscal Primera ante el Tribunal Superior Militar y Policial acusó al Mayor **LACV** como autor responsable del delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales agravadas, contenido en el artículo 421 de la Ley 599 de 2000, con fundamento en que el funcionario en providencia del cuatro (4) de agosto de 2014 estableció que *asesoró*, a la entonces Mayor **EVS**, en la defensa de su esposo, Teniente **GACO**, a quien se le adelantaba el proceso penal No. 497-2014 en el Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar.

De las pruebas obrantes en la investigación, particularmente la evidencia documental aportada por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, la Sala encuentra demostrado que, para el año 2014, el Mayor **LACV** se encontraba vinculado al Ejército Nacional[45] en el grado de Capitán[46] y fungía como Juez 29 de Instrucción

[45]< *Se escalafonó como oficial del Ejército Nacional con resolución ministerial No. 1306 del 27 de diciembre de 2002 en el grado de subteniente. (extracto hoja de vida. CO1, folios 83-85).*
[46] *Decreto No. 4489 del 1º de diciembre de 2010. (extracto hoja de vida. CO1, folios 83-85).*

Penal Militar[47], es decir, que dada su condición de militar en la categoría de oficial tenía la connotación de servidor público al servicio del Estado y de la comunidad, razón por la cual le era exigible coadyuvar al logro de los fines de la Nación, *garantizando el orden político, económico y social justo*[48] en todas sus actuaciones.

Igualmente, claro resulta que los funcionarios de la jurisdicción castrense administran justicia conforme lo determina el artículo 116 constitucional[49] y la Ley 270 de 1996[50]. En tal virtud, a los jueces de la jurisdicción especializada, por su doble connotación de militares y administradores de justicia, les es aplicable tanto el código del abogado como la ley estatutaria de administración de justicia en cuanto a las incompatibilidades con el ejercicio de la abogacía, artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, así como las prohibiciones contenidas en la ley estatutaria de administración de justicia, Ley 270 de 1996.

---

[47] Resolución 701-JPM del 10 de octubre de 2013, acta de posesión 353-BR11 del 28 de octubre de 2013, CO1, folios 87-89 y 90, respectivamente.
[48] Constitución Nacional, Preámbulo.
[49] Constitución Nacional ARTICULO 116: "La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.
[50] CAPITULO II Del ejercicio de la Función Jurisdiccional por las autoridades. ARTICULO 12.DEL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL POR LA RAMA JUDICIAL. Modificado por el art. 5, Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: "La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria.
Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción".

Ahora bien, al Mayor **LACV**, en su condición de oficial activo al servicio de las Fuerzas Militares y como Juez 29 de Instrucción Penal Militar, le estaba prohibido asesorar, dar consejo o dictamen en algún asunto administrativo, judicial o policial, máxime si se trataba de un presunto delito contra la disciplina, que es de conocimiento exclusivo de la jurisdicción especializada. A este respecto, la fiscal penal militar precisó que, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Nacional y el estatuto de administración de justicia, la jurisdicción penal militar administra justicia, aunque orgánicamente dependa de la rama ejecutiva, razón por la cual le es aplicable el artículo 154 de la Ley 270 de 1996, que establece la prohibición a los funcionarios judiciales de interesarse de algún asunto que se surta en otro despacho judicial. Además, estimó que si a los funcionarios de la justicia penal militar les cobijaba los derechos, prerrogativas y beneficios que tienen los integrantes de la rama judicial, también se les debía aplicar las prohibiciones que existen para dichos funcionarios.

Bajo ese contexto, la fiscalía encontró demostrado que el Mayor **LACV** asesoró al Teniente **GACO** en cómo defenderse en el proceso penal No. 497-2014 que se le adelantaba en el Juzgado 42 de

Instrucción Penal Militar, dado que en el auto del cuatro (4) de agosto de 2014, proferido por el acusado dentro del referido proceso penal[51], plasmó que se encontraba impedido para conocer de dicha investigación por cuanto: "*(…)la esposa del sindicado oficial superior y directora del Dispensario médico en esta Brigada 11 y el mismo investigado, personalmente y este último vía telefónica habían recibido asesoría de mi parte sobre cómo debía defenderse de la presente causa (…)*"[52].

Sostuvo que en ese sentido se pronunció la Mayor **EVS**, el Cabo Primero **VAA** y el propio Mayor **LACV** en la versión libre rendida dentro de las diligencias previas adelantadas por estos hechos, deponentes que fueron contestes al afirmar que la Mayor **EVS**, una vez se abrió investigación a su esposo, acudió al despacho del Juez 29 de Instrucción Penal Militar a pedir asesoría, no solamente al juez sino a los demás empleados, visitas que fueron frecuentes, al punto que la mencionada Mayor **EVS**, al momento de rendir la primera diligencia de manera libre y espontánea, exhibió el último documento que le había enviado al correo electrónico del acusado para recibir consejo del funcionario, comunicación remitida por la Secretaría del Tribunal Superior Militar al Teniente **GACO**, en el que se le informaba de una decisión tomada por la Corporación dentro de

[51] *Cuaderno original 1, folio 38 a 39.*
[52] *Cuaderno original 1, folios 39-40.*

la investigación que se seguía en su contra. Situación que permitía inferir válidamente, en criterio de la fiscalía militar, que el acusado dio consejo al Teniente **GACO** durante el trámite de la investigación penal que se adelantaba en su contra pese a su condición de Juez 29 de Instrucción Penal Militar.

En consecuencia, la fiscalía sostuvo que, aunque las versiones entregadas posteriormente por los testigos cuando se inició el proceso penal por los delitos de asesoramiento ilegal y falsedad ideológica en documento público distaron de lo referido inicialmente, en tanto señalaron que el acusado se limitó a aconsejar a la Mayor **EVS** sobre la necesidad de conseguir un abogado penalista especializado en justicia penal militar que representara a su esposo, las versiones iniciales daban cuenta de que la asesoría tenía como objeto encausar la defensa del Teniente **GACO**, al punto que fue esta la razón por la cual el acusado, como Juez 29 de Instrucción Penal Militar, se declaró impedido inicialmente, dado que había comprometido su criterio.

Frente al anterior acontecer fáctico y jurídico presentado por la Fiscalía Primera Penal Militar, tiene la Sala que verificar si las probanzas permiten arribar a la certeza racional que se exige para proferir condena, de conformidad con lo establecido en el artículo 396 de la Ley 522

de 1999 en contra del Mayor **LACV**, por el delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, de conformidad con la pieza acusatoria.

6.3- Para ello, ha de tenerse en cuenta que el ordenamiento penal militar[53], establece que para emitir sentencia condenatoria deben obrar pruebas que permitan establecer la certeza del hecho punible y la responsabilidad del procesado. Certeza que permite al juez arribar al convencimiento de la existencia del hecho con criterio de verdad, grado al que se llega luego de valorar de manera individual y colectiva cada uno de los medios de pruebas arrimados al proceso, en aplicación a los postulados de la sana crítica, aspecto sobre el cual la Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"Es que, constituyendo la certeza un íntimo convencimiento sobre un determinado objeto del conocimiento, negativo o positivo, producto de una elaboración mental, pero fundamentada, para los efectos jurídicos de que aquí se trata, en elementos objetivos, como es la prueba obrante en el proceso y las reglas o leyes igualmente conocidas y de imperativa aplicación, es claro que sin violentar el ámbito propio de lo estrictamente subjetivo, esto es, el criterio de valor colegido, la falsedad de la conclusión deviene, bien por la imposibilidad que tenía el sujeto cognoscente de llegar al criterio de verdad proclamado, precisamente por haberse desconocido o alterado el objeto de conocimiento o las reglas de la lógica,*

[53] *Ley 522 de 1999. Artículo 396. Prueba para condenar. "No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado".*

la ciencia o la experiencia imperativas para su valoración, decayendo, de suyo, la certeza argüida, en la medida en que ella no sería predicable del objeto de apreciación, sino de otro, o porque al ser reglado el método a utilizar para ello, se habría recurrido a otro o éste estaría desfigurado, pues, en derecho probatorio y específicamente en materia penal, la valoración de las pruebas no es libre, es reglada, tanto en cuanto se refiere al objeto de apreciación que no es libre, pues está constituido por todo el haber probatorio legalmente aducido al proceso, como en relación al método con el cual debe llevarse a efecto esa valoración, que como se ha visto, es, salvo excepción en contrario, el de la sana crítica.

No se trata, entonces, frente a estos grados del conocimiento, de cubrirlos con un manto de absoluto subjetivismo, carente de su objetivo sustento, que los haría inconfrontables, convirtiéndolos en cuanto a la problemática probatoria se refiere, en una especie de "verdad sabida y buena fe guardada", o más estrictamente, en el reconocimiento de verdades absolutas e irrebatibles, para tornar en incontrolable la función juzgadora, dejada a la postre al arbitrio del administrador de justicia, convirtiendo, asimismo, en innecesarias las pruebas allegadas precisamente como sustento del juicio y base del mismo, sino, por el contrario, de tener claro, que se trata de un grado del conocimiento al que se llega partiendo de una base objetiva, de suyo, constatable". [54]

En otro pronunciamiento, también precisó:

"La certeza implica que el funcionario judicial está fuera de toda duda, es decir, que acepta la existencia de unos hechos con criterio de verdad desde dos planos a saber: (i) Subjetivo. Consistente en la manifestación de aceptar el hecho como cierto y (ii). Objetivo. Son los fundamentos probatorios que se tienen para concluir en la existencia de dicho hecho.

[54] *Corte Suprema de Justicia, radicado 15884, septiembre 4 de 2002. MP. Carlos Augusto Gálvez Argote.*

> *En otras palabras, la certeza no es otra cosa que la convicción del hecho. Conocimiento al que se arriba luego de concluir que éste encuentra cabal correspondencia con lo que revelan los medios de prueba incorporados al trámite, luego de ser examinados de acuerdo con los postulados de la lógica, de la ciencia o de las máximas de la experiencia, excluyéndose de esta manera las ideas contrarias que se tenían de él"*[55].

De manera que, solo cuando se llega a la certeza racional es procedente proferir sentencia de condena, de lo contrario, ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado será menester aplicar el principio de *in dubio pro reo*, esto es, deberán resolverse dichas dudas en favor del acusado como lo reclamaron la representante del Ministerio Público y la defensa en la audiencia de Corte marcial.

6.4 Siguiendo tales lineamientos, la Sala contrastará las pruebas que tuvo en cuenta la fiscalía para proferir la decisión acusatoria y las que desestimó por observar en los testigos un posible acuerdo para favorecer al procesado, con el fin de verificar si la evidencia presentada por la fiscalía tiene la capacidad de brindar certeza del hecho y responsabilidad del procesado o, si, por el contrario, las mismas no permiten

---

[55] *Corte Suprema de Justicia, radicado 22898 del 19 de octubre de 2006. MP. Jorge Luis Quintero Milanés.*

desvirtuar el principio de inocencia del que goza el acusado.

Recuérdese que en diligencia de versión libre el Mayor **LACV** señaló que se declaró impedido para tramitar la investigación seguida en contra del Teniente **GACO** mediante auto de fecha 4 de agosto de 2014, por: "*haber asesorado al procesado dentro de la investigación por medio de su esposa la MY.* ***EVS***"[56]. Así mismo, las primeras versiones rendidas por los testigos, permiten apreciar que efectivamente la Mayor **EVS** visitaba continuamente al Juez 29 de Instrucción Penal Militar para requerir su consejo frente al trámite de la investigación penal que se seguía en contra de su esposo por parte del Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar, así lo precisó el Cabo Primero **VAA**, cuando refirió:

> *"hasta donde tengo entendido el inconveniente se presentó por la competencia de la investigación que se cursa en el juzgado 42 en contra de un señor teniente por atacar a un subalterno como los hechos ocurrieron en el Batallón Rifles de Caucasia Antioquia, la señora Mayor directora del dispensario de la XI Brigada, quien es la esposa del Teniente implicado en la investigación venia de manera muy frecuente para hacerle consultas sobre el tema del proceso que cursaba en contra de su esposo al señor Juez 29 y a los funcionarios que laboran en este Despacho"*[57].

[56] *Cuaderno original 1, folio 61.*
[57] *Cuaderno original 1, folio 54.*

Por su parte la Mayor **EVS**, cuando el funcionario instructor le preguntó si por el proceso adelantado en contra de su esposo había solicitado algún tipo de asesoría a los funcionarios del Juzgado 29 de Instrucción Penal Militar, respondió:

> *"Sí, solicité asesoría ya que desconozco totalmente de los procesos jurídicos en los que estaba mi esposo así que le pedí que me informara del presunto delito que había cometido, posibles consecuencias y todo lo que venía durante la trayectoria del proceso penal, así mismo posteriormente vine a la oficina de él y me aclaro unas inquietudes que tenía mi esposo realizadas telefónicamente, eventualmente cuando me han llegado algunos documentos a mi esposo le he pedido el favor que me aclare a qué se refieren los mismos, ya que se utilizan terminología que no son de mi conocimiento, por eso fue que le pedí asesoría, ya que él es Juez de este Batallón y me podía colaborar y es el más competente para asesorarme y en atención que el proceso que se cursa en contra de mi esposo está en el municipio de Caucasia"*[58].

Declaración en la que, además, la testigo aportó copia del oficio de fecha 9 de febrero de 2015, emitido dentro de la investigación penal adelantada en contra del Teniente **GACO** por el delito de ataque al inferior, documento en el que la secretaria de la Corporación informaba al citado oficial sobre la decisión del Colegiado respecto a un impedimento presentado por el Juez

[58] *Cuaderno original 1, folio 45.*

42 de Instrucción Penal Militar, documento que la oficial envió al correo electrónico del acusado para que le informara a que hacía alusión el término inhibirse y ataque al inferior[59].

Pruebas que, en criterio de la fiscalía permiten demostrar certeramente que el Mayor **LACV**, dada su condición de Juez 29 de Instrucción Penal Militar, incurrió en el delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales agravado, puesto que aceptó haber asesorado en la defensa al Teniente **GACO** dentro del proceso No. 497-2014 que se seguía en su contra.

Sin embargo, la fiscalía militar desestimó las ampliaciones rendidas por los testigos al considerarlas sospechosas dado que su contenido era similar a lo referido por el procesado en diligencia de indagatoria, lo que la condujo a entender que las primeras versiones eran veraces por cuanto fueron espontáneas y no registraban similitudes con la versión del indagado, sin que sustentara racionalmente las razones por las cuales apartes trascendentales de la prueba no le merecían credibilidad, puesto que omitió determinar por qué dichos medios de conocimiento no satisfacían el estándar mínimo de sensibilidad observacional, objetividad o veracidad, reglas de valoración probatoria definidas en el artículo 441 de la Ley 522 de 1999.

[59] *Cuaderno original 1, folio 128.*

Conforme a lo anterior, es necesario señalar que el Mayor **LACV** refirió en diligencia de indagatoria que el asesoramiento realizado a la Mayor **EVS** se limitó a aconsejarle: "*(…) buscar la (sic) correspondiente servicios profesionales de un abogado conocedor del derecho penal y específicamente el derecho penal militar, por lo que ella de inmediato procede a llamar a su esposo manifestándole lo que yo le había comentado*"[60]. También agregó, respecto al oficio que la Mayor **EVS** le había enviado lo siguiente: "*Primero que todo quiero aclarar que mi Mayor nunca me envió ningún documento, ella se acercó a mi Despacho y me mostró una fotografía en su celular que le había enviado su esposo y que corresponde al documento que se me pone de presente, en que me preguntaba qué quería decir "ataque al inferior" y la palabra "inhibirse" y por supuesto con una de las funciones que desde el punto de vista académico debe tener el militar …le expliqué que quería decir la palabra inhibirse y que consistía la palabra ataque al inferior, nada más*".

Por su parte, el Cabo Primero **VAA** sostuvo en diligencia de ampliación de testimonio: "(…) *a pesar de que mi mayor EVS y frecuentemente iba al juzgado en esos días se había presentado el incidente en el Batallón Rifles con el esposo de ella y días antes había llegado llorando contándole a mi MY. LACV todo lo que había ocurrido con su esposo como escuchamos todo lo que ella contó pues presumí sin que fuera confirmado era que ella iba a hablar de ese*

[60] *Cuaderno original 1, folio 179.*

tema pero realmente quiero aclarar que no me consta y que solo fue lo que pensé que pasaba"[61].

Igualmente, la Mayor **EVS** al ser interrogada por el objeto del asesoramiento indicó: *"yo pienso que no fue asesoramiento si no una recomendación, ya que cuando se presentan las circunstancias me acerqué a la oficina del señor Capitán y le comenté todo lo ocurrido con el caso de mi esposo, ya que desconozco sobre estos procesos jurídicos y el Capitán como amigo y persona más idónea dentro del cantón podía ser quien me orientara en el mismo, dicha recomendación consistió en que debíamos conseguir el acompañamiento y el asesoramiento de un abogado experto en esta área del derecho Penal Militar, eso fue todo lo que me dijo, pero él no me especifico ni me recomendó ningún abogado en particular"*[62].

Testimonios que analizados en conjunto bajo las reglas de la sana crítica registran plena validez, en tanto lo afirmado no se funda en especulaciones o conjeturas sino en su experiencia sensorial por lo que resultan objetivos, tampoco se acreditó la existencia de defectos físicos o psicológicos que alteraran la fidelidad de la aprehensión sensitiva, menos aún existe circunstancia que permita inferir que los deponentes no fueron veraces al momento de referir los hechos. Razones que permiten a la Sala valorarlos a fin de establecer si el hecho

[61] *Cuaderno original 2, folio 377.*
[62] *Cuaderno original 1, folio 128.*

ocurrió, así como la responsabilidad penal del procesado.

Bajo ese entendido, encontramos que si bien en la providencia del 04 de agosto de 2014 y en la primera versión rendida por el acusado, este señaló haber asesorado en su defensa al Teniente **GACO** a través de su esposa dentro del proceso que se le seguía ante el Juzgado 42 de Instrucción Penal Militar, ninguna prueba inicial refiere en que consistió dicho consejo a excepción de lo señalado por la propia MY. **EVS**, quien en su primera versión indicó frente al objeto de asesoría lo siguiente: "*ya que desconozco totalmente de los procesos jurídicos en los que estaba mi esposo así que le pedí que me informara del presunto delito que había cometido, posibles consecuencias y todo lo que venía durante la trayectoria del proceso penal*".

Situación que de forma alguna constituye delito por cuanto dicho consejo no implica inmiscuirse dentro del trámite investigativo, en tanto no ofrece una estrategia jurídica defensiva que pueda afectar a la administración de justicia, por el contrario, se dirige a informar en qué consistía el delito atribuido, sus consecuencias y el trámite procesal subsiguiente, explicación que no involucra consejo legal sino la ilustración de los aspectos generales que envolvía dicha investigación, así lo estableció

nuevamente la testigo cuando refiere en segunda versión: "*No fue asesoría, básicamente lo que hizo fue informarme el significado de los términos de inhibirse y ataque al inferior, ya que es un léxico que no manejo en mí área laboral (…)*"[63].

Del mismo modo, el CT. **GACO** y el acusado señalaron que la orientación entregada estuvo dirigida a la consecución de un abogado idóneo que pudiera asumir la defensa del oficial[64].

Recuérdese que el tipo penal de asesoramiento y otras actuaciones ilegales no tiene adecuación típica objetiva por la entrega de información general sobre aspectos básicos de la actuación administrativa, judicial o policiva, sino que requiere para su consumación que el servidor público intervenga directamente asesorando verbal o por escrito la forma en que debe sustentarse o motivarse por parte del asesorado un determinado asunto, lo que en palabras del órgano de cierre en la jurisdicción penal estima como inmiscuirse en el núcleo central de la idea jurídica expuesta por el orientado dentro de la actuación, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia al señalar:

> *"En atención a este comportamiento imputado al Fiscal de Medina, se tiene que los elementos normativos y descriptivos visibles en el*

[63] *Cuaderno original 1, folios 128-129.*
[64] *Cuaderno original 1, folios 133 y 179.*

precepto 421 de la Ley 599 de 2000, no se estructuran, en tanto, la conducta reprimida asesorar –que es la más próxima al caso–, requiere para su consumación la intervención directa del funcionario en la motivación o respecto de los argumentos esenciales en una determinada actuación.

(…)

En el caso sometido a examen, no se constató esa relación que requiere el tipo, ni menos aún se evidenció que el aquí absuelto, hubiera realizado algún asesoramiento, el cual implica inmiscuirse con el núcleo central de la idea jurídica expuesta (comunicarla o escribirla) en soslayo de su quehacer jurídico como servidor público, que en el contexto de la inspección judicial no se percibe o demuestra"[65].

En esas condiciones, para el Tribunal no es posible determinar en qué consistió el consejo brindado por el Juez 29 de Instrucción Penal Militar al Teniente **GACO** a través de su esposa, puesto que, aunque el acusado en versión libre y en auto del cuatro (4) de agosto de 2014 señaló que asesoró al oficial en su defensa, el testimonio de la Mayor **EVS** y las posteriores versiones del Mayor **LACV** indican que el consejo brindado estuvo encaminado a darle a conocer aspectos generales de la actuación penal y a la consecución de un profesional del Derecho para que asumiera la defensa técnica, situación que como se advirtió no tiene la entidad para predicar la configuración típica objetiva del

[65] *Corte Suprema de Justicia, radicado No. 35657, noviembre 23 de 2011, MP. Javier Zapata Ortiz.*

delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales[66].

Así las cosas, arribar a un juicio de reproche se ofrece confuso, ya que no logró probarse la construcción de un plan de acción de contenido jurídico encaminado a favorecer al aconsejado a pesar de lo dicho por el propio acusado, por el contrario, el obrar del juez de instrucción en lugar de enfocarse hacia lo que sería una asesoría en sí, aparentemente se orientó a informar aspectos generales de la actuación que no tienen trascendencia para el derecho penal.

En esas condiciones, resulta pertinente lo esbozado por la representante de la Procuraduría respecto a la necesidad de contar con certeza racional del hecho punible y de la responsabilidad del procesado para proferir condena, dado que la Sala no puede concluir que las gestiones que se imputaron al MY. **LACV** resulten delictivas, puesto que como se itera, el exiguo material probatorio no evidencia en qué consistió el consejo brindado al Teniente **GACO** a través de su esposa.

En consecuencia, la duda racional que se origina debe ser resuelta en favor del procesado en aplicación del principio universal del *in dubio*

[66] *Corte Suprema de Justicia, radicado No. 46915, diciembre 6 de 2017. MP. José Luis Barceló Camacho.*

pro reo como lo reclamara el Ministerio Público y la defensa, duda que en este estadio procesal no puede ser dilucidada, en tanto que no se aprovechó el momento oportuno para inquirir al investigado en qué consistió el consejo brindado, tema que de haberse precisado no hubiera permitido llegar a esta etapa procesal o, por el contrario, hubiera concedido proferir una sentencia de condena.

En tal sentido, ha de tenerse en cuenta que el procedimiento penal militar tiene instituido como norma rectora el *in dubio pro reo*. Principio que establece que "*Toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla*"[67]. Sobre este principio la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

> *"En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado"*[68].

---

[67] *Ley 522 de 1999, artículo 209.*
[68] *Corte Suprema de Justicia, radicado No. 43262, abril 16 de 2015. MP. María del Rosario González Muñoz.*

> *"8. De conformidad con el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal la duda que se presente deberá resolverse a favor del procesado, por lo cual deviene imperativo que la sentencia condenatoria se fundamente en convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. Este pilar esencial del debido proceso es una consecuencia del reconocimiento y prevalencia de la presunción de inocencia, en tanto le corresponde al aparato estatal desvirtuarla, probatoriamente, en un grado superior de convicción que ciertamente permita predicar sin dubitaciones la materialidad del punible y la culpabilidad del procesado.*
>
> *La aplicación del principio in dubio pro reo en el proceso penal se supedita a la efectiva concurrencia de tres situaciones, a saber: i) el agotamiento una investigación seria y exhaustiva; ii) el decreto y práctica durante el juicio oral de todas las pruebas conducentes y pertinentes para esclarecer los hechos; y iii) la persistencia y permanencia de una duda que impida o dificulte alcanzar la verdad. Por lo anterior, no cualquier inquietud o discordancia cuenta con la entidad suficiente para terminar el proceso, en beneficio del sindicado*[69]*.*

En ese orden de ideas y ante la imposibilidad de llegar a una certeza racional sobre la ocurrencia del hecho punible y la responsabilidad del Mayor **LACV** como autor del delito de *asesoramiento y otras actuaciones ilegales*, por los hechos acaecidos en el año 2014, cuando el citado oficial se desempeñaba como Juez 29 de Instrucción Penal Militar, no es dable a esta Sala rehacer la actuación para lograr desvirtuar una duda que ya no podrá ser dilucidada, no

[69] *Corte Suprema de Justicia, radicado No. 47348, febrero 15 de 2017, MP. Eugenio Fernández Carlier.*

quedando remedio distinto al de proferir sentencia absolutoria en favor del procesado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

VII. RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER al Mayor **LACV,** identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.439.986 expedida en Facatativá – Cundinamarca, de los cargos imputados por el delito de *asesoramiento y otras actuaciones ilegales agravado,* por hechos ocurridos en el año 2014 cuando el citado oficial se desempeñaba como Juez 29 de Instrucción Penal Militar, con sede en Montería –Córdoba, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONTRA la presente decisión procede el recurso de apelación de conformidad con lo establecido en la Ley 522 de 1999.

TERCERO: En firme la presente decisión, comuníquese a las autoridades correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. -

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitan de Navío (RA) **JULIAN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	***Segunda de decisión***
Magistrado ponente:	***TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ***
Radicación:	***158725***
Procedencia:	***Juzgado de Instancia del Departamento de Policía Antioquia***
Procesado:	***PT(R) JMV***
Delito:	***Ataque al inferior, ataque al superior y abandono del puesto.***
Motivo de alzada:	***Apelación sentencia condenatoria***
Decisión:	***Confirma***

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

La Sala se pronuncia frente al recurso de apelación interpuesto por la doctora **ODSGQ** contra la sentencia proferida por el Juez de Instancia del Departamento de Policía Antioquia encargado, el pasado 22 de mayo de 2017, por medio de la cual condenó al PT(R) **JMV** por los delitos de abandono del puesto, ataque al superior y ataque al inferior.

II. HECHOS

El informe inicial da cuenta que encontrándose el entonces patrullero de la Policía Nacional **JMV** realizando tercer turno de vigilancia y seguridad, fue encontrado ingiriendo licor en el parque principal de la población de San Vicente Ferrer – Antioquia el día 22 de mayo de 2011 aproximadamente a las 18:10 horas. Institucional que sorprendido en estado de alicoramiento fue requerido y conducido por otros uniformados a quienes agredió física y verbalmente al punto que fue necesario despojarlo de su arma de dotación, momento en el que arremetió con manotazos y un golpe en los genitales al agente **WHMO**, así mismo, agredió a la patrullera **VAD** con palabras soeces, al auxiliar bachiller **CLM** con un punta pie y al subintendente **JELL** a quien mordió en una de sus manos lanzándole saliva en el rostro.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1- Por los hechos antes referidos, el 30 de junio de 2011 el Juzgado 163 de Instrucción Penal Militar inició investigación penal en contra del patrullero **JMV** por el delito de abandono del puesto, ataque al inferior, ataque al superior, lesiones personales y amenazas[1]. Luego de vincular al uniformado mediante diligencia de indagatoria surtida el 6 de noviembre

[1] *Cuaderno original 1, folios 43-44.*

de 2013[2], se resolvió su situación jurídica provisional el 15 del mismo mes y año[3], absteniéndose de imponer medida de aseguramiento por considerarla innecesaria como quiera que el inculpado estaba recluido en las instalaciones del Centro Carcelario de Santa Fe de Antioquia purgando una pena de prisión de 42 meses por el delito de hurto, a disposición del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia.

Posteriormente, con interlocutorio del 18 de marzo de 2016[4], el juzgado instructor cesó procedimiento en favor del procesado por el delito de lesiones personales en la humanidad de los policiales IT. **JELL** y AG. **WHMO** por desistimiento de los ofendidos. Perfeccionada en lo posible la investigación penal, se remitió la actuación a la Fiscalía 158 Penal Militar.

3.2- La Fiscalía Penal Militar declaró el cierre del ciclo instructivo[5] y calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del PT(R) **JMV** como autor de los delitos de abandono del puesto, ataque al superior y ataque al inferior, providencia

[2] *Cuaderno original 1, folios 168-176.*
[3] *Cuaderno original 1, folios 183-205.*
[4] *Cuaderno original 3, folios 423-429.*
[5] *Cuaderno original 3, folio 508.*

en la que igualmente cesó procedimiento a favor del procesado por el delito de amenazas[6].

3.3- Luego de que el juzgado de conocimiento decretara el inicio del juicio[7], se celebró la audiencia de corte marcial el 9 de mayo de 2017[8]. Despacho que finalmente, el 22 de mayo de 2017[9], profirió sentencia condenatoria en contra del PT (R) **JMV** por los delitos de abandono del puesto, ataque al inferior y ataque al superior. Decisión que fue recurrida y hoy ocupa el pronunciamiento de esta Sala.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez de Instancia del Departamento de Policía Antioquia (E), el veintidós (22) de mayo de 2017, profirió sentencia condenatoria[10] en contra del patrullero retirado **JMV** por los punibles de abandono del puesto en concurso con ataque al inferior y ataque al superior, condenándolo a la pena de un (1) año de prisión como responsable del delito de abandono del servicio, así mismo, impuso como pena por los delitos de ataque al inferior y ataque al superior dos (2) meses de prisión para cada uno de

[6] *Providencia del 10 de febrero de 2017. CO3, folios 538-563.*
[7] *Cuaderno original 3, folio 575.*
[8] *Cuaderno original 3, folios 584-613.*
[9] *Cuaderno original 3, folios 614-688.*
[10] *Cuaderno original 3, folios 614-688.*

ellos, negando otorgar el beneficio de condena de ejecución condicional.

Decisión en la que luego de indicar el asunto a tratar, establecer la situación fáctica, identificar al procesado, sintetizar los alegatos y solicitudes de los sujetos procesales, señaló que procedía la declaratoria de responsabilidad penal ante la probada certeza de la ocurrencia de las conductas punibles endilgadas y la responsabilidad del procesado como autor de los delitos de abandono del puesto, ataque al inferior y ataque al superior, tipificado en los artículos 105, 100 y 99 de la Ley 1407 de 2010 respectivamente.

Indicó que el procesado **JMV** infringió el tipo penal de abandono del puesto, al encontrarse probado que el día 22 de mayo de 2011, mientras cumplía con el tercer turno de vigilancia en el parque del municipio de San Vicente de Ferrer, ingirió licor como lo refiriera el AP. **EMF**. Situación acreditada tanto por el dictamen médico legal practicado al procesado como por la restante prueba testimonial allegada al expediente, que da cuenta que el enjuiciado abandono los deberes del servicio que le había sido asignado.

Frente a la estructura del punible de abandono del puesto dijo que éste se concebía como un injusto de mera conducta, tipo penal especial, que demandaba

del miembro de la Fuerza Pública estar de facción o de servicio al momento en que decidiera desatender el puesto por cualquier tiempo, sin requerirse resultado o consecuencia en el mundo material perceptible por los sentidos.

El juez de instancia apuntaló que el legislador buscaba con el punible de abandono del puesto, no la protección de un espacio geográfico determinado, sino garantizar la prestación de un servicio y el ejercicio de la función. La concepción –puesto- indicaba el ejercicio de la labor que se orientaba a garantizar el servicio de vigilancia en un lugar asignado en condiciones óptimas de permanencia y eficacia.

Adujo que las aseveraciones esculpativas del procesado y la defensa no contaban con respaldo probatorio como para derribar la tesis de la Fiscalía, en tanto claro estaba que dentro de las funciones del servicio de policía no se consagró el acto de abandonar su puesto por cualquier tiempo, ni mucho menos dormir o ponerse bajo los efectos de sustancias alcohólicas o psicotrópicas durante el servicio y por ende no era posible avalar la conducta del uniformado, menos aún el atacar a su superior e inferior al tratarse de un profesional de policía conocedor de la normatividad penal y disciplinaria, actuado dolosamente pese a la

instrucción, capacitación y tiempo de permanencia en la Policía Nacional.

Respecto de los delitos de ataque al inferior y superior imputados al procesado, el *A quo* encontró probada la responsabilidad penal del institucional, conforme lo aportado en sus intervenciones por los propios agredidos **JELL**, **WHMO** y **EMF.** Adicionalmente, indicó que la prueba documental correspondiente a los reportes médicos de las historias clínicas del personal atacado registró las lesiones producidas como resultado de la agresión, situación de la que dieron cuenta también los policiales que presenciaron los hechos.

En ese orden, restó credibilidad a las aseveraciones que hizo el procesado en diligencia de indagatoria y en la audiencia pública, en lo referente a que fue sometido a tratos crueles, siendo agredido verbalmente por los uniformados **JELL** Y **WHMO**, lo que dio lugar a que reaccionara agresivamente, en tanto no existe prueba alguna que dé cuenta de esta circunstancia.

En estas condiciones, dejó sentado que el inculpado conocía de manera clara la irregularidad policial que llevaba a cabo con su comportamiento al iniciar su acción de proterva actitud para la prestación del servicio de policía, conducta que conllevó

posteriormente a los delitos de abandono del puesto, ataque al inferior y ataque al superior, no solo por el estado en que fue sorprendido sino también por el abandono de sus funciones propias como custodio de la comunidad, así como el manejo y cuidado que debía tener con el armamento que el Estado le había entregado para el cumplimiento de sus deberes constitucionales al que estaba obligado, optando por sustraerse totalmente de esas funciones.

Por consiguiente, reprochó que el uniformado procesado optara por abandonar las funciones de vigilancia para dedicarse a ingerir bebidas alcohólicas, lo que lo indujo a atacar y agredir tanto a su superior, SI. **JELL**, como a su inferior en grado, agente **WHMO**, tal como fue reconocido por el mismo procesado.

Por esa razón, consideró que existían los elementos materiales probatorios suficientes para indicar con certeza la consumación de las conductas punibles endilgadas al aquí investigado y la titularidad de la responsabilidad penal en su contra, al constituirse la conducta en típica, cuya materialización se originó en la voluntad y actitud consciente del acusado, sin que se tenga prueba alguna que permita indicar que su comportamiento estuviere determinado por una *"vis compulsiva"* venida de terceras personas o factores exógenos.

De la misma manera, insistió en que no existe en el expediente causal que elimine el tercer elemento del delito, como es la culpabilidad, al evidenciarse la consciente motivación del actuar típico y antijurídico del encausado, emanada de su voluntad, haciéndolo responsable penalmente como autor de las conductas punibles endilgadas, concurrentes entre el hecho y el resultado.

En el mismo sentido agregó, que la materialización de la conducta se originó del arbitrio y talante irreflexivo del policial incriminado para consumarlo, con voluntad de sustraerse de manera escabrosa y anormal de sus funciones de servicio policial, orientada a arremeter contra su superior e inferior en concurso con el abandono de sus obligaciones institucionales, vulnerando sin justa causa el bien jurídicamente tutelado de la disciplina y del servicio, concluyendo que el actuar del uniformado fue típico y antijurídico, además de culpable por haber actuado con dolo.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La doctora **ODSGQ**, defensora pública del procesado, presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra la decisión condenatoria adoptada

por el juez de conocimiento para que se revoque y, en consecuencia, se absuelva al PT(R) **JMV** [11] de toda responsabilidad penal por los punibles de ataque al inferior y ataque al superior, así como para que se modifique la condena impuesta por el delito de abandono del puesto.

La recurrente planteó, que el problema jurídico que determina la inconformidad con el fallo condenatorio, tiene lugar en el desacuerdo con la posición del juez de instancia al centrar su análisis en el estudio del punible de abandono del puesto y dejar de examinar los reatos de ataque al inferior y al superior al momento de hacer el juicio de tipicidad desde sus elementos objetivos y subjetivos, además, que en aplicación del principio de favorabilidad, debió tenerse en cuenta la rebaja de pena por aceptación de cargos en Corte Marcial.

Afirmó la titular de la defensa técnica que, no se valoró integralmente la prueba documental y testimonial que acreditó la ausencia de uno de los requisitos para tipificar la conducta que afectó el bien jurídico de la disciplina y por la cual no se podría hacer juicio de reproche en contra de su defendido, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 99 y 100 de la Ley 1407 de 2010, posición que soporta en jurisprudencia de esta Honorable

[11] *Cuaderno original 3, folios 614 -688.*

Corporación, de donde extracta los requisitos de los delitos de ataque.

Resaltó que para la configuración de la referida conducta era necesario que concurrieran los siguientes requisitos: a) la condición de inferior jerárquico, b) el carácter de subordinado del sujeto activo, c) que se haya producido un ataque por vías de hecho al superior y, d) que el ataque se produzca en actos relacionados con el servicio. Bajo ese entendido, establece que, si bien se superaron los tres primeros requisitos, no ocurrió lo mismo respecto del cuarto elemento puesto que éste no se dio, en razón a que se demostró en el expediente que cuando **JMV** ejecutó las vías de hecho en contra del personal uniformado, no se encontraba cumpliendo ninguna función policial.

Como sustento de la tesis defensiva, se extractó apartes de las declaraciones de los policiales SI. **JELL**, AG. **WHMO**, PT. **SHN**, SLP. **JCM**, en la que manifestaron que una vez llegó la patrulla policial al parque donde estaba de servicio el procesado, le ordenaron subir al vehículo para llevarlo a realizarse la prueba de alcoholemia. Circunstancia que determinaba que fue retirado del puesto de vigilancia que le había sido asignado en el parque principal de la población de San Vicente Ferrer, por lo que las conductas en contra del inferior y

del superior que tuvieron lugar con posterioridad a su relevo no podían considerárseles como relacionadas con el servicio.

En esas condiciones, estimó el censor que la relación de jerarquía se rompió cuando se le ordenó a **JMV** que subiera al vehículo para llevarlo a realizar la prueba de laboratorio, por cuanto se dio tratamiento como a un infractor de la ley penal, no como a un subordinado, además porque la facultad de supervisión y control que tenía el superior jerárquico fue desbordada en sus competencias, lo que motivó el despliegue de la fuerza física y verbal del inculpado en contra de quienes lo pretendían conducir, lo que determina la inexistencia de ilación alguna entre esas vías de hecho con el servicio, actos además, que para el policial procesado fueron injustos y obedecía a una persecución laboral que venía de tiempo atrás.

Concluyó, que el ataque al superior e inferior eran delitos típicamente militares, razón por la cual dentro de los elementos objetivos del tipo se contemplaba como requisito que esos actos debían tener relación con el servicio, elemento cuya existencia se dio por hecho sin que se llevara a cabo un análisis de las circunstancias en las cuales se estaba disponiendo a su defendido, unas cargas sin desmedro de sus derechos

constitucionales, por esa razón se rompió el nexo causal con la función policial, debiéndose evaluar entonces conforme al material de prueba la atipicidad de la conducta por esos delitos.

Por otra parte, la defensora solicitó modificar la pena impuesta al condenado por el delito de abandono de puesto, al considerar que debía ser reconocida la rebaja de pena a favor de su defendido por cuanto aceptó cargos en Corte Marcial dado que indicó: *"Yo acepto mi Coronel el ABANDONO DEL PUESTO"*; por lo que el *A quo*, en observancia del artículo 29 de la Constitución Nacional y el artículo 8 de la Ley 1407 de 2010, debió tener en cuenta lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 508 de la citada ley para aplicar la rebaja por aceptación de cargos en virtud del principio de favorabilidad.

Petición frente a la cual manifestó: "*En este caso, la rebaja de pena por aceptación de culpabilidad, se aplica con la ley 1058 de 2006 para algunos delitos, como lo es el* ***Abandono de Puesto****, no siendo posible agotarse en este proceso, por existir el concurso con otros delitos rituados bajo el procedimiento ordinario, no obstante, los presupuestos fácticos y procesales no se alteran al aplicar la nueva normatividad, ya que se está bajo la misma situación fáctica de aceptación de cargos en el desarrollo de la audiencia de Corte Marcial, y que el señor Juez de Primera Instancia en su sentencia lo ha tenido en cuenta*

como aceptación de responsabilidad, por ende, para la dosificación de la pena por el reato de Abandono del Puesto, debió partir de 10 meses pues a criterio del señor Juez, este es el delito principal"[12].

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante del Ministerio Público ante esta instancia, solicitó se confirme la decisión adoptada por el *A quo*, al considerar que no le asiste razón a la apelante para pedir absolución por atipicidad de la conducta por los delitos de ataques al inferior y al superior, en tanto se desprendía de las normas que regulaban esos punibles, que uno de los requisitos para su tipificación era que se cometiera en actos relacionados con el servicio, situación dada en el evento toda vez que el ataque del procesado en contra de sus compañeros tuvo lugar cuando fue relevado de su puesto, lo que no indica que fuera separado del servicio.

Precisamente era obligación del superior relevar al procesado de manera inmediata del puesto de vigilancia, por cuanto las condiciones de embriaguez en que se encontraba no le permitía el ejercicio de su función, incurriendo así en el incumplimiento de sus deberes, igualmente, los ataques que por vía de hecho protagonizó tuvo lugar por la decisión del

[12] *Cuaderno original 3, folio 698.*

superior de relevarlo del puesto y llevarlo a realizar el examen de alcoholimetría.

Por lo tanto, estimó que no le asistía la razón a la apelante al proclamar la atipicidad de la conducta de ataques al inferior y al superior, siendo que éstos ocurrieron dentro del contexto de prestación del servicio y el incumplimiento de los deberes que a su defendido le correspondían como patrullero de la Policía Nacional.

Así mismo, respecto a la modificación de la pena impuesta por el delito de abandono del puesto manifestó que en la audiencia de Corte Marcial llevada a cabo el nueve (9) de mayo de 2017, el juez verificó con la Fiscalía en presencia del procesado, si se llevó a cabo diligencia de aceptación de cargos, a lo que manifestó el acusador que si se realizó la diligencia, pero que el procesado no aceptó los cargos, razones para obviar la aplicación del artículo 509 del Código Penal Militar y acudir a la presentación del caso.

En consecuencia, no procedía la rebaja punitiva que solicitaba la recurrente, por cuanto no existió declaración de culpabilidad por parte del procesado en los términos establecidos normativamente, limitándose a señalar que aceptaba el delito de abandono del puesto cuando le fue concedido el uso

de la palabra para las alegaciones finales, pero no en la oportunidad establecida dentro de las previsiones y con las advertencias exigidas por el artículo 508 y 509 del Código Penal Militar de 2010.

Explicó que en el presente evento no era posible acceder a la aplicación de la rebaja de la pena por aceptación de cargos, no por razones de la favorabilidad, sino porque dicha aceptación no tuvo lugar en los estrictos términos y con las previsiones legales que contemplaba la norma, como quiera que el patrullero **JMV** se refirió a la autoría del abandono del puesto cuando ya la actuación se encontraba en el estadio de alegaciones, es decir, cuando la fiscal ya había realizado la presentación del caso, formulando los cargos y rendido los respectivos alegatos, situación explicada ampliamente por el Juez de Instancia al proferir la sentencia.

VII. DE LA COMPETENCIA

De acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[13], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub*

[13] *CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.*

júdice es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por la doctora **ODSGQ**, en procura de que se revoque la sentencia condenatoria de fecha 22 de mayo de 2017, proferida por el Juez de Instancia del Departamento de Policía Antioquia, por los delitos de ataque al superior y ataque al inferior y, además, se dosifique la pena por el delito de abandono del puesto.

Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte, que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los inherentes a ésta que se puedan visualizar en la investigación objeto de estudio.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por vía de apelación, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial procederá a examinar los argumentos que sustentan el recurso incoado por la defensora pública del procesado en contra de la sentencia proferida el pasado 22 de

mayo de 2017, por parte del Juez de Instancia del Departamento de Policía Antioquia, por medio de la cual condenó al PT(R) **JMV** como responsable de los delitos de ataque al inferior, ataque al superior y abandono del puesto.

Decisión condenatoria que el fallador adoptó en aplicación del artículo 396 del Código Penal Militar, dado que en su sentir la prueba recaudada le permitía adquirir certeza frente a la tipicidad de las conductas desarrolladas por el policial acusado como su responsabilidad penal en los hechos endilgados.

Posición que la defensora rechazó al considerar que de la prueba obrante en el plenario no arrojaba certeza respecto de los punibles de ataque al inferior y ataque al superior, en tanto la conducta por estos delitos se tornaba atípica, por falta de uno de los elementos objetivos del tipo, atendiendo a que el procesado fue relevado de su función de vigilancia por el superior para conducirlo a un hospital a realizarle la prueba de alcoholemia, lo que rompía la relación con el servicio.

La Sala de Decisión entiende que la censura presentada en contra del fallo condenatorio por parte de la defensa técnica del procesado atiende dos temas principales. El primero, tiene por objeto

establecer que el procesado con su actuar no vulneró el bien jurídico tutelado de la disciplina por lo que no se configuraron los delitos de ataque al superior e inferior, al calificar como errada la valoración probatoria efectuada por el sentenciador de primer grado, por omitir analizar los elementos estructurales de los tipos penales de ataque al superior y al inferior al momento de hacer el juicio de tipicidad, puesto que en sentir de la censora la conducta no se dio en desarrollo de actos relacionados con el servicio. El segundo de los reparos presentados, tiene relación con la dosificación punitiva realizada para el delito de abandono del puesto, al estimar la recurrente que debió aplicarse la rebaja de pena consagrada en el artículo 508 de la Ley 1407 de 2010 en virtud del principio de favorabilidad.

8.1- Del acto del servicio como ingrediente normativo de los delitos de ataques al inferior y al superior.

Para resolver la censura expuesta por la defensa que estima que frente a los delitos de ataque al inferior y superior la conducta resulta atípica, el Colegiado precisará probatoriamente los hechos ocurridos ese 22 de mayo de 2011 siendo aproximadamente las 18:10 horas, cuando a través de una llamada telefónica a la estación policial, se

alertó respecto de un uniformado armado e ingiriendo bebidas embriagantes en el parque principal de la población de San Vicente Ferrer – Antioquia.

Para confirmar la información anterior, se dirigieron al lugar los uniformados SI. **JELL**, SI. **MAA** y el AG. **WHMO**, quienes al llegar al parque principal de la población pudieron establecer que se trataba del patrullero **JMV**, quien en ese momento prestaba tercer turno de vigilancia y seguridad, por lo que fue relevado de manera inmediata de la tarea asignada.

Luego, al intentar los uniformados trasladar al policial en aparente estado de embriaguez a realizarle la prueba de alcoholemia en un hospital de la municipalidad, éste se alteró procediendo a maniobrar el arma de dotación, la que desaseguró y cargó, logrando el SI. **MAA** despojarlo de la misma. Acto seguido, el procesado arremetió contra los policiales que lo conducían atacándolos con punta pies, entre éstos, el AG. **WHMO** quien recibió una patada en los testículos, así mismo mordió al SI. **JELL** en una de sus manos, acompañando su accionar con palabras soeces, producto de su avanzado estado de exaltación.

En ese orden, sea lo primero señalar que los delitos de ataque al inferior y al superior por los que fue

enjuiciado el PT(R) **JMV,** descritos de manera inequívoca en los artículos 99 y 100 del Código Penal Militar, ley 1407 de 2010, literalmente preceptúan:

> *"Artículo 99. El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años*.
>
> *"Artículo 100. El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un superior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años".*

Es así que, para la adecuación típica objetiva del delito de ataque al inferior y ataque al superior, se requiere la presencia de unos elementos especiales que estructuran estas conductas punibles, así:

i) un sujeto activo que ostente la condición de superior o inferior jerárquico en grado, antigüedad o categoría del agredido;
ii) correlativamente el carácter de superior o subalterno en grado, antigüedad o categoría del uniformado sobre quien recae el ataque;
iii) la ejecución de un ataque por vías de hecho, y;
iv) que ese ataque se produzca en actos relacionados con el servicio.

Presupuestos que no son objeto de debate por parte de la censora a excepción del señalado en el numeral iv, puesto que las pruebas aducidas durante la fase instructiva dan cuenta de la relación de jerarquía policial existente entre el procesado y los uniformados que fueron objeto de ataque. Del mismo modo, en lo atinente a las vías de hecho no hay lugar a discusión alguna, en atención a que el mismo procesado tanto en diligencia de indagatoria como en su intervención en la Corte Marcial, reconoció haber agredido a los uniformados que lo conducían ese día, con la salvedad e insistencia en que su actuar estuvo encaminado a la defensa de sus derechos.

Frente al particular, la doctrina y la jurisprudencia han establecido que son "*vías de hecho*" aquella trasgresión manifiesta, evidente y grosera de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en las leyes, por lo que para el ámbito castrense, tiene lugar cuando el superior o subalterno obran de manera arbitraria e injusta según su antojo, vulnerando los derechos básicos de otro militar o policial, en otras palabras, las vías de hecho corresponden a una actuación violenta que se exterioriza a través de acciones verbales o físicas que tienen como objetivo agredir a otro uniformado en su dignidad, desconociendo las normas de respeto que regulan las

relaciones entre militares y policiales, sin que importe que se produzca afectación a la integridad física o moral del atacado.

Bajo ese entendido, la recurrente centra su inconformidad en estimar que el ataque por vías de hecho que ejecutó el procesado en contra de otros policiales se produjo por fuera del servicio, en tanto que, respecto de los otros elementos necesarios para que se estructure la conducta punible de ataque al inferior y al superior, referidos en los ordinales i, ii y iii, no presenta ningún reparo, por tanto, como no son objeto de discusión, la Sala entrará a examinar el aspecto objeto de desacuerdo.

Así entonces, verificado el expediente se evidencia que se halla demostrado que para la data de los hechos el señor PT. **JMV**, se encontraba en servicio activo[14] y ostentaba la condición de superior jerárquico respecto del AG. **WHMO** y de subalterno frente al SI. **JELL**. Así mismo, se acreditó el ataque por vías de hecho materializado en golpes, escupitajos, mordiscos y agresiones verbales, conducta desplegada por el aquí enjuiciado, como figura en las historias clínicas[15] y en las declaraciones de los policiales **WHMO**[16], **JELL**[17], AG.

[14] *Cuaderno 1, folios 89-94.*
[15] *Cuaderno 1, folios 9 – 11.*
[16] *Cuaderno 1, folios 49-53 - cuaderno 3, 419-420.*
[17] *Cuaderno 1, folios 62-63.*

MAA[18], PT. **VAD**[19], AG. **JAMP**[20], PT. **SHN**[21], PT. **MMM**[22], AG. **EVG**[23], IT. **OSG**[24], AP. **CLM**[25], entre otros, evidencias que analizó ampliamente el juez primario en sus argumentos valorativos.

Frente al ingrediente normativo relativo a que el ataque se presente "*en actos relacionados con el servicio*", la ilustre apelante, tanto en el planteamiento que realiza en el recurso como en los alegatos presentados en la audiencia de Corte Marcial, estimó que los actos de agresión de que fuera protagonista su defendido fueron ajenos al servicio policial, puesto que correspondieron a la reacción natural del procesado al ser acorralado y presionado para que subiera a la camioneta a practicarse la prueba de alcoholemia. Recorrido donde **JMV** además fue esposado, lo que lo obligó a defender sus derechos atacando a sus compañeros con punta pies y agresiones verbales.

Tenemos entonces que, con la existencia de este tipo penal se pretende proteger las condiciones objetivo generales que sirven de presupuesto al ejercicio de las actividades normales y cotidianas de la praxis militar y policial como corresponde a la disciplina,

---

[18] Cuaderno 1, folios 64-65.
[19] Cuaderno 1, folios 66-67.
[20] Cuaderno 1, folios 75-77.
[21] Cuaderno 1, folios 78-79.
[22] Cuaderno 1, folios 80-81.
[23] Cuaderno 1, folios 84-85.
[24] Cuaderno 1, folios 113-115.
[25] Cuaderno 1, folios 123-124.

pilar sobre el que descansa la existencia de toda fuerza armada jerarquizada. Razón por la cual, el legislador no sancionó la vulneración al bien jurídico de contenido institucional, sino que define y sanciona conductas que considera tienen suficiente entidad para ponerlo en peligro y anticipa así su protección.

En efecto, es necesario entender que la disciplina militar y policial es de estricta observancia en el ejercicio del mando, tanto para superiores como subalternos, puesto que involucra la dirección, vigilancia y control de las actividades operacionales o cotidianas que se realizan en los cuarteles, pero así mismo, la condición de superior o inferior en grado, antigüedad y/o categoría necesarios para el ejercicio tanto del mando como de la sujeción al mismo. Criterios que finalmente permiten, no solo establecer la jerarquía militar o policial a efectos de la estructuración de los ataques y amenazas a superiores e inferiores, sino la relación de sus actos con el servicio.

En consecuencia, el bien jurídico de la disciplina sólo se verá amenazado si la agresión de un uniformado a otro se produce en desarrollo de actos relacionados con el servicio, dado que de presentarse ataques verbales o físicos producto de una relación ajena al servicio ninguna afectación

registrará el bien jurídico de contenido institucional, puesto que dicha situación se encontrará enmarcada en el ámbito particular y será solo punible cuando se afecta efectivamente la integridad moral o física del atacado. En ese sentido, esta Corporación se ha pronunciado desde antaño, señalando:

> *"Y precisamente para no hacer extensivo el delito de ataques a todas las circunstancias y eventos, el legislador consagró dentro del tipo la expresión "en actos relacionados con el servicio", presupuesto que no puede ser equiparado al exigido para la activación del fuero penal militar, porque como se dijo, aquel se constituye en un factor modulador de la actividad en la que se ejerce el mando, para significar que solamente se puede incurrir en el delito de ataques, solo en aquellos eventos en que exista esa relación superior-subalterno dentro de un marco estrictamente laboral, es decir, de servicio y no propiamente cuando se está en el campo de batalla o enfrentando a la delincuencia, en cumplimiento de la misión constitucional asignada a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional.*
>
> *Desde este punto de vista, los actos relacionados con el servicio, como presupuesto para la tipificación del delito bajo estudio, no solamente cobijan todo ese conjunto de actividades que se ejecutan para desarrollar los fines constitucionales asignados a la Fuerza Pública, sino que deben ser analizados ampliamente para abarcar también todas aquellas actividades que se ejercen al interior de los cuarteles y Estaciones de Policía, como podrían ser las actividades de instrucción, administrativas, formaciones, etc., donde el bien jurídico de la disciplina también exige protección"*[26].

[26] *Tribunal Superior Militar – Primera Sala de Decisión. - Radicado 151860, Providencia del 15 de mayo de 2009.- MP: CR. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO.*

Por ello, la Sala estima necesario recordar que cuando la ley señala que la conducta debe realizarse en actos del servicio, no se está refiriendo a las tareas puramente operativas, sino que apunta al conjunto de actividades tanto administrativas como operativas que deben desarrollar los miembros de las instituciones militar y policial para logar el cumplimiento de los fines previstos en los artículos 217 y 218 de la Constitución, así como las demás funciones fijadas en ésta y en la ley, desde la incorporación de sus miembros, pasando por la formación, instrucción, entrenamiento de los mismos, servicio de sanidad, logística, actividades administrativas necesarias para su funcionamiento, como formaciones, servicios internos de seguridad, de régimen interno, etc., sin las cuales sería imposible que se materializara la parte operativa, contexto que se debe examinar si una conducta determinada se realizó en relación con actos propios del servicio.

Así lo estableció la Sala Segunda de Decisión de esta Corporación, al precisar:

> *"Ha de recordarse que un acto del servicio de los miembros de la fuerza pública ha de ser entendido como una serie de actividades que comprenden ejes de instrucción, entrenamiento y operaciones al igual que aquellas actividades administrativas y de logística que al interactuar permiten alcanzar los*

> *fines constitucionales asignados en la Carta como lo son la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y la vigencia de un orden constitucional, al igual que el mantenimiento de las condiciones para que el ciudadano ejerza sus derechos y libertades públicas, es decir, que se debe realizar una interpretación sistemática de la norma"*[27].

Bajo ese contexto, la Sala debe precisar que una cosa es que el ataque por las vías de hecho se de en actos relacionados con el servicio y otra dentro del servicio como parece entenderlo la censora. En ese orden, efectivamente aquella agresión que se produzca entre miembros de la fuerza pública, aunque se encuentren uniformados y en servicio activo, pero que tenga origen en una circunstancia distinta al propio servicio no podrá configurarse como ataque al inferior o superior, puesto que dicha conducta trascendería la esfera meramente particular y no al ámbito militar o policial y, por tanto, resultaría ineficaz para afectar la disciplina entendida como la condición esencial para el funcionamiento de la institución policial, en tanto implica la observancia de las disposiciones Constitucionales, legales y reglamentarias que consagran el deber profesional[28].

En consecuencia, el hecho que **JMV** hubiera sido relevado o no del servicio cuando se produjo la

[27] *Tribunal Superior Militar - Segunda Sala de Decisión. - Radicado 157956 – Sentencia del 6 de agosto de 2014.- MP: CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.*
[28] *Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, Ley 1015 de 2006, artículo 25.*

agresión no determina la existencia o inexistencia del ingrediente normativo "*en actos relacionados con el servicio*", puesto que, de entenderse de esa forma, bastaría demostrar que el agente se encontraba en actividad cuando produjo el ataque por vías de hecho en contra de otro uniformado para corroborar la presencia del elemento normativo, situación que no corresponde a la realidad, puesto que aunque la agresión se produzca en el servicio y en dependencias oficiales puede no tener relación con el servicio y contrario sensu.

Para estimar estructurado ese elemento esencial del delito de ataque al inferior y al superior, se hace necesario precisar que, en la conformación del contenido dogmático de estos delitos, la relación con el servicio como ingrediente normativo se predica respecto de una conducta activa desarrollada por el agente que tiene origen, conexión o correspondencia con el servicio. En otras palabras, el ataque por vías de hecho ha de producirse como consecuencia del servicio que desarrolla el sujeto activo de la conducta punible.

Coherente con las precedentes razones, se ha de señalar que el PT. **JMV** para la data de los hechos se encontraba designado para el servicio de vigilancia y seguridad en el parque de la localidad de San Vicente Ferrer - Antioquia, función que cumplía en el momento de los hechos, tal como se acreditó con

los medios de prueba allegados al proceso, así mismo, demostrado se encuentra que, en desarrollo de la función de supervisión y control, el SI. **JELL** hizo presencia en el parque principal para corroborar el estado de alerta del procesado, habida cuenta que habían sido informados que éste se encontraba ingiriendo alcohol lo que evidentemente generaba un riesgo para la comunidad y la desatención del servicio, hecho que finalmente produjo la airada reacción del encausado.

Bajo ese entendido, la Sala considera que en el caso particular el ataque se produjo en actos relacionados con el servicio, puesto que la agresión que soportaron tanto superior como subalterno por parte del procesado fue consecuencia de las acciones de control y supervisión emprendidas por SI. **JELL** al percatarse del estado de ebriedad en que **JMV** prestaba el servicio de vigilancia. Nótese como las vías de hecho fueron la expresión que encontró el enjuiciado al entenderse descubierto para evadir su responsabilidad, lo que indudablemente permite evidenciar un vínculo causal entre el servicio de vigilancia y seguridad, los actos de control y supervisión del superior y el ataque de que fueran objeto los uniformados.

Bajo ese entendido, no es de recibo para el Colegiado lo manifestado por la recurrente, al

referir que el ataque por vías de hecho se produjo cuando **JMV** había sido relevado del servicio y era trasladado primero a la estación de policía y luego al hospital para que se realizara prueba de alcoholemia, lo que logró que se exaltara y actuara agresivamente, atendiendo a que fue sometido a la fuerza para poderlo subir al vehículo policial que lo trasladaba al hospital de Marinilla - Antioquia, además de que había sido esposado y, de acuerdo a los alegatos defensivos del procesado, reducido colocándoles su cabeza entre las piernas, lo que le obligó a defenderse.

Al respecto, debe indicarse que el hecho de haberse relevado del servicio de vigilancia y seguridad por el aparente estado de ebriedad que registraba no determina que el procesado se encontrara fuera de la actividad policial, por el contrario, se le ordenó a **JMV** subir al vehículo para ser trasportado hasta la estación de policía para que la situación fuera verificada por parte del Comandante de Estación (IT. **OSG**) y el Comandante del Distrito (MY. **PAG**). Actividad propia del servicio dentro de la cual se produjeron las primeras agresiones por parte del procesado en contra de superior y subalternos.

Por otro lado, como arriba se explicó el ataque debe producirse en actos relacionados con el servicio, es decir, lo que exige el ingrediente normativo no es

que la producción de las vías de hecho tenga lugar mientras el agente se encuentra en actividad sino que estas sean consecuencia del servicio militar o policial que cumple, en otras palabras, lo que se demanda es que el ataque se produzca causal y objetivamente como consecuencia de actos vinculados al servicio militar o policial que desarrolla el uniformado.

De manera, pues, que resulta evidente que en el *sub judice* existe correspondencia o conexión entre el servicio de vigilancia que prestaba el PT. **JMV**, la actividad de supervisión y control ejercida por el IT. **JELL** y la conducta agresiva del procesado, quien recurrió a las vías de hecho para entorpecer la actividad de dirección que desarrollaba su superior por la inadecuada prestación del servicio de seguridad.

A su vez, ninguna de las circunstancias propuestas por la recurrente permite justificar la actitud agresiva del procesado, puesto que le correspondía en el marco de la relación jerárquica de respeto y disciplina obedecer a su superior, y de haber considerado que el procedimiento que se seguía era irregular lo procedente era acudir a los canales reglamentarios para oponerse al mismo como lo estipula el artículo 29 del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional y no a la violencia.

Por otra parte, las vías de hecho se presentaron primero cuando el uniformado era trasladado hasta la estación de policía del municipio para presentarse al comandante del distrito, en la propia estación y cuando era trasladado al hospital San Juan de Dios de Marinilla[29], lo que evidencia que su comportamiento se dio en actos relacionados con el servicio, puesto que siendo transportado hasta la estación de policía para que efectuara un acto del servicio, como es presentarse al superior para dar cuenta de cualquier novedad, decidió atacar por vías de hecho a superiores y subalternos en procura de evadir la responsabilidad por haber ingerido licor encontrándose de servicio, así lo refiere el IT. **OSG**, comandante de la estación de policía, cuando refirió: "*(…) me dirigí hacía la estación de policía de Marinilla a verificar lo acontecido a lo cual encontré el señor SI. JELL realizando el respectivo informe y en la parte de afuera de la estación estaba el PT. JMV notándole un estado anímico alterado y profiriendo insultos hacia mí, solamente le manifesté al señor SI. JELL que realizara los respectivos informes para poner en conocimiento la novedad (…)*".

En esas condiciones, la Sala no acogerá los argumentos expuestos por la recurrente dado que, atendiendo el concepto del representante del Ministerio Público,

[29] *Cuaderno 1, folios 76, 79, 81, 84 y 114.*

se encuentra adecuadamente demostrado que el ataque a superiores y subalternos se produjo en actos relacionados con el servicio, puesto que aunque **JMV** fue relevado del puesto de vigilancia y seguridad que cumplía ello no determina que hubiera sido separado del servicio, por el contrario, se dispuso dada su condición de uniformado su traslado a la estación de policía del lugar para que diera cuenta de la novedad ocurrida a sus comandantes. Decisión que motivó la airada reacción del uniformado, quien abandonando los canales reglamentarios decidió atacar por vías de hecho a sus superiores y subalternos.

8.2- De la rebaja por aceptación de cargos establecida en el artículo 508 de la Ley 1407 de 2010.

La Sala estudiará la pretensión de la defensa, mediante el cual considera que el *A quo* al momento de la dosificación de la pena impuesta a su defendido por el delito de abandono del puesto, debió tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 508 de la Ley 1407 de 2010, respecto de la rebaja de pena por aceptación de cargos en la audiencia de corte marcial, por considerar que este aceptó su responsabilidad penal por el punible de abandono del puesto cuando hizo uso de la palabra para presentar

sus alegaciones finales dentro de la correspondiente diligencia.

Postura que sustenta en el hecho que, conforme el artículo 29 de la Constitución Nacional y 8° de la Ley 1407 de 2010, era procedente en aplicación del principio de favorabilidad reconocer la rebaja punitiva, aunque el procedimiento por el cual se tramitó el proceso fuera el establecido en la Ley 522 de 1999. Así mismo, refirió que la Ley 1058 de 2006 contemplo la rebaja de una sexta parte a quien aceptara la responsabilidad por la comisión de determinados delitos, entre los cuales se cuenta el abandono del puesto.

Para abordar el estudio de la pretensión de la recurrente, habrá de señalarse inicialmente que en el presente evento no era posible seguir el trámite previsto en la Ley 1058 de 2006, que estableció un procedimiento especial o abreviado en el código penal militar para determinados delitos como el abandono de puesto, debido a que se presentó un concurso de conductas punibles entre este delito y los de ataque al inferior y ataque al superior, los cuales deben ser tramitados bajo la ritualidad del procedimiento ordinario como efectivamente se hizo.

Por otra parte, es necesario establecer que, a pesar de que hubiera sido necesario romper la

unidad procesal para que pudiera existir aceptación de cargos en los términos establecidos en la Ley 1058 de 2006, el juez de instancia en la misma Corte Marcial verificó con la fiscalía militar si se había llevado a cabo diligencia de aceptación de cargos, señalando el ente acusador: "*se realizó la diligencia pero el procesado no aceptó los cargos*"[30].

Así las cosas y atendiendo los argumentos de la apelante, al plantear como aceptación de cargos lo expuesto por el procesado en su intervención de alegatos finales presentados en la Corte Marcial llevada a cabo el día 9 de mayo de 2017, cuando refirió: *"yo acepto mi Coronel, el abandono del puesto, pero el ataque al superior y al inferior no lo acepto mi Coronel, eso fue por lado y lado mi Coronel"*, habrá de señalarse que no es posible acceder a dicha rebaja en aplicación al principio de favorabilidad, puesto que además de no ser viable en la ritualidad ordinaria por no encontrarse prevista legalmente, de haberse tramitado por el procedimiento especial la oportunidad había precluido al iniciarse la audiencia de Corte Marcial, lo que impide dar aplicación a la rebaja establecida en la Ley 1058 de 2006.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que para la aplicación del principio de favorabilidad ya sea en temas de sucesión

[30] *Cuaderno 3, folio 584*

de leyes, tránsito de leyes o coexistencia de las mismas se deben cumplir tres condiciones, a saber: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable[31], aspectos que omitió establecer la recurrente, sin que pueda esta instancia suplir la falencia argumentativa de la censora.

Así las cosas, se despachará desfavorablemente la pretensión de la defensa respecto de la rebaja de pena por aceptación de cargos en el punible de abandono del puesto, como consecuencia, se confirmará la sentencia condenatoria proferida en contra del PT(R) **JMV** como autor responsable del delito de abandono del puesto en los términos previstos en la sentencia de primer grado.

8.3- Otras consideraciones.

En desarrollo del principio de legalidad de la pena resulta necesario señalar que el Código Penal Militar (Ley 1407,2010 art.32), establece frente al tratamiento punitivo del concurso de conductas

[31] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23700, M.P. Doctor Alfredo Gómez Quintero, 9 de febrero de 2009.*

punibles, que el procesado, *"… quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas"*, precepto que encuentra su equivalente en el Código Penal (Ley 599 de 2000 art.31). A este respecto, la Corte Suprema de Justicia ha estipulado que la punibilidad de las conductas concursales no es independiente y se establece a partir de la que contenga la pena más grave, de acuerdo a la dosificación individual que se haga de cada una de ellas (CSJ.SP.Rad.43868 oct.2015). Así lo enseñó:

> *"El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, "la pena más grave".*
>
> *La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (artículo 60 del Código Penal); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibídem [CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.]*
>
> *Es a partir de dicha "pena más grave" con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción*

> *individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto "hasta en otro tanto". Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave."*

Por esa razón, esta Colegiatura llama la atención al funcionario de instancia dado que para establecer la pena más grave a partir de la cual debía individualizar la condena, debió determinar la pena imponible para cada uno de los delitos atribuidos al PT. **JMV** y a partir de allí, establecer cuál arrojaba la sanción más grave para tenerla como punto de partida conforme lo establece el artículo 32 del Código Penal Militar. Sin embargo, encuentra la Sala que el *A quo* se limitó, sin mayor argumentación, a establecer que tomaría como referente para dosificar la pena a imponer la establecida para el delito de abandono de puesto, refiriendo:

> *"De igual manera, a tener en cuenta es el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010, que trata del "Concurso de Conductas Punibles" el cual refiere: "El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la sumatoria aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas…" Razón*

por la cual se tomará como referente el delito de ABANDONO DE PUESTO"

Luego, lo acertado era haber dosificado individualmente las penas para cada uno de los delitos concursales a fin de establecer la más gravosa, no obstante, teniendo en cuenta que el ataque al superior (Ley 1407,2010 art.99), el ataque el inferior (Ley 1407,2010 art.100) y el abandono de puesto (Ley 1407,2010 art.105), comportan una pena entre uno (01) y tres (3) años de prisión, sin que para ninguno de ellos concurran circunstancias agravantes o atenuantes en el *sub júdice*, la pena base del concurso corresponde a la que el *A Quo* determinó en la sentencia.

Sin embargo, es imperioso clarificar que, si bien es cierto el Juez de Instancia del Departamento de Policía de Antioquia (E) determinó en la parte motiva de la sentencia: *"Ahora bien, teniendo en cuenta que igualmente el encausado también fue responsabilizado por el delito de ATAQUE AL SUPERIOR en concurso con ATAQUE AL INFERIOR, y toda vez que se partió de la mínima, teniendo en cuenta el delito de ABANDONO DE PUESTO, siendo UN (01) AÑO DE PRISIÓN, equivalente a TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) DÍAS y, que igualmente la pena a imponer para el delito de ATAQUE AL SUPERIOR y AL INFERIOR es de UNO (01) a TRES (03) AÑOS, para cada uno respectivamente, atendiendo los criterios para fijar la pena, se partirá de la mínima*

para cada uno de los delitos contra la Disciplina relacionados anteriormente, pero, en aras de ser garantes, se le impondrá la pena de DOS (02) MESES por el delito de ATAQUE AL SUPERIOR y DOS (02) MESES por el punible de ATAQUE AL INFERIOR, para un total de UN (01) AÑO y CUATRO MESES, para una sumatoria de DIECISEIS (16) MESES DE PRISION, razón por la cual se sumarán TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) DIAS, más CIENTO VEINTE (120)DÍAS, para un total de CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO (485) DIAS de PRISION"(Fol.684), en la parte resolutiva del fallo de condena omitió expresarlo así, señalando la sanción de manera individual para cada uno de los ilícitos, como si se tratara de penas independientes.

En consecuencia, esta Corporación deberá aclarar que la pena principal impuesta por el juzgado de primera instancia en la sentencia fechada el 22 de mayo de 2017 al PT. **JMV** como autor del delito de abandono de puesto, en concurso con los punibles de ataque al superior e inferior no corresponde a la de cuatrocientos ochenta y cinco (485) días, sino a la de cuatrocientos ochenta (480) días de prisión, dado que el fallador tomó un año de prisión como trescientos sesenta y cinco (365) días cuando para estos efectos corresponde a trescientos sesenta (360) días.

Lo anterior impone modificar el contenido de los numerales **segundo**, **tercero** y **cuarto** de la parte resolutiva de la condena, en donde, además de lo anterior, equivocadamente el *A quo* determinó la pena por cada delito que conforma el concurso heterogéneo como si se tratara de conductas punibles independientes, por lo que se hace necesario corregir el yerro para establecer la pena señalada como única a purgar por el condenado, la cual corresponde a cuatrocientos ochenta (480) días de prisión.

Sin más consideraciones, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER las pretensiones de la impugnante y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el numeral primero de la sentencia calendada el 22 de mayo de 2017, por medio del cual el Juzgado de Instancia del Departamento de Policía de Antioquia, **CONDENÓ** al PT(R) **JMV**, como autor responsable del delito de abandono de puesto, ataque al superior y ataque al inferior, negando al penado el beneficio de la condena de ejecución condicional, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el contenido de los numerales **segundo, tercero** y **cuarto** de la sentencia condenatoria fechada el 22 de mayo de 2017 emitida por el Juzgado de Instancia del Departamento de Policía de Antioquia, para **ESTABLECER** que la pena concursal impuesta al condenado PT(R) **JMV,** corresponde a la de **CUATROCIENTOS OCHENTA (480) DÍAS DE PRISIÓN,** manteniendo incólume la decisión en los demás aspectos, conforme a lo señalado en los considerandos de este proveído.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de Casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000

CUARTO: REMITASE la actuación al Juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtidos los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitan de Navío (RA) **JULIAN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 159173.
Procedencia: Juzgado Primero de Brigada
Procesado: SLR. SAOR
Delito: Deserción
Motivo: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma decisión

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). -

I. ASUNTO POR RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la DRA. DOG –Procuradora Judicial 208 Penal I- contra la sentencia de calenda 03 de julio de 2019[1], por medio de la cual el Juzgado Primero de Brigada condenó al SLR. SAOR a la pena principal de cuatro (4) meses de prisión, como autor responsable del delito de deserción, sin concederle el subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010.

II. HECHOS

[1] Ver folio 47 y ss. C.O.1.

Se desprende del material de prueba aportado al expediente, que desde el día 13 de mayo de 2019 el SLR. SAOR abandonó sin permiso de sus superiores la Compañía de Instrucción y Reemplazos del Batallón de Policía Militar No. 2 acantonado en la ciudad de Barranquilla (Atlántico)[2] y que sólo se conoció sobre su paradero hasta el 25 de junio siguiente, cuando hizo presentación ante el Juzgado 16 de Instrucción Penal Militar de la ciudad de Malambo (Atlántico) para rendir diligencia de indagatoria[3].

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

3.1 Con fundamento en las diligencias allegadas a través de oficio No 0190/MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DIV1-BR2-BAPOM2-S1-29.60 del 30 de mayo de 2019 suscrito por el TC. RCR -Comandante del Batallón de Policía Militar No. 2[4]-, el Juzgado 16 de Instrucción Penal Militar inició formal investigación en contra del SLR. SAOR por la comisión del presunto delito de deserción, en la que luego de disponer y practicar algunas pruebas se escuchó en indagatoria al procesado[5].

3.2 Teniendo en cuenta que el sumariado aceptó cargos en la diligencia de inquirir, se procedió por parte del instructor a dar cumplimiento a lo establecido en

[2] Obra a folio 4 y s.s. del C.O.1 informe rendido por el SV. JUAN DARIO BUCHELLY Comandante de Compañía DAGA.
[3] Ver folio 36-38 *ídem*.
[4] Ver folio 1 y ss., *ídem*.
[5] Obra a folio 36-38, *ídem*.

el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, esto es, la elaboración del acta de aceptación de las imputaciones que le fueron endilgadas[6]. A su turno, con proveído del 03 de julio de 2019[7], el Juzgado Primero de Brigada del Ejército Nacional emitió sentencia en la cual condenó al SLR. SAOR a la pena principal de cuatro (4) meses de prisión como autor responsable del delito de deserción.

3.3 La Procuradora 208 Judicial I Penal estuvo inconforme con esta determinación por lo que interpuso recurso de apelación, el que ahora ocupa la atención de esta Sala de Decisión[8].

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

El Juzgado Primero de Brigada del Ejército Nacional precisó que la imputación hecha al procesado corresponde a la descripción típica del delito de deserción contemplada en el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, conducta en la que cual incurre solo quien está legalmente incorporado al servicio militar. Expuso que en el presente caso el SLR. SAOR para el momento de los hechos ostentaba dicha calidad y por lo tanto era sujeto activo de la conducta al formar parte del Batallón de Policía Militar No. 2 *"Ciudad de Barranquilla"*[9], circunstancia ésta que se pudo establecer tanto en la Orden del Día No. 035, donde fue dado de alta como soldado regular el día 16 de

[6] Obra a folios 39-41 C.O.1.
[7] Ver folio 47-65 *ídem*.
[8] Ver folio 71-74 *ídem*.
[9] Ver folio 56 *ídem*.

febrero de 2018, así como con la calidad militar suscrita por el jefe de personal de la unidad militar.

Precisó la falladora, que el procesado permaneció ausente de las filas desde el 13 de mayo de 2019 por mucho más de los cinco (5) días que exige la norma, encuadrando su conducta en el delito de deserción descrito en el artículo 109 *ibídem*; razones por las cuales indicó que el delito endilgado "*(…) sí fue materializado por el hoy encartado, pues como ya se dijo se ausentó sin permiso de las filas militares y no regresó dentro de los cinco días siguientes para continuar con la prestación de su servicio militar obligatorio como era su deber legal*".[10].

Afirmó que el SLR. SAOR actuó de manera dolosa, en tanto era conocedor que con su proceder incurría en una infracción penal y dirigió su voluntad hacia tal fin. Destacó que el encartado ya había recibido la instrucción básica en justicia penal militar, como lo reconoció espontáneamente en su diligencia de injurada, de igual manera resaltó que al enjuiciado se le había prodigado buen trato en la institución castrense, pues el único inconveniente que se destacó en la investigación, como fuente posible de la dejación de sus deberes, fue un llamado de atención hecho por su superior, el SV. BPJD, en razón a que el SLR. SAOR llegó tarde a la formación.

Destacó que el proceder del encausado fue libre y voluntario, pues abandonó las instalaciones militares

[10] Ver folio 57 *ídem*.

conociendo las consecuencias jurídicas que tal acción le conllevaría, por lo cual deviene lógico el juicio de reproche que se le hace al no tener motivo urgente, inaplazable, inminente, que lo obligara a abandonar el servicio militar, máxime cuando estaba en la impérenme obligación de continuar sirviendo a la patria.

Además de ser típica la conducta cometida por el SLR. SAOR, indicó, ésta resultó antijurídica en la medida que lesionó el bien jurídico tutelado del Servicio, por cuanto su ausencia menoscabó la disponibilidad del talento humano para la unidad, con las implicaciones que ello tuvo para la Fuerza Pública en su momento.

En relación con la culpabilidad aseveró que el acusado era responsable de la conducta atribuida, como quiera que no se probó dentro del plenario la existencia de alguna causal de ausencia de responsabilidad. En este sentido concluyó el *A quo* lo siguiente:

> *"En materia de culpabilidad diáfana es entonces que el SLR. SAOR tenía pleno conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, siéndole exigible su presencia en la unidad fundamental a la cual pertenecía, pues sabía, por haber recibido instrucción básica sobre el particular, que mientras estuviera prestando el servicio militar no podía abandonar el lugar donde prestaba el servicio militar y en todo caso si lo hacía retornar dentro de los cinco días siguientes, pues el hacerlo lo haría incurso en el delito*

propio militar de deserción y por ello culpable es su conducta.”[11].

La falladora aseguró que devenía procedente la emisión de una sentencia condenatoria en contra del acusado, en primer lugar, porque el caudal probatorio obrante satisfacía plenamente el postulado de investigación integral y por ende conducía a la certeza sobre la materialidad del hecho punible y la responsabilidad del procesado; en segundo lugar, por cuanto el SLR. SAOR aceptó el cargo formulado en su contra por el juzgado de instrucción durante la diligencia de indagatoria, lo cual realizó en forma voluntaria y en presencia de su defensor, significando con ello la observancia plena de las garantías fundamentales como lo son la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.

Argumentó que teniendo en cuenta las reglas generales descritas en el artículo 60 de la Ley 1407 de 2010 y la pena contemplada por el artículo 109 numeral 1° *ídem*, la sanción oscilaría entre ocho (8) meses y dos (2) años de prisión, asimismo que como quiera el procesado no registraba antecedentes penales y tenía buen comportamiento anterior a la consumación del punible, la pena imponible era de ocho (8) meses de prisión.

Indicó la juez que como quiera que el procesado había aceptado cargos de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015,

[11] *Cfr.* Folio 60 C.O.1.

el monto antes señalado debía ser reducido hasta la mitad, por lo cual le impuso en definitiva cuatro (4) meses de prisión.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En desacuerdo con la anterior decisión, la doctora DOG en su calidad de Procuradora Judicial 208 Penal I interpuso recurso de apelación, a través del cual reclamó la nulidad desde la diligencia de indagatoria junto con el acta de aceptación de cargos, al considerar que en el trámite de las diligencias practicadas por el Juzgado 16 de Instrucción Penal Militar el procesado no contó con defensa técnica con lo cual se vulneró su derecho a un debido proceso.

Señaló que su desacuerdo se suscita a partir de la lectura de la constancia elevada por el Juzgado Primero de Brigada del Ejército Nacional el día 4 de julio de 2019, ya que dicho documento fue cuestionado por parte del SLR. SAOR y su señor padre LAO, en tanto se presentaron una serie de irregularidades desde la diligencia de indagatoria y luego al levantar el acta de aceptación de cargos, pues al parecer "*se consignaron en la primera de ellas afirmaciones que el procesado niega haber dicho y la ausencia de la defensora de oficio en esas diligencias.*"[12].

Sustentó la violación al debido proceso trayendo a colación la sentencia T-458/94, haciendo un extenso recorrido de lo dicho por la jurisprudencia frente al

[12] *Cfr*. Folio 71 C.O.1.

tema, sin concluir puntualmente de qué manera lo dicho por la Alta Corporación se relacionaba directamente con la nulidad planteada y orientaba la resolución del problema jurídico.

El mismo nivel argumentativo se desplegó en contra del reproche denominado ausencia de defensa técnica como grave vulneración al debido proceso, pues en este sentido indicó al tenor literal *in extenso* de la sentencia T-018/17, que cuando se demostraba en el proceso una falta total de defensa lo procedente era nulitar la actuación ante la existencia de un defecto procedimental absoluto.

Finalmente, reiteró lo dicho por la jurisprudencia constitucional en punto de la vulneración de los derechos fundamentales cuando el acriminado no cuenta con una estrategia defensiva adecuada. Por todo lo anterior consideró "*importante que se investigue y aclare la posible responsabilidad penal a que se pudo incurrir por dichas situaciones con relación a la actuación del SV. BPJD y si el Juez 16 de IPM y la abogada defensora DRA. SMCE incurrieron en delito o falta disciplinaria conforme lo asegura el condenado y su padre.*"[13].

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El DR. JCPB, Procurador 10 Judicial II Penal, en su concepto de rigor realizó un importante resumen de las piezas probatorias obrantes al plenario, con el fin de dar el respectivo mérito sumarial a cada una de ellas

[13] *Cfr.* Folio 74 C.O.1.

de cara a la decisión impugnada y a los breves argumentos exhibidos en el recurso de alzada impetrado por su homóloga de primera instancia, para luego señalar que si bien respetaba la postura asumida por la apelante en modo alguno compartía los argumentos planteados.

Escindió que los problemas jurídicos a tratar serían los siguientes:

> *"(…) es posible considerar válida la retractación hecha por el SLR. SAOR, luego que en su diligencia de indagatoria aceptara anticipadamente cargos como autor del delito de Deserción?; y por otro lado, es posible invalidar una aceptación de cargos?"*[14].

Para resolver el primer interrogante citó los artículos 565, 566 y 573 de la Ley 1407 de 2010 con el fin de ilustrar sobre los requisitos mínimos que debe contener un documento para que sea reputado como público, destacando que en el *sub examine* los legajos cuestionados por la impugnante, esto es, la diligencia de indagatoria y el acta de aceptación de cargos no podían ser puestos en tela de juicio, pues en su criterio cumplían con todas las formalidades nomológicas, más aún cuando los documentos públicos por regla general se presumen como legales salvo prueba en contrario y en el caso concreto no se aprecia que hubiesen sido alterados en su forma ni en su contenido.

[14] *Cfr.* Folio 119 C.O.1.

Concluyó frente a este respecto, que como la apelante no allegó siquiera prueba sumaria de alteración, supresión o modificación del contenido del material documental cuestionado, la Corporación debía tenerlos como auténticos sin necesidad de reclamar testigo de acreditación o cadena de custodia, pues a través de ellos se pudo constatar la forma en que el procesado justificó su evasión del servicio militar simplemente con el argumento de estar aburrido de la disciplina castrense y por tanto fue así que provino su decisión de aceptar los cargos formulados como desertor.

Frente a la posibilidad de invalidación de la actuación, peticionada por la apelante, indicó que resultaba imposible acceder a tal pretensión, como quiera que había quedado en evidencia que los medios documentales discutidos son auténticos y fueron elaborados de forma legal por el instructor. Asimismo explicó, que a través del trámite procesal cuestionado se pudo conocer sin presiones o coacciones, entre otras circunstancias fácticas, que el acusado *"se evadió sin permiso de la prestación de su servicio militar la tarde del 13 de mayo de 2019"*[15] y que además, de acuerdo con lo manifestado por su progenitor, el soldado SAOR se presentó a la residencia familiar de forma intempestiva, aunado a que ante los requerimientos realizados por su padre para que regresara al batallón, SAOR contestaba que hasta que no le dieran la orden de regresar él no lo haría.

[15] *Cfr*. Folio 121 C.O.1.

De la misma manera adujo que, para la solución del problema, debía considerarse que la jurisprudencia nacional[16] venía sentando premisas sobre el denominado principio de irretractabilidad, el cual básicamente comporta la prohibición de desconocer el convenio realizado entre las partes una vez se ha proferido el acuerdo de aceptación de cargos, pues allí confluye la manifestación de la voluntad por parte del imputado en forma libre, espontanea e informada y con la asistencia del defensor, por lo tanto, de permitirse la retractación una vez se han verificado los anteriores requisitos y se ha dictado la respectiva sentencia sin que medien vicios del consentimiento o desconocimiento de garantías fundamentales, lo que se estaría logrando es actuar en detrimento de la administración de justicia y por ende conseguir el menoscabo de la eficacia del procedimiento.

En aplicación de los criterios jurisprudenciales citados, expuso que la apelante en esta oportunidad *"(…) no logró demostrar siquiera sumariamente, que el consentimiento expreso del procesado al aceptar cargos formulados estuviere viciado de nulidad por error, fuerza o dolo, o que se hubiere producido con desconocimiento de sus derechos y garantías fundamentales"*[17]. Por el contrario, aseguró que las pruebas obrantes daban cuenta que el instructor en presencia de la defensora le informó al procesado sobre las consecuencias de aceptar la responsabilidad en los hechos y la rebaja

[16] Citó radicados 39831 del 29 de septiembre de 2017 y 38806 del 26 de febrero de 2014 de la Corte Suprema de Justicia.
[17] *Cfr.* Folio 123 C.O.1.

de pena que le sobrevendría, todo lo cual fue claramente asesorado por la abogada SMCE.

Insistió que la actuación no adolecía de irregularidades sustanciales que admitieran la invalidez del proceso, que se trataba de una reacción normal del procesado una vez se enteró que sería condenado y tendría que purgar una pena, lo cual era entendible para el Ministerio Público, pero en modo alguno podía considerarse como aceptable, dado que no se había logrado acreditar –por parte de la apelante- en el trámite procesal circunstancias de error, fuerza o dolo.

En tal sentido, solicitó a la Corporación confirmar en su totalidad el fallo recurrido por tratarse, según lo indicó, de *"Una maniobra a todas luces temeraria, respaldada de buena fe por la homologa del Ministerio Público al interponer recurso de alzada, para que se invalide lo actuado, desde el momento mismo de la diligencia de indagatoria, buscando retrotraer la actuación hasta un estado procesal que pudiera devenir en una prescripción de la acción penal, dejando en la impunidad una conducta ostensiblemente vulneratoria de la legalidad penal militar."*[18].

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-,

[18] *Cfr.* Folio 124 C.O.1.

normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año[19], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estudiado el memorial del recurso de apelación presentado por la agente del Ministerio Público ante la primera instancia, se extrae que la pretensión principal se orienta hacia la anulación de lo actuado

[19] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

a partir de la diligencia de indagatoria que fue rendida por el SLR. SAOR [20], pues en sentir de la apelante al procesado se le vulneró la prerrogativa de defensa en su acepción técnica[21], en tanto que la profesional de Derecho al parecer no representó en forma debida los intereses del enjuiciado, al punto que en el acta de aceptación de cargos se consignaron afirmaciones que el procesado niega haber dicho en la diligencia de inquirir.

Frente al anterior planteamiento es incuestionable la obligación que tiene la Sala de Decisión de emitir el pertinente pronunciamiento de fondo, no sin antes realizar unas breves disertaciones sobre la autenticidad del documento contentivo del recurso de apelación, como quiera que la recurrente lo presentó inicialmente sin firma ante la autoridad judicial de primer grado que le dio trámite a esta Corporación.

8.1 Sobre la autenticidad del recurso de apelación.

Resulta ineludible para la Corporación abordar el asunto, en consideración a que en el trámite que surtió el expediente antes de llegar a esta Instancia la abogada de la defensa manifestó su inconformidad a través de memorial[22], en el cual puso de presente que la Juez Primero de Brigada del Ejército Nacional debía declarar desierto el recurso por encontrarse sin firma

[20] *Cfr.* Folio 36-38 C.O.1.
[21] *"La Corte ya ha tenido ocasión de referirse a la importancia y características de la defensa técnica en materia penal, para advertir que hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses". sentencia C-069/09.*
[22] Obra a folios 78-88 C.O.1.

y no haber sido sustentado adecuadamente por la impugnadora.

Así entonces, una vez verificado el expediente se evidencia que el *A quo* de ninguna forma incurrió en un proceder que merezca reproche alguno por parte de esta Corporación, ya que el recurso de apelación que la representante de la sociedad interpuso contra la sentencia de primer grado proferida el 03 de julio de 2019, no podía declararse desierto con fundamento en que el escrito de sustentación de la alzada carecía de autenticidad por no contener la firma de su autora, pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que de forma acertada citó la falladora de instancia en auto del 23 de julio de 2019[23], asumir una postura de tal naturaleza evidenciaría lógicamente un excesivo rigorismo formal.

Recuérdese que en el precedente sentado por la Corte Constitucional en el citado fallo T-268/10, en un caso de connotaciones similares al que ahora se presenta, señaló que "*se incurre en los defectos procedimental*[24] (sic) *por "exceso ritual manifiesto" y sustantivo cuando la autoridad judicial considera que no es auténtico un memorial que carece de firma, sin tener en cuenta los demás elementos que permiten dar certeza acerca de su autor*".

La citada jurisprudencia constitucional nace precisamente de la imperiosa necesidad que los

[23] *Cfr*. Folio 109-111 *ídem*.
[24] Transcrito conforme se plasmó en la sentencia de tutela mencionada. –Ver ítem 3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia, numeral 6.-

operadores jurídicos no desconozcan los derechos sustanciales de las partes mediante el apego extremo de los presupuestos procesales contenidos en normas de esa naturaleza que, si bien son el instrumento para su realización, no pueden llegar a convertirse en un obstáculo injustificado para la consecución de la justicia material.

Ahora bien, al revisar el expediente que nos ocupa, esta Judicatura observó que de folios 71 a 74 del cuaderno original No. 1 obra el documento del recurso sin firma, con constancia de haber sido recibido en la secretaría del despacho el 08 de julio de 2019, memorial en el que se aprecia que fue dirigido al Juez Primero de Brigada del Ejército Nacional indicando la radicación del proceso e identificando claramente al procesado, asimismo se exponen algunos fundamentos para controvertir el asunto allí tramitado, finalizando el escrito con el nombre de la apelante y la calidad en la que actúa legalmente.

Seguidamente a folio 75 del cuaderno original, obra edicto de fecha 08 de julio de 2019 a través del cual se notificó a las partes que no lo hicieron personalmente, el cual permaneció fijado hasta el 12 siguiente, lo que significaría que los términos se ejecutoria se surtieron hasta el 19 *ut supra*.

A lo anterior se suma que el 18 de julio de 2019, estando dentro de la oportunidad legal para sustentar el recurso de apelación, la impugnante presentó un memorial en el cual ratificó su interés de recurrir la

decisión y puso de conocimiento del despacho de primera instancia lo siguiente:

> *"Presenté tres originales y la copia con la cual me quedé estaba suscrita por mí –la allego para confirmarlo- y lamentablemente las otras copias por un olvido involuntario y sin mala fe no las rubriqué, en todo caso teniendo ese juzgado certeza ABSOLUTA de que el recurso fue presentado por mí en ejercicio de mis funciones como Procuradora Judicial 1, 208 Penal"*[25].

Con fundamento en las anteriores explicaciones y teniendo en cuenta los demás medios documentales que permitían dar certeza sobre la autenticidad del recurso, la juez concluyó que la persona que elaboró el documento contentivo de la sustentación del recurso de alzada fue, sin duda alguna, la Procuradora Judicial 208 Penal I, decidiendo atinadamente darle trámite ante esta Corporación, esto en perfecta armonía con la realidad procesal que muestra certeza sobre su autor.

Por todo lo expuesto considera la Sala, contrariamente a lo peticionado por la defensora, que no resulta procedente desechar el memorial recursivo por el sólo hecho que la apelante no hubiera obrado con diligencia al omitir la firma del documento, pues como se expuso pretéritamente la autoría del escrito con el que sustentó el recurso de apelación quedó debidamente acreditada posteriormente, es decir, fue subsanada la irregularidad procedimental, por lo que el olvido

[25] *Cfr.* Folio 96-104 C.O.1.

inicial en que incursionó la opugnadora en modo alguno tiene la entidad suficiente para llevar a concluir que no debe abrirse el trámite ante la segunda instancia por el incumplimiento de una formalidad, que en últimas no es de las que nuestro ordenamiento jurídico exige expresamente para darle validez a un determinado acto[26].

8.2 Del instituto procesal de las nulidades.

El debido proceso como principio jurídico procesal de carácter sustantivo, implica la observancia de determinadas garantías mínimas a favor del sujeto activo de la conducta punible, de los demás sujetos procesales y de la sociedad en su conjunto, presupuesto lógico antecedente y consecuente para hacer efectiva la realización del *ius puniendi*, garantías encarnadas en la legalidad de las formas propias de cada juicio, legalidad de los delitos, de la pena, derecho a contar con una defensa técnica, a tener la oportunidad de ser escuchado y hacer valer sus pretensiones, entre otras.

Así entonces, si el Estado quiere hacer efectiva su facultad punitiva -*ius puniendi*-, todas sus actuaciones y sus decisiones deben estar sujetas al respeto y observación del principio de legalidad, esto es, acatando las normas de rito y de garantía. El rito hace referencia a la estructura formal del proceso, mientras que las normas de garantía corresponden a derechos reconocidos en favor de los sujetos

[26] Artículo 393 de la Ley 522 de 1999.

procesales, tales como la publicidad, intervención, contradicción e impugnación.

Luego, si la legalidad del procedimiento se constituye en una garantía a la que el juez debe sujetarse, sin que le sea permitido adoptar trámite diferente ni desconocer el preexistente, no le es dable, en consecuencia, desconocer lo preceptuado en la norma que regula la materia específica para recurrir a otras formas no previstas en la ley u omitir las determinadas por el legislador.

El artículo 388 de la Ley 522 de 1999 consagró como causales de nulidad, *"1.- La falta de competencia del juez o del Fiscal (…) 2.- la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. 3.- La violación del derecho de defensa."*[27], norma de la cual se abstrae que la nulidad sólo es procedente cuando se trate de irregularidades sustanciales, esto es, que hayan afectado los derechos fundamentales de las partes o se haya vulnerado la estructura lógica del proceso; ello bajo el entendido que los ritos y formalidades no fueron consagrados por el legislador como un formalismo, sino que conlleva implícita una finalidad política traducida en garantías para quienes intervienen en el proceso.

Ahora bien, también habrá de recordarse que la nulidad es un mecanismo de carácter residual, en tanto que se trata de una medida extrema cuando no exista ningún otro medio procesal que subsane la irregularidad; ello

[27] Con esta norma se desarrolla legalmente el precepto constitucional contenido en el artículo 29.

conforme a los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, según los cuales: ***i)*** solamente es posible alegar las expresamente previstas en la ley *(taxatividad)*, ***ii)*** no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica *(protección)*; ***iii)*** aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales *(convalidación)*, ***iv)*** quién alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento *(trascendencia)* y, ***v)*** que no exista otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte *(residualidad)*[28].

En suma, la nulidad debe decretarse sobre actos procesales cuando se compruebe la existencia de una irregularidad sustancial que tenga la virtualidad de socavar la estructura del proceso o las garantías de los sujetos procesales, lo cual implica que no cualquier defecto tiene la capacidad de retrotraer la actuación ante su ocurrencia, pues se tiene que demostrar no sólo la irregularidad, sino, además, la transcendencia en relación con estos dos aspectos -las garantías de las partes y/o la estructura del proceso- aunado a que debe consultar los principios que orientan su declaratoria.

[28] Radicado 17297, sentencia del 02 de octubre de 2003, MP. DR. MAURO SOLARTE PORTILLA, Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia.

8.3 De las irregularidades planteadas por la representante del Ministerio Público en el caso concreto.

Atendiendo los preceptos de orden conceptual, legal y jurisprudencial sentados en precedencia, la Sala pasa a examinar los argumentos expuestos por la recurrente al sustentar por vía del recurso de apelación la pretensión de nulidad a partir de la diligencia de indagatoria, pues en su sentir el procesado no contó para esa diligencia con la respectiva defensa técnica de sus intereses.

Concretamente los siguientes argumentos fueron los esgrimidos por la impugnante frente a la petición en concreto:

> *"Mi descenso* (sic) *radica en el que el día 4 de julio de 2019, su despacho levanta una constancia en la cual el procesado SRL. SAOR (sic) y su padre Sr. LAO dejan constancia de algunas irregularidades que se presentaron durante la diligencia de indagatoria y el levantamiento del acta de aceptación de cargos, como que se consignaron en la primera de ellas afirmaciones que el procesado niega haber dicho y la ausencia de la defensora de oficio en esas diligencias"*[29].

De lo anterior extrae este Colegiado, dado que la impugnante no lo menciona literalmente en el memorial del recurso, que la causal de nulidad enarbolada es la

[29] Folio 71 del C.O. 1.

violación del derecho de defensa[30], la cual sustentó bajo el dicho del procesado cuando se notificó del contenido de la sentencia condenatoria de primer grado[31], decir que fue plasmado en la constancia elaborada el día 4 de julio de 2019 por el Juzgado Primero de Brigada del Ejército Nacional sito en la ciudad de Barranquilla (Atlántico).

Advierte la Sala que en la referida constancia el procesado aseguró que algunas de las manifestaciones realizadas por él en la diligencia de indagatoria al parecer fueron distorsionadas por el instructor, pues según la nueva versión de éste nunca aceptó responsabilidad penal sobre los hechos, sino que, por el contrario, lo que quiso decir era que su actuar estaría justificado por un inconveniente que tuvo con el SV. BPJD.

Para resolver el asunto sometido a este Tribunal, se impone abordar dos subtemas puntuales; uno tiene que ver con el incumplimiento por parte de la apelante del deber de demostrar el perjuicio ocasionado al procesado, según se desglosa del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades, y otro es el derecho de defensa como garantía absoluta frente a los criterios que orientan tal declaratoria.

8.3.1 Sobre el incumplimiento del deber de demostrar el perjuicio ocasionado al procesado.

[30] Artículo 388 numeral 3° Ley 522 de 1999.
[31] Obra a folios 69-70 *ídem*.

Frente al primer tópico, debe resaltar la Corporación que dentro del esquema procesal que gobierna las nulidades, el principio de trascendencia exige en términos del artículo 392 numeral 2° del Código Penal Militar, que *"quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".*

La norma trascrita enseña que la nulidad como remedio procesal no opera por la simple enunciación de un supuesto vicio, ni en interés exclusivo del ordenamiento, pues solo cuando material y probatoriamente se constituya un error de garantía o de estructura, demostrable a través de la afectación de las prerrogativas procesales en perjuicio de los sujetos intervinientes, es que se hace factible el éxito de una pretensión en dicho sentido.

Pues bien, en el caso concreto es evidente que la postulación presentada por la Procuradora Judicial 208 Penal I se realizó sin la más mínima referencia probatoria, lo cual no era lo esperado si lo pretendido era lograr la configuración de un defecto procedimental ante la supuesta falta de defensa técnica. En efecto, no podía limitarse únicamente a denunciar la afectación de los derechos del enjuiciado o de la estructura básica del proceso y con ello aspirar a acreditarlo mediante la citación de la doctrina jurisprudencial vigente, que más se aviene en materia penal con el principio del debido proceso y de

defensa material o técnica[32], sin siquiera mencionar un solo elemento de juicio que hiciera suponer a esta Instancia Judicial que en la diligencia de indagatoria se consignaron hechos contrarios a la realidad fáctica acaecida o que la misma se desarrolló en ausencia de la defensora pública.

No hay duda que el acto de inquirir corresponde sincrónicamente a un medio de vinculación al proceso y a un mecanismo de prueba, y que frente al primer cometido debían cumplirse, entre otras formalidades legales, con el adecuado acompañamiento del defensor de confianza u oficio so pena de que el acto no pudiera tenerse como verificado jurídicamente[33].

Frente al tema ha dicho la Corte Suprema de Justicia[34] que la indagatoria, además de constituir un medio de defensa y un elemento de juicio, se erige en una de las condiciones procesales necesarias para que el proceso se inicie y desarrolle válidamente, y que el desconocimiento de sus requisitos legales no solo afecta su existencia y validez, sino que socava la estructura de la actuación impidiendo que culmine eficazmente.

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que si bien la Procuradora Judicial 208 Penal I planteó situaciones que en su concepto constituyen irregularidades que sustancialmente

[32] Téngase en cuenta que la argumentación del texto jurídico de la apelación se basó mayoritariamente en referencias de las sentencias T-458/94, T-001/93, T-079/93, T-018/17.
[33] Artículo 393 Ley 522 de 1999.
[34] Sentencia de 21 de julio de 2004. Radicación N° 14538.

afectan la garantía procesal de la defensa, la simpleza de tal enunciación -referida a que el SLR. SAOR no contó durante toda la diligencia de indagatoria con el acompañamiento y la asesoría de la defensora de oficio que le asignó el Juez 16 de Instrucción Penal Militar- en modo alguno conlleva por sí misma a la invalidez de la actuación, pues aunado a lo escueto de la aserción, la apelante ni siquiera demostró sumariamente, más allá del dicho del sentenciado, de qué forma se incumplieron los requisitos legales de validez en la actuación y cómo se conculcaron las garantías fundamentales del encartado.

Determinar la vulneración del derecho de defensa sólo resulta posible una vez se analiza el caso concreto, dado que no existen patrones preestablecidos por la normatividad para encuadrar, por ejemplo, un comportamiento pasivo u omisivo del defensor en la práctica de la indagatoria como automática trasgresión del postulado constitucional en estudio, por lo que resultaba imperioso para la recurrente argumentar si en la dinámica procesal en que se desenvolvió el trámite de aceptación de cargos aquí cuestionado, acaeció un abandono negligente del deber material de actuar o la ausencia de manifestaciones externas por parte de la defensora frente a las aparentes tergiversaciones cometidas por el instructor al momento de recepcionar la indagatoria al soldado SAOR.

Recuérdese que uno de los propósitos del proceso penal es buscar una decisión en pro de los intereses del

sindicado, la que no siempre ha de entenderse como la absolución sino la que objetivamente resulte más benéfica al incriminado, en tanto todo se encuentra sujeto al compromiso penal que recae sobre el procesado de cara a los medios de convicción obrantes en el paginario para esa etapa del proceso. Así entonces, frente a este cometido se imponía para la recurrente la obligación de diferenciar si lo acaecido fue una ausencia de defensa técnica por abandono de la misma o la pasividad defensiva únicamente limitada a intervenir en el evento en que se considerara necesario.

A este respecto conviene tener presente lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en punto de la trasgresión del derecho de defensa:

> *"(…) el defensor, sea de confianza, de oficio o vinculado al servicio de defensoría pública, en ejercicio de la función de asistencia profesional goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener una actitud vigilante del desarrollo de la actuación, asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus*

propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate(…)"[35].

Debe concluir la Corporación en este punto que, si bien la apelante reconoció la presencia de la defensa de manera formal, en tanto suscribió la diligencia de indagatoria y el acta de aceptación de cargos, su crítica estuvo dirigida hacia la manera pasiva en que al parecer ejerció el mandato; no obstante, la postulación de la irregularidad quedó incompleta, en tanto olvidó la recurrente ilustrar a la Corporación la manera en que el supuesto abandono irresponsable de los deberes se materializó, es decir, en la sustentación del recurso debió enseñar cuál fue la maniobra que no agotó la defensora o la salida procesal que debía recomendar al procesado frente al cumulo probatorio que obraba en su contra y ante las mínimas posibilidades defensivas con que contaba para ese momento procesal.

De contera, la censura se simplifica a tener por cierto lo dicho por el procesado una vez precluidas las etapas procesales y a discrepar objetivamente sobre la manera pasiva en que se encauzó la defensa, avizorándose una ostensible intrascendencia del argumento por lo cual esta Magistratura no podrá acceder a la prosperidad de la tesis defensiva propuesta.

[35] Auto del 22 de julio de 2010, radicación 30.525.

8.3.2 El derecho de defensa como garantía absoluta frente a los criterios que orientan la declaratoria de las nulidades.

Tradicionalmente se ha establecido que el derecho a la defensa es una garantía absoluta para el individuo, en tanto sus efectos irradian el ordenamiento jurídico, ya sea como postulado constitucional desglosado del artículo 29 de la Carta Magna, bien como criterio normativo orientador obrante en el artículo 179 de la Ley 1407 de 2010, ora por vía del bloque de constitucionalidad en el literal d) del numeral 3° del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[36] y en los literales d) y e) del numeral 2° de la disposición 8ª de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[37], pactos internacionales incorporados al sistema judicial interno por las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente[38].

Teniendo claro los anteriores preceptos, cuando se trata de la protección del derecho de defensa el

---

[36] *Cfr. "Artículo 14, numeral 3, literal d): durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a* ***defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección****; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo".*

[37] *Cfr. «artículo 8°, numeral 2, literales d) y e): (…) durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de* ***ser asistido por un defensor*** *de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e)* ***derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor*** *proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.»*

[38] *Cfr.* CSJ. AP. de 18 de enero de 2017, Rad. 48128.

operador jurídico no se haya limitado a normas facultativas o actos de libre disposición sino frente a imperativos categóricos, es decir, mandamientos con carácter universal indicando que cuando se trata de salvaguardar el derecho de defensa no puede entrar en juicios de valor o disertaciones jurídicas sobre si las irregularidades denunciadas son trascendentales o fueron formalmente convalidadas, pues frente a la existencia de vulneración de garantías fundamentales lo inexorable siempre será nulitar la actuación[39].

Debe precisarse que la defensa como garantía absoluta no puede ser inobservada al amparo de la insatisfacción de principios tales como convalidación, protección y trascendencia, aplicables de normal al debido proceso empero no respecto del derecho de defensa, pues este derecho constitucional no puede ser restringido bajo ninguna circunstancia, tampoco obstaculizarlo, suspenderlo o restringirlo ni siquiera en casos extremos de situaciones excepcionales por razones de orden público o económicas previstas en la Carta Política[40].

Siguiendo estos preliminares derroteros, es claro para la Sala que aun cuando el recurso de apelación no logró suplir el deber sustancial de encontrarse debidamente motivado para ser admitido, de ningún modo esta Judicatura puede relevarse de la obligación de verificar si en verdad el sindicado estuvo sometido a

[39] Artículo 389 Ley 522 de 1999.
[40] SALGADO QUINTERO, Jairo. *Inexistencias y nulidades en materia penal.* Colección de Pensamiento Jurídico No. 6, pág. 66, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, diciembre de 2002.

un estado de total indefensión o por el contrario contó con una defensa adecuada.

Al respecto conviene remembrar que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado jurisprudencialmente tres características que identifican el derecho a la defensa, ellas son *intangibilidad, materialidad* y su *permanencia*[41], esto como quiera que la formal existencia de un defensor técnico dentro del proceso en algunos casos puede no necesariamente coincidir con el real ejercicio del cargo, en la medida que la designación de un abogado y su posterior reconocimiento jurídico para actuar no garantiza *per se* la efectiva defensa técnica del procesado, en tanto ocurre en la práctica judicial de ordinario, el total abandono del ejercicio de contradicción defensivo por negligencia de algunos profesionales del Derecho.

Lo expuesto nos permite ratificar que en el asunto que nos concierne de ningún modo se observa el incumplimiento de los requisitos exigidos por vía jurisprudencial y normativa para dar por cierto la inexistencia de una defensa técnica adecuada, pues el procesado una vez se presentó al Juzgado 16 de Instrucción Penal Militar a rendir indagatoria le fue puesto en conocimiento que tenía derecho a nombrar su

[41] "*4. La Corte tiene definido de antaño que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales, debe ser intangible, real o material y permanente, en todo el proceso. La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones". Cfr*. Radicado 26827 del 11 de julio de 2007, Corte Suprema de Justicia.

propio defensor, no obstante, se le procuró uno de oficio en consideración a que manifestó no contar con la posibilidad de designarlo de manera particular.

Ahora bien, frente a la actividad desarrollada por la doctora SMCE en su condición de defensora de oficio del encartado, es oportuno recordar que el ejercicio de la defensa no puede ser comprendido únicamente en la específica acepción de interposición de recursos, formulación de interrogatorios o presentación de alegatos, puesto que si bien estas actividades aparentan ciertamente el ejercicio de la defensa, es obvio que en algunos eventos puede expresarse de diferentes maneras, como ocurrió en el *sub examine* donde frente al claro compromiso penal del encartado la estrategia defensiva de la togada estuvo orientada hacia la aceptación de los cargos para la obtención de la rebaja de pena, de todo lo cual no puede concluirse un irresponsable incumplimiento de las funciones propias de la defensoría oficiosa.

A lo anterior, adiciónese que la indagatoria como medio de defensa le otorga al procesado el derecho de intervenir en el desarrollo integral de la investigación, lo cual equivale según la doctrina extranjera a "*la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podría utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que el mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia*

favorable según su proposición, que excluya o atenúe la aplicación del poder Estatal"[42].

En este orden de ideas, refulge axiomático que no puede ser de recibo la hipótesis según la cual el procesado recibió una errada asesoría por parte de la defensora, al extremo que llego a suscribir todas las actuaciones judiciales en detrimento de su interés y completamente asaltado en su buena fe. Destáquese que nos encontramos frente a un joven de 19 años de edad con grado de instrucción bachiller[43], quien perfectamente tenía la posibilidad de leer todos los documentos que se le pusieron de presente, los cuales no superan cinco (5) folios, pero además de ello, contaba con la plena capacidad de comprender todas las manifestaciones que realizaba en dichos documentos, máxime cuando fue previamente advertido de sus derechos a no incriminarse, a permanecer en silencio y a no derivar de tal comportamiento indicios en su contra, tal como lo establecen los artículos 33 de la Carta Política y 495 del Código Penal Militar, no obstante, conscientemente aceptó su responsabilidad al no tener ningún impedimento de salud o condición especial que justificara su proceder.

Como se resaltó en el párrafo anterior, el procesado en la intervención realizada a través de indagatoria tuvo la oportunidad de expresarse y defenderse libremente frente a los supuestos de hecho que configuraban la hipótesis delictiva que dio lugar a su

[42] MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal. Tomo I Editores del Puerto, Buenos Aires (Argentina), 2ª Edición.
[43] *Cfr.* Folio 36 C.O.1.

vinculación por el reato militar de deserción, lo que se traduce en que en todo momento ejerció a plenitud su derecho de defensa material y conoció el delito que se le atribuía, a tal punto que frente a la pregunta de *"cómo se declara, si culpable o inocente"* contestó *"Me declaro culpable y acepto los cargos"*[44].

Es irrebatible, entonces, que a lo largo de la actuación el procesado contó con un defensor, así mismo tuvo a disposición todos los soportes probatorios de los hechos por los que fue oído en injurada; particularmente del testimonio de su progenitor, a quien se le indagó sobre los problemas que tuvo su hijo -el soldado SAOR- para no retornar a la prestación del servicio militar, asegurando que al procesado no se le presentó inconveniente alguno en el núcleo familiar ni tampoco con sus superiores o compañeros de fila, por el contrario, en varias oportunidades él mismo –el padre- lo cuestionó acerca de cuándo debía volver al Ejercito, ante lo cual su hijo decía que no le habían dado fecha exacta para retornar, resultando palmario entonces, que en ningún momento el sindicado fue sorprendido con imputaciones que no haya tenido oportunidad de conocer y frente a las cuales no pudiera ejercer su derecho a la defensa tanto material como técnica.

Vistos los anteriores argumentos, esta Corporación reconoce que no hubo abandono defensivo del SLR. SAOR, que amerite la nulidad del fallo de primera instancia por violación a la garantía fundamental del derecho a

[44] *Cfr*. Folio 38 C.O.1.

la defensa, pues lo que se aprecia es que la abogada no podía desvirtuar la responsabilidad penal del procesado cuando él libremente la aceptó ante la inminencia de la prueba de cargo, lo cual no conlleva que se haya generado una total indefensión del sentenciado.

Consecuente con lo expuesto y acogiendo plenamente lo deprecado por el señor Procurador 10 Judicial Penal II en su concepto de rigor, debe la Sala proceder a confirmar la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero de Brigada del Ejército Nacional en contra del SLR. SAOR por el delito de deserción, en atención a que no se configuró la causal prevista en el artículo 388 numeral 3° de la Ley 522 de 1999, ni tampoco resultó prospero el recurso de apelación que fue interpuesto en este mismo sentido.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley.

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR DE MANERA DESFAVORABLE la petición de nulidad invocada por la doctora DOG –Procuradora Judicial 208 Penal-, según lo dispuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR, en consecuencia, la providencia adiada 03 de julio de 2019, proferida por el Juzgado

Primero de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual condenó al SLR. SAOR dentro del proceso que se adelantó en su contra por el delito de deserción, conforme a lo esbozado en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[45].

CUARTO: NOTIFICADA la presente decisión, vuelva la actuación al juzgado de origen para lo de su competencia, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVÚELVASE. -

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

[45] Sentencia AP6540-2016 Radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia *Cfr*. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), 48713 (28-09-16) *Ídem*.

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	158749
Procedencia	:	Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar
Procesado	:	PT (R) LLRG
Delito	:	Abandono del Puesto
Motivo de alzada	:	Solicitud cambio de radicación
Decisión	:	Niega el cambio de radicación

Bogotá D.C., abril veintitrés (23) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar de plano la decisión que en Derecho corresponde dentro del presente trámite incidental suscitado a raíz de la solicitud elevada por la abogada CEMM, defensora del procesado, PT (R) LLRG, dentro del proceso penal adelantado en contra de éste último por el delito de abandono del puesto.

II. HECHOS

Del informe de fecha 03 de junio de 2014 suscrito por la ST. ASG, Líder de Cuadrante de la Estación de Policía de Sogamoso (Boyacá), se extrae que el entonces Patrullero LLRG, adscrito a la misma estación policial en el área de vigilancia, fue asignado de puesto fijo para prestar seguridad a las instalaciones de la Registraduría del Estado Civil de dicho municipio en el horario comprendido entre las 07:00 hasta las 22:00 horas, contando con un lapso de descanso de las 12:00 a las 14:00 horas, para el almuerzo, sin embargo, no fue encontrado por sus superiores en el referido lugar los días 27 y 29 de mayo de 2014 como tampoco el 02 de junio del mismo año, a las 20:35, 16:30 y 07:20 horas, respectivamente.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por el acontecer fáctico que viene de referirse, el Juzgado 191 de Instrucción Penal Militar, con sede en la ciudad de Tunja (Boyacá), mediante auto de trámite adiado 08 de julio de 2014[1] dio apertura a investigación formal en contra del prenombrado Suboficial por el presunto delito de abandono del puesto, vinculándolo mediante diligencia de indagatoria el 16 de abril de 2015[2].

[1] Folios 5 a 6 anverso CO. 1
[2] Folios 38 a 43 CO 1

En atención a lo señalado en la resolución No. 000273 del 05 de mayo de 2016 proferida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, el 17 de mayo de 2015[3] el plenario fue remitido por descongestión al Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar con asiento en la ciudad de Bucaramanga (Santander del Sur).

La situación jurídica del vinculado procesalmente fue resuelta por este último juzgado instructor el 09 de junio de 2016[4], ello en el sentido de abstenerse de imponer al sumariado medida de aseguramiento alguna al considerar que hasta ese instante no se contaba con indicio grave de responsabilidad en su contra.

Al estimar que la investigación se encontraba perfeccionada, el sumario fue remitido a la Fiscalía 162 Penal Militar el 03 de marzo de 2017[5], despacho que mediante auto del día 30 de igual mes y año[6] devolvió el plenario al juzgado instructor para la práctica de unas pruebas testimoniales y documentales, disponiendo notificar vía comisión al procesado las decisiones susceptibles de notificación personal y disponiendo subsanar unos dislates en punto a la contabilización de los términos de notificación supletoria y de ejecutoria.

[3] Folio 189 CO. 1
[4] Folio 197-201 CO.1, CO. 2
[5] Folio 739 CO. 4
[6] Folio 746-748 CO. 4

Recibido el expediente, el Juez 190 de Instrucción Penal Militar, Capitán de la Policía Nacional CDMC, mediante auto adiado 17 de abril de 2017[7] hizo alusión a que aquellas pruebas ya habían sido aducidas al plenario, a la forma de llevar a cabo las notificaciones según el códice penal militar, dispuso la corrección del yerro relacionado con el término de fijación de un estado notificatorio y, asimismo, la devolución del sumario –realizado lo anterior- a la Fiscalía 162 Penal Militar, misma que mediante auto del 28 de abril de 2017[8] ordenó remitir nuevamente el *dossier* al juzgado instructor a fin de que cumpliera lo previamente ordenado, aclarando respecto de los testimonios que se trataba de que el procesado contrainterrogara a los testigos por razón del derecho de defensa que le asistía e igualmente, que dado que éste residía en ciudad distinta a la de la sede del juzgado instructor, ese despacho debía enviar despacho comisorio para notificarlo de las decisiones antes citadas, ello en tanto *"esta persona tiene derecho a un DEBIDO PROCESO"* (sic).

Mediante resolución No. 00447 del 17 de agosto de 2017[9] de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar se dispuso cambiar la sede del Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar trasladándolo a la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander), disponiéndose

[7] Folio 753 a 755 CO. 4
[8] Folios 772-780 CO. 4
[9] Folios 976-977 CO. 5

además que realizara entrega de las investigaciones en curso al Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar, mismo que con auto del 29 de septiembre de 2017[10] dispuso devolver el expediente a la Fiscalía Penal Militar para que: "*"en cumplimiento de las funciones de su cargo ajuste la actuación a derecho"*[11], y revocó el auto mediante el cual el Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar negó la práctica de unas pruebas.

Mediante memorial de fecha 28 de febrero de 2019[12] la doctora CEMM, defensora del procesado, solicitó el cambio de radicación del proceso en curso, pedimento ante el cual el titular del antes citado despacho procedió a ordenar la remisión del sumario a este Colegiado[13] para la resolución en Derecho de lo que corresponda, trámite incidental que concita la atención de la Sala en esta oportunidad.

IV. FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

La defensora del procesado deprecó el cambio de radicación del proceso penal surtido en contra del PT. LLRG al Juzgado 191 de Instrucción Penal Militar, por considerar que ese es el juez natural por competencia territorial o en su defecto, añade, a cualquier Juzgado de Instrucción Penal Militar ubicado en la ciudad de Bogotá, atendiendo a que es allí donde está la residencia del procesado

[10] Folios 1053-1064 CO. 6
[11] Folios 1064 CO. 6
[12] Folios 1417-1423 CO. 7
[13] Folio 1424 ibídem.

actualmente. Argumentó que con el cambio de radicación serían mayores las garantías procesales a su defendido, toda vez que tendría mayor oportunidad de acceder al proceso, participaría en la práctica probatoria, y cesaría las afectaciones a esas garantías de acuerdo con las pruebas que se encuentran en el expediente.

Adujo igualmente que el Juzgado 191 de Instrucción Penal Militar fue el encargado de dar apertura formal a la investigación, la que se hizo de manera irregular al haber dado inicio a un sólo proceso en contra de su defendido por el delito de abandono del puesto, cuando conforme al contenido del informe S-2014-0623 DEBOY-DISPO-PLANE SOGAMOSO del 03 de junio de 2014, tres situaciones diferentes eran las denunciadas por tres funcionarios diferentes, presuntamente ocurridos en tres fechas diferentes, 27 de mayo de 2014, 29 de mayo de 2014 y 02 de junio de 2014.

De la misma manera afirmó que estando el expediente en el Juzgado 191 de Instrucción Penal Militar sito en Tunja (Boyacá), antes de resolverse la situación jurídica del investigado, se remitió el proceso al Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar DESAN en consideración a la resolución No. 000273 del 5 de mayo de 2016 emitida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, para descongestionar a aquel juzgado instructor, ello sin considerar que esa decisión afectaba las garantías procesales de su

defendido, tal como lo había reconocido el Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar.

Dice que al momento de resolverse la situación jurídica de su prohijado, en el acápite de competencia, el Juez 190 de Instrucción Penal Militar DESAN afirmó que su defendido pertenecía a la Policía Metropolitana de Bucaramanga, desconociendo la realidad, y se pronunció respecto de los tres hechos, advirtiendo que se concentraría en los hechos del 27 y 29 de mayo de 2014, al considerar un retraso lo sucedido el 02 de junio de 2014.

Afirmó que como el juzgado instructor designó como defensor de oficio al abogado YLP en Bucaramanga, su defendido nunca logró entrevistarse con él por razón de la distancia, pero se generó cruce de información con dificultades, la que dio lugar a que el procesado denunciara disciplinariamente al togado referido.

Manifestó, asimismo, su inconformismo respecto de la nueva devolución del expediente, por parte de la Fiscalía Penal Militar con sede en la ciudad de Tunja (Boyacá), al Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar toda vez que se ordenó la práctica de unas pruebas, mientras su defendido insistía en la necesidad de conocer qué pasaba con su proceso.

Su inconformismo, dijo, radicaba en que la actuación consta de cinco cuadernos y no entendía cómo era que aún la investigación no estaba perfeccionada, esto atendiendo a que los hechos sucedieron en 2014. También refirió que el despacho instructor asignó dos defensores de oficio en la ciudad de Bucaramanga, situación que se tornaba desesperante para su prohijado, quien, a pesar de los múltiples escritos al referido juzgado para conocer su suerte y condición judicial, no obtenía respuestas.

De otro lado, dijo, el nuevo juzgado instructor fue trasladado por orden de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar a la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander) por virtud de la resolución No. 000447 del 17 de agosto de 2017[14], dejando las diligencias a cargo del Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar ubicado en la ciudad de Bucaramanga, sin embargo, el procesado siguió insistiendo a través de escritos en la práctica probatoria de la que no puede participar a pesar de su intención de actuar en ella.

Consideró la defensora incidentante que con el paso del tiempo se ha hecho más traumática la localización de los testigos y que no ha sido posible la designación de un defensor de oficio en la ciudad de Tunja, como tampoco un defensor público de Santander y Boyacá, a lo que añadió que las distancias iban en contra de los derechos del procesado, afectando garantías procesales,

[14] Folios 976-977 CO.5

especialmente el derecho a contar con una verdadera defensa técnica.

Solicitó se acojan sus planteamientos fácticos y jurídicos demostrados en las actuaciones que obran en el expediente y se ordene el cambio de radicación a la sede del lugar de los hechos en Tunja (Boyacá) o de manera subsidiaria a la ciudad de Bogotá, lugar de asiento del investigado, donde tendrá acceso al proceso y podrá participar en la práctica de las pruebas. Apoyó su solicitud con jurisprudencia C-541 de 1992 de la Corte Constitucional.

Concluyó solicitando se acceda a su petición en atención a que no hay razón justa y valedera para que la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar descongestione los despachos judiciales con el traslado de expedientes, pues contaba con otros mecanismos para ello, como el traslado de funcionarios de manera temporal, designar sustanciadores, entre otros, pero no afectar las garantías de los procesados.

V. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del trámite incidental cuya resolución de plano concita, en esta oportunidad, la atención de la Sala Tercera de Decisión, ello de conformidad con el artículo 238.6 de la Ley 522 de 1999, concordante con el canon 269 y subsiguientes *ibídem*, normatividad que

en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de este año, como de los ocurridos con posterioridad a la misma -no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial- mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Proemio obligado de las disquisiciones jurídico racionales que se imponen con miras a la resolución en Derecho del presente trámite incidental, es el de acrisolar que se abstendrá esta Corporación de realizar pronunciamiento alguno en torno a la irregularidad que la abogada incidentante atribuye al hecho de haberse iniciado en una sola cuerda procesal la pesquisa judicial por tres diferentes conductas atribuidas a su prohijado y presuntamente constitutivas del reato típicamente militar de abandono del puesto, al igual que frente al reproche formulado de cara a lo dispuesto en la resolución

No. 000273 del 05 de mayo de 2016 emanada de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y por virtud de la cual el plenario fue remitido por descongestión al Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar sito en la capital de Santander del Sur, ello por cuanto palmar resulta que tales censuras son abiertamente ajenas al trámite en cuestión, quedando la Sala relevada de acometer su análisis y resolución.

Apuntalado lo anterior, habrá de remembrarse que el cambio de radicación de un proceso penal, como excepción al principio de la *perpetuatio jurisdictionis*[15] y a las reglas de competencia por razón del factor territorial -mismo que en el rito aplicable al presente evento, junto con el factor subjetivo, determinan la competencia de los despachos de esta jurisdicción foral, salvada excepción de los juzgados de instrucción penal militar que tienen competencia independientemente del sitio en que suceda el hecho a investigar-,

[15] El derecho a la inmodificabilidad de la competencia que es lo que se conoce como *perpetuatio jurisdictionis* no es absoluto, habiéndose admitido como excepciones la expedición de leyes que autorizan o introducen variaciones de competencia a procesos pendientes, al igual que otros eventos, ilustrados por la doctrina jurídico procesal, en los cuales las codificaciones prevén para casos futuros hipótesis en las que tendría cabida un cambio en la competencia dentro de procesos en curso (y que en esa medida son limitaciones, muchas veces proporcionales, a este principio), *verbigratia* la recusación o el impedimento que determinan, de prosperar, una alteración en la competencia del juez de carácter personal, y la supresión justificada de una especialidad en la justicia ordinaria –cambio en la competencia del juez órgano-. La Constitución misma prevé que sería posible alterar durante un proceso la competencia judicial –en el sentido del juez órgano-, cuando se integra o deja de formar parte de "negocios contenciosos" un agente diplomático acreditado ante el Gobierno Nacional, en los casos previstos por el derecho internacional, ya que en esos eventos la competencia la asume o la deja de tener, según el caso, la Corte Suprema de Justicia (CP artículo 235, numeral 5°.). *Cfr*. Sentencia C-755/13, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

procede cuando se acredita, en debida forma, que en el lugar donde se ventilan las diligencias existen circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad o integridad personal de los intervinientes, en especial de las víctimas o de los servidores públicos.

De cara al artículo de 269 la Ley 522 de 1999 aplicable al asunto *sub examine*, mismo que ha de acompasarse con la disposición de derecho positivo contenida en el artejo 221 de la Ley 1407 de 2010 dada su indiscutible naturaleza de normas de carácter sustancial con incidencia procesal[16], y en punto al escrito signado por la defensora del procesado, abogada CEMM, desde ya habrá de anunciarse que la pretensión de cambio de radicación postulada por éste le advendrá adversa por las potísimas razones que acto seguido aquilatará la Sala.

[16] Corte Constitucional, sentencia C-619/01. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, "6. *Con todo, dentro del conjunto de las normas que fijan la ritualidad de los procedimientos, pueden estar incluidas algunas otras de las cuales surgen obligaciones o derechos substanciales. En efecto, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos substanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva. Para no contrariar la Constitución, la ley procesal nueva debe respetar los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de este tipo de disposiciones materiales, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales*."

Preceptúa el citado artículo 269 de la Ley 522 de 1999 aplicable al asunto *sub examine*, en punto al instituto invocado que:

> "*El cambio de radicación podrá disponerse cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia,* ***las garantías procesales****, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal.*" (Negrilla y subraya de la Sala)

Diáfano refulge así que son diversas las hipótesis dentro de las cuales se puede peticionar un cambio de radicación, pero es aquella destacada por la Sala la que se adecúa al panorama referido por la peticionaria, como quiera que finca su pretensión en que la distancia entre las ciudades sede del despacho instructor y en que se halla domiciliado su procurado va en contra de los derechos del mismo afectando garantías procesales, especialmente el derecho a contar con una verdadera defensa técnica, teniendo mayores garantías procesales de accederse al pretendido cambio de radicación y poder visitar, así, el PT (R) LLRG el despacho en el que se adelanta la investigación para tener acceso al expediente y poder participar en la práctica probatoria, además de tener comunicación fluida con su defensor, atendiendo a que no ha sido posible designar uno en esos lugares.

Ante un ejercicio argumentativo de tal naturaleza, resulta procedente evocar que, en punto al prenombrado instituto, enseña el órgano de cierre de

esta jurisdicción foral, en decisión de plena aplicabilidad al presente evento con miras a resolver entonces si hay, o no, lugar a atender favorablemente el pedimento de cambio de radicación en cuestión, lo siguiente:

> *"El desconocimiento de las garantías procesales, como todas las causales que la ley establece para autorizar la remoción de un proceso del lugar de ocurrencia de los hechos, tiene su fundamento en la necesidad de contrarrestar factores externos de perturbación del ejercicio de la actividad judicial,* ***y no de solucionar las dificultades personales que el adelantamiento del juicio y en general la refutación de la incriminación conllevan para el procesado y su defensor, pues no todo factor perturbador de la administración de justicia se remedia con este instrumento,*** *al que jurisprudencialmente se le ha atribuido carácter residual y extremo, al reconocerse que se trata de una excepción al principio según el cual el juez competente por el factor territorial para conocer de un delito, es el del lugar de su comisión.*
>
> ***De allí que la ubicación del domicilio del procesado o de su defensor, no constituye criterio válido para autorizar la remoción del proceso, como tampoco lo son las dificultades que tengan que afrontar para desplazarse al lugar donde el juicio se encuentra radicado, pues tales inconvenientes no revisten la idoneidad suficiente para perturbar el adelantamiento de la actuación procesal en el territorio de la jurisdicción del juez natural,*** *y de ahí que el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal no las haya previsto como causal para variar la radicación del proceso.*
>
> *Sobre el punto se pronunció la Sala en auto del 6 de febrero de 2001, con ponencia de quien ahora cumple igual cometido:*

> ***"El simple hecho de que procesados o defensores vivan en lugar diverso a aquél donde se tramita un proceso, como lo tiene dicho la Sala, no constituye factor que pueda quebrantar o perturbar el curso de la investigación y tampoco a*** *las hipotéticas dificultades personales derivadas de las condiciones de salud del sujeto procesal por antonomasia,* ***puede asignársele idoneidad para alterar el ambiente adecuado para el juzgamiento que es lo que se busca precaver con el cambio de radicación"***[17]. Negrillas ajenas al texto original)

Pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que, para efectos de la materialización al antes citado cometido, ha de concatenarse con aquel otro en el que, reiterando la pacífica línea de pensamiento trazada por dicha Corporación en relación con un el pluricitado instituto jurídico procesal, esta aquilató:

> *"2. El cambio de radicación es un mecanismo jurídico perentoriamente regulado, a través del cual puede exceptuarse la regla general de competencia deducida por el factor territorial,* ***cuando se compruebe de manera fehaciente*** *que en el territorio donde se adelante el juicio existen circunstancias que pueden afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, y la seguridad o integridad personal de los sujetos procesales o de los funcionarios judiciales, como lo estipula el artículo 85 ibídem*[18]*.*
>
> *Por lo tanto, su carácter teleológico es asegurar que el fallo sea proferido por un juez que esté en las condiciones adecuadas para que pueda dispensar una recta, cumplida y eficiente administración de*

[17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto octubre 1° de 2002, radicado No. 19965, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO.
[18] Auto marzo 17 de 2004, radicación No. 22077.

justicia, cuando por confluir alguna de las circunstancias anteriores, la ecuanimidad del funcionario judicial competente se hubiere quebrantado.

***La petición formulada debe estar "motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda", so pena de ser rechazada de plano**.*

Al respecto, ha dicho esta Sala:

> *"Por manera que, los motivos aducidos en la solicitud no podrán consistir en raciocinios subjetivos, ni en suposiciones, ni en valoraciones aisladas acerca de la conveniencia de variar la sede del juzgamiento, sino en el aporte o señalamiento de los medios de convicción idóneos que permitan adoptar la decisión con respaldo probatorio suficiente para variar el factor de competencia precisamente por vulnerar o poner en grave peligro la función de administrar justicia en el lugar donde se tramita el juicio o amenazar la objetividad e imparcialidad que deben imperar en su curso con real trascendencia en el trámite judicial cuya radicación se desea trasladar.*
>
> *Se deduce entonces, que el cambio de radicación es una medida residual y extrema que se concede cuando definitivamente ya no existan mecanismos jurídicos alternativos destinados a neutralizar las causas que lo generan, o cuando pese a haber acudido a otras formas de prevenir o remediar el conflicto latente y extraño al proceso penal, no se hubieren obtenido los resultados esperados"*[19]*…"*[20]. (Negrilla y subraya de la Sala)

Lo anteriormente transliterado conduce a enfatizar que la solicitud de cambio de radicación, medida extrema con la cual se busca que el ambiente para la investigación y el juzgamiento, vale decir, para la impartición de justicia, sea el más apropiado, ha de

[19] Auto del 4 de febrero de 2009, radicado 31090.
[20] Corte Suprema de Justicia, radicado 33516, febrero 10 de 2010, M. P. JAVIER ZAPATA ORTÍZ.

estar debidamente motivada por quien pretende que aquella le sea favorablemente dispensada, ello en aras de que el superior funcional llamado a decidir el incidente pueda construir el juicio de valor correspondiente, determinando si en la sede donde regularmente se debe adelantar y culminar el proceso, las condiciones resultan propicias o nocivas para garantizar la rectitud de juicio y la transparencia en la delicada tarea de administrar justicia; esto, se acota, en la medida que no existan mecanismos jurídicos alternativos que permitan neutralizar las causas que llevan a invocar la aplicación de la pluricitada figura, o cuando, no empece haberse empleado tales mecanismos, estos han resultado inanes o inoperantes.

Y es que sólo en la medida que quien depreca el cambio de radicación del proceso acredite objetivamente las razones fácticas que determinan su petición y estas resulten objetivas, perceptibles, demostrables y exentas de error[21], precisa la Sala, es plausible que el llamado a resolver lo pertinente, en el presente caso este Colegiado, realice la sopesada ponderación que corresponde en punto a si ciertamente en el sitio donde se está adelantando la investigación existen circunstancias externas que puedan afectar el normal desarrollo y ejercicio integral de la administración de justicia, al punto que sea aconsejable, de resultar positivo dicho análisis, acceder a referido cambio, aserto

[21] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

que resulta plenamente unívoco con lo que al respecto ha acrisolado la Suprema Corte, esto en los siguientes términos:

> *"En razón de lo anterior, es imprescindible entonces, que dentro del trámite incidental que adelanta la Corte, el peticionario demuestre fundadamente las circunstancias argüidas como motivo del cambio de radicación, ya que, dada su connotación ellas deben ser objetivas, perceptibles, demostrables y esencialmente, exentas de error, toda vez que en el trámite establecido por la ley para esta clase de peticiones, no existe un período que permita practicar pruebas de oficio o a solicitud de parte, en orden a verificar las afirmaciones incluidas en la solicitud…"*[22].

Así las cosas, cernido el asunto que concita la atención de esta Corporación por el tamiz que brindan las anteriores precisiones conceptuales, palmar se avizora que deleznable resulta, para los efectos propios de este trámite incidental, el planteamiento expuesto por la defensora del PT (R) LLRG, esto en la medida que la logomaquia argumentativa a la que aquella acude en procura de sacar avante su anhelo, tan sólo apalancada en su subjetivo dicho, sin soporte probatorio alguno, pero arguyendo circunstancias que resultan infundadas en tanto contrarias a lo que objetivamente refiere la urdimbre procesal como se detallará *a posteriori*, no permite vislumbrar objetiva y válidamente que en el lugar geográfico sede del juzgado de instrucción en la que cursa la investigación en contra del referido

[22] Corte Suprema de Justicia, radicado 51000, agosto 30 de 2017, M.P. LUIS GUILLERO SALAZAR OTERO

policial retirado, exista circunstancia alguna que le imposibilite ejercer a plenitud sus garantías procesales[23], menos aún -añade la Sala- que impidan al instructor de la causa, a la Fiscalía Penal Militar e incluso al juez de conocimiento si esta llegare a la etapa de juicio, administrar una recta, eficiente y cumplida justicia.

El aducido mejoramiento de las garantías procesales no es argumento por sí mismo suficiente para reputar válidamente que no se va a cumplir con los propósitos de la justicia, o que hay un ambiente impropio, se reitera, que amenace la incolumidad de las garantías procesales que incumben el encartado e incluso a su actual defensora, como para aplicar la excepción a la regla general de competencia determinada por el factor territorial, máxime si se tiene en cuenta que de la revisión del plenario no se avizora ninguna conculcación de tales garantías, llegando los despachos de instrucción penal militar que han conocido del asunto y la Fiscalía 162 Penal Militar a ser más que garantistas al acudir a la figura de la comisión[24] para la práctica de pruebas

---

[23] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 42003, agosto 15 de 2013, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, según la cual la teleología de esta figura "…*está íntimamente vinculada con la protección de la imparcialidad del juez llamado a presidir el juicio, la protección del orden público, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento y la seguridad o integridad personal de los intervinientes*".

[24] Ley 522 de 1999, artículo 268, "*Comisiones. Para la práctica de diligencias la Corte Suprema de Justicia podrá comisionar a cualquier funcionario judicial o a sus magistrados auxiliares.*

El Tribunal Superior Militar y los jueces de primera instancia, podrán comisionar para la práctica de pruebas y diligencias, exclusivamente, a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría.

solicitadas por el procesado[25] y para efectos de notificación a éste de las decisiones adoptadas en el decurso procesal, amén que al mismo, PT (R) LLRG, se le ha garantizado su participación activa en el trámite a través de la solicitud de pruebas, de su intervención en la práctica de las probanzas testificales, de la resolución de los variados escritos allegados y de los recursos por él impetrados, amén que se han atendido sus peticiones de cambio de defensor, ello había cuenta que el antes citado -tal como se evidencia a lo largo de la actuación- inconforme con las actuaciones de quienes en calidad de defensores públicos han sido sus representantes judiciales, así lo ha requerido, sin que ello haya sido, se agrega, óbice para denunciar disciplinariamente a algunos de ellos como dan cuenta las fojas.

Pero como si ello no fuera suficiente para despachar desfavorablemente el pretendido cambio de radicación, como se anunciare de agraz, al no satisfacer los argumentos de la incidentante ninguna de las razones enlistadas en la norma adjetiva ya analizada, también resulta manifiesto, como se

---

Los jueces de instrucción penal militar, podrán comisionar para los mismos fines, a funcionarios de inferior o igual categoría fuera de su sede.

El auto mediante el cual se comisiona establecerá con precisión las diligencias que deben practicarse y el término dentro del cual han de realizarse. En caso de indagatoria se anexará el cuestionario correspondiente.

En ningún caso la comisión implica facultad para resolver la situación jurídica del procesado.

[25] Folios 772 a 780 CO. 4

dijere líneas atrás, que revisada la actuación procesal las circunstancias postuladas por la abogada CEMM resultan abiertamente infundadas, se itera, como pasa a verse acto seguido.

El 16 de abril de 2015 el otrora miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional fue vinculado mediante diligencia de indagatoria[26] por la comisión del presunto delito de abandono del puesto, diligencia en la que fue asistido por su entonces defensor de confianza, abogado EASC.

El envío del expediente al Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar con sede en Bucaramanga (Santander del sur) por descongestión y de conformidad con la resolución expedida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, fue dispuesto mediante auto de trámite adiado 16 de mayo de 2016[27], decisión comunicada a los sujetos procesales, entre ellos el PT (R) LLRG, el 31 de mayo de 2016[28].
El 09 de junio de 2016[29] se definió provisionalmente la situación jurídica al procesado, absteniéndose el instructor de imponer medida de aseguramiento en su contra, decisión interlocutoria igualmente notificada personalmente al procesado y a su defensor de confianza el día 15 y 13 de junio de 2016, respectivamente.

[26] Folios 38-43 CO 1
[27] Folio 186 CO. 1
[28] Folios 188, 191 CO.1
[29] Folios 197 CO 1 a 201 anverso CO2

Previa solicitud del sumariado encaminada a ello, mediante auto del 24 de marzo de 2017[30] se reconoció a la abogada GMGC como representante de su defensa técnica, abogada esta que fue notificada personalmente de varias decisiones adoptada al interior de la investigación, ello vía comisión conferida al Juzgado 191 de Instrucción Penal Militar con sede en Tunja[31].

El día 22 de mayo de 2017[32] se resolvió solicitud de pruebas presentada por el procesado, dando cuenta los folios 889 a 843 del cuaderno original No. 5 de la interposición de recurso de reposición y en subsidio el de apelación que incoare el procesado LLRG ante el Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar por la negativa en la ordenación y práctica de tales pruebas.

El 06 de junio de 2017[33] la defensora pública asignada, GMGC, solicitó sustitución de poder a fin se reconociera personería jurídica a la doctora MASM, defensora esta que última, que con escrito del 02 de mayo del mismo año[34] pidió la suspensión o cambio de defensa por considerar haber sido irrespetada por el procesado, solicitud despachada favorablemente por el Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar, despacho éste que le asignó como

[30] Folio 743 CO. 4
[31] Folios 840 CO 5
[32] Folios 819-821 CO. 6
[33] Folios 847-849 CO.5
[34] Folio 1109 CO. 6

nuevo defensor al doctor JTGM, decisión notificada al procesado a través de despacho comisorio librado al Juzgado 148 de Instrucción Penal Militar[35].

Con escrito del 13 de septiembre de 2018 obrante a folios 1168 y 1169 del cuaderno original No. 6, el investigado le solicitó la renuncia al último abogado asignado, renuncia presentada por el togado y aceptada por el Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar.

También se observa que en las diligencias de declaración rendidas por la TE. ASG[36] y el TE. JECG[37], denunciantes de los hechos objeto de pesquisa judicial, participó el doctor CAB en calidad de Procurador Judicial 238 Penal I, como como también lo hizo el procesado LLRG, quien el día 13 de septiembre de 2018[38], peticionó nuevamente el cambio del representante judicial que venía actuando a ese momento procesal, siendo nombrada por el despacho instructor como defensora de oficio la doctora CEMM.

Evidenciándose así de manera palmar que contrario a lo afirmado por la antes citada profesional del Derecho en su escrito, ninguna afectación de las garantías procesales del procesado, PT (R) LLRG, ha acontecido en el trámite sumarial, al igual verificándose que éste siempre ha contado con un

[35] Folio 1123 CO. 6
[36] Folios 1181-1196 CO. 6
[37] FOLIOS 1329-1339 CO. 7
[38] Folios1168 – 1168 CO. 6

defensor técnico –de confianza, público y de oficio- y que incluso ha hecho suyo a plenitud el ejercicio de la defensa material, habrá de agregarse que la taxatividad de las causales a las que la ley otorga potencialidad para excepcionar las reglas de competencia por el factor territorial, impide que el espectro de protección de la figura se amplíe a través de una interpretación extensiva para dar cabida a criterios como los expuestos como basilares por la peticionaria[39], imbuidos de simple conveniencia o comodidad, porque ello conduciría al absurdo de aceptar -en contravía de la teleología que inspira el cambio de radicación- que las reglas de competencia por razón del factor territorial y la excepción a ellas que deviene de la aplicación de dicho instituto jurídico procesal, quedan supeditadas bien al domicilio del procesado o de su defensor, ora a la imperiosa aceptación de que estos sólo pueden hacer propio el derecho a la prueba o tener mutua comunicación si se accede al cambio de radicación.

Lábiles e improbados argumentos que en últimas resultan ser aquellos en que la multicitada incidentante apalanca su pretensión y que por manera alguna se trocan en factores externos de

[39] Que la distancia entre las ciudades sede del despacho instructor y en que se halla domiciliado su procurado va en contra de los derechos del mismo afectando garantías procesales, especialmente el derecho a contar con una verdadera defensa técnica, teniendo mayores garantías procesales de accederse al pretendido cambio de radicación y poder visitar el PT (R) LLRG el despacho en el que se adelanta la investigación para tener acceso al expediente y poder participar en la práctica probatoria, además de tener comunicación fluida con su defensor, atendiendo a que no ha sido posible designar uno en esos lugares.

perturbación del ejercicio de la actividad judicial, que aparejen la alteración de las condiciones propicias para garantizar la rectitud del proceso penal en sus varias etapas y el ejercicio integral de la administración de justicia, deviniendo más que lógica, se insiste, la improsperidad de la aspiración postulada por la abogada incidentante.

Lo así declarado por esta Corporación no se erige en óbice para puntualizar que si bien es cierto se evidencia una mora en el adelantamiento de la investigación, una omisión en la práctica de algunos medios de prueba y una inexplicable pugna entre el juzgado instructor y la fiscalía penal militar de la causa, suscitada a raíz de la inicial devolución que hiciere el ente calificador a aquel despacho de instrucción a fin de que se practicaran y adujeran unas pruebas y, asimismo, se corrigieren unos dislates procesales, tales circunstancias fáctico procesales no alcanzan a configurarse en aquellos hechos externos que permiten estructurar una causal de cambio de radicación, amén que son situaciones que bien pueden ser conjuradas a través de los mecanismos y medios previstos por la ley al efecto, *verbigratia* la recusación de los funcionarios si ello resulta procedente, la impetración de nulidades de estructurarse una causal para su operancia o, en últimas y de presentarse una negligencia o un incumplimiento de deberes funcionales, acudiendo a las instancias penales o disciplinarias, mismas a las que ya ha apelado el procesado instaurando

quejas ante la Procuraduría General de la Nación en contra de los funcionarios judiciales que han conocido este caso, quejas cuya resolución en Derecho se halla pendiente de trámite como da cuenta el paginario.

En este orden de ideas, ante la ostensible falta de objetiva y perceptible demostración de circunstancia externa alguna que torne en favorable el anhelado cambio de radicación y que lleve a este Tribunal a avizorar como conveniente la aplicación de la excepción a la regla general de competencia determinada por el factor territorial, al igual que por razón de las otras circunstancias enlistadas *ut supra*, se denegará -como fuere anticipado- su concesión y se dispondrá, consecuencialmente, que la presente investigación se continúe tramitando en el Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar, máxime que se halla en ciernes la práctica de unas pruebas, a cuyo término deberá continuarse con el trámite de rigor con estricta sujeción a los términos de ley y al plazo razonable, concepto este último cuyos alcance y contenido han sido precisados en pronunciamientos del juez plural guardián de la indemnidad de la Carta Política[40], al igual que en

[40] *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-557/92; sentencia C-1154/05, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y sentencias de tutela Nos. 1249/04, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO y T-171/06, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, en estas dos últimas se precisó, respectivamente, "*la razonabilidad del término de un plazo de investigación dentro del proceso penal debe estar condicionada por la naturaleza del delito imputado, el grado de complejidad de su investigación, el número de sindicados y los efectos sociales que de éste se desprendan*" y "*solo aquellas circunstancias que tengan la suficiente entidad podrán permitir la dilación de un término al encontrase debidamente justificadas. La Sala destaca entonces que (i) sólo con el objetivo de perseguir una finalidad*

variadas y uniformes decisiones del órgano de cierre de esta jurisdicción foral[41].

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el cambio de radicación deprecado por la abogada CEMMM, dentro de la actuación que por el punible de abandono del puesto se adelanta en contra del PT (R) LLRG, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* del presente proveído judicial.

SEGUNDO: DEVOLVER las diligencias al despacho de origen, Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar, para que prosiga con la actuación procesal de conformidad con lo precisado por esta Corporación en las consideraciones de este pronunciamiento.

TERCERO: CONTRA esta decisión no procede recurso alguno.

---

constitucionalmente relevante y (ii) como consecuencia de situaciones imprevisibles e ineludibles, es posible justificar la dilación de los términos procesales, únicamente durante el lapso estrictamente necesario para efectuar la actuación y con la condición que se dé trámite urgente y preferente a la actuación que no se decidió a tiempo".

[41] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 25 de julio de 1994, radicación No. 9418, reiterado sucesivamente en las decisiones de diciembre 16 de 1999, radicación 16540 y octubre 06 de 2009, radicación No. 32791 M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS, entre otras.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado ponente	:	CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	158754
Procedencia	:	Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar
Procesado	:	PT. JCRE
Delito	:	Homicidio
Motivo de alzada	:	Apelación cesación de procedimiento
Decisión	:	Confirma decisión.

Bogotá D.C., febrero veintisiete (27) de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponde en relación con el recurso de apelación impetrado por la abogada RAAB, apoderada de la parte civil dentro de la presente causa penal, contra el interlocutorio del 13 de julio de 2017, por medio de la cual el Juzgado 171 de Instrucción Penal

Militar sito en el municipio de San José de Cúcuta (Norte de Santander), cesó procedimiento en favor del procesado, PT. JCRE, por el delito de homicidio.

II. HECHOS

Fueron referenciados en el interlocutorio recurrido, en los siguientes términos:

> *"El día 4 de febrero de 2013, en jurisdicción del municipio de Gramalote el señor RFBB, portando armas de fuego se atrinchero* [sic] *en su residencia, donde mantenía encerrada a su abuela y amenazaba con matar a su padre, por lo que se hizo necesaria la intervención policial, quienes fueron atacados con disparos de arma de fuego por parte del señor RFBB, resultando lesionados dos uniformados y un particular, desencadenándose luego una situación de rehenes, en la cual luego de arduas labores de persuasión que resultaron infructuosas, al no lograr calmar su agresividad, fue neutralizado por personal adscrito al Gaula, quienes llegaron a atender el caso."*[1].

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por razón del marco fáctico antes bosquejado, se dio inicio al radicado 543136106112200138000 2 por parte de la Fiscalía Sexta de la Brigada Interinstitucional de Homicidios de Cúcuta, despacho que remitió la actuación por competencia ante el Juzgado 171 de Instrucción Penal con sede en el Departamento de

[1] Folio 611, C.O. 4.

Policía Norte de Santander, en donde mediante auto del 29 de abril de 2013 el Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de indagación preliminar en averiguación de responsables por el presunto delito de homicidio[2].

Con auto del 15 de marzo de 2016 por parte del despacho instructor en cita se dio inicio a investigación penal formal en contra del PT. JCRE por el punible de homicidio[3], siendo escuchado en diligencia de indagatoria con fecha 20 de abril de 2017[4].

Vía proveído del 13 de julio de 2017, el despacho de instrucción resolvió de manera provisional la situación jurídica del indagatoriado, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento alguna, a la par que decidió decretar a su favor cesación de procedimiento[5].

Inconforme con esta decisión, la doctora RAAB, como representante de la parte civil, la impugnó en lo referente a la cesación de procedimiento para que "*se continúe con una investigación integral que encuentre al responsable de los hechos.*"[6].

---

[2] Folios 206 y 207, C.O.2.
[3] Folios 566, C.O.3.
[4] Folios 583 a 586, *ibídem*.
[5] Folios 611 a 648, C.O.4.
[6] Folios 663 a 667, *ibídem*.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Mayor de la Policía Nacional RAFAEL JESÚS ÁLVAREZ MÁRQUEZ, Juez 171 de Instrucción Penal Militar, luego de reseñar el episodio fáctico investigado y enlistar el acervo probatorio que conforma la presente actuación, en sus consideraciones dio cuenta que aquí se investiga un delito común cuyo conocimiento radica por competencia en esta jurisdicción especial al tratarse de "*un acto propio del servicio*", lo que sirvió, agregó, para que con acierto el funcionario de la justicia penal ordinaria lo remitiera a esta justicia especializada.

Indicó que del análisis del material probatorio obrante en la investigación se tiene como hecho cierto que para el día 4 de febrero de 2013 en el municipio de Gramalote el PT. JCRE se encontraba al servicio de la Policía Nacional y era orgánico del grupo GAULA del Departamento de Policía Norte de Santander.

Que en tal condición recibió la orden de su comandante de participar en un procedimiento en el que el señor RFBB después de discutir con su padre y amenazarlo de muerte, atacó a los uniformados que por solicitud de éste fueron a atender el caso, resultando con lesiones el SI. JDR, habiendo

utilizado el perpetrador del ataque a su abuela como escudo, con quien se encerró en su vivienda.

Agregó a lo anterior el instructor que, a pesar de haber intervenido familiares del hoy occiso, autoridades locales como el párroco, la alcaldesa, y el comandante de la SIJIN de Sardinata, no se logró la entrega voluntaria del ciudadano para que afrontara las consecuencias de su actuar, por lo que se "*pretendía darle captura en flagrancia*".

Mencionó que como está documentado, si bien la señora ABYA estuvo en dicha residencia por su voluntad, en un inicio fue ingresada allí a la fuerza por su nieto RFBB, quien la usó como escudo humano al tomarla por el cuello y por encima del hombro de ésta apuntando a los uniformados que conocieron en primera instancia del caso. Que ello fue lo que llevó al Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander a solicitar la intervención del grupo GAULA, dada su capacitación e idoneidad en el manejo de casos con rehenes.

Sostuvo que estaba acreditado el profesionalismo, la planeación y la diligencia de todo el personal uniformado que participó en los hechos aquí investigados, al punto que la alcaldesa en la certificación jurada que rindió dio cuenta de ello y de lo que se procuró para no "*precipitar acciones que*

pusieran en riesgo al joven y a los ciudadanos del sector, sin violentar los derechos ni del joven, ni de su abuela, una policía con el compromiso de hacer bien su trabajo."[7].

Consideró que una vez agotados todos las formas de mediación por medio de terceros y aún de los policiales a riesgo de su propia vida, y al paso de un lapso considerable de "*paciente espera por parte de los uniformados, se presenta el desafortunado desenlace*" ante la negativa de RFBB de entregarse y el hecho de proceder al ataque a sangre y fuego en contra de los institucionales en cabeza del Coronel ELCA y de un transeúnte, se tomó la decisión de ingresar al inmueble, previa orden de registro y allanamiento autorizada por la Fiscalía Local de Sardinata.

Indicó el funcionario *A-quo* que cuando RFBB notó el actuar del grupo GAULA, que golpeaba la puerta posterior de la residencia con el ariete, comenzó a realizar disparos hacia los policiales, quienes al percatarse de ello, incluido el ahora procesado, accionaron sus armas de fuego resultando impactado en dos ocasiones el particular, con lo que se doblegó su resistencia quedando tendido en el suelo de la casa, razón por la que los efectivos del GAULA al ingresar a la misma no debieron utilizar sus armas de fuego, solo entraron, lo requisaron y desarmaron, luego de lo cual ingresó el personal médico que estaba

[7] Folio 642, *ibídem*.

dispuesto, con quienes el lesionado se comportó de forma agresiva al no dejarse atender debiéndose dominar con la fuerza e incluso atarlo a la camilla para luego evacuarlo con rumbo a la ciudad de Cúcuta, interregno en el que falleció.

Al hablar del indicio grave de responsabilidad en contra del investigado, sostuvo que el acervo probatorio da cuenta de la intervención de aquel de manera activa en los presentes hechos.

Hizo referencia a la diligencia de inspección judicial que puntualmente se realizó para recrear el actuar del ahora investigado, ello por cuanto en la que se realizara primero éste no se presentó a la misma, señalando al efecto que en la citada diligencia "*llamó poderosamente la atención que lo descrito de manera conteste por este en sus diferentes exposiciones, primero bajo la gravedad de juramento en calidad de testigo, como posteriormente libre de este apremio por su calidad de procesado, encajan perfectamente con los hechos descritos por los demás declarantes, a pesar de la diversidad de perspectivas que cada uno de ellos tienen de los mismos en razón a la forma en que estos se desarrollaron y las ubicaciones que cada uno tenía, por lo que se decidió ordenar la diligencia enunciada al inicio*."[8].

[8] Folio 643, *ibídem*.

Haciendo referencia a la anterior pericia, aseguró que "*al proyectar la pita balística desde la posición informada por este, como la asumida por el al* [sic] *momento de disparar hacia el lugar a donde manifestó apuntó, con dirección al interior de la vivienda, describió una trayectoria que coinciden* [sic] *perfectamente con un boquete en la pared de ingreso a la sala y con una oquedad hallada en la pared del fondo de este mismo reciento, y en la mitad de la trayectoria entre estos dos puntos se ubicó la posición donde fue hallada herida la víctima, el cual de acuerdo al lago hemático y al hecho de que en el resto de la casa no habían rastros de sangre se tiene como el lugar donde fue impactado, además de lo anterior refiere el perito balístico en sus conclusiones que esta trayectoria cuyo ángulo de disparo coincide perfectamente con la trayectoria descrita por el proyectil que causo* [sic] *la herida mortal dentro del cuerpo de la víctima.*"[9].

Consideró que sin necesidad de más dilaciones y una vez escuchado al procesado y analizado el haz probatorio, ello lo lleva a inferir que más que indicio, existe una altísima posibilidad "*casi al grado de certeza*"[10] que la lesión sufrida por el aquí obitado "*hubiese sido producto del disparo efectuado por el procesado, sin perjuicio de lo declarado por este, respecto a que otros compañeros a su alrededor, desde otras posiciones también dispararon hacia el mismo objetivo (posición), puesto que a la postre se encuentra*

[9] Folios 643 y 644, *ibídem*.
[10] Folio 644, *ibídem*.

descrito en el protocolo de necropsia que fue impactado en dos oportunidades."[11].

Aseguró que en el *sub litem* existen serios indicios en torno a la responsabilidad del aquí investigado, siendo del caso proceder al estudio de los fines que demanda la imposición de la correspondiente medida de aseguramiento, sino fuera porque "*refulgen paralelamente fuertes argumentos que llevan a considerar al despacho que efectivamente como bien lo advertían los honorables doctores MAME, como ROLO* [sic] *como agentes del Ministerio Público en sus respectivas oportunidades, el procesado pudo haber actuado bajo el amparo de alguna de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 34 de la ley 522 de 1999.*"[12].

Seguidamente dirigió su análisis puntualmente a la figura de la legítima defensa, apoyándose en estudios doctrinales[13] para señalar que quien realiza la conducta justificadamente no comete conducta punible y que para que aquélla se dé como causal de justificación se deben reunir algunos requisitos.
En primer lugar, hizo referencia a la existencia de una agresión por parte del occiso RFBB, que se puso de manifiesto con la prueba testimonial, además de los dictámenes médico legales a nombre de ELCA, JDR y JLL, que dan cuenta que fueron agredidos por arma de fuego, a lo que añadió que aquel particular pretendió

[11] *Ídem*.
[12] *Ídem*.
[13] Fernando Velásquez V, Manual de derecho penal.

agredir tanto al ahora procesado como a sus compañeros del GAULA cuando intentaron ingresar a la residencia en donde estaba "*atrincherado*" [sic].

En segundo lugar, refirió que la agresión debe ser actual y que para el caso en estudio conforme a lo probado, la acción realizada por el procesado fue el resultado de su reacción "*ante un ataque injusto por parte del joven RFBB, el cual en ese momento representaba peligro inminente para su integridad y las de sus compañeros del GAULA, especialmente la del patrullero CARD, quien portaba el ariete, por ende al tener sus manos ocupada* [sic] *no tenía posibilidad de repeler la agresión*."[14].

Sostuvo que en el caso *sub examine* todos quienes dieron cuenta de los hechos coincidieron en describir el actuar violento de RFBB hacia los uniformados, atacándolos directamente con un arma de fuego, llegando a impactar a dos de ellos y a un particular que se encontraba allí.
Señaló que todos fueron contestes en el hecho que a pesar de las múltiples mediaciones hechas por distintas autoridades y familiares, la intención de aquél nunca fue la de entregarse a las autoridades para afrontar las consecuencias de sus actos, "*sino por el contrario era como lo manifestaba a grito entero, asesinar a quien intentara ingresar a la residencia*."[15].

[14] Folio 645, C.O.4.
[15] Ídem.

En tercer lugar, haciendo alusión a que la agresión debe ser injusta o antijurídica, esto es "*contraria al ordenamiento jurídico*", indicó que ello se puso de manifiesto en el actuar de la hoy víctima "*quien con su comportamiento desmedido y por demás violento propicia la necesidad de utilización de la fuerza por parte del procesado y demás miembros del cuerpo policial.*"[16].

Después de hacer referencia a pronunciamiento de esta Corporación en punto a la legítima defensa[17], indicó que conforme a las citas tanto doctrinales como jurisprudenciales, se concluye que está demostrado que el actuar del ahora procesado fue conforme al ejercicio de la legítima defensa de su vida e integridad física como la de sus demás compañeros de procedimiento, hallándose probada la violencia con que actuó el joven RFBB en su contra y la de aquéllos, siendo evidente conforme a la prueba testimonial que tal agresión era idónea para poner en peligro el bien jurídicamente tutelado de la vida e integridad del PT. JCRE como la de sus compañeros, en especial la de aquél, "*lo que hace entender que su reacción fue necesaria y proporcional, ya que con ella evitó de manera efectiva la vulneración de este, sin que se observe exceso en su actuar, puesto que a pesar que en las pruebas periciales se evidencias* [sic] *multiplicidad de disparos, esta fue producto de la reacción de varios*

[16] Folio 646, *ibídem*.
[17] Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, radicado 154518, agosto 31 de 2010, M.P. MY (RA) MARYCEL ARTURO PLAZA.

uniformados de los que allí se encontraban, amén que en la humanidad de la víctima únicamente impacto [sic] *un disparo de carácter mortal*;…"[18].

Indicó que el actuar del aquí procesado fue en un acto del servicio y con ocasión del mismo, en un estricto cumplimiento de un deber legal, infiriéndose de su injurada que el hoy occiso al notar la presencia del personal del Gaula que golpeaba la puerta para abrirla, comenzó a disparar de manera indiscriminada, y aquél en su condición de funcionario público se le imponía la protección de la vida tanto de sus compañeros como la suya.

Anotó que el actuar del investigado se encuentra "*enmarcado dentro de las causales 1 y 4 de ausencia de responsabilidad*"[19] y consecuencialmente con ello dará aplicación a lo estipulado en el artículo 231 del Código Penal Militar vigente en materia de procedimiento, esto es la Ley 522 de 1999.

Finalmente, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra del PT. JCRE respecto a la imputación hecha por el delito de homicidio, y a continuación decretó en su favor cesación de procedimiento.

---

[18] Folios 646 y 647, *ibídem*.
[19] Folio 647, *ibídem*.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La abogada RAAB, en su condición de representante de la parte civil, dio cuenta que el motivo de inconformidad con la providencia recurrida radica en que no se "*ha efectuado una investigación integral tal y como lo dispone la legislación penal castrense; además de llegar a una conclusión final para decretar la cesación de procedimiento en el caso que nos ocupa, fulminando de tajo la teoría del delito, puesto que no analizó la tipicidad en donde seguramente hubiese encontrado el debido sustento con el respaldo probatorio para llegar a la decisión que apelamos, y no llagar* [sic] *alegar una causal de ausencia de responsabilidad para quedarse en la antijuridicidad.*" [20].

En su sentir el procesado "*no es el responsable penal, por la muerte de RFBB (Q.E.P.D), y por ende al momento de resolverle la situación jurídica el despacho debía como lo hizo abstenerse de imponerle medida alguna, pero no, bajo las consideraciones que alegó para sustentar dicha decisión*,…"[21].

Sostuvo que la conducta del aquí investigado era a todas luces atípica y para ello solo bastaba analizar "*concienzudamente la prueba balística pericial*", en donde se concluyó que los ángulos de tiro descritos por los "*versionados que manifestaron haber hecho uso de sus armas de fuego…*" no podrían ser compatibles con la trayectoria del proyectil que ingresó en el hoy occiso.

[20] Folios 663 y 664, *ibídem*.
[21] Folio 664, *ibídem*.

También que aquéllos dieron cuenta que en la parte posterior del inmueble y sobre el terraplén había personal uniformado del GAULA, SIJÍN y GOES y se sugería allí ampliar las versiones para ubicar qué personal de aquellos fue el que disparó hacia la ventana del frente del mismo.

Además, que el papá de la víctima señaló que su hijo fue impacto por el personal de la policía ubicado en la parte posterior del inmueble y dijo haber oído disparos de fusil y visto en el suelo de la parte trasera de la casa vainillas calibre 5.56 mm las que no aparecen en el proceso.

Que conforme a la trayectoria del proyectil que impactó en la humanidad de la víctima, esta da cuenta que la boca de fuego del arma estaba en un nivel muy superior y que tal nivel es compatible con una zona de disparo desde el terraplén.

Indicó que la prueba forense citada en precedencia, le mostró tanto al despacho como a las partes que en el teatro de los acontecimientos no solo estaban los uniformados del grupo GAULA DENOR –quienes tenían el control de la situación-, sino también otros policiales como espectadores, y que "*uno de ellos sin estar bajo órdenes de quien guiaba la operación, decidió sin ningún criterio hacer uso de su arma de fuego, y desde el terraplén de donde realmente se aproxima la*

trayectoria balística trazada en el cuerpo del occiso, disparó causando el resultado conocido."[22].

Aseguró que llegar a tal conclusión no era difícil, pues solo bastaba llevar a cabo una investigación integral donde se ordenaran las pruebas que llevaran a una correcta y verdadera administración de justicia, donde se aclararan los hechos sobre los que llamó la atención.

En su juicio, por el funcionario *A quo* debió establecer qué policiales se ubicaron en la parte posterior del inmueble y asimismo "*cuál de ellos sin criterio alguno hizo uso de su arma de dotación segando la vida de la víctima, pues era evidente que estaba fuera de quienes controlaban la situación, que* [sic] *en últimas eran los que podían de considerarlo pertinente en un estricto cumplimiento a un deber legal o en legítima defensa, hacer uso de sus armas de fuego, como en efecto no sucedió.*"[23].

Insistió en que conforme a la experticia forense la ubicación del procesado frente a la víctima nunca se aproximó la trayectoria balística, lo que según su opinión "*apunta a que se dejó de investigar y vincular al proceso a quien realmente causó la muerte del* [sic] *RFBB.*"[24].

---

[22] Folio 665 C.O. *Ídem.*
[23] Folio 665, *ibídem.*
[24] Folio 666, *ibídem.*

Sostuvo que solamente era ordenar y practicar las sugerencias puestas de presente en la diligencia de reconstrucción de los hechos por parte del balístico, para determinar efectivamente quien es el responsable de la muerte de la víctima, a fin que "*nos ofrezca sus explicaciones garantizándole su debido proceso, del porque* [sic] *hizo uso de su arma de fuego de dotación oficial, si él no estaba bajo las órdenes de quienes controlaban la situación, ni mucho menos su vida estaba en peligro*."[25]

Aseguró que su propósito es que en la presente investigación se busque la verdad de los hechos, se haga una efectiva administración de justicia, por lo que solicitó que se revocara el numeral 2° de la parte resolutiva de la providencia impugnada, para que "*se continúe con una investigación integral que encuentre al responsable de los hechos*"[26], enunciando una serie de pruebas que solicita se practiquen.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 04 Judicial II Penal, Doctor JECR, en su concepto, luego de hacer referencia a la actuación procesal surtida, indicó que indudablemente nos encontrábamos frente a un punible de homicidio y que no obstante, como lo sostuvo el funcionario

[25] Ídem.

[26] *Ídem*.

instructor, "*todas las evidencias dan cuenta que el procesado actuó amparado en la causal de justificación de la legítima defensa….*"[27].

Indicó que las declaraciones recepcionadas al padre y a los familiares de la víctima, a los testigos presenciales de los hechos, los informes de policía, el dictamen de la necropsia, la indagatoria del PT. JCRE y los informes de balística allegados al plenario, dan cuenta que el procesado para la fecha de los hechos era miembro activo de la Policía Nacional adscrito al GAULA-Norte de Santander y que participó en el operativo de marras cumpliendo órdenes superiores.

Sostuvo que el proceso da cuenta que RFBB, quien era consumidor de alucinógenos según el dicho de su padre, "*se atrincheró en la residencia de su papá y tomando como a su abuela ABYA se enfrentó a la policía, quienes intentaron por todos los medios persuadirlo para que se entregara con resultados negativos, por lo que al intentar ingresar al inmueble utilizando el ariete fueron repelidos por el joven quien los recibió disparando su arma de fuego, por lo que los uniformados hicieron uso de sus armas de dotación causándole heridas que le produjeron la muerte.*" [28].

[27] Folio 676 y 677, *ibídem.*
[28] Folios 677 y 678, *ibídem.*

Consideró que las evidencias dan cuenta que el GAULA y las autoridades allí presentes trataron de persuadir al joven pero aquél no se entregó, que contrario a ello se asomó por una ventana y accionó su arma de fuego lesionando a un particular y al comandante de la policía, lo que motivó a que los uniformados tomaran la decisión de ingresar al inmueble por la parte de atrás utilizando la fuerza y validos de un ariete, con los resultados ya conocidos.

Aseguró que conforme a la pericia realizada en el lugar de los hechos respecto de la trayectoria de los disparos que hirieron al agresor y concluyeron con su muerte, se debe indicar que "*la misma coincide con la posición donde acciono* [sic] *el arma el procesado (una lomita a 14 metros de la casa*)…"[29], la cual fue descrita por el propio investigado en dirección al sitio de impacto como lo fue la pared de ingreso a la sala y la consecuente huella que quedó en la pared del fondo, encontrándose en el camino el hoy occiso, considerando que por lo tanto "*existe una alta probabilidad que en efecto esos disparos hayan sido los que causaron las heridas que le produjeron la muerte al joven RFBB, por lo que sería el autor del hecho*."[30], llamando la atención en lo dicho por el perito en el sentido que la trayectoria de esos disparos "*coinciden con el ángulo de disparo realizado por el*

[29] Folio 678, *ibídem*.
[30] *Ídem*.

proyectil que lesionó y finalmente causó la muerte de la víctima"[31].

Agregó que a pesar que el procesado en su injurada dio cuenta que su disparo inicial fue disuasivo, lo probado en el proceso da cuenta "*con alta probabilidad de certeza que haya sido quien realizó los disparos que le causaron la muerte al joven agresor, y de contera el sujeto activo del punible, situación que como se ha dicho se encuentra totalmente justificada, amparada en la causal de justificación de la legítima defensa prevista en el artículo 33 numeral 6 del CPM,…*"[32].

Apalancó su afirmación en el hecho que se "*actuó en legítimo ejercicio de un derecho propio o ajeno* [sic], *el de salvaguardar la vida propia, la de sus compañeros y demás presentes, ante una agresión injusta, nadie estaba atacando al joven, fue él quien creo la caótica situación con rehén incluido*"[33], siendo una agresión actual y real puesto que se encontraba acompañado de varias armas de fuego que utilizó en contra de la comunidad, al punto que ya había lesionado a tres personas, resultando la defensa proporcional a la agresión, tratándose de sus vidas o la del agresor, encontrando presentes todo los requisitos de ley para concederle tal derecho al encartado, por lo que solicita se confirme la providencia recurrida, al no existir evidencias para imponer medida de aseguramiento,

[31] *Ídem*.
[32] *Ídem*.

[33] Ídem.

hallándose demostrada la causal de justificación mencionada.

Indicó que el artículo 231 de la Ley 522 de 1999 autoriza que en cualquier momento se puede cesar procedimiento cuando entre otras circunstancias se demuestre que "*el procesado obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad, por consiguiente al haberse demostrado que el encartado actuó bajo la causal de legítima defensa, lo procedente será cesar el procedimiento como lo hizo el a quo*"[34].

Hizo la aclaración que para el momento de los hechos el aquí investigado como efectivo del GAULA actuaba dentro de un procedimiento legal, en ejercicio de sus funciones, en cumplimiento de su deber, lo que legitima esta jurisdicción foral para actuar.

Por último, anotó que cualquiera de los uniformados que hubiera disparado en las anteriores condiciones contra el agresor "*sin duda lo hizo amparado en la misma causal de justificación ya mencionada, por lo que las consecuencias serían iguales.*"[35].

VII. DE LA COMPETENCIA

[34] Folio 679, C.O.4

[35] *Ídem*.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año[36], como de los ocurridos con posterioridad a la misma -no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial- mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de

[36] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos Mayo de 2011, radicado 36412; Junio 22 de 2011, radicado 36737, Noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y Marzo 07 de 2012, radicado 38401.

nulidad, razón vinculante o temas inescendiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Desde ya anuncia la Sala su convergencia con los juiciososo planteamientos esbozados por el respetado colaborador del Ministerio Público ante esta instancia en su concepto de rigor, mismo en el que depreca de este Colegiado la confirmación de la decisión refutada toda vez que "*… no habían evidencias para imponer medida de aseguramiento y de contera está demostrada plenamente la causal de justificación mencionada*."[37], ello por las potísimas razones que a continuación se decantarán.

Uniforme y pacífica ha sido la línea de pensamiento trazada por esta Colegiatura[38] en punto a los presupuestos que han de allanarse para que tenga operancia el instituto procesal de la cesación de procedimiento, ello en el sentido de que la procedencia del mismo pende de la demostración probatoria y en grado de certeza de la concurrencia de uno cualquiera de los supuestos de hecho y/o de Derecho taxativamente enlistados en el artículo 231

[37] Folio 679, C.O.4

[38] Entre otros radicados 156220 del 05 de febrero de 2010, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS; 156515 del 23 de julio de 2010, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA; 156950 y 157535 del 30 de junio de 2011 y 12 de agosto de 2014, M.P. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA; 158221 julio 27 de 2015, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; y 157794, septiembre 28 de 2016, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

de la Ley 522 de 1999. En otras palabras, ha de hallarse plenamente comprobado, con fundamento en las pruebas legal y oportunamente aupadas al averiguatorio, que el hecho imputado no ha existido, que el procesado no lo ha cometido, que la conducta es atípica, que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad o que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse.

Esas pruebas[39] han de ser de tal índole que conduzcan a la certeza racional, no a la certeza absoluta, de la real concurrencia de la causal invocada, lo que por yuxtaposición implica que la existencia de cualquier duda u oscuridad que desdibuje o haga borrosa una prueba que presuntamente apunte a aquel grado de conocimiento, e incluso la simple posibilidad de que el motivo a invocar pueda ser posteriormente desvirtuado, debilitado o eliminado, impiden la aplicación de una medida excepcional tal y en consecuencia se debe continuar con el adelantamiento de la acción penal[40].

---

[39] Prueba en sentido lato ha de entenderse como todo elemento que se encuentra en la realidad extrajurídica y del cual es viable obtener a través de un proceso inferencial una conclusión sobre una determinada hipótesis o afirmación precedente; en sentido legal es el medio de conocimiento preordenado por la ley, sometido al criterio del funcionario, mediante el cual obtiene la certeza legal de un hecho o de una circunstancia que necesita conocer para aplicar correctamente la ley. Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-159 de 2002 definió las pruebas como "*los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos*."

[40] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 6 de abril de 1989, MP. RODOLFO MANTILLA JÁCOME, citado por JAIME BERNAL CUELLAR en el Proceso Penal, 4ª edición, 2002, pag.505-506.

De manera puntual y sobre esta forma de finiquitación prematura de la acción originada en el injusto penal, éste Tribunal Castrense ha acrisolado en pretéritas oportunidades lo siguiente:

> *"Terminar anticipadamente la acción penal con fundamento en el artículo 231 del Código Penal Militar requiere la comprobación en el grado de certeza de cualquiera de las causales señaladas en la norma, es decir, que no exista la más mínima duda sobre su existencia.*
>
> *Esta Corporación en anteriores pronunciamientos*[41] *ha plasmado su criterio frente al tema de la cesación de procedimiento, apoyado en citas jurisprudenciales como las siguientes:*
>
> > *"… ha entendido la doctrina y la jurisprudencia reiterada de esta corporación que la determinación de cesar procedimiento, cuando quiera que aparezca claramente demostrada una cualquiera de las causales, es decisión de naturaleza excepcional, en cuanto que ejecutoriada, impide el cumplimiento de las metas propuestas en el proceso penal, la calificación del mérito del proceso o el proferimiento de la sentencia a que haya lugar, como ordinariamente debe desarrollarse; de tal manera que para que tenga ocurrencia ese agotamiento prematuro del proceso, es indispensable y la norma penal así lo exige (artículo 34 C.P.P.),* ***"que las pruebas en que se funde la determinación muestren por sí mismas, en forma plena o completa, esto es evidentemente, la inutilidad del adelantamiento de la investigación o del juicio*** *…"*[42]***.***

---

[41] Tribunal Superior Militar, Rad. 155845, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, 28 de enero de 2010.Rad. 156248, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, 25 de enero de 2010.

[42] Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Rodolfo Mantilla Jácome, 6 de abril de 1989.

> *"En estas condiciones, como quiera que el objeto de estudio cobija una cesación de procedimiento a favor de …, ha de verificarse el cumplimiento de los presupuestos señalados en la ley procesal penal para adoptar esta determinación, pues la legalidad de la misma depende de la* ***comprobación plena y certera*** *de que el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior Militar tenía motivos para concluir que el hecho no existió, o que el sindicado no lo cometió, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada la presencia de una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o, por último que la actuación no podía iniciarse o proseguirse.*
>
> *Frente a ésta figura procesal de terminación del proceso, ciertamente el legislador fue excesivamente celoso en exigir un grado probatorio para la comprobación de los supuestos señalados en el artículo 36 del C. de P.P. (Decreto 2700 de 1991 vigente para esa época)* ***resaltando que esa demostración debía ser plena, es decir, la que sin dubitación alguna, tuviera la capacidad de arrojar certeza en el entendimiento del funcionario judicial que advierte su presencia****"*[43]*."*[44] (Las negrillas son de la Sala)

Lo anteriormente aquilatado permite remembrar que la cesación de procedimiento es una institución procesal de amplia tradición en los sistemas procesales del mundo[45], que permite la clausura anticipada de un proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales que lo integran ante el advenimiento de una concreta circunstancia que pone fin a la

---

[43] Corte S. S de J. Abril 14 de 2004, radicado 18529, MP. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

[44] Radicado 156220 febrero 05 de 2010, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.

[45] Se trata de una figura procesal con amplia ascendencia en los sistemas procesales de tendencia inquisitiva pues parte de la existencia de una investigación judicializada en la que se han producido *pruebas*, a partir de las cuales se estructuran las causales que permiten terminar el proceso de manera anticipada, prescindiendo del juicio, en razón a la ausencia de mérito para formular una acusación.

pretensión punitiva del Estado, circunstancia que bien puede ser de índole objetiva o de talante subjetivo.

Son de naturaleza objetiva, precisa la Sala, la muerte del procesado, la prescripción, etc., denominadas, comúnmente, de improseguibilidad de la acción, pues impiden a la administración de justicia continuar adelantando el proceso y debe declararlas el funcionario en el momento en que se manifiesten a la vida jurídica, sin condicionamientos valorativos de ninguna naturaleza. Las subjetivas, en cambio, se relacionan con fenómenos de tipicidad, ausencia de responsabilidad (justificación e inculpabilidad), etc., y se erigen como motivo de improseguibilidad solamente cuando se hallan plenamente demostradas en el proceso.

Ahora bien, como forma de terminación anticipada de la acción penal al interior de una causa penal como la seguida en el presente paginario, caracterizada por la progresividad de sus etapas y por la permanencia de la prueba, implica -a diferencia de lo que ocurre en la etapa previa conocida como indagación preliminar, como ya tuvo oportunidad este Tribunal de decantar en pretérita decisión[46]-, no sólo edificar elucubradas y juiciosas consideraciones

[46] Radicado 158191-0003-I-03-FAC, AVERIGUACIÓN DE RESPONSABLES, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

sobre la existencia o inexistencia de los elementos objetivos, subjetivos y normativos que trocan una determinada conducta humana en punible, sino además especiales valoraciones probatorias y sopesadas inferencias jurídico racionales que conduzcan a la certeza de la operancia de las causales que determinan la procedibilidad de aquella figura, especialmente en tratándose de las subjetivas como las que enlistó el funcionario instructor que finiquitó la investigación, pues en este evento no basta con una llana constatación objetiva, obviamente con sustento probatorio, para desentrañar su estructuración.

Incontrastable resulta, en consecuencia, el por qué ello demanda el recaudo de prueba más que suficiente al efecto, de la que aparezca inequívoco y nítido el fundamento de una determinación tal, pues no se trata de una decisión cualquiera, se habrá de iterar, sino de una que cesa la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, que por ende se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada haciendo tránsito a la misma y que, por virtud de ello, tiene indiscutible incidencia en tópicos como el levantamiento de las medidas cautelares impuestas al procesado y la operancia del principio del *non bis in idem*, pudiéndose erigir, por otra parte, en contraria a los derechos o intereses de las víctimas o

perjudicados con el injusto, ello al punto que estos o aquellas, e inclusive el representante de los intereses de la sociedad, pueden intentar su revocatoria a través de la vía de la impugnación.

Asertos que imponen, por obvia correlación con el punto de Derecho abordado dialéctica y probatoriamente en la decisión objeto de disenso, remembrar, como en anteriores oportunidades se ha hecho[47], que el numeral 4° del artículo 34 de la Ley 522 de 1999, al igual que lo hace el numeral 5° del artejo 33 de la Ley 1407 de 2010, establece como causal de justificación o causal de ausencia de responsabilidad, respectivamente, la institución de la legítima defensa allí abordada, ello en los siguientes términos: *"Cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas (…)"*, causal que ha de entenderse de acuerdo con lo enseñado por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción penal como "*el derecho que la ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídico tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una agresión antijurídica, actual o inminente, de otro, no conjurable*

[47] Sentencia noviembre 30 de 2016, radicación No. 158375, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión."[48]

De igual manera, la doctrina ha definido la citada causal como: *"la acción necesaria para impedir o apartar de sí o de otro el peligro proveniente de una agresión actual e injusta contra un bien jurídico. La defensa es una reacción dado que se constituye en un contra-ataque encaminado a conjurar la agresión o hacer cesar sus efectos. En la legítima defensa un injusto ataque es conjurado por una justa defensa, por lo tanto se presenta la necesidad de proteger el bien repeliendo la agresión"*[49].

Lo anterior permite afirmar sin temor a equívoco alguno, independientemente de lo que en la actualidad plantea una visión normativa de la teoría del delito –de confección doctrinal- en punto a que la conducta de quien actúa en legítima defensa es un asunto de imputación más que de antijuridicidad, que para que se configure la legítima defensa es necesario que concurran los siguientes requisitos: *a)* que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad); *b)* que sea actual o inminente, es decir, que el ataque al bien jurídico

[48] Corte Suprema de Justicia, radicado 30794 del 19 de febrero de 2009, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.
[49] GÓMEZ, JESÚS ORLANDO. El Homicidio. Universidad Santo Tomas. Tomo I, Tercera Edición. P.121.

se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo; *c)* que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice, para lo cual se han de analizar en cada caso en concreto –como bien lo señalara la distinguida recurrente- un cúmulo de circunstancias como el modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, los bienes jurídicos en tensión, la entidad de la agresión e incluso los medios utilizados[50]; *d)* que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión; *e)* que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada, es decir que de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado[51]; y *f)* la existencia del ánimo defensivo por parte del actor, no de un ánimo vindicativo.

Conteste con lo anterior, y con el *factum* ventilado en la decisión reprochada, también debe recordarse que en punto al marco normativo propio del uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los miembros de la Policía Nacional de Colombia, esta Corporación también ha aquilatado que sabido es que el actuar de los mismos en nuestro país debe ceñirse a los fines consagrados a nivel constitucional y a

[50] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia mayo 5 de 2004, rad. 19922.
[51] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia junio 26 de 2002, rad. 11679.

los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que por vía del bloque de constitucionalidad se han incorporado a nuestro ordenamiento interno, así como a los lineamientos propios de los instrumentos de *soft law*[52] aplicables y aceptados en punto al uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de la autoridad policial como lo son el "*Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*" adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979[53] y los "*Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*" adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990[54].

---

[52] Se trata de un Derecho Programa, basado en principios éticos que contribuyen a prefigurar lo que ulteriormente se desarrollará como Derecho y, cuyo significativo ejemplo son las resoluciones de los organismos internacionales.

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

[54] "*4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.*

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se

Normas y reglas, ha de decirse, que a su vez se han insertado en otras normas propias de la actividad de policía como son el entonces Código Nacional de Policía y el Manual de Patrullaje Urbano de la Policía Nacional.

De aquellos instrumentos de *soft law* resulta procedente, para la resolución del caso que en esta oportunidad concita la atención de esta Corporación, extractar las siguientes reglas: a) el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien tales funcionarios pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites; b) el derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de

---

podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.
10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso."

proporcionalidad, ello implica que en ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr; y c) el uso de armas de fuego se considera una medida extrema, deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños, no obstante se avala un uso tal cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas.

Particular mención merece, para efectos de la labor que ocupa a este Tribunal Castrense en razón de su órbita funcional, el principio 9° del segundo de tales instrumentos, principio que al tenor establece:

> *"Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas,* ***en caso de peligro inminente*** *de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida,* ***o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad****, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida".* (Las negrillas y subrayas son de la Sala)

Esta Corporación no ha sido ajena a lo que apareja un marco normativo tal y acorde con ello, en pretéritas oportunidades se ha pronunciado sobre su alcance, siendo del caso evocar la decisión en la que se acrisoló:

> *"No se puede pasar por alto que la Constitución Política le otorga a la Policía Nacional la misión de preservar el orden público en lo que atañe a las condiciones de seguridad, salubridad y tranquilidad ciudadana necesarias para el goce de los derechos humanos. Para estos efectos se considera un cuerpo armado que puede en determinadas ocasiones hacer uso de la fuerza bajo los postulados del respeto a los derechos de las personas; la observancia de los procedimientos legales; y el estricto cumplimiento de los deberes.*
>
> *Pero como se ha reiterado por la doctrina, la Fuerza Pública debe estar regida por principios como el de finalidad, cual es el prevenir la comisión de un hecho punible, o detener al infractor. Necesidad, entendida como la única conducta posible para evitar la comisión de un hecho punible o capturar a quienes lo cometan. Motivación, que comprende las razones que llevan a los miembros de la Fuerza Pública a actuar, donde se requieren una serie o sucesión de acontecimientos que justifiquen su intervención. Proporcionalidad, en el entendido que las medidas tomadas deber ser proporcionales a la conducta de la persona perseguida y a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se presentan los hechos. No discriminación, en cuanto deben ser tratadas de igual forma y finalmente la excepcionalidad en el uso de la fuerza.*
>
> *Sobre este último punto es necesario precisar que efectivamente como se ha reiterado, la fuerza empleada debe ser necesaria y proporcional al peligro*

que se quiera evitar, por ende debe darse cuando sea necesariamente razonable y bajo el criterio de la legalidad donde los medios utilizados deben estar contemplados y autorizados por la ley.

En este aspecto es importante mencionar que según los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Principios aprobados por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente), los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas, salvo:

a) En defensa propia o de otras personas en caso de peligro inminente de muerte o de lesiones graves.

b) Para evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una amenaza para la vida.

c) ***Para detener a una persona que represente peligro y oponga resistenc****ia o para impedir su fuga, entendida esta última como las personas que utilizan armas de fuego para escapar,* ***pero con la aclaración que solo se puede emplear la fuerza y las armas de fuego en su contra, si él las utiliza.***

No cabe duda que se usa la fuerza y las armas por parte de los integrantes de la Policía Nacional cuando es el último recurso y su único propósito es evitar que la persona contra quien se usa cause un mal mayor o cuando existe una amenaza real contra la vida de los funcionarios o de otras personas.

Fue entonces el cumplimiento de ese deber legal que se desarrollaba en persecución del joven ANGELO YESID ORTÍZ el que condujo a que hiciera uso de su arma el policial para defender su vida, puesto que esto es lo que refleja la actuación procesal; deber que resulta inescindible de la causal eximente de responsabilidad

de la legítima defensa, ya que el mismo Código Nacional de Policía en su Capítulo IV del empleo de la fuerza y otros medios coercitivos en su artículo 29 autoriza a la Policía Nacional el empleo de la fuerza cuando sea estrictamente necesario, contemplando los siguientes eventos:

a) Para hacer cumplir las decisiones y órdenes de los jueces y demás autoridades;

b) Para impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía;

c) Para asegurar la captura del que deba ser conducido ante la autoridad;

d) Para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente;

e) Para evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública;

f) Para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes;

g) Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves

Es decir, si bien no le está permitido dar muerte a otra persona, sí le está permitido hacer uso de la fuerza necesaria, y por consiguiente de sus armas para defender su vida como ocurrió efectivamente en el sub liten donde el policial hizo uso de la legítima defensa en cumplimiento del deber legal no solo en persecución de quien huía de la autoridad, sino también en el empleo de las armas de fuego con fundamento en los eventos que permite su uso como se

presentó dentro de la situación fáctica materia de sentencia."[55] (Resaltado ajeno al texto original)

En otra oportunidad indicó esta Colegiatura:

"(…) Ahora bien, de los presupuestos del legítimo ejercicio de un cargo público para el presente asunto, sobre la situación fáctica del 6 de diciembre de 2011, nos habremos de referir al elemento del ejercicio del actuar proporcional y adecuado por parte del policial, y en tal sentido, se han de tener en cuenta el marco legal que gobierna el uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico, tal es el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979, y el Manual de Patrullaje Urbano de la Policía Nacional de Colombia en su capítulo V[56]*, donde entre otros se fijan los criterios que el uso de la fuerza será estrictamente necesario en la medida que lo requiera el desempeño de la tarea, cubriendo siempre los criterios de ser excepcional y proporcional.*

Corolario de lo anterior entonces se ha de señalar que el legítimo ejercicio del cargo público desarrollado por el policial IT. PRF aquel 6 de diciembre de 2011, ***es un aspecto negativo de la antijuridicidad y que como tal, impide la estructuración del injusto, es decir, si aquel comportamiento externo del uso de la fuerza se acomodó a los estándares del Código de Conducta y del Manual de Patrullaje Urbano de la Policía Nacional, es decir, resulta ser un comportamiento objetivamente correcto y por ende no se puede predicar de tal***

[55] Radicado 156055 del 13 de septiembre de 2012, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.
[56] Policía Nacional de Colombia, Manual de Patrullaje Urbano, Capítulo V, Uso de la Fuerza y las Armas de Fuego, 2008.

> ***actuar el desvalor de acción y en consecuencia ese resultado no se puede imputar al sujeto, siendo así un argumento adicional para reafirmar la decisión de cesación de procedimiento.*** *En otras palabras, el legítimo ejercicio de un cargo público en desarrollo del uso legal de la fuerza policial, bajo la moderna estructura dogmática del delito resulta ser un comportamiento socialmente aceptado y soportable en consideración a su contexto, atendiendo los motivos jurídicos fundados que permiten ejecutar dicho uso de la fuerza, lo que implica una causa de justificación dentro de las permisiones que aceptan la lesión a bienes jurídicos bajo el principio de unidad de ordenamiento jurídico."* [57]

Descendiendo lo anteriormente apuntalado al asunto *sub examine*, deberá acotarse de agraz que verificada la determinación judicial impugnada -misma que goza de la doble presunción de legalidad y cierto, salvo prueba en contrario-, palmar resulta que el ejercicio motivacional inmerso en la misma en punto a la operancia de la prenombrada causal de ausencia de responsabilidad, se compagina, como juiciosamente señalara el agente del Ministerio Público ante esta instancia, con los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales que la Sala vertió *ut supra*, al igual que con las pruebas legal y oportunamente allegadas al sumario, sin que se evidencie yerro *in iudicando* alguno en punto a la contemplación y valoración racional de aquellas, como tampoco en la estructuración dogmática del juicio de

[57] Radicación No. 157749 junio 22 de 2015, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.

responsabilidad penal y de la operancia de la causal eximente de esta a cuya estructuración y reconocimiento dirigió el funcionario instructor su raciocinio judicial y, finalmente, su decisión; apreciación de este Tribunal derivada del razonamiento que se verterá *a posteriori* de cara a las glosas enarboladas por la censora, abogada RAAB, en su escrito de apelación.

Glosas consistentes en que en su particular sentir no se efectuó una investigación integral como lo ordena la legislación foral[58] y que, por razón de ello, se desconoció que la conducta del aquí investigado era a todas luces atípica pues, aseveró, éste "*no es el responsable penal, por la muerte de RFBB (Q.E.P.D)"*, lo que apalanca en que analizada "*concienzudamente la prueba balística pericial*" se concluye que los ángulos de tiro descritos por los "*versionados que manifestaron haber hecho uso de sus armas de fuego…*", no podrían ser compatibles con la trayectoria del proyectil que ingresó en la humanidad del hoy occiso.

Premisas argumentativas, ha de decirse, a todas luces apóstatas de la carga dialéctica que le incumbía a la impugnante al proclamar la transgresión del principio de investigación integral, pues pretermitió reseñar con precisión cuáles eran en su razonado entender las pruebas materiales útiles, pertinentes y conducentes

[58] Ley 522 de 1999, artejo 469," *El juez debe investigar con igual esmero no sólo los hechos y circunstancias que establezcan la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la atenúen y las que puedan dar lugar a la extinción o cesación de la acción".*

en orden a la determinación de la verdad histórica aneja al proceso penal, amén de demostrar por vía de una dialéctica argumentativa lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, con exposición de premisas fácticas y jurídicas, el yerro *in procedendo* del funcionario al no haberse interesado -en detrimento de la facultad oficiosa o en desconocimiento de las peticiones de prueba de alguno de los sujetos procesales- en decretar ni practicar las mismas, con señalamiento de cómo su práctica y aducción habría incidido sustancialmente en el sentido de justicia declarado en la providencia objeto de reparo, ello -entre otros aspectos- porque habría conducido, en tratándose de autos como el objeto de escrutinio por esta instancia, a la declaratoria de la existencia de una inferencia razonable de responsabilidad penal en su trilogía inescindible de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y a la imposición de una medida de aseguramiento

O, de haberse tratado de sentencia, en punto a la infirmación o cambio en el grado de participación del sumariado en el reato endilgado, a la exclusión o aminoración de la responsabilidad penal atribuida en sede investigativa y de la calificación, a la atenuación o degradación de adecuación típica, a la concurrencia de un exceso en las causales de justificación, a los extremos de la duda probatoria o

a la existencia de diminuentes –específicas o genéricas- de atenuación punitiva.

Y es que no en vano esta Colegiatura ha aquilatado en relación con el tópico en cuestión:

> *"El multicitado referente óntico de la actividad judicial, se materializa al interior del proceso penal a través del denominado "Principio de Investigación Integral", principio consagrado en el artejo 469 de la codificación que traza el derrotero ritual de la presente causa penal, y que impone a los servidores judiciales y al aparato jurisdiccional del Estado el deber de "investigar con igual esmero no sólo los hechos y circunstancias que establezcan la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la atenúen y las que puedan dar lugar a la extinción o cesación de la acción", para de esta manera mantener incólumes las garantías de los sujetos intervinientes.*
>
> *Imperiosa resulta así, la averiguación de aquellos aspectos que incidan desfavorable o favorablemente en la condición procesal del encausado, sea porque en grado de posibilidad, de probabilidad o de certeza racional dan cuenta de su compromiso penal en la comisión del injusto que se le imputa, degradan ese compromiso o lo eximen del mismo, o bien porque determinan la extinción de la acción penal. Obligación que debe exigirse a los operadores judiciales rectores de cada una de las etapas que conforman el proceso penal militar, razón por la cual sus decisiones, como expresión de aquella verdad, han de estar dotadas de objetividad, razonabilidad y suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento acerca de los hechos materia de su decisión y la verdadera realización de la justicia material.*

> *Pero si bajo un entendido tal, el postulado de la investigación integral, como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia*[59]*, se encuentra íntimamente ligado con la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba por virtud del cual le atañe, en conexión con el principio de oficiosidad probatoria*[60]*, investigar con igual ahínco los referidos aspectos -tocantes con las pretensiones del indagado, imputado, acusado o procesado-,* ***no menos cierto es que aquél también lleva implícita -como expresión de la garantía de defensa-, la realización de los actos procesales de parte en materia probatoria, mismos que se manifiestan a través del derecho a la prueba.****"*[61] (Resaltado de la Sala)

Actos de parte que, añade la Sala, se echan de menos en la actuación, pues, pudiendo y debiendo hacerlo bajo las consideraciones introducidas en el recurso de alzada, la representación de la parte civil pretermitió solicitar la corrección, ampliación o adición de la pericia a la que acude quien ahora representa a dicha parte procesal para sustentar su dicho. Pericia que, por las razones que se detallarán *a posteriori*, no fue la sopesada racionalmente y bajo las reglas de la sana crítica por el juez instructor en su decisión a guisa de piedra basal para esta, sino aquella otra a la que más adelante se referirá

---

[59] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia enero 24 de 2007, radicación N° 22412; radicación No. 36668, sentencia septiembre 14 de 2011, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y auto noviembre 17 de 2010, radicado No. 32476, MP JAVIER ZAPATA ORTIZ.

[60] Principio que le faculta ordenar *motu propio* pruebas a fin de ir progresivamente aclarando todos los puntos oscuros no revelados por los hechos o pruebas existentes, logrando aproximarse al descubrimiento de la verdad material o real.

[61] Sentencia septiembre 03 de 2018, radicación No. 158844.

la Colegiatura, resultando procedente recordar, además y dada la omisión de parte en comento, el principio general del Derecho según el cual nadie puede obtener provecho de su propia culpa (*Nemo auditur propiam turpitudinem allegans)*[62], pues dejarse de lado lo que éste apotegma apareja, conllevaría al desconocimiento del principio de buena fe consagrado en el artejo 83 de la Constitución Política[63].

Pero es más, igualmente habrá de evidenciarse, que el ejercicio retórico al que acudió la respetada censora, resulta abiertamente anfibológico pues alegando la conculcación del ya elucidado principio de investigación integral, lo que desembocaría, de comprobarse, en la nulidad de la decisión objeto de recurso, arguyó un error *in iudicando* que atribuyó al Juez 171 de Instrucción Penal Militar por no arribar a la misma conclusión que ella al valorar aquella experticia y por no ordenar y practicar las sugerencias puestas de presente en la diligencia de reconstrucción de los hechos por parte del balístico, error éste último que de tener material existencia lo que conllevaría es a la infirmación de la providencia recurrida y a la emisión de la decisión de reemplazo.

---

[62] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias agosto 18 de 2016, STP11633-2016, radicación T-87330, M.P. EYDER PATIÑO CABRERA y mayo 15 de 2018, STP6643-2018, radicación T-98193, M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA. En el mismo sentido Corte Constitucional, sentencias T-007/92, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO; T-196/95, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA; T-276/95, M.P. HERNANDO HERREA VERGARA; T-547/07, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA; Y T-1231/08.
[63] *Cfr*. Corte Constitucional, sentencia T-1231/08.

Evidentes falacias argumentativas[64] a las que se suma el desconocimiento de que en tratándose de errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia por omisión en la apreciación de los medios de prueba, incumbía a la censora el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de convicción que forman el arsenal probatorio propio de la misma; valorando los que fueron omitidos, cercenados o tergiversados, o apreciando acorde con los principios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica aquellos en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y excluyendo -o incluyendo según sea el caso- de la decisión recurrida los medios probatorios supuestos, los omitidos y los ilegalmente practicados o aducidos, para, finalmente, demostrar a través de una disertación lógica, precisa y concreta, cómo de no haber sido así, tal determinación judicial hubiere debido ser inexorablemente en un sentido diverso de aquel que se reputa errado.

[64] Una falacia argumentativa es una afirmación que parece ser válida pero no lo es. Se diferencia de un error lógico común porque la falacia oculta, intencionalmente o no, su invalidez. Se presentan como aparentes argumentos, pero su validez es débil o nula, así mismo, incurren en la descalificación o llevan al error tanto para el emisor como para el receptor. En concreto, las falacias argumentativas fracturan el proceso argumentativo a través del error o una información incorrecta. Guía de falacias argumentativas. Santiago Parga. Centro de Español. Universidad de los Andes.

Labor que debería haber acometido, sin que lo hiciera, no de manera insular frente a un determinado medio de convicción sino conjunta, esto es, en confrontación con lo acreditado por las pruebas obrantes en el plenario y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración, todo ello con un solo derrotero, a saber, derrumbar la doble presunción de acierto y legalidad aneja a la decisión confutada, demostrando de paso la necesidad de revocar la misma y dictar en reemplazo la que en Derecho corresponde.

Falencias que tienen la suficiente entidad para declarar desierto el recurso impetrado ante la inadecuada sustentación del mismo, no empece lo cual esta Corporación abordará el estudio del reproche inmerso en el recurso de alzada, en tanto, como atrás advirtiera Sala, una decisión como la impugnada, que hace tránsito a cosa juzgada, tiene indiscutible incidencia en los tópicos reseñados *ut supra*, constituyendo deber de la Colegiatura velar porque las decisiones que llegan a su conocimiento sean expresión de justicia material, justicia que en el preámbulo de nuestra Carta Axiológica se consagra como un valor superior y esta supone la verdad como un sustento inexorable, verdad cuya búsqueda y afianzamiento a través de los jueces en general y de

la actividad judicial en particular, es la que debe orientar la administración de justicia, resultando acertado, en consecuencia, el razonamiento de Francesco Carnelutti cuando aseveraba que "*cualquiera sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso penal, es el descubrimiento de la verdad*"[65], premisa que no ha perdido vigencia y que posiciona a la verdad en el proceso penal como un presupuesto de la justicia.

Bajo un entendido tal, sea lo primero llamar la atención en punto a que la abogada recurrente cimienta sus apreciaciones en que la prueba técnica a que alude en su escrito impugnatorio da cuenta de la incompatibilidad de la ubicación del procesado con la trayectoria del proyectil que ingresó en el obitado, de lo que concluye que no fue el procesado el autor del disparo que segara la vida de quien en vida respondiere al nombre de RFBB, pero obvió confrontar su apriorística apreciación con la valoración de las otras pruebas que soportaron la decisión de la cual disiente, amén de no refutar el juicio allí edificado por el juez instructor en relación con la credibilidad, confiabilidad y valor probatorio de aquel experticio de cara a los demás medios suasorio incorporados al *dossier*¸ siendo aquello determinante de una errada valoración probatoria pero atribuible,

[65] Francesco CARNELUTTI: "Lecciones sobre el proceso penal". Tomo I. Editora Ejea. Buenos Aires. 1950

no a dicho funcionario, sino a la impugnante, como acto seguido se detallará.

Como da cuenta el panorama procesal y fue pasado por alto por aquella, el informe de policía judicial traído a colación por la misma[66], el distinguido con el No.54-80161 del 19 de noviembre de 2014[67] que recogió lo verificado en la diligencia de reconstrucción de los hechos llevada a cabo el 30 de septiembre del precitado año, fue realizado, como bien lo anotara el funcionario instructor en la providencia confutada al consignar que "*este no se presentó al momento de ejecutarla*"[68], con la participación del PT. JCRE pero sin reconstruir en el campo su versión, de manera tal que el informe en cuestión, si bien da cuenta de que durante la realización de la diligencia de inspección judicial se escuchó la declaración del sumariado[69], no ocurrió lo mismo con la reconstrucción de su dicho[70] y por ende adolece de la versión que al momento de recrear *in situ* lo sucedido, brindare el referido policial sobre su exacta ubicación y en punto cómo fue su naturalístico y humano accionar, sin que -acota la Sala- quienes dirigieren la diligencia hubieren verificado ello con fundamento en el decir de todos los intervinientes, por lo que mal se podría

[66] Folio 664, C.O.4.
[67] Folios 493 a 495 V, C.O.3.
[68] Folio 643, C.O.4.
[69] Folio 470 a 471, *ibídem*.
[70] Folio 470, *ibídem*.

considerar que la prueba técnica en comento refleje la verdad histórica de lo acontecido, circunstancia que aparejó, como se precisará cuartillas adelante, la ampliación de la misma.

Lo así evidenciado por la Sala va mas allá de ser una apreciación caprichosa o insular, cabe apuntalar, pues baste para confirmarla con verificar los nombres de quienes al momento de la reconstrucción sí ofrecieron su recreación de lo previamente atestado respecto de la posición que tenían al momento de que el aquí interfecto recibiere el disparo de arma de fuego -CR. ELCA, MY. WJM, IJ. HUMA, IT. JELC, Subintendentes RAFA y ESD y Patrulleros DAR y CARD-, debiéndose aclarar, como refieren las fojas, que si bien aparece el PT. JCRE firmando el acta de la referida diligencia[71] ello obedeció a lo ya dicho, esto es, a que inicialmente se escuchó su declaración dentro de aquella[72] pero la reconstrucción de los hechos allí plasmada no recogió la recreación exacta y en el campo de su dicho[73]; lógica inferencia que halla sustentáculo, además, en la ampliación del informe de policía judicial No.54-80161 de 19 de noviembre de 2014 en la que por parte de Técnico Investigador II del grupo de balística se anoto "*Que el* ***PT.JCRE****, no se ubicó durante la diligencia de*

[71] Folio 475, C.O.3.
[72] Folio 470 a 471, *ibídem*.
[73] Folio 470, *ibídem*.

reconstrucción de hechos, para que ratificara la declaración hecha el 10 de diciembre de 2013,…"[74].

Sentado lo anterior, habrá de decirse en relación con lo también adverado por la memorialista en punto a que las conclusiones del informe en mención dan cuenta en el curso de la diligencia de reconstrucción el señor RBY -padre del obitado- sostuvo que su hijo fue impactado por policiales ubicados en la parte posterior del inmueble, habiendo escuchado disparos de fusil y visto en el suelo en la parte de atrás del inmueble vainillas de calibre 5.56[75], que una versión tal, antes que infirmar las premisas y conclusiones judiciales anejas a la decisión objeto de reproche como pretende hacerlo ver aquella, confirma las mismas y dotan de credibilidad la atestación del PT. JCRE, quien cuando fuera escuchado en su primera salida procesal dijo haber disparado "*desde la parte de atrás de la casa, ya en ese momento que use* [sic] *el arma estaba ubicado sobre una subidita que hay al frente de la pared de la parte de atrás de la casa*…"[76].

Exposición del acriminado que incluso halla respaldo probatorio en las conclusiones del pluricitado dictamen traída a colación por la libelista, quien reconoce que la prueba técnica dio cuenta que reconstruida la trayectoria del proyectil que ingresó

[74] Folio 535 V, *ibídem*.
[75] Sostuvo este ciudadano que al momento de los hechos estaba al lado de la calle y "*oía que por haya* [sic] *totiaba* [sic] *la puerta de atrás*…". *Cfr.* Folio 472, *ibídem*.
[76] Folio 294, C.O.2.

en el cuerpo del hoy occiso, se determinó que la boca de fuego del arma se encontraba a un nivel "*muy superior*"[77] y que, haciendo alusión a los efectivos policiales que se hallaban posicionados en la parte posterior de la vivienda en que acontecieron los luctuosos hechos objeto de pesquisa judicial, fue "*uno de ellos sin estar bajo órdenes de quien guiaba la operación,* ***decidió*** [sic] *sin ningún criterio* ***hacer uso de su arma de fuego, y desde el terraplén de donde realmente se aproxima la trayectoria balística trazada en el cuerpo del occiso, disparó causando el resultado conocido***."[78] (Destacado de la Sala)

Crítica que con la misma finalidad -derruir el acierto y legalidad de la determinación judicial disentida- y con afincamiento en aquella pericia, dirigió la censora al raciocinio judicial de que "*una altísima posibilidad, casi al grado de certeza que la lesión sufrida por BALCO* [sic] *RFBB, que a la postre le costó la vida, hubiese sido producto del disparo efectuado por el procesado*…"[79], ello por cuanto, precisó, el sumariado afirmó que otros compañeros a su alrededor y ubicados en otros sitios también dispararon hacia el objetivo y porque en el protocolo de necropsia aparece que RFBB fue impactado en dos ocasiones, amén que la pericia daba cuenta que por la ubicación del procesado frente a la víctima "*nunca se aproximaba la trayectoria balística del disparó que cegó*

[77] Folio 664, C.O.4.
[78] *Ídem*.
[79] *Ídem*.

que causó la lesión [sic]", de lo que concluyó la respetada apelante, abogada RAAB, que ello apunta a que se dejó de investigar y vincular a la actuación a quien en verdad causó la muerte de RFBB, el que, en su sentir, no fue el PT. JCRE.

Particular y singular visión -esto en tanto la respetada impugnante se circunscribe a la apreciación, que no valoración individual y conjunta, de un peritaje que no fue aquel en que el funcionario de instrucción soportó la decisión que ahora se apela, como lo advirtió el mismo instructor compaginándose con el denominado principio de selección probatoria[80]-, que ninguna crítica asertiva soportada en el método dialectico[81] llega a plantear frente a los medios suasorios objeto de apreciación judicial, ni de cara a la valoración probatoria efectuada por el funcionario investigador y/o a los juicios inferenciales producto de ello, juicios vertidos en la providencia interlocutoria, ello en los siguientes términos:

[80] El juez, en virtud del principio de selección probatoria, no está obligado a hacer un examen exhaustivo de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni de sus extremos asertivos, sino de las que considere jurídicamente relevantes para la sentencia, pues de lo contrario ésta devendría en interminable. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia octubre 20 de 2005, radicación No. 21816 y sentencia octubre 14 de 2009, radicación No. 26266, entre otras.

[81] El método dialéctico se puede describir como el arte del diálogo. Un debate en el que se investiga la verdad mediante el examen crítico de las percepciones y teorías, mediante el intercambio de proposiciones (tesis) y contra-proposiciones (antítesis), resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final (conclusión).

"Dentro del discurrir procesal se dispuso diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos con reconstrucción ***en la cual exclusivamente se recreó el actuar del hoy día procesado, atendiendo que en la inicial diligencia llevada a cabo con todas las personas que tuvieron participación en el procedimiento a pesar de haberse plasmado en el acta su concurrencia y su dicho, de acuerdo a lo informado por el jefe del cuerpo de perito del CTI que apoyó la diligencia este uniformado no se presentó al momento de ejecutarla,*** *no obstante lo anterior* ***llamó poderosamente la atención que lo descrito de manera conteste por este en sus diferentes exposiciones, primero bajo la gravedad de juramento en calidad de testigo, como posteriormente libre de este apremio por su calidad de procesado,*** *encajan perfectamente con los hechos descritos por los demás declarantes, a pesar de la diversidad de perspectivas que cada uno de ellos tiene de los mismos en razón a la forma en que estos se desarrollaron y las ubicaciones que cada uno tenía, por lo que se decidió ordenar la diligencia enunciada al inicio.*

Como resultado de esta pericia se tiene que al proyectar la pita balística desde la posición informada por este, como la asumida por el [sic] *al momento de disparar hacia el lugar a donde manifiesta apuntó, con dirección al interior de la vivienda, describió una trayectoria que coinciden perfectamente con un boquete en la pared de ingreso a la sala y con una oquedad hallada en la parte del fondo de este mismo recinto, y en la mitad de la trayectoria entre estos dos puntos se ubicó la posición donde fue hallada herida la víctima, el cual de acuerdo al lago hemático y al hecho de que en el resto de la casa no habían rastros de sangre se tiene como el lugar donde fue impactado,* ***además de lo anterior***

> ***refiere el perito balístico en sus conclusiones que esta trayectoria cuyo ángulo de disparo coincide perfectamente con la trayectoria descrita por el proyectil que causó la herida mortal dentro del cuerpo de la víctima.***"[82]. (Resaltado de la Sala)

Apreciaciones del juez instructor, salvo mejor y valida opinión en contrario, que por manera alguna se avizoran como relapsas de la carga dialéctico argumentativa que le incumbía al administrador de justicia de la primera instancia, ni como contrarias al método de persuasión racional a cuyo amparo debía apreciar y valorar el material probatorio, pues, como se dijere *ut supra*, la falencia de la diligencia de inspección judicial génesis del informe de policía judicial en que se centra la apelante, fue subsanada con la inspección judicial con reconstrucción de los hechos llevada a cabo el 15 de diciembre de 2015[83], misma en que sí se recreare el dicho del PT. JCRE, extrayéndose como conclusión que "*El cañón del arma se proyectó hacia el interior del inmueble, utilizando la pita balística, haciéndolo pasar por la parte inferior de la ventana, (sin vidrios para el día de los hechos) y esta proyección es coincidente con un boquete en pared producto de paso de proyectil y con oquedad sobre pared del fondo, proyecto de choque de proyectil. (Imágenes 15,16 y 17).*"[84].

[82] Folios 643 y 644, C.O.4.

[83] Folios 548 al 550, C.O.3.
[84] Folio 665, C.O.4.

Medios de convicción que fueren puestos en conocimiento y a disposición de todos los sujetos procesales, sin que ninguno de ellos -incluida la apoderada de la parte civil como se acotare párrafos atrás- llegare a mostrar reparo alguno frente a las conclusiones a las cuales se arribó en el dictamen del área de balística producto de la diligencia de inspección judicial en comento.

Estas inferencias racionales con apalancamiento en el acervo probatorio anejo a la presente causa penal, no se ven maculadas con aseveraciones de la opugnante como que la anterior "*prueba forense, le mostró, no solo al despacho instructor, sino a las partes*"[85] que en el teatro de los acontecimientos no solamente se encontraba personal adscrito al GAULA DENOR quienes eran los que tenían el control de la situación sino otros policiales "*como espectadores*"[86] y que fue "*uno de ellos sin estar bajo órdenes de quien guiaba la operación, decidió sin ningún criterio hacer uso de su arma de fuego, y desde el terraplén de donde realmente se aproxima la trayectoria balística trazada en el cuerpo del occiso, disparó causando el resultado conocido*."[87], ello en tanto de estas tres descontextualizadas afirmaciones, las dos primeras por manera alguna confieren *per se* acierto a la tesis de aquella, menos cuando verdad de Perogrullo resulta que en el lugar

[85] Folio 664, C.O.4.
[86] Folio 665, *ibídem*.
[87] *Ídem*.

de los acontecimientos se encontraban miembros de la Policía Nacional –unos de vigilancia y otros del GAULA DENOR- pero no en calidad de "*espectadores*", sino en cumplimiento de sus funciones constitucional y legal cuales son las de "*el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz*."[88] y la de "*proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho*."[89].

Desacierto de la señora representante de la parte civil que también permea su dicho en punto a la tercera aseveración consistente en que uno de los uniformados que ella tilda como espectadores, "*sin estar bajo órdenes de quien guiaba la operación, decidió sin ningún criterio hacer uso de su arma de fuego* (…) *causando el resultado conocido*", pues, por un lado, desconoce que los "*Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*", en su canon 9° avala que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley empleen sus armas de fuego en tratandose de eventos de "*defensa propia o de otras*

[88] Artículo 218 Constitución Política.
[89] Decreto 1355 de 1970, artículo 1, "*Por el cual se dictan normas sobre Policía.*" (vigente para la época de los hechos aquí investigados).

personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos" y que *"En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida"*, lo que resulta plenamente predicable respecto del evento *sub judice* como objetivamente refiere el acervo probatorio recaudado.

Y, por otra parte, pretende introducir elementos que no solo resultan ajenos al instituto dogmático por virtud del cual el juez instructor acudiere a la finiquitación anticipada de la acción penal adelantada contra el PT. JCRE, sino además extraños y ajenos a los instrumentos de *soft law* traidos a colación por esta Corporación en el presente proveído, amén que aún de haber sido ajustado a la realidad que algunos de los policiales que intervinieron el procedimiento policial no se hallaban bajo órdenes de quien dice la libelista comandaba aquel, por manera alguna les impedía recurrir al uso de sus armas de fuego al ser objeto de agresión armada -recuérdese que varios de los policiales resultaron lesionados por proyectil de arma de fuego disparada por RFBB-, menos aun cuando,

como acrisolare esta Corporación, los uniformados presentes en el lugar de los hechos no eran llanos espectadores, como lo pretende hacer ver la impugnante, sino que cumplían una labor acorde con su función policial, misma en cuyo desarrollo primero trataron de dialogar con el hoy obitado para que depusiere sus armas de fuego y para que dejare en libertad a quien tenía en calidad de rehén amenazando conculcar su vida e integridad personal –su señora abuela-, pero ante la negativa de así hacerlo y ante la agresiva reacción armada de aquel contra los agentes del orden, estos respondieron al injusto y actual ataque del cual fueron objeto.

Precisiones las anteriores que tornan nugatorio, adicionalmente, lo aseverado por la recurrente respecto de que uno de los uniformados "*decidió sin ningún criterio hacer uso de su arma de fuego"*, pues amén que aquella no precisa cuál debió haber sido ese criterio, resulta palmar que los policiales que hicieron uso de sus armas de fuego, entre ellos el encartado, no lo hicieron por mera liberalidad sino en procura, se itera, de repeler el ataque armado del particular que en últimas resultare obitado, quien disparaba injustificada e indiscriminadamente contra el personal uniformado, causando en el interregno lesiones con proyectil de una de las armas de fuego que poseía a dos uniformados y a un civil, armas que, como dan cuenta las fojas, se probó resultaban

letales. Resultando aquel aserto incluso contradictorio con lo que la misma libelista afirmara en su escrito, ello al decir que los gendarmes que intervenían en el procedimiento de policía "*en últimas eran los que podían de considerarlo pertinente en un estricto cumplimiento a un deber legal o en legítima defensa, hacer uso de sus armas de fuego, …*"[90], esto independientemente que la respetada apoderada de la parte civil no logre brindar un válido argumento sobre por qué algunos de esos policías sí podían estar inmersos en las causales de ausencia de responsabilidad penal que refiere y por qué los otros no.

Inane igualmente resulta lo argüido por la prenombrada sujeto procesal en el sentido que debieron escucharse al interior de la investigación la totalidad de los policiales que arribaron al lugar de los hechos y con base en sus dichos realizar una inspección judicial a fin de "*establecer, quienes* [sic] *pudieron llegar a ubicarse en el terraplén que se encuentra en la parte posterior del inmueble donde se registró el episodio factico* [sic], *para que con ellos pueda efectuar una nueva diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos, para ver cuál versión se acerca a la trayectoria que trazó el perito balístico*"[91] y luego de ello vincularlo a la investigación a fin de "*llegar a una verdad procesal*

[90] *Ídem*.
[91] Folio 667, C.O.4.

que reclamamos"[92], pues para la Sala resulta meridiano que la única evidencia del impacto de un disparo de arma de fuego que se encuentra al interior de la vivienda y en el sitio en donde fue encontrado herido el cuerpo de quien en vida se llamare RFBB, es la que tiene uniprocedencia con la trayectoria del disparo realizado por el aquí procesado como da cuenta la pericia balística apreciada y valorada por el juez instructor al momento de la adopción de la decisión objeto de reproche, habiendo sido precisamente sólo un disparo el que fatalmente causó la herida que desembocó en el deceso del precitado particular, como se colige de lo que refiere el informe pericial de necropsia No.201301015400100008O[93].

Consideración esta, a la que se habrá de sumar que, como resulta palmar del escrito impugnatorio, la respetada apelante pretermitió precisar concretamente cómo las pruebas en comento, supuestamente omitidas o dejadas de practicar, eran conducentes, pertinentes y útiles e incidían negativamente respecto del acierto y legalidad de las premisas conclusivas de la decisión cuya revocatoria anhela, incidencia que, como esta Corporación ha tenido oportunidad de aquilatar[94], no emana de la prueba en sí misma considerada, sino de su confrontación lógica con los elementos de convicción que sustentaron la misma, de

---

[92] *Ídem*.
[93] Folios 235 a 241, C.O.2.
[94] Sentencia septiembre 03 de 2018, radicación No. 158844.

modo que aparezca que de haberse llevado a cabo aquellas, las conclusiones de éste habrían sido distintas y favorables a la pretensión de quien promulga la omisión, lo que impone recordar, dada la transgresión al principio de investigación integral que enarbolara la censora, lo que en punto a la omisión, no decreto o no práctica de pruebas enseña la jurisprudencia de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, concretamente en la decisión en que se hicieren una serie de consideraciones que *mutatis mutandi* resultan valiosas para el tópico en cuestión, misma en la que dicho órgano colegiado aquilatare:

> "*Al respecto se ofrece oportuno recordar el criterio jurisprudencial, según el cual, por estar íntimamente ligado el principio de investigación integral con el derecho de defensa, la trascendencia y pertinencia de la prueba resultan cruciales para destacar la infracción de la garantía que el censor estima vulnerada, pues "en materia de ordenación de pruebas el funcionario judicial, dentro de sus facultades de director de la investigación penal y en desarrollo de los criterios de economía, celeridad y racionalidad, puede disponer de oficio o a petición de los sujetos procesales la práctica de las pruebas que considere necesarias para acceder a la verdad que se intenta reconstruir a través del proceso.* ***Es por lo anterior que resulta razonable afirmar que la omisión en la práctica de aquellas diligencias que razonablemente considere inocuas, superfluas o intrascendentes a los fines de la investigación, o de las que a pesar de haber sido decretadas no pudieron ser realizadas por circunstancias ajenas a los administradores de justicia, no puede originar menoscabo de los derechos***

de quien ha solicitado su práctica o persistido en ella"[95].

De otra parte, pero en relación con el mismo aspecto es necesario recordar que la posibilidad de declarar la nulidad por el señalado motivo, no deriva de la prueba en sí misma considerada sino de su confrontación lógica con las que fueron practicadas y valoradas como soporte del fallo, ***ejercicio que basado en la finalidad de lo que se busca acreditar con la prueba omitida permite establecer la perentoriedad o no del elemento de convicción reclamado, dependiendo de si lo que se pretende acreditar con éste se encuentra ya establecido con otros elementos probatorios, pues sólo cuando la prueba obviada reúne las condiciones sustanciales de necesaria e irremplazable es posible afirmar menoscabo de las garantías, e impide que la discusión sobre su importancia se desarrolle en un plano meramente formal como acontece en este caso.****"*[96]
(Destacado de la Sala)

Las anteriores consideraciones conducen a esta Corporación a estimar que la razón no está de parte de la distinguida impugnante cuyo ejercicio recursal, máxime que es patente la falta de una adecuada y debida sustentación de la impugnación impetrada, y, por razón de ello, la presunción de legalidad y acierto que acompaña a la decisión interlocutoria confutada se mantiene incólume en este estadio procesal, como bien lo anotara el señor Procurador 4° Judicial II Penal al solicitar se imparta confirmación a la misma, resulta prístina la

[95] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia febrero 07 de 2007, radicación N° 22787.
[96] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia octubre 10 de 2007, radicación N° 21230.

inviabilidad de acceder a la pretensión inmersa en el recurso de alzada objeto de judicial análisis, por lo que, como fuere anunciado de agraz en el *corpus* de esta providencia, sin más ambages, se despachará desfavorablemente dicha pretensión para en su lugar confirmar la providencia adiada 13 de julio de 2017, misma por la cual el Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar cesare procedimiento en favor del PT. JCRE dentro de la presente investigación adelantada por el delito de Homicidio, determinación que se plasmará en la *resolutio* de la misma.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar,

IX. R E S U E L V E

PRIMERO: DESATENDER los argumentos de **APELACIÓN** y en consecuencia, **CONFIRMAR** el interlocutorio del 13 de julio de 2017, por medio de la cual el Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar cesó procedimiento en favor del PT. JCRE dentro de la investigación adelantada por el delito de homicidio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión judicial.

SEGUNDO : Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad penal aplicable al

rito procesal penal militar[97] y surtido el trámite a que legal, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de la Corporación, vuelva la actuación al juzgado de origen, Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar, para lo de su competencia.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado

---

[97] Ley 522 de 1999, artículo 341, "***FORMAS DE NOTIFICACIÓN.*** *Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.*

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado.".
Ley 600 de 2000, artículo 187, "*Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."

Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	158956
Procedencia	:	Juzgado ante Comando Aéreo 122
Procesado	:	SL. SFGV
Delito	:	Desobediencia en concurso homogéneo y sucesivo
Motivo de alzada	:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión	:	Confirma parcialmente sentencia y modifica pena impuesta

Bogotá D.C., julio diez (10) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponde en relación con el recurso de apelación impetrado por la abogada NCMB, defensora de oficio del SL. SFGV, en contra de la providencia adiada 16 de mayo de la anterior anualidad por medio de la cual el Juzgado de Instancia ante Comando Aéreo 122 (encargado) de la Fuerza Aérea Colombiana,

condenare al militar en mención a la pena principal de novecientos cuarenta y seis (946) días de prisión y a las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena principal, al hallarlo responsable en calidad de autor del reato de desobediencia en concurso homogéneo y sucesivo, negando, por otra parte, la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

II. HECHOS

Da cuenta la urdimbre procesal que el día 02 de diciembre de 2017 el aquí condenado, quien se encontraba adscrito al Comando Aéreo de Combate No. 1 de la Fuerza Aérea Colombiana con sede en Puerto Salgar (Cundinamarca), no recibió el servicio de centinela del puesto "*Bravo 8*" que iba de las 19:00 a las 01:00 horas como tampoco lo hizo al día siguiente, 03 de los precitado mes y año, en que debía fungir en tal calidad en el mismo puesto entre las 07:00 y las 13:00 horas, esto de conformidad con la Orden del Día para dichas fechas emanada del Comandante del Sector de Seguridad "*Bravo*" del Grupo de Seguridad y Defensas de Bases No. 15 perteneciente al antes referido comando aéreo de combate.

El uniformado en cita arguyó para no recibir los servicios en cita, que se encontraba aburrido, que ya estaba próximo a licenciarse y que ya tenía tarjeta de conducta.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con base en el informe del 04 de diciembre de 2017[1] que por estos hechos rindiera el TE. DNT, Comandante del Escuadrón No. 151 (encargado) al TC. FACB, Comandante del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases No.15, el señor CT. CRISTIAN JAVIER MARÍN TOVAR, Juez 123 de Instrucción Penal Militar, dispuso mediante auto de impulso adiado 05 de diciembre de 2017 el inicio de formal investigación en contra del SL. SFGV por la comisión del presunto delito de desobediencia.

Al investigado se le escuchó en diligencia de indagatoria[2] y en ampliación de la misma[3], y mediante interlocutorio del 07 de diciembre de 2017 le resolvió la situación jurídica provisional[4], ello en el sentido de imponer en contra del SL. SFGV medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de desobediencia en concurso homogéneo sucesivo, medida que, sin que en dicho proveído se hiciere alusión alguna al beneficio de libertad provisional, se materializó como fuere dispuesto mediante boleta de encarcelamiento No. 0701 de la fecha en precedencia[5].

Al estimar que el ciclo de instrucción estaba perfeccionado, el sumario fue remitido el 17 de enero

---

[1] Folio 3 C.O.1.
[2] Folios 28 a 32R, *ibídem*, diligencia surtida el 06 de diciembre de 2017.
[3] Folios 101 a 102, *ibídem*, diligencia surtida el 10 de enero de 2018.
[4] Folios 38 a 60, *ibídem.*
[5] Folio 61, *ibídem.*

de 2018[6] a la Fiscalía 122 ante Comando Aéreo en donde con auto del 18 de enero hogaño, se declaró el cierre de aquél[7].

El mérito del sumario se calificó el 25 de enero de 2018[8] profiriendo resolución de acusación en contra del SL. SFGV como presunto autor responsable del reato de desobediencia en concurso homogéneo sucesivo, surtiéndose la notificación personal del procesado[9], de su defensora[10] y del representante del Ministerio Público ante la primera instancia el 25 de enero de 2018[11].

No habiéndose presentado recurso alguno en contra de la pieza acusatoria, esta cobró ejecutoria el 31 de enero del año en precedencia[12], remitiéndose el proceso al Juzgado de Instancia ante Comando Aéreo 122[13] de la Fuerza Aérea Colombiana, despacho que con auto del 09 de abril de 2018 fijó fecha y hora para la realización de la audiencia de acusación y aceptación de cargos[14].

Referida audiencia se llevó a cabo el 18 de abril de 2018, en cuyo decurso el acusado contestó que luego de haberse reunido con el fiscal y su defensora, llegó al acuerdo de declararse culpable del delito de desobediencia, por lo que el juez de instancia indicó

---

[6] Folio 113, *ibídem.*
[7] Folio 119, *ibídem.*
[8] Folios 124 a 134, *ibídem.*
[9] Folio 142, *ibídem.*
[10] Folio 143, *ibídem*
[11] Folio 144, *ibídem.*
[12] *Cfr.* constancia secretarial SJM. JIMY EDGAR CHAVEZ, folio 145, *ibídem.*
[13] Folio 150, *ibídem.*
[14] Folio 170, *ibídem.*

que aceptaba el acuerdo y anunció el sentido condenatorio del fallo[15].

Mediante sentencia del 16 de mayo del año 2018, el Juzgado ante Comando Aéreo 122 (encargado) de la Fuerza Aérea Colombiana condenó al SL. SFGV a la pena principal de novecientos cuarenta y seis (946) días de prisión y a las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena principal, esto al hallarlo responsable en calidad de autor del reato de desobediencia en concurso homogéneo y sucesivo, negando, por otra parte, la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional[16], providencia en contra de la cual la defensora de oficio del encartado, doctora NCMB con fecha 12 de junio de la presente anualidad sustentó el recurso de apelación[17], el cual centra la atención de la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial de la república de Colombia.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juez ante Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana (E), Coronel EFRAÍN CUSTODIO PACHÓN PIRAGAUTA, luego de hacer un recuento de los hechos, precisar la filiación del procesado, sincretizar la

[15] Folios 177 y 178, *ibídem*.
[16] Folios 185 a 212, *ibídem*.
[17] Folios 241 a 245, *ibídem*.

actuación relevante, el material probatorio acopiado y los fundamentos de la pieza acusatoria, remembró que en la audiencia aceptación de cargos el acusado, SL. SFGV, aceptó los que le fueron imputados en el acto calificatorio.

Luego de discernir sobre la competencia de la justicia penal militar para juzgar la conductas imputadas al precitado, de quien dijo se encontraba incorporado como soldado en las filas de la Fuerza Aérea Colombiana y en virtud de ello "*fue designado mediante acto administrativo para prestar el servicio de centinela, en dos oportunidades, en la unidad de la cual era orgánico;…*"[18], refirió nuevamente las conductas investigadas estableciendo su relación con el servicio y acto seguido indicó que, verificadas las actuaciones procesales surtidas, no se vislumbraba causal de nulidad que invalidara el proceso.

Expuso que el problema jurídico se circunscribía a determinar si conforme a la acusación presentada por la fiscalía militar y el haz probatorio acopiado, el actuar reprochado al encausado SL. SFGV "*se encuadra dentro de la conducta descrita en la ley penal militar que la haga digna de un juicio de responsabilidad penal y consecuente con ello de una pena*."[19].

Bajo el epígrafe "*Conducta punible*" y en lo que respecta a la tipicidad dio cuenta que la imputación de la desobediencia se hace por haberse ejecutado por

[18] Folio 192, *ibídem*.
[19] Folio 193, *ibídem*.

parte del enjuiciado los elementos subjetivos y objetivos descritos en el tipo penal contenido en el artículo 96 de la Ley 1407 de 2010.

En lo que respecta al sujeto activo cualificado que demanda el tipo penal indicó que la prueba aquí vertida da cuenta que "*el procesado para el momento de realizar las conductas objeto de investigación era miembro activo de la Fuerza Aérea Colombiana* [sic] *en la categoría de soldado*."[20].

En punto a los elementos objetivos del tipo penal consistentes en que la orden del servicio sea legítima, emitida por el respectivo superior y con las formalidades legales, consideró que se encontraba cumplido, comoquiera que "*la subteniente corredor* [sic] *Guerrero Elizabeth en su condición de comandante sector de seguridad bravo mediante una orden escrita y del servicio plasmo* [sic] *que el procesado debía prestar el servicio de centinela en el puesto denominado Bravo 8 en dos oportunidades y cada uno en dos turnos diferentes*."[21].

Aseguró además que el servicio de centinela tenía unas funciones claramente determinadas conforme el Plan de Operaciones de Seguridad de Bases Aéreas del Comando Aéreo de Combate No. 1, infiriendo que el procesado fue nombrado y enterado puntualmente de los dos servicios a cumplir y pudiéndose deducir "*que el investigado como militar en servicio activo fue debidamente designado en un servicio, el cual debía recibir en las horas y fechas referenciadas y cumplir con*

[20] Folio 194, *ibídem*.
[21] Folio 195, *ibídem*.

unas directrices impuestas para el servicio asignado con base en el documento público denominado plan de vigilancia y seguridad"[22].

Anotó que de lo expuesto en precedencia se puede predicar "*que se cumplen las formalidades de toda orden; esto es, que un superior con competencia, como lo es el comandante sector de seguridad bravo de la unidad militar, emita una orden escrita hacia varios subalternos, entre ellos el procesado; la misma, está relacionada con la misión constitucional que prestan las Fuerzas Militares; es decir, es legítima habida cuenta está encaminada a prestar seguridad en un sector de la unidad militar y fue lógica, oportuna, clara, precisa y concisa*."[23].

Mencionó que a nivel objetivo, al analizar si la citada orden fue modificada o no se cumplió, en su sentir y conforme al material probatorio y la resolución de acusación resulta claro que la misma fue incumplida.

Recordó que los mandos del uniformado dieron cuenta del incumplimiento del primer servicio el del día 02 de diciembre de 2017, indicando que no lo prestó porque se encontraba aburrido y que no lo haría porque ya estaba próximo a licenciarse, dedicándose a dormir en tanto otro soldado asumió su servicio.

Del incumplimiento del servicio del día siguiente, es decir el 03 de los precitados mes y año, sostuvo el juez de conocimiento que dieron cuenta también los

[22] Folio 196, *ibídem*.
[23] I*bídem*.

superiores del hoy condenado, quienes manifestaron que en esta ocasión el SL. SFGV no dio ninguna razón para no cumplir con el servicio, solo dijo que como ya había firmado la tarjeta de conducta no iba a hacer nada, por lo que debió ser reemplazado en el servicio asignado por otro centinela.

Agregó que lo anterior fue corroborado por el encausado cuando en su diligencia de aceptación de cargos se allanó a los mismos y que de esto "*se puede inferir que efectivamente el procesado incumplió la orden de recibir el servicio de centinela en dos oportunidades; es decir, no recibió el servicio de guardia para el que estaba asignado el día dos de diciembre de 2017 sobre las 19:00 horas y el tres del mismo mes y año sobre las 07:00 horas.*"[24].

Sostuvo que siendo evidente el cumplimiento de los presupuestos objetivos que demanda la norma castrense para el delito investigado de desobediencia, era dable continuar con el análisis de los elementos subjetivos del tipo penal.

Así, aseguró que los elementos del dolo están probados al interior de la investigación y que si bien el encausado buscó excusarse en el hecho que no fue enterado de los servicios, su decir carece de sustento puesto que la prueba testimonial recaudada da cuenta que fue buscado en su alojamiento en dos ocasiones para establecer el por qué no asumía el servicio, rehusándose a hacerlo en igual cantidad de veces,

[24] Folio 198, *ibídem*.

aduciendo las anteriores excusas para no hacerlo, las cuales "*no son razonables ni lógicas frente al derecho penal como argumento de exoneración de responsabilidad; lo cual permite inferir que efectivamente el procesado estaba enterado de que estaba nombrado para los dos servicios de guardia y voluntariamente decidió no hacerlo*."[25].

Indicó que una de las razones que da cuenta del conocimiento que tenía el acusado de los servicios que le correspondían y no prestó, fue el hecho que aquellos se encontraban contenidos dentro de la programación de unos servicios anteriores que sí cumplió, además que el procesado una vez se le recordaron sus obligaciones por parte de sus superiores, lo único que hizo fue manifestar que estaba aburrido y próximo a licenciarse por lo que no recibiría el servicio de guardia.

Consideró el funcionario *A quo* que con el incumplimiento de recibir los servicios ordenados se "*demuestra la subjetividad de querer realizar un ilícito y ese conocimiento real de lo que estaba haciendo el procesado los días y hora* [sic] *de marras.*"[26].

Como colorario de lo anterior, indicó el fallador de primera grado que "*se puede inferir del material probatorio, que el procesado conocía que incumplir una orden legítima y escrita emitida por su superior con las formalidades legales era contrario a la ley penal militar; fuera de ello, su voluntad la dirigió en el sentido de incumplir la orden por cuanto no se presentó sobre las*

[25] I*bídem*.
[26] Folio 201, C.O.2.

siete de la noche del dos de diciembre y a las siete de la mañana del tres de diciembre de 2017 a recibir el servicio de centinela."[27]. Así las cosas, añadió que al existir los elementos objetivo y subjetivo del tipo, entraba a ahondar sobre temas de antijuridicidad y culpabilidad.

Haciendo referencia a la antijuridicidad, consideró que siendo las Fuerzas Militares organizaciones permanentes y disciplinadas, se demanda de sus integrantes subalternos una obediencia más estricta que el resto de los servidores públicos, haciendo énfasis que ello dentro de los parámetros de la obediencia debida, pues de no cumplirse tal principio se desarticularía la esencia del establecimiento militar y de contera no se podrían cumplir los cometidos constitucionales asignados a la Fuerza Pública.

Consecuente con lo anterior, además de la simple contrariedad formal que existe entre la conducta típica cometida por el acusado y el texto penal, anotó en su fallo que con el incumplimiento de la orden del servicio "*se colocó en peligro efectivo la disciplina que caracteriza el estamento castrense para así considerar como antijurídico su comportamiento al poner en peligro el bien jurídico tutelado, cual es la disciplina*"[28], ya que al tratarse de un "*delito de peligro abstracto de mera conducta*" [sic], no se cumplieron las órdenes del servicio que redundan en la seguridad de la unidad militar y el cumplimiento de la misión constitucional,

[27] Folio 202, *ibídem*.
[28] Folios 202 y 203, *ibídem*.

sin que se observe que hubiera justificación en su actuar.

Adicionó que "*Ese incumplimiento y las condiciones que adopto* [sic] *el procesado obligo* [sic], *por parte de sus superiores, a que otro militar asumiera sus funciones; el cual no estaba programado dentro de los servicios para ese día, conforme lo indicaron los testigos directos*"[29].

Consideró que bajo los anteriores términos había quedado edificado tanto el injusto penal como el principio de lesividad, procediendo en consecuencia al juicio de reproche.

En lo que respecta a la culpabilidad, estimó que no tenía discusión, conforme al material probatorio allegado, que no se evidenciaba alguna causal que permitiera inferir o indicar inimputabilidad respecto del procesado al momento de ejecutar los hechos.

Asimismo dijo que se acreditó que el enjuiciado contaba con la instrucción académica suficiente sobre derecho penal militar dada la recibida por todos los militares al momento tanto de su instrucción como en la fase de adaptación militar, pero que a pesar de ello se comportó como lo hizo "*pudiendo y debiendo proceder de acuerdo con el derecho, es decir, permanecer en la unidad militar como disponible y atento a cualquier reacción; pero más allá, debió presentarse a la hora prevista para el relevo de los servicios y en óptimas condiciones de salud física y mental, sin embargo,*

[29] Folio 203, *ibídem*.

procedió de manera contraria." De ello, sumó, y del hecho de no haber recibido de facción los días 02 y 03 de diciembre de 2017 infirió que "*el procesado guio* [sic] *su comportamiento a no cumplir con el cometido de obediencia, precisamente lo contrario a estar subordinado y atento al deber de cumplir una orden del servicio que lo involucraba como un miembro de seguridad aeroportuaria*"[30].

En otras palabras, dijo, el SL. SFGV reflexionó respecto de la ilicitud de su actuar pero a pesar de ello optó por no presentarse a la hora dispuesta para los relevos, aun sabiendo que "*estaba disponible*" [sic] y se sustrajo de sus obligaciones como subalterno, es por lo que sin existir causa de ausencia de responsabilidad es válido predicar que su actuar "*es objeto de reproche, en términos jurídicos, culpabilidad a título de dolo*"[31].

Finalmente, sostuvo que conforme a las anteriores consideraciones se edificó la responsabilidad penal del investigado frente al cargo de desobediencia y como consecuencia de ello en su sentir estaban satisfechas las exigencias contenidas en los artículos 396 y 579 del Estatuto Punitivo Castrense, lo que implicaba dictar sentencia condenatoria en su contra.

Al hacer referencia a la punibilidad, el funcionario *A quo* indicó que, si bien la fiscalía en su pieza acusatoria no hizo referencia a causales de mayor y menor punibilidad, atentando con ello contra el

[30] Folio 204, *ibídem*.
[31] *Ibídem*.

principio de imparcialidad y la investigación integral, era del caso tener en cuenta las de menor punibilidad que objetivamente se aprecian y las cuales inciden en la dosificación de la pena, teniendo como tales las de la buena conducta anterior, y la carencia de antecedentes penales.

Respecto de la dosificación de la pena dio cuenta que el punible por el que se procede, el de desobediencia, al tenor del artículo 96 del Código Penal Militar, tiene una pena que va de los dos (02) a los tres (03) años de prisión.

Indicó que como quiera que el encausado solo tiene circunstancias genéricas de menor punibilidad, según las voces del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, el ámbito de movilidad será dentro del cuarto mínimo, esto es, de veinticuatro (24) a veintisiete (27) meses para ambas conductas, las cometidas por el procesado los días 02 y 03 de diciembre de 2017.

Hizo referencia a la mayor gravedad de la conducta de desobediencia de una orden relativa a los servicios de seguridad de la unidad militar en donde la misma se torna de vital importancia; la intensidad del dolo reflejada en no comparecer al servicio, según los testimonios por pereza y desidia; el daño potencial creado y cómo se puso en peligro el bien jurídico al retrasarse en cumplir en forma adecuada el servicio asignado, por lo que decidió imponer sobre la pena mínima un aumento punitivo de veinte (20) días para la conducta desarrollada el 02 de diciembre de 2017.

Invocando estos criterios, fijados para la imposición de la pena contenidos por el artículo 61, inciso 3°, de la precitada norma, tasó una pena de veinticuatro (24) meses y veinte (20) días de prisión a imponer respecto de dicha conducta, los que convirtió a días a razón de treinta por mes, para un guarismo total de setecientos cuarenta (740) días.

A renglón siguiente indicó que sobre la rebaja por aceptación de cargos para la precitada conducta se partía de los setecientos cuarenta (740) días y conforme a lo dispuesto en la Ley 1058 de 2006 se rebajaba una sexta parte de la pena, para establecer pena definitiva a imponer para esta conducta punible en seiscientos diecisiete (617) días de prisión, para la conducta del 02 de diciembre de 2017.

Al hacer referencia al punible cometido el 03 de los precitados mes y año, hizo alusión en los mismos términos antes citados a la mayor gravedad de la conducta, el daño potencial creado y la forma en que se puso en peligro efectivamente el bien jurídico tutelado, agregando respecto de la intensidad del dolo que este se evidenciaba en "*no comparecer al servicio luego de que la noche anterior incurriera en la misma desobediencia, habiendo descansado y meditado sobre su actuar como militar y demostrando nuevamente su pereza y desidia por un deber constitucional que debía cumplir*" lo que lo llevó a hacer sobre la pena mínima imponible un incremento punitivo de un (01) mes y quince (15) días, para una pena respecto de esta segunda conducta

punible de veinticinco (25) meses y quince (15) días de prisión, los que convertidos a días, a razón de treinta por mes, le arrojó una pena total de setecientos sesenta y cinco (765).

A esta pena aplicó la rebaja de una sexta (1/6) parte por aceptación de cargos en etapa de juicio, quedando un guarismo de seiscientos treinta y ocho (638) días de prisión a imponer por los hechos ocurridos el 03 de diciembre de 2017.

Al hacer referencia al concurso de delitos, aseguró que era dable la aplicación de principios de normas rectoras tanto del derecho penal militar como del derecho penal ordinario, entre ellas la acumulación jurídica de penas que se plantea de forma semejante en las dos jurisdicciones, agregando que conforme al artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 es dable aplicar las directrices del concurso de conductas punibles a la acumulación jurídica de penas.

Bajo este entendido, indicó que en el caso en estudio existen dos conductas sobre las cuales se declara la responsabilidad penal a las cuales se les dosificó la pena de manera independiente, que tienen igual naturaleza como lo es la de privativa de la libertad, siendo la que reviste la mayor gravedad la correspondiente a la conducta punible cometida por el procesado el día 03 de diciembre de 2017.

Al entrar a acumular las penas, partió de la a imponer por los hechos constitutivos del punible de

desobediencia llevada a cabo el 03 de diciembre de 2017, esto es, seiscientos treinta y ocho (638) días de prisión, la que, dijo aumentada hasta en otro tanto quedaría en mil doscientos setenta y seis (1276) días, en tanto que la suma aritmética de las dos penas sería de mil doscientos cincuenta y cinco (1255) días.

Y, agregó, que como quiera que la sanción máxima para el concurso de delitos no puede exceder de sesenta (60) años y que como este término no es superado por el anterior guarismo -mil doscientos cincuenta y cinco (1255) días-, el intervalo para determinar la pena por la acumulación jurídica de las mismas irá desde los seiscientos treinta y ocho (638) días de prisión hasta un máximo de mil doscientos cincuenta y cinco (1255) días.

Con soporte en el artículo 12 de la Ley 1407 de 2010 que hace relación a los principios de la pena, "*esto es, la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad*" [sic], sostuvo que las conductas atentan contra la disciplina como el primer y más importante bien tutelado por la ley penal militar, que se trata de dos conductas a acumular con la misma gravedad de pena es decir privativa de la libertad, que las mismas no admiten condena de ejecución condicional y que la pena "*resulta necesaria a fin de evidenciar la prevención general en favor de los demás coasociados militares y la prevención especial; además, de la protección y reinserción social el condenado*" y con fundamento en ello incrementó la pena en la mitad, esto es, en trescientos ocho (308) días por el concurso homogéneo

y sucesivo, tasando la pena definitiva a imponer por ambos delitos y "*por acumulación jurídica*" en novecientos cuarenta y seis (946) días de prisión.

Como penas accesorias determinó imponer la separación absoluta de la Fuerza Pública, como también la interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena de prisión.

Al hacer referencia a la suspensión condicional de la ejecución de la pena como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, indicó que la misma no procedía conforme lo reglado en el artículo 63.3 de la ley penal militar.

En punto a la responsabilidad civil, consideró que como quiera que no se acreditaron perjuicios no había lugar a pronunciarse al respecto.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La abogada NCBM, defensora de oficio del encartado, indicó que la intención de su recurso es la de que se revise la decisión objeto del mismo "*y se proceda a modificar la misma en lo atinente a la pena impuesta al condenado*"[32] y, acorde con ello, enfatizo en que "*desde ya manifiesto que la suscrita solamente apela lo atinente a la dosificación punitiva llevado a cabo por el Juez de Primera Instancia, en tanto no estoy de acuerdo con la*

[32] Folio 241, *ibídem*.

manera cómo se hace la misma, toda vez se desconocieron las reglas aplicables para el concurso homogéneo y sucesivo, así como la acumulación jurídica de penas."[33].

Luego de hacer un recuento de la dosimetría punitiva llevada cabo por el juez de instancia, adujo como razones de su inconformismo que en su sentir el procesado cometió un solo delito como lo es el de la desobediencia, el cual ocurrió en una ocasión, el 02 de diciembre de 2017 configurando el tipo penal y se repitió el 03 de diciembre de 2017, lo que generó un concurso homogéneo pero calificado por la fiscalía como homogéneo sucesivo, lo que "*haría pensar que el autor realizó varias conductas y que las mismas se adecuaron a dos tipos penales distintos*." [34], siendo su criterio que fue un concurso simultáneo "*pues una sola acción se adecuó varias veces o una sola vez si pudiera decirse al mismo tipo penal. Quiere decir lo anterior, que se comete el delito de desobediencia y se repite en una sola ocasión*."[35].

Consideró que la calificación hecha al delito de desobediencia en concurso homogéneo y sucesivo, llevó a error al fallador *A quo* al momento de dosificar la pena, porque si bien es cierto que las reglas aplicables para este tipo de concurso exigen que la misma ha de hacerse a partir de la individualización de la pena que corresponda a cada uno de los delitos que concursan a fin de establecer cuál de ella es la que resulta más grave, en el presente caso no hay más

[33] *Ibídem*.
[34] Folio 243, *ibídem*.
[35] *Ibídem*.

delitos, solo hay uno, el de desobediencia que se repitió en una sola ocasión, por lo que no se podía entonces "*dosificar simplemente dos veces el mismo delito por dos hechos (2 y 3 de diciembre de 2017), y luego hacer acumulación jurídica de penas*".

En su criterio lo que debió hacer el fallador de primer grado, era dosificar individualmente la pena por el delito de desobediencia, a partir del cuarto mínimo de 24 meses, ello al existir circunstancias de menor punibilidad, y atendiendo a aspectos como la mayor gravedad de la conducta, la intensidad del dolo, el daño potencial creado y la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, imponer un aumento de veinte (20) días si así lo quisiera, para fijar la pena en veinticuatro (24) meses, veinte (20) días o setecientos cuarenta (740) días.

Indicó que, a la pena en concreto citada en precedencia, se debía aumentar hasta en otro tanto por el concurso homogéneo simultáneo, aumento que no es la regla general, sino que es el que marca el límite hasta el que se puede aumentar en razón del concurso, y por el que eventualmente se habría podido imponer, a manera de ejemplo dice, un mes y quince días para dejarlo en veinticinco (25) meses y quince (15) días.

Continuó su razonamiento agregando que sobre la pena así dosificada en concreto de setecientos ochenta y cinco (785) días por el delito y el aumento por razón del concurso, iría la rebaja de una sexta (1/6) parte, en atención a la aceptación de cargos, quedando en 654

días equivalente a 21 meses de prisión, considerando que esa era la pena a imponer para el caso *sub judice*.

Reiteró no estar de acuerdo con la forma en que el juez de conocimiento dosificó individualmente un mismo delito en dos ocasiones o hechos diferentes, "*cuando la normativa en materia de concurso es clara al señalar que se dosifica individualmente cuando hay varios delitos, y se escoge la pena más grave para sobre ella imponer hasta otro tanto por el concurso*,…"[36].

De igual forma dijo no compartir "*que se haya acudido a la figura de la acumulación jurídica de penas, la cual no procedía en este caso, más aún cuando en la misma providencia se dice que dos conductas que tienen igual naturaleza y ello es así porque se trata de un mismo delito, no hay otro delito diferente que concurra el concurso y por esta razón, si se aceptare tal dosificación, estaríamos incluso pensando en que se estaría vulnerando el principio del non bis in ídem, porque se estaría condenando dos veces por un mismo hecho.*"[37].

Indicó que se incurrió en un error en la acusación al fijar la conducta punible de desobediencia en concurso homogéneo sucesivo, en lugar de concurso homogéneo simultáneo, y que tal error "*solo se advirtió al momento de la dosificación punitiva*"[38], apuntando además que no se puede desconocer que la calificación jurídica afecta la manera como se impone la sentencia

[36] Folio 244, *ibídem*.
[37] *Ibídem*.
[38] Folios 244 y 245, *ibídem*.

condenatoria al verse afectado el condenado ya que la posible condena que se pensaba recibiría por aceptar los cargos, supera en diez meses aproximadamente la privación de la libertad del SL. SFGV, no pudiéndose desconocer las garantías fundamentales a que tiene derecho como el no "*ser sancionado dos veces por un mismo hecho (non bis in ídem), el principio de legalidad de la sanción y del procedimiento para imponer la misma, entre otros*"[39], razones las anteriores en que fundamenta su pedimento de que la decisión apelada sea revocada puntualmente en lo referente a la dosificación punitiva para que se corrija y "*se imponga una sanción más beneficiosa a mi defendido*."[40].

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La doctora REBD, Procuradora 3 Judicial II Penal de Apoyo a Víctimas del Conflicto Armado, en su concepto de rigor, luego de hacer un recuento de la situación fáctica, expuso que fueron dos los comportamientos desplegados por el acusado los días 02 y 03 de diciembre de 2017, lo que "*nos coloca frente a la figura jurídica del concurso de conductas punibles previsto en el artículo 32 del mismo estatuto; norma que, entre otros aspectos señala la forma como debe procederse para efectos de la dosificación de la pena a imponer.*"[41].

[39] *Ibídem.*
[40] Folio 245, *ibídem.*
[41] Folio 259, *ibídem.*

Después de transcribir el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010, trasuntó algunos apartes de decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia[42] respecto a la acumulación jurídica de penas y la determinación de la pena en el concurso de conductas punibles, para luego indicar que para el caso en estudio el fallador de instancia en obedecimiento de las directrices del artículo 61 del "*Código de la materia*", ubicó el cuarto de movilidad a fin de hacer la respectiva dosificación punitiva estableciéndola de veinticuatro (24) a veintisiete (27) meses de prisión, correspondientes al cuarto mínimo, partiendo de los extremos fijados en el artículo 96 *ejusdem*, para los dos hechos del 02 y del 03 de diciembre de 2017.

Luego de ello, continuó la señora agente del Ministerio Público, que el juez de instancia dosificó de manera individual los dos comportamientos, indicando que imponía para la primera de las conductas, la del 02 de diciembre de 2017, veinticuatro (24) meses de prisión más veinte (20) días por la naturaleza y gravedad para un total de setecientos cuarenta (740) días de prisión, de los cuales descontó una sexta (1/6) parte por la aceptación de cargos, quedando el total de la pena a imponer por este hecho en seiscientos diecisiete (617) días de prisión. Con relación a la segunda de las conductas, dijo, la del 03 de diciembre de 2017, el juez impuso veinticinco (25) meses de prisión más quince (15) días por la naturaleza y gravedad para un

[42] Sentencia 47588 del 20 de septiembre de 2016, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

total de setecientos sesenta y cinco (765) días, de los cuales descontó la sexta parte quedando en "*630*"[43] [sic] días de prisión como la pena a imponer.

Después de esto, indicó, el juez de instancia, se procedió a duplicar la pena de mayor gravedad, esto es, la de seiscientos treinta y ocho (638) días para un total de mil doscientos setenta y seis (1276) días, a pesar de haber señalado que la suma aritmética de las dos correspondía a un total de mil doscientos cincuenta y cinco (1255) días de prisión, procediendo a fijar los extremos entre seiscientos treinta y ocho (638) días y mil doscientos cincuenta y cinco (1255) días de prisión; por último, para fijar la pena definitiva a imponer, incrementó un cincuenta por ciento (50%) no siendo claro de qué límite, fijándole en novecientos cuarenta y seis (946) días de prisión.

Dijo la señora Procuradora Judicial II Penal de Apoyo a Víctimas del Conflicto Armado, que basta comparar el anterior procedimiento de tasación con los lineamientos establecidos por la jurisprudencia "*para determinar, en criterio de esta Servidora que se ha incumplido de manera flagrante con tales presupuestos: no sólo sumó las dos penas que señala correspondía a cada comportamiento, sino que las duplicó y finalmente realizó un nuevo incremento además del inicialmente fijado en la individualización con lo que, a la postre perjudicó de manera ostensible los intereses del procesado, máxime, cuando habiendo aceptado cargos, buscaba un beneficio que*

[43] A folio 209, C.O.2, se aprecia que en la sentencia de primer grado el juez de conocimiento estableció este *quantum* en 638 días, no en 630 como erradamente indica la representante del Ministerio Público ante la segunda instancia.

no era otro que la disminución en la pena que le correspondería."[44].

Sostuvo que, salvo mejor criterio en contra, como quiera que el fallador de primer grado fijó como la conducta más gravosa la cometida el 03 de diciembre de 2017 por lo reiterativo de la misma, ello en setecientos sesenta y cinco (765) días, era a este monto al que debía hacer el incremento por el concurso de conductas punibles, como lo señala la norma y la jurisprudencia, pudiendo ir desde un día hasta otro tanto.

A manera de ejemplo indicó que si le fuesen impuestos veinte (20) días de adición la suma serían setecientos ochenta y cinco (785) días y comoquiera que el condenado aceptó cargos, teniendo en cuenta la etapa procesal se le rebajaría de la misma una sexta (1/6) parte, esto es ciento (130) días, "*para un monto definitivo de 654 días, monto inferior al establecido por el señor Juez de primera instancia.*"[45].

Consideró que la pena inicialmente impuesta vulnera el derecho de defensa y el debido proceso del SL. SFGV, quien buscando una rebaja de la pena que le fuera favorable aceptó cargos, pero como se dosificó la pena "*contrariando los presupuestos normativos y jurisprudenciales, esa "ventaja sustancial" señalada en la sentencia aludida se desconoció totalmente.*"[46].

---

[44] Folio 261, *ibídem*.
[45] *Ibídem*.
[46] *Ibídem*.

Por último, expuso que conforme a lo señalado por la recurrente haciendo alusión a la "*acumulación jurídica*", contenida en el artículo 599 de la Ley 1407 de 2010, "*aun cuando se remite a la dosificación de pena en caso de concurso de delitos, aquella opera cuando delitos conexos se hubiesen fallado independientemente, que no es la situación que se presenta en el asunto subexamine.*"[47].

Por último, señaló que bajo esos presupuestos solicita se revoque la decisión apelada puntualmente en lo que hace referencia a la dosificación de la pena.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de su Tercera Sala de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año[48], como de los ocurridos con posterioridad a la misma - no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el

[47] Folio 262, *ibídem*.
[48] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial - mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El inconformismo de la apelante con la providencia que ocupa la atención de la Tercera Sala de Decisión de este Colegiado, se halla precedido del pedimento de "*que se revise la decisión apelada únicamente en lo atinente a la dosificación de la pena efectuada*"[49] y se circunscribe a que se revoque la providencia confutada "*y en su lugar se corrija la decisión y se imponga una sanción más beneficiosa para mi defendido*."[50].

Su argumento principal, habrá de evocarse, giró en torno a que los hechos aquí investigados se limitaron a la comisión por su asistido de "*un solo delito*

[49] Folio 245, *ibídem*.
[50] *Ibídem*.

(desobediencia) el cual ocurre en una ocasión (2 de diciembre de 2017) y configura el tipo penal, y se repite el 3 de diciembre de 2017, lo que genera el concurso homogéneo"[51], pero que a pesar de ello "*la calificación jurídica que se le dio por parte de la Fiscalía (de ser homogéneo sucesivo), haría pensar que el autor realizó varias conductas y que las mismas se adecuaron a dos tipos penales distintos.*"[52], insistiendo en que lo que se dio fue un "*concurso homogéneo simultáneo, pues una sola acción se adecuó varias veces o una sola vez si pudiera decirse al mismo tipo penal. Quiere decir lo anterior, que se comete el delito de desobediencia y se repite en una sola ocasión.*"[53].

Consideró asimismo que la calificación dada al delito de desobediencia en concurso homogéneo y sucesivo fue la que llevó a incurrir en error al fallador al momento de dosificar el quantum punitivo a imponer, porque si bien las reglas a ser aplicadas para este tipo de concurso exige que se individualice cada una de las penas por cada delito en concurso a fin de establecer cuál es la más grave "*en este caso no hay más delitos, es solo un delito (desobediencia) que se repitió en una sola ocasión y no se podía entonces dosificar simplemente dos veces el mismo delito por dos hechos (2 y 3 de diciembre de 2017) y luego hacer acumulación jurídica de penas.*"[54].

Sobre este particular y en cuanto al concurso de conductas punibles habrá de remembrar la Sala que

---

[51] Folio 243, *ibídem*.
[52] *Ibídem*.
[53] *Ibídem*.
[54] *Ibídem*.

éste, según las voces del artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 que por su naturaleza de norma sustancial resulta aplicable al evento *sub examine*, prevé la hipótesis de concurso de acciones y omisiones típicas, tanto en su modalidad homogénea como en la heterogénea, que en la ley penal militar son tratadas de cara a los efectos que una pluralidad tal genera sobre la dosificación punitiva, estableciéndose una regla general de dosimetría punitiva -tanto respecto de la variedad de conductas de acción u omisión que, mediando o no una diferencia temporal entre una y otra, encuadran en un solo tipo objetivo o en varios de ellos, como de la materialización de una sola conducta activa u omisiva pero que impacta varias normas de descripción típica o varias veces la misma disposición-, consistente en que el sujeto agente respecto del cual se predique el fenómeno concursal quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, sin que sea dable entender, como erradamente parece hacerlo la libelista, que en aquellos eventos en que las conductas desplegadas por el sujeto agente son de la misma especie, es decir, se adecúan a un mismo arquetipo legal (concurso homogéneo), se esté ante la comisión de un solo delito y la sanción a imponer deba dosificarse bajo este entendido, pues de así aceptarse se arribaría al exabrupto jurídico de dejar en la impunidad uno o más comportamientos punibles con el sofisma, propio de una inaceptable logomaquia

jurídica, de que existió un solo delito en tanto sólo uno fue el tipo objetivo transgredido.

Diciente y útil para el *thema* en ciernes resulta lo que enseña el órgano de cierre de esta jurisdicción foral, ello en los siguientes términos:

> *"Uno de los temas que ha generado polémica a lo largo de la historia de la dogmática penal es el del concurso de conductas punibles o concurso de delitos, el cual se estudia en los manuales y tratados de derecho penal bajo la denominación unidad y pluralidad de conductas típicas. Paradójicamente, las diferentes legislaciones que han reglamentado la materia pocas transformaciones han sufrido con el paso del tiempo*[55]*, lo cual no quiere decir que existan soluciones definitivas.*
>
> *La figura del concurso de delitos sirve para regular el procedimiento de acumulación jurídica de las penas que se deben imponer al sujeto que con su acción o acciones ha adecuado su conducta a varias descripciones típicas de la misma o diferente naturaleza.*
>
> *La legislación nacional vigente se pronuncia sobre el concurso de conductas punibles, en los siguientes términos:*
>
> > *Artículo 31. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.*

[55] Con propósitos comparativos se pueden revisar los artículos 31 –concurso ideal–, 32 –delito continuado– y 33 –acumulación jurídica de penas– del Código Penal de 1936 y los artículos 26 –concursos ideal y material–, 27 –regulación de la punibilidad– y 28 –límite a la pena aplicable en el concurso–, del Código Penal de 1980.

> *Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.*
>
> *PARAGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.*

De tal disposición se desprende que el legislador de 2000 institucionaliza las siguientes figuras[56]*:*

a). Concurso material o real. Considerado como la modalidad natural de los concursos, pues varias acciones dan lugar a varios delitos. Es el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes.

b). Concurso ideal o formal. Se presenta cuando con una sola acción se produce la comisión de dos o más delitos. Se da cuando una misma persona con una sola acción u omisión comete varios delitos y para efectos de la valoración jurídica del hecho el funcionario judicial encuentra que existen dos o más disposiciones que no se excluyen entre sí, que toman en consideración algunos aspectos distintos de él, los que solo en su conjunto agotan el contenido antijurídico.

c). El delito continuado. Fue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y que no forma parte del concurso de delitos[57]*.*

---

[56] Sirve de soporte a la reseña la Sentencia C-133/99 de la Corte Constitucional.

El legislador considera la existencia de un sólo delito cuando un mismo sujeto dentro de un propósito único comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe homogeneidad.

De tal manera, el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracterizan por la homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador.

La creación ideológica del delito continuado nace en el ámbito de los delitos patrimoniales con el propósito de evitar la pena de muerte al ter furatus, siendo posteriormente cuando, gracias a la jurisprudencia y a la doctrina, especialmente la italiana y la alemana, adquiere carta de naturaleza propia con características específicas y particulares distintas a la pietatis causa, alcanzando la consideración de realidad jurídica fundada en el llamado «dolo conjunto». Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o

[57] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 25 de junio de 2002, radicación 17089.

semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que éste es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado sino que se está en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso. Y,

(…)

Existen otras modalidades concursales a las que no hace expresa referencia el Código pero que la doctrina viene estudiando a la par con las figuras citadas, como ocurre con el denominado concurso medial. Esta modalidad concursal se presenta cuando un delito es medio necesario para la comisión de otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin. Es una modalidad de concurso real, con la particularidad que entre los delitos existe una estrecha relación, como es el caso de una falsedad que se ejecuta con el propósito de estafar.

Adicionalmente, la doctrina también distingue entre concurso homogéneo y concurso heterogéneo, siendo el primero aquel que se presenta cuando el bien jurídico afectado es uno sólo, y el segundo, cuando la acción o las acciones lesionan varios bienes jurídicos. Igualmente, se señala que dependiendo de la distancia temporal que separe los hechos delictivos que concurren, el concurso puede ser simultáneo o sucesivo."[58]

Prístino resulta así el desacierto en que incurre la impugnante al tildar como un concurso homogéneo y simultáneo, no como el concurso homogéneo y sucesivo que estima se imputó erradamente en el acto de acusación, los comportamientos llevados a cabo por el SL. SFGV el 02 y el 03 de diciembre de 2017,

[58] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia julio 25 de 2007, radicación No. 27383, reiterada en auto octubre 28 de 2009, radicación No. 31263, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

constitutivos de sendos delitos de desobediencia como bien se concluyere en la decisión primaria objeto de reproche, ello en la medida que en cada oportunidad que éste acriminado incumplió la orden –por él conocida- de asumir el servicio de centinela de su unidad orgánica para el cual había sido designado previamente y por la autoridad militar legalmente llamada a hacerlo, encuadró sus conductas también en sendas oportunidades en el tipo objetivo que recoge el reato típicamente militar de la desobediencia y agotó en cada ocasión, de manera injustificada y deliberada, éste injusto penal, independientemente que ante cada desobediencia hubiere esgrimido dos argumentos disimiles para hacerlo.

Así las cosas, resultando meridiano que cada una de esas conductas posee identidad propia y obedeció a una plúrima e independiente motivación, irrefragable se deriva la independencia plena de dos delitos de la misma especie -perfectamente escindibles desde el punto de vista de su perfeccionamiento autónomo- y, de contera, la deducción de consecuencias jurídico penales de manera individual pero acorde a la regla general de dosimetría punitiva explicada párrafos atrás.

Mal podría aceptarse, como pretende la respetada libelista, que se trató de un único comportamiento típico y sin que mediara una distancia temporal entre los hechos por lo que se configura un concurso simultáneo -argumentos que precisa la Sala ni siquiera se asimila a lo que realmente apareja la modalidad

concursal que pregona sino más bien al denominado delito "*único o complejo*"[59]-, puesto que palmar resulta, con afincamiento en el acervo suasorio propio de esta causa penal, que la orden del servicio incumplida el día 02 de diciembre de 2017, no fue la misma que el SL. SFGV dejó de acatar al día siguiente, no empece su similitud en la medida que ambas consistían en recibir sendos servicios de atalaya de la unidad militar a la que pertenecía como vinculado al servicio militar obligatorio, por lo que evidentes también resultan las dos oportunidades en que se lesionó el bien jurídico objeto de salvaguarda en tratándose del injusto penal por el que el prenombrado fue investigado, acusado, enjuiciado y condenado, circunstancias estas que, además, dan por tierra con lo aseverado por la censora en punto a que se transgredió el principio *non bis in ídem* como se detallará de forma más amplia *a posteriori*.

Un dislate de esta naturaleza halla explicación, a juicio de este Tribunal, en la confusión dogmática que impregna lo argüido por la recurrente en aras de sacar avante su pretensión y que se pone de manifiesto en reputar que se da el concurso homogéneo cuando "*el autor realiza varias conductas que se adecuan todas,*

[59] Esta figura únicamente se presenta en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva. Los hechos apreciados aisladamente, si ello fuere posible, constituiría por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario, el complejo, el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos y situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos. *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias septiembre 15 de 1983, radicación 22415; julio 25 de 2007, radicación Nª 27383; abril 09 de 2008, radicación Nª 22548; y septiembre 23 de 2008, radicación No. 24184.

siendo distintas a varios tipos penales"[sic][60], pretermitiendo que el concurso homogéneo en realidad tiene material operancia "*cuando los hechos realizados por el sujeto activo son de la misma especie, es decir, cuando se adecuan a un mismo tipo legal*"[61], de manera tal que es plausible su configuración al encajar una o varias conductas naturalísticas varias veces en el mismo tipo penal, lesionando el mismo bien jurídico.

Así bien lo entendió el legislador al diseñar el contenido normativo propio del artejo 32 del Código Penal Militar[62], señalando que habrá concurso de conductas punibles cuando "*con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición*" (subrayas de la Sala) y, asimismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al precisar, por una parte, que el concurso de conductas punibles "*comporta la unidad de sujeto(s), la unidad o pluralidad de acciones u omisiones con las cuales se infringen varios tipos penales, o varias veces el mismo*"[63] y, por otro lado, que el concurso homogéneo y sucesivo es "*…el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino*

[60] Folio 243, *ibídem*.
[61] *Tipicidad*, Alfonso Reyes Echandía, editorial Temis, Bogotá, 1999, página 213.
[62] Ley 1407 de 2010.
[63] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto agosto 29 de 2012, radicación No. 39105.

acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes."[64]

Entendimiento que resulta conteste con lo que ha concluido la Corte Constitucional de nuestro país al apuntalar, respecto del concurso homogéneo, que el mismo surge "*En el caso que las acciones independientes se circunscriban a un mismo tipo penal*"[65] y con lo que expone la doctrina nacional al señalar que el concurso homogéneo y sucesivo se configura "*cada vez que el agente realice una pluralidad de conductas entre las cuales medie cierto espacio temporal de cualquier duración*."[66].

Precisado lo anterior en punto a lo argüido por la recurrente sobre la presunta concurrencia de un concurso homogéneo y simultaneo, lo que por otra parte resulta *per se* dilógico pues su pretensión en últimas es que se declare que sólo hubo un delito y conforme a ello se redosifique la pena impuesta a su prohijado, ha de iterarse que los mismos argumentos vertidos en las precedentes cuartillas llevan a esta Colegiatura a estimar que la razón tampoco está de su parte cuando asevera infundadamente que con la manera en que se tasó la pena impuesta a su acudido "*se estaría vulnerando el principio del non bis in ídem, porque se estaría condenando dos veces por un mismo hecho*"[67].

---

[64] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, julio 25 de 2007, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.
[65] Corte Constitucional, sentencia C-464/14, julio 09 de 2014, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.
[66] *Manual de Derecho Penal*, Décima Edición, Mario Arboleda Vallejo y otro, Editorial Leyer, página 274.
[67] Folio 244, *ibídem*.

Ello en tanto, como ha quedado suficientemente dilucidado en el *corpus* de esta decisión, en la presente causa penal se procesó al SL. SFGV por la comisión no de una sino de dos conductas típicas, claramente identificadas, que en tanto constitutivas de sendos injustos penales de desobediencia en modalidad concursal merecieron el reproche correspondiente y su condigna sanción[68], amén que las mismas, por un lado, resultan abiertamente ajenas a las hipótesis que abarca el axioma postulado[69] y, de otra parte, el argumento propuesto, al igual que el anteriormente decantado y resuelto por esta Magistratura, debió haberse ventilado en la primera instancia por parte de la abogada que ahora los enarbola, profesional del Derecho que fue notificada de manera personal del auto definitorio de situación jurídica[70] y del llamamiento a juicio[71] sin que interpusiere recurso alguno contra estos actos procesales de jurisdicción o se refiriere a la imputación fáctica y jurídica en ellos contenida, avalando en vez de ello en la audiencia de aceptación de cargos del 18 de abril de 2018[72] la aceptación que

---

[68] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia abril 27 de 2011, radicación No. 35947, en esta decisión se definió el derecho de las víctimas a obtener justicia como aquel encaminado a que "*la conducta delictiva no quede en la impunidad,* ***se le imponga al responsable la condigna sanción*** *y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento*" (destacado fuera de texto), debiendo precisar este Tribunal que el derecho a obtener una sanción justa o condigna frente al perpetrador del delito victimizante, atendiendo a la afectación sufrida, compagina con la noción más amplia del derecho a la justicia en sentido de que la conducta no quede impune, como ocurre cuando la sanción no se corresponde o no es proporcional al daño que se ha ocasionado como también sostuviere el órgano plural en cita en sentencia diciembre 02 de 2015, SP 16558-2015, radicación N° 44840, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

[69] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia marzo 26 de 2007, radicación No. 25629 y sentencia julio 25 de 2007, radicación No. 27383, entre otras.

[70] Folio 86, *ibídem.*

[71] Folio 143, C.O.1.

[72] Folio 177 a 178, *ibídem*.

de los mismos hiciere su defendido en consonancia con la calificación jurídica en últimas vertida en el acto calificatorio, mostrándose así de acuerdo con ella, por lo que lo ahora aducido ante la segunda instancia no sólo resulta un acto contrario a la lealtad que ha de caracterizar su conducta procesal, sino que además relevaría, en últimas, a esta Corporación de pronunciarse al respecto si así lo hubiere estimado procedente.

Conforme con las anteriores consideraciones, desde ya se habrá de pregonar, inviable resulta el que esta Corporación avale la petición de la defensa en el sentido de revocar, por virtud de los argumentos hasta este punto elucidados, la decisión objeto de alzada para corregirla e imponer una sanción más beneficiosa para su representado.

No empece lo así anunciado, la naturaleza del reparo de la opugnante al ejercicio dosimétrico punitivo llevado a cabo por el Juez de Instancia ante de Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana, reparo que igualmente esboza la distinguida representante de los intereses de la sociedad ante esta instancia, trocan procedente que esta Corporación, en aras de salvaguardar las garantías fundamentales del condenado y mantener incólume el respeto al debido proceso sancionatorio[73] y al

[73] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 46647, SP918-2016, febrero 03 de 2016, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, "*El respeto del debido proceso sancionatorio comprende la consideración de aspectos formales y principialísticos. La concreción del ius puniendi en la efectiva imposición judicial de la sanción penal no sólo ha de ceñirse a criterios de legalidad stricto sensu, expresados en reglas para la*

principio de legalidad de la pena, revise aquel ejercicio, mismo por virtud del cual dicho *Iudex A quo* finalmente le impusiere al SL. SFGV una pena restrictiva de su libertad, sin derecho a la condena de ejecución condicional, de novecientos cuarenta y seis (946) días como autor responsable del delito de desobediencia en concurso homogéneo y sucesivo.

Previo a ello y en pro del fin señalado, oportuno resulta evocar lo que de manera pacífica y uniforme ha apuntalado el órgano de cierre de esta jurisdicción especializada en punto a la determinación del *quantum* punitivo para el concurso delictual, particularmente en aquellos eventos en que media una previa aceptación a cargos[74] que apareja una rebaja punitiva, uno de cuyos pronunciamientos, se precisa, es traído a colación por la agente del Ministerio Público ante esta instancia en su concepto de rigor. Así ha dicho el referido órgano colegiado:

> *"Tratándose del primer tipo de preacuerdo,* ***es decir, la simple aceptación de los cargos formulados,*** *no hay dificultad alguna en aceptar la tesis expuesta por el tribunal en la sentencia que se examina, pues* ***es indudable que primero se ha de determinar "la pena imponible", siguiendo los criterios y metodología indicados por el legislador, para luego efectuar su reducción, en la proporción fija que corresponda, y arribar así a la que puede denominarse como pena efectiva.***
>
> *(….)*

---

individualización de la pena; también comporta la materialización del principio constitucional de proporcionalidad (prohibición de exceso)".

[74] Fenómeno eminentemente post delictual en tato tiene lugar después de la perpetración del delito, lo que explica porque la rebaja ha de ser posterior a la tasación de la pena imponible en concreto.

Dosificación punitiva en caso de concurso de conductas punibles.

La determinación del quantum punitivo para el concurso delictual, ***previa la "debida" dosificación de la pena correspondiente a cada una de las conductas punibles concurrentes, individualmente consideradas,*** *implica el agotamiento de los siguientes pasos:*

a) El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, "la pena más grave".

b) La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (artículo 60 del Código Penal); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibídem [CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.]

c) ***Es a partir de dicha "pena más grave" con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto "hasta en otro tanto". Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave*** *[Entre otras, ver CSJ SP, 25 ago. 2010, radicación 33458].*

d) ***El incremento de "hasta en otro tanto" de "la pena más grave" no puede, en ningún evento, superar la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles en concurso,*** *de conformidad con lo que*

prescribe el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 [Entre otras, ver CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987].

e) En todo caso, ***la pena del delito más grave incrementada por el concurso siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al de la suma aritmética de cada una de las penas por los delitos concurrentes****. Es decir, el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino tiene que representarle una ventaja sustancial al procesado. (CSJ SP2998-2014, 12 mar. 2014, rad. N°42623. CSJ SP14845-2015, 28 oct. 2015, rad. N°43868)"*[75]*.* (Destacados de la Sala)

Evidenciándose así diamantina la metodología con que ha de abordarse el proceso dosimétrico en tratándose de los antes citados eventos, habrá de señalarse que no obstante la discrecionalidad judicial al respecto, esta es reglada en tanto debe ceñirse a los precisos parámetros enclavados en la normatividad aplicable[76] y a lo que enseña el precedente vertical de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la par que ha de resultar razonable y motivada[77] respecto a los criterios aplicados de individualización de pena, con lo que se habilita la posibilidad de que los sujetos procesales impugnen la decisión en que aquel

[75] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia septiembre 20 de 2016, radicación N° 47588, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.
[76] El artículo 59 de la Ley 1407 de 2010 señala de modo imperativo que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, además, el artículo 61 *ejusdem* establece una restricción a la discrecionalidad del juez en el proceso de individualización de la misma al indicar la forma como debe dividir objetivamente el marco punitivo –que resulta de la diferencia entre el límite mayor y menor– en cuartos: mínimo, en caso de no concurrir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo presentarse estas últimas; medios, cuando simultáneamente concurran unas y otras; y máximo, si confluyen únicamente agravantes.. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, sentencia abril 30 de 2014, radicación No. 41350; sentencia febrero 20 de 2008, radicación No. 21731; y sentencia diciembre 02 de 2015, SP 16558-2015, radicación N° 44840, entre otras.
[77] Esto como expresión del principio de motivación de las decisiones judiciales y en tanto la medida de control sobre el proceso de individualización de pena radica en el examen de su razonabilidad, en consonancia con los criterios atinentes a la necesidad, proporcionalidad y las funciones que cumple.

proceso tiene lugar al no estar de acuerdo con sus pilares fácticos y dialécticos; ello en la medida, claro está, que el discurso de disenso apunte hacia la demostración de un *erroris* imputable al funcionario autor de aquel proceso de dosimetría.

Bajo la égida que brindan las anteriores precisiones conceptuales y jurisprudenciales, ha de advertir igualmente desde ya este Tribunal Castrense que a pesar de avizorarse dos dislates en el ejercicio de tasación punitiva llevado a cabo por el Juez de Instancia ante Comando Aéreo 122 encargado –mismos que se relacionarán acto seguido y se abordaran de oficio y de manera amplia *a posteriori*, la improsperidad de los argumentos de la apelante como quedó decantado *ut supra* aparejarán se despache desfavorablemente aquellos y *contrario sensu* se imparta conformidad a la decisión atacada por vía del bastión de alzada, como así se indicará más adelante y en la *resolutio* del presente pronunciamiento, en relación al reparo que la opugnante planteara en su escrito recursal de cara a la modalidad concursal que fuere imputada a su prohijado al momento que el fiscal penal militar de la causa calificare el mérito sumarial profiriendo resolución de acusación en contra del mismo.

Bajo un entendido tal habrá de apuntalarse como primera medida y de cara a la metodología dosimétrica detallada a espacio y suficiencia en el acápite de este proveído intitulado "*ACTUACION PROCESAL*" –misma que por razón de esa claridad se estima innecesario reproducir paso a paso-, que contrario a lo que se

imponía hacer, la diminuente punitiva por razón del allanamiento a cargos que en etapa de juicio hiciere el procesado, la aplicó el fallador de primer grado a cada una de las penas concretas a imponer por cada punible cometido, una vez tasadas estas de manera individual, y luego de ello sí procedió a aplicar la regla general de dosimetría propia del fenómeno concursal.

Procedimiento que la Sala advierte errado en tanto, como atrás quedó explicado, lo que correspondía hacer era llevar a cabo la atenuación punitiva, por obedecer a un evento post delictual, luego de haber tasado en concreto la pena a imponer por el concurso de conductas punibles, aserto este que guarda plena univocidad, no sólo con el precedente jurisprudencial traído a colación *ut supra*, sino además con el contenido del artículo 579 de la Ley 522 de 1999 –adicionado por el artejo 1° de la Ley 1058 de 2006-, canon que regula aquel evento y que al tenor reza: "*La declaratoria de culpabilidad otorgará derecho a la rebaja de una sexta parte* ***de la pena imponible*** *respecto de los cargos aceptados*." (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, aceptando como acertado, aunque lacónico, el proceso motivacional al que acudió el distinguido Juez de Instancia ante Comando Aéreo 122 encargado respecto de la fijación de las penas imponibles para los reatos por los cuales el SL. SFGV fue llamado a juicio y en punto a la determinación de la más grave –la de setecientos sesenta y cinco (765)

días de prisión por el injusto penal de desobediencia consumado el 03 de diciembre de 2017, habida cuenta de la intensidad del dolo puesta de manifiesto en su comisión-, era a partir de éste *quantum* que se debía fijar la pena definitiva imponible por el concurso de delitos punibles al amparo de la aplicación de la regla general de dosimetría diseñada al efecto -la contenida en el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010-, de manera tal que partiendo el ámbito de movilidad judicial de los setecientos sesenta y cinco (765) días de prisión antes reseñados, podía aumentarla hasta en otro tanto pero sin llegar a exceder de la suma aritmética de las penas imponibles por las dos conductas individualmente consideradas[78], esto es, mil quinientos cinco (1505) días de prisión.

De acuerdo con esto, e hipotéticamente acogiendo como correctas las elucubraciones llevadas a cabo por el Juez de Instancia ante Comando Aéreo 122 encargado, para aumentar dicha pena en la mitad por razón del fenómeno concursal o lo que es lo mismo en trescientos ochenta y dos (382) días[79], el guarismo resultante sería -sumado éste resultado al precisado en el párrafo inmediatamente anterior- el de mil ciento cuarenta y siete (1147) días de prisión[80], guarismo que resultaría ser la pena imponible en concreto por

[78] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia octubre 27 de 2014, SP 14623-2014, radicación No. 34282, *"……para determinar la pena cuando existe concurso de delitos operan tres limitantes, a saber: (i) el doble de la pena que corresponda al delito más grave; (ii) la suma aritmética de las penas individualmente determinadas, merezcan cada uno de los delitos; y (iii) la pena máxima constitucionalmente aceptada, es decir, sesenta años."*
[79] Guarismo resultante de dividir 765 días de prisión en 02, es decir, 368 días de prisión es su cincuenta por ciento (50%).
[80] Guarismo resultante de sumar 765 + 382 días de prisión.

el concurso delictual por el que se llamare a juicio al SL. SFGV y sobre el cual, ahora sí, procedería efectuar el descuento punitivo a que tiene derecho el condenado por la aceptación de cargos de acuerdo a lo que dispone la norma antes citada, misma que, se itera, regula la aceptación de cargos en etapa de juicio, si no se observara maculada la exigencia de proporcionalidad entre la conducta reprochada y la sanción impuesta por el fallador primario al aumentar en un cincuenta por ciento (50%) la pena por razón del prenombrado fenómeno concursal, específicamente la proporcionalidad en concreto, respecto de la cual su elucubración, contrario a lo que se imponía, gravitó etéreamente en razones retributivas[81] y de prevención general negativa, sin justificar en debida forma un ponderado equilibrio entre la conducta delictiva y la reacción estatal que corresponde.

Así, olvidó el operador judicial en cita que no bastaba con verificar la satisfacción de las funciones de la pena a que hizo alusión, pues estas se hallan limitadas por los valores superiores[82] del ordenamiento jurídico que se proclaman en el preámbulo de la Constitución Política[83], sino se requería,

---

[81] La justa retribución es tan solo una de las funciones que el legislador ha asignado a la pena. *Cfr*. Ley 906 de 2004, artículo 4°.

[82] En criterio de Peces-Barba, los valores superiores "son principios que se refieren a aspectos o parcelas del ordenamiento, Son expresiones, en ellas, de un sistema jurídico que se identifica por tener y como hecho fundante básico un Estado social y democrático de derecho y como contenido material a desarrollar los valores superiores. Es la llamada moral interna de derecho, son rasgos característicos que se encuentran en un sistema jurídico de una sociedad democrática y que el legislador constituyente ha preferido positivizar para superar la vieja polémica sobre su origen, sobre si son expresión de una deducción del sistema, o si son anteriores al sistema. *Cfr*. Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores,* Madrid, 1986, p. 39.

[83] El Preámbulo de la Carta Política de 1991 establece como valores superiores la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad,

además, vincular la pena al criterio de proporcionalidad, que es el que le permite establecer si la injerencia en el derecho a la libertad personal que se impone al ciudadano por parte del Estado, además de necesaria, guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés jurídico que objeto de salvaguarda[84], vinculación que no llevó a cabo.

De esta manera, lo que se impone es modificar lo así tasado para imponer en su lugar un aumento por razón del concurso de conductas punibles, y sobre los setecientos sesenta y cinco (765) días de prisión antes reseñados, de noventa (90) días, para una pena imponible en concreto de ochocientos cincuenta y cinco (855) días de prisión.

Sobre este *quantum,* ahora sí ajustado a Derecho, procede efectuar el antes citado descuento punitivo por razón de la aceptación de cargos de acuerdo a lo que dispone el canon que regula este instituto en etapa de juicio, descuento que en términos concretos resulta ser de ciento cuarenta y dos punto cinco (142.5) días[85], mismos que restados de la prenombrada pena imponible en concreto de ochocientos cincuenta y cinco (855) días, arroja una pena definitiva a imponer de setecientos doce punto cinco (712.5) días de

---

el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo. A su turno, el artículo 1° caracteriza al Estado colombiano con el valor del respeto a la dignidad humana y la prevalencia del interés general.

[84] *Cfr.* González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 189.

[85] Resultante de dividir 855 días de prisión por 6 o lo que es lo mismo 855 días/06 = 142.5 días.

prisión, monto punitivo que es el correcto y ajustado de acuerdo a las reglas de dosimetría punitiva a que se ha hecho alusión en el presente proveído, por lo que esta Corporación modificará la pena inicialmente impuesta en la sentencia condenatoria apelada -novecientos cuarenta y seis (946) días se habrá de recordar-, para en su lugar imponer como pena definitiva en concreto la antes tasada, misma que se compadece con el valor superior de la justicia, el derecho a la dignidad humana y la proporcionalidad de la sanción y que se ciñe a la prohibición de transgresión del ya referido principio de la *no reformatio in pejus*[86] por virtud del cual la situación del procesado que es impugnante único, lo que sucede en el *sub litem*, no puede ser desmejorada aún con la loable finalidad de que la pena que le fue impuesta se ajuste al principio de legalidad en tanto no es consonante con el mismo.

Esta modificación conlleva, no obstante la desestimación del anhelo ínsito al recurso de apelación interpuesto por la respetada recurrente, abogada NCMB, en su condición de defensora de oficio del condenado, SL. SFGV, a impartir confirmación al proveído confutado -como fuera advertido de agraz- en punto a las conclusiones vertidas sobre el fenómeno concursal por el cual se impartiere condena, con mayor

[86] Por virtud de este principio la situación del procesado que tiene el carácter de impugnante único, como sucede en el evento *sub judice,* no puede ser desmejorada bajo el argumento de que las penas que le fueron impuestas trasgreden el principio de legalidad. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias febrero 09 de 2006, radicación No. 23700; julio 21 de 2010, radicación No. 30460; octubre 28 de 2015, radicación No. 43436 y febrero 27 de 2019, radicación No. 51596. Asimismo, auto marzo 14 de 2015, radicación No. 42763, entre otras.

razón cuando el reproche no gravitó sobre el juicio de responsabilidad penal, ni sobre las demás determinaciones en aquel adoptadas; conformidad que no cobijará, como así se declarará, a la pena en aquel impuesta, la cual oficiosamente se tasará en el monto dosificado en los párrafos inmediatamente precedentes por razón de lo allí aquilatado.

Finalmente se comisionará con amplias facultades, con miras a que se surta la notificación del presente proveído al antes citado procesado, privado de la libertad en las instalaciones carcelarias del Comando Aéreo de Combate No. 1 sito en Puerto Salgar (Cundinamarca), al funcionario que, en propiedad o encargo, desempeñe las funciones de Juez 123 de Instrucción penal Militar.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE

PRIMERO: DESATENDER LOS ARGUMENTOS DE APELACIÓN impetrados por la abogada NCMB, defensora de oficio del condenado SL. SFGV, y en consecuencia **CONFIRMAR** el numeral 1° de la sentencia condenatoria adiada 16 de mayo de 2018 proferida dentro de la presente causa penal por el Juzgado ante Comando Aéreo 122 (encargado) de la Fuerza Aérea, esto de conformidad con lo vertido en la parte considerativa del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: MODIFICAR OFICIOSAMENTE el numeral 2° de la sentencia condenatoria adiada 16 de mayo de 2018 por medio de la cual el Juzgado ante Comando Aéreo 122 (encargado) de la Fuerza Aérea Colombiana condenare al SL. SFGV a la pena principal de novecientos cuarenta y seis (946) días de prisión y a las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena principal como autor responsable del reato de desobediencia en concurso homogéneo y sucesivo, negando la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, ello en el sentido de tasar la pena definitiva imponible en concreto en setecientos doce punto cinco (712.5) días de prisión, de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de la presente decisión judicial.

TERCERO: COMISIONAR con amplias facultades al funcionario que, en propiedad o encargo, desempeñe las funciones de Juez 123 de Instrucción penal Militar a fin de que notifique personalmente de la presente decisión al SL. SFGV, privado de la libertad en las instalaciones carcelarias del Comando Aéreo de Combate No. 1 sito en Puerto Salgar (Cundinamarca).

CUARTO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad penal aplicable al

rito procesal penal militar[87], y surtido el trámite que normativa, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de la Corporación, vuelva la actuación al juzgado de origen, para lo de su competencia.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

---

[87] Ley 600 de 2000, Artículo 187, "***EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS.*** *Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	Primera Sala de Decisión
Magistrado Ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	157894
Procedencia:	Juzgado Décimo de Instancia de Brigada
Procesado:	SLP. (R) WAQ
Delito:	Homicidio culposo y lesiones personales culposas
Motivo de alzada:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión:	Revocar parcialmente la decisión

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor DR. HJUC, en contra de la sentencia del 25 de mayo de 2018[11] proferida por el Juzgado 10° de Instancia de Brigada del Ejército Nacional con sede en Yopal (Casanare), a

[1] Visible a partir del folio 744 y ss., del C.O.4.

través de la cual condenó al SLP. WAQ por el delito de homicidio culposo en concurso con lesiones personales culposas a la pena de sesenta y tres (63) meses de prisión, multa de cincuenta y nueve (59) salarios mínimos mensuales legales vigentes y a la privación del derecho a conducir vehículos automotores por un período de cincuenta y dos (52) meses, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Siendo las 12:10 del mediodía del 03 de agosto de 2012, el señor WAQ, soldado profesional del Grupo de Caballería Montado No. 16 del Ejército Nacional con sede en Yopal (Casanare)[2], conducía el vehículo tipo camioneta marca Chevrolet identificada con placas UAR-669 en la vía que conduce del municipio de Belén al municipio de Paz del Rio (Boyacá) y a la altura del kilómetro 4, en el sitio conocido como Peñas Blancas, el vehículo oficial invadió el carril izquierdo de la vía colisionando de manera violenta con una motocicleta DT 125 de placas DKR22A, conducida por el señor STR, la que iba en dirección contraria a la del militar, es decir hacia el municipio de Belén (Boyacá)[3]. La motocicleta fue arrastrada por 20 metros, al punto que dicho impacto le causó la muerte instantánea al conductor y lesionó de forma grave a su acompañante, la señora MEFA.

[2] Obra a folio 122 C.O.1 calidad militar del procesado.
[3] Obra a folio 21 *ibídem*. Informe de accidente de tránsito en la que se incluye como causa probable del accidente la invasión del carril por parte del vehículo No. 1 identificado como Camioneta NPR de placa UAR-669.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en las diligencias judiciales remitidas por la Fiscalía Séptima Local del municipio de Santa Rosa de Viterbo[4], el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar con auto del 14 de septiembre de 2012[5] dispuso la apertura de investigación formal contra el SLP. WAQ por el presunto delito de homicidio culposo.

La demanda de constitución de parte civil presentada por CPFG, esposa del occiso y de MEFA, lesionada en el accidente de tránsito, fue admitida por el instructor el 28 de septiembre de 2012[6].

El 12 de abril de 2013[7] el procesado rindió indagatoria, en cuya diligencia decidió guardar silencio y solicitó copias de la investigación para conocer sobre la imputación que le iba a realizar el juez instructor. Posteriormente, el 07 de octubre de 2013[8], se amplió la injurada y el 22 siguiente[9] le fue resuelta la situación jurídica provisional imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por los punibles de homicidio culposo y lesiones personales culposas, no obstante, le fue concedida la libertad provisional garantizada mediante caución prendaria.

La defensora del sindicado presentó recurso de

[4] Folios 1 al 67 *ibídem*.
[5] Folio 73-73 C.O.1 *ibídem*.
[6] Cfr. Folios 84 a 85 *ibídem*.
[7] Cfr. Folios 181 a 182 *ibídem*.
[8] Cfr. Folios 200 a 203 y 223 a 224 C.O.2.
[9] Folios 225 a 239 *ibídem*.

apelación en contra del auto interlocutorio que resolvió la situación jurídica de su prohijado, el cual fue resuelto por esta Corporación a través de proveído del 28 de marzo de 2014[10] en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia.

Perfeccionada en lo posible la actuación, fue remitida para el trámite subsiguiente a la Fiscalía 24 Penal Militar[9], la cual el 25 de junio de 2014 resolvió proponer colisión negativa de competencias a la Fiscalía 20 Penal Militar y ordenó el envío del expediente ante dicha autoridad judicial. Una vez revisada la actuación por ese ente fiscal avocó el conocimiento de la misma y dispuso la devolución del sumario al instructor para que se practicaran algunas pruebas de conformidad a lo preceptuado en el artículo 469 del Código Penal Militar.

Finalmente, se declaró cerrada la investigación el 25 de enero de 2016[10] y más adelante, el 30 de marzo de 2017, la Fiscalía 20 Penal Militar calificó la investigación con resolución de acusación contra el procesado[11], como presunto responsable del delito de homicidio culposo en concurso homogéneo simultaneo con lesiones personales culposas con deformidad física permanente.

Surtida la etapa del juicio, el 25 de mayo de 2018 el Juzgado 10° de Instancia de Brigada con sede en Yopal (Casanare), pronunció sentencia condenatoria en

[10] Folio 539 del C.O.2.
[11] Cfr. Folios 607 a 677 del C.O.3.

contra del procesado[12], la que fue apelada por el apoderado del SLP. WAQ y que hoy concita la atención de esta Sala de Decisión.

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

El Juez 10° de Instancia de Brigada XVI y XVIII de Yopal (Casanare), consideró que la materialidad de la conducta, esto es el deceso del señor STR, quedó plenamente establecida en el paginario a través de la inspección técnica del cadáver[13], del protocolo de necropsia[14] y del respectivo registro civil de defunción del occiso[15] que fue allegado a la investigación.

Asimismo, en lo que respecta a las lesiones que se causaron a la señora MEFA, explicó que éstas fueron acreditadas por medio de la historia clínica emanada del hospital regional de Duitama[16] y con el informe pericial de clínica forense No. UBSG-DSB-01889-2013 de fecha 09 de septiembre de 2013, por medio del cual se valoraron las lesiones y las secuelas médico legales que le fueron causadas en el accidente de tránsito investigado, en cuya pericia se llegó a la conclusión que se le otorgaba una incapacidad definitiva de 65 días, con la secuela permanente de deformidad física que le afecta el cuerpo[17].

En orden a demostrar la tipicidad de las anteriores

[12] Cfr. Folios 744 a 831 del C.O.4.
[13] Obra a folios 13 y 16 del C.O.1.
[14] Obra a folios 62 y 65 del C.O.1.
[15] Obra a folio 220 del C.O.1.
[16] Obra a folios 193 y s.s., del C.O.1.
[17] Obra a folios 196 y 197 del C.O.1.

conductas, adujó el *A quo* que la modalidad incriminatoria era culposa, en tal sentido aseguró que la conducta del procesado "*fue trasgresora del deber objetivo de cuidado, violatoria de reglamentos consistentes en normas de tránsito y por demás imprudente.*"[18].

Dejó establecido, además, que el señor SLP. (R) WAQ para la fecha de los hechos se encontraba cumpliendo actividades militares en el escuadrón de ASPC del Grupo de Caballería No 16 "*Guías del Casanare*" del Ejército Nacional, según constancias de personal allegadas al legajo[19], cuyos deberes consistían en conducir el vehículo tipo camión NPR de marca Chevrolet, identificado con placas UAR669, que según acta No 3921 de fecha 16 de julio de 2012 le había sido asignado legalmente por el Jefe de Transportes del BASPC No 16 al procesado.

Explicó el fallador que para la fecha del 03 de agosto de 2012 el acusado se "*(…) encontraba en cumplimiento de la orden de operaciones No 51, ARO, a la ORDOP DILUVIO BR16, siendo este documento el acto administrativo que permite que el vehículo tipo camión NPR, se encontrara, realizando el desplazamiento sobre la vía que de Paz del Río conduce a Belén (Boyacá), vía nacional en donde se suscita el choque que conlleva a muerte y lesiones de dos personas (…)*"[20].

En este orden de ideas expuso el juzgador que, del análisis efectuado a las versiones de los dos

[18] Cfr. Folio 785 C.O.4
[19] Obra a folio 122 C.O.1
[20] Cfr. Folio 786 C.O.4

testigos presenciales del accidente, así como del estudio de las experticias tales como informe técnico de accidente de tránsito, informe fotográfico e inspección que se hizo al vehículo tipo camión NPR luego de la colisión, era dable deducir que el SLP. (R) WAQ había infringido los reglamentos o normas de tránsito establecidos en la Ley 769 de 2002, modificada por la Ley 1811 de 2016, y que específicamente hacían referencia a la obligatoriedad de transitar en la vía siempre por el carril derecho.

Destacó que bajo esta normatividad resultaría claro que el procesado elevó el riesgo de que ocurriera una colisión de vehículos desde el mismo momento en que invadió el carril por donde se desplazaba STR y MEFA, máxime cuando esto lo hizo justo al momento de tomar una curva cerrada que le exigía reducir la velocidad y circular por el carril derecho para evitar invadir el carril contrario, pues precisamente el Código Nacional de Tránsito prohíbe adelantar a otro vehículo en el caso que se esté transitando en curvas o pendientes por el peligro que ello ofrece a los demás conductores.

Indicó también que el obrar del SLP. (R) WAQ resultó de tal gravedad, *"que llevo al deceso del señor STR y a la afectación en la salud de la señora MEFA, pues la maniobra realizada vino a ser además de peligrosa, altamente letal, irresponsable e imprudente (…)"*[21], afectando la vida e integridad personal de las víctimas, además de haber destruido los vehículos

[21] Cfr. Folio 791 C.O.4.

comprometidos en el accidente.

Cuestionó el juzgador el hecho que el procesado, a pesar de tener más de cinco (5) años de experiencia en la conducción de vehículos utilizados en el Ejército Nacional para fines de transporte de tropa y cargas pesadas, haya decidido a *motu proprio* realizar una maniobra altamente peligrosa e irresponsable como lo era no transitar por su derecha en la vía Paz del Rio a Belén (Boyacá) y por el contrario proceder a invadir en plena curva el carril izquierdo ocasionando el resultado ya conocido.

Concluyó que, teniendo como base la evidencia pericial en la que se diagramó por la Policía de Tránsito el movimiento que realizaron los vehículos durante el momento del choque, el vehículo NPR recibió el golpe de frente hacia el costado izquierdo siendo por ello que la motocicleta quedó debajo del referido automotor, concretamente bajo la llanta delantera izquierda, destacando a partir de allí la presencia de una huella de arrastre de 20 metros aproximadamente que inició en el carril izquierdo de la vía y se desplazó hacia el lado derecho.

Estos medios de convicción le permitieron al juzgador asegurar que el procesado trasgredió las normas de tránsito, lo cual corroboró con el informe fotográfico en el que evidenció que el SLP. WAQ movió la NPR del lugar donde inicialmente colisionó su vehículo con la motocicleta del señor STR. Según el juez esto ocurrió porque el acusado venía invadiendo

el carril izquierdo de la vía en plena curva y quería retomar nuevamente el carril derecho con la finalidad de *"endilgar responsabilidad o culpa exclusiva de la víctima al hoy occiso"*; de esta forma explicó su conclusión frente a la anterior hipótesis fáctica:

> *"(…) lo que intentó el señor SLP ® WAQ, fue retornar a su carril derecho, sobre la vía Paz del Río a Belén (Boyacá), sin importar que la motocicleta se encontraba aplastada debajo de la rueda delantera izquierda y por ello se dejan tan latentes las huellas de arrastre en el asfalto (…).*[22].

Insistió en que el comportamiento realizado por el enjuiciado debía analizarse a la luz del artículo 25 de la Ley 1407 de 2010, como quiera que trasgredió flagrantemente normas del Código Nacional de Tránsito y por tanto elevó el riesgo jurídicamente permitido para el ejercicio de la actividad peligrosa que se encontraba desarrollando el día de los hechos, como era la de conducir un automotor. Concretamente indicó que al realizar el procesado una maniobra peligrosa en la vía -invasión del carril contrario-, necesariamente violó el deber objetivo de cuidado y por ende se vio inmerso en el resultado típico acaecido.

Ahora bien, en lo que respecta al parámetro de la antijuridicidad, adujo que con la acción del acusado se lesionó la vida e integridad personal del señor STR (q.e.p.d) así como la salud de MEFA, sin que tuviera

[22] Cfr. Folio 795 C.O.4.

posibilidad alguna la tesis defensiva expuesta en la audiencia de juicio oral, según la cual existió una auto responsabilidad de la víctima, dado que supuestamente el señor STR se habría distraído al momento de conducir su motocicleta generando así la invasión del carril por donde transitaba la camioneta NPR y por consiguiente el accidente.

La postura del *A quo* se sustentó en los testimonios deprecados por la señora MEFA y el señor UPM, en tanto fueron estas personas las que dieron cuenta de la forma imprudente y peligrosa de conducir del uniformado WAQ el día 03 de agosto de 2012. Aunado a ello, consideró que el aspecto más relevante para desechar la tesis defensiva era que la huella de arrastre que se documentó en el paginario permitió verificar cómo la intención del procesado, una vez ocurrió el siniestro, fue de retornar a su carril derecho para endilgar responsabilidad al particular que conducía la moto Yamaha.

Seguidamente explicó, frente a la culpabilidad del comportamiento reprochado a WAQ, que ésta conducta se había generado principalmente por la violación de las normas legales que regulan la actividad de conducir y por la inobservancia del deber objetivo de cuidado por parte del enjuiciado. A dicha conclusión llegó el funcionario judicial luego de citar apartes jurisprudenciales referidos a la naturaleza jurídica del delito culposo[23].

[23] Cita radicado 27325 del 24 de octubre de 2007, radicado C-9476 del 23 de noviembre de 1995 y radicado 12655 del 16 de septiembre de 1997.

Asimismo exaltó que, de acuerdo con la doctrina penal dominante, la realización del tipo objetivo del delito imprudente "*(…) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, de acuerdo con la cual un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto*"[24].

Lo anterior significaría, según el juez primario, que si bien la voluntad del procesado no estuvo dirigida a la realización del acontecimiento típico enrostrado, la omisión en el deber de cuidado que debía observar al momento de conducir el vehículo oficial es la que hace surgir la necesidad de imputarle la comisión de un concurso homogéneo simultaneo de homicidio culposo y lesiones personales culposas con deformidad física de carácter permanente, sumado a que, conforme con la prueba allegada, al condenado no le asistiría circunstancia especial que hubiera interferido en sus esferas cognitiva y/o volitiva que le impidieran la comprensión de su actuar y de determinarse a obrar conforme a dicha comprensión.

Bajo los anteriores presupuestos argumentativos el Juez 10° de Instancia de Brigada del Ejército Nacional, procedió al ejercicio de dosificación punitiva aclarando que las reglas a aplicar en el asunto eran las contenidas en el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010. En tal sentido, advirtió que el SLP. (R) WAQ no presentaba antecedentes penales y

[24] Cfr. Folio 814 C.O.4.

durante su permanencia en la institución castrense se había destacado por su buena conducta, lo cual le llevaba a concluir que en su caso la pena se establecería dentro del primer cuarto de movilidad dado que sólo concurrían circunstancias de atenuación punitiva.

Luego de realizada la dosimetría penal de cada uno de los tipos penales que integraron el concurso, consideró que en definitiva la pena de prisión a imponer era de sesenta y tres (63) meses, multa de cincuenta y nueve (59) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la privación del derecho a conducir vehículos por cincuenta y dos (52) meses, también reconoció el subrogado de la condena de ejecución condicional conforme los presupuestos del artículo 63 y siguientes de la Ley 1407 de 2010.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Adujó el apoderado del SLP. (R) WAQ que efectivamente la materialidad de los delitos endilgados a su prohijado estaría demostrada con los elementos de juicio que fueron allegados al proceso para probar tanto el fallecimiento del señor STR como las lesiones ocasionadas a la señora MEFA. Sin embargo, frente a la responsabilidad que le asistiría por estos hechos a su prohijado disiente en varios aspectos:

- Consideró que en el presente caso la actuación del acusado podría encuadrarse dentro de una

causal que excluye la responsabilidad penal "*la cual consiste en la hipótesis en que el sujeto activo se encuentre cumpliendo una orden expedida por su superior jerárquico con el lleno de requisitos legales, y que la misma pueda cumplirse por el inferior*[25]". Lo anterior por cuando el procesado para el 03 de agosto de 2012 se encontraba "*ejerciendo funciones en las F.F.M.M a través de una vinculación legal, cumpliendo órdenes de sus superiores, las cuales acató; concretamente bajo la orden de operaciones No 51 AROM, orden de operaciones DILUVIO de la BR16*"[26].

- Desde otra óptica defensiva aseguró que el daño no podía atribuirse a su poderdante, pues si bien realizó una actividad de riesgo para la fecha de los hechos como era conducir un vehículo oficial, también lo es que tuvo todo el deber objetivo de cuidado en su desarrollo y además el resultado lesivo se habría producido por otras causas específicas: *i)* "*debido a que se encontraba en cumplimiento de una orden y cumpliendo la misma como consecuencia de ese cansancio, debido a las más de 16 horas conduciendo produce el accidente que causa la muerte a una persona y heridas a otra*"[27] y, *ii)* que "*el motociclista transitaba sesgado a la doble línea de la vía, cuando su conducir debía ser sesgado a la margen derecha suya, lo que hace que sea impactado por el rodante que conducía WAQ; es decir, si bien aparentemente la acción termina con el resultado muerte y lesión; la relación causal, se rompe cuando*

[25] Cfr. Folio 845 C.O.5.
[26] Ver folio 844 *ídem*.
[27] Cfr. Folio 846 C.O.5.

el conductor de la motocicleta no transita por su margen derecha segado (sic) a la línea blanca derecha, lo que desencadena el suceso"[28].

Finalmente, el togado planteó una segunda petición a esta Corporación con el fin que se revisara el ejercicio de dosificación punitiva realizado por el *A quo* para que se impusiera una pena de prisión y de multa en los mínimos establecidos por la ley, como quiera que el procesado era una persona sin antecedentes penales, que venía contribuyendo y concurriendo a todas las diligencias judiciales con un único propósito de aclarar los acontecimientos.

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La DRA. GPVG Procuradora 7 Judicial Penal II, manifestó que luego de analizados los argumentos del censor de cara a las consideraciones planteadas por el juez de instancia en la sentencia condenatoria, lo lógico era descartar la prosperidad de las tesis defensivas propuestas como quiera que éstas carecerían de respaldo probatorio.

Puntualizó la funcionaria, respecto del argumento según el cual la jornada laboral extensa de más de 16 horas que cumplió el procesado previo a la comisión de la conducta fue lo realmente determinante para que se produjera el resultado antijurídico, que en primer lugar este planteamiento no contaba con pruebas que lo soportaran, pues las allegadas demostraron que fue

[28] *Ibídem*.

por la imprudencia y la violación de reglamentos que se produjo el accidente, y en segundo lugar rechazó esta hipótesis defensiva por cuanto ni siquiera había sido propuesta por el procesado como posible causa del accidente al momento de rendir su injurada.

Igualmente indicó que no podía absolverse al acusado por vía de aplicación de la causal de ausencia de responsabilidad reclamada por la defensa, descrita en el numeral 2° del artículo 34 de la Ley 522 de 1999, esto es, por encontrarse el día de marras en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente, pues tal argumentó resultaría desatinado en razón a que si bien estuvo cumpliendo la Orden de Operaciones No 51 "ARO" el día 03 de agosto de 2012 y la misión consistía en *"trasladar a los uniformados desde Yopal (Casanare) hasta la vereda Arenales del Municipio de la Salina (Boyacá), en el camión de placas UAR-669"*, dicho encargo no implicaba *"que debía actuarse de manera imprudente y violando las normas de tránsito en la conducción del vehículo oficial"*[29].

Resaltó que la orden a que hace referencia la causal de justificación comentada no comportaba el "cómo" debía realizar la actividad de conducción el acusado con el vehículo oficial que tenía asignado, por lo que resultaría claro que cuando se habla del cumplimiento de la orden no se cobijan allí todas y cada una de las actuaciones desplegadas por el conductor en el espacio temporal en que desarrolló el traslado de la tropa.

[29] Cfr. Folio 864 C.O.5.

Llamó la atención de la representante del Ministerio Público la incoherencia de los argumentos presentados por el opugnador, cuando pretendió atribuirle la responsabilidad de lo acaecido al fenecido STR, quien conducía la motocicleta el día de los hechos, ya que en su criterio las pruebas allegadas a la foliatura, concretamente el informe de policía de accidentes de tránsito, *"(…) convergen en demostrar que el SLP WAQ conduciendo la camioneta de placas UAR-669 en la vía que de Paz del Río conduce a Belén, al tomar la curva, invadió el carril izquierdo por donde venía transitando la motocicleta de placas KKR-22ª en sentido contrario, generando el accidente que culminó con el resultado conocido"*[30].

Añadió que, contrario a lo afirmado por la defensa, el conductor de la motocicleta se desplazaba en la vía por su carril derecho, sin contravenir las normas de tránsito, de tal suerte que mal haría la Judicatura en concluir que fue él quien generó la colisión que condujo a su muerte y a las lesiones personales que se le causaron a su acompañante.

Respecto de la solicitud del impugnante para que se redosifique la pena, consideró que fue omitido en el recurso el cumplimiento de la carga argumentativa tendiente a señalar en qué aspectos había errado el juez primario al momento de determinar la sanción imponible, por tal motivo solicitó despacharse desfavorablemente dicha pretensión.

[30] Cfr. Folio 865 C.O.5

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año[31], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Penal Militar de 2010, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas

[31] Autos según radicado 36412 de mayo de 2011; radicado 36737 del 22 de junio 22 de 2011, radicado 37797 del 08 de noviembre de 2011 y radicado 38401 del 07 de marzo de 2012, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para una mejor comprensión del proveído que habrá de adoptarse en el presente caso, es pertinente traer a colación las dos tesis defensivas con fundamento en las cuales el apelante decidió controvertir el fallo de condena proferido por el *A quo* en contra de su prohijado el SLP. (R) WAQ, para seguidamente proceder a explicar por qué esta Sala de Decisión consideró que no le asiste razón al impugnante frente a tales pretensiones, como pasa a verse:

8.1 El cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente como causal excluyente de la tipicidad en el injusto penal.

Los argumentos propuestos por el impugnante en este sentido son del siguiente tenor literal:

> *"(…) como lo expresé en la Corte Marcial al aquí acusado el presente caso puede encuadrar (sic) dentro de una causal que excluye responsabilidad penal, la cual consiste en la hipótesis en que el sujeto activo se encuentre cumpliendo una orden expedida por su superior jerárquico con el lleno de los requisitos legales, y que la misma pueda cumplirse por el inferior".*
>
> *"Dicha causal para su configuración debe tener unos elementos como son: que exista una orden;*

que la misma sea legal, que la orden sea dada por un superior, que el inferior, debe cumplirla, que la misma no contrarié el DIH, ni los DERECHOS HUMANOS. En el caso en concreto WAQ, se tiene que es miembro activo de las F.F.M.M para la fecha de los acontecimientos; se encontraba asignado (sic) el vehículo automotor, tipo camión, de placas UAR669; se encontraba en la orden de operaciones No 51 AROM; orden de operaciones DILUVIO de la BR16 el día de los acontecimientos y finalmente hubo una orden emitida por la autoridad competente; concretamente, como lo menciona el acusado en su indagatoria, cuando indica que llamaron al Capitán Oficial de Logística del grupo guías del Casanare, a fin de que le suministraran combustible para los vehículos, entre ellos el conducido por WAQ, y que éste les indicó que se acercaran al municipio de Paz del Río, donde le suministrarían combustible para continuar con el desplazamiento hasta Sogamoso; en donde les entregarían el resto de combustible para ir hasta Yopal. Sin embargo en el trayecto a cumplir con dicha orden ocurre el insuceso"[32].

Respecto de las anteriores argumentaciones se encuentra que, de cara al material probatorio obrante en el paginario, no resulta procedente reconocer en la conducta realizada por el SLP. (R) WAQ la circunstancia de exclusión de responsabilidad derivada del "*cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales*"[33], pues además que no fue alegada por el

[32] Cfr. Folio 845 C.O.5.
[33] Ley 1407 de 2010, artículo 33 numeral 4°.

procesado ni su defensa técnica a lo largo del proceso, sino que vino a ser propuesta sin mayores fundamentos en la audiencia de corte marcial, lo cierto es, que no se advierte por este Juez Plural que se encuentren dados los elementos definidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para tener por cierta su real configuración.

Véase que si bien doctrinalmente se ha aceptado que cuando nos encontramos ante la realización de un tipo objetivo positivo y a la vez cumplimos con una orden legítima de autoridad competente, estamos actuando dentro de un ámbito de normalidad social e institucional y, por lo tanto, resultaría viable la exclusión de la responsabilidad penal por cuanto el cumplimiento de los deberes públicos y sociales tanto de los servidores públicos como de los particulares aparece como un mandato constitucional de obligatorio acatamiento según los artículos 2 y 4 inciso 2°, 6° y 95 de la Carta Política[34], también es cierto que para estructurar el cumplimiento de la orden legítima como causal excluyente de responsabilidad de un comportamiento punible se hace necesario como mínimo llenar las siguientes exigencias:

> *(i)* ***Existencia de una relación de subordinación entre el que obedece y el superior jerárquico*** *gobernada por los cánones propios del derecho público, lo cual es producto del principio de jerarquía que preside toda la organización de la*

[34] Véase, GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. Estudios de dogmática en el nuevo código penal- Sistemática De Las Causales De Exclusión De La Responsabilidad y de las que Afectan La Punibilidad, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, 2a. ed. Bogotá D.C.

administración pública.

(ii) ***Debe existir una orden.*** *Por "orden" en un sentido técnico, no en la acepción común del vocablo, debe entenderse un mandato dirigido por el superior a su subordinado jerárquico encaminado a obtener de este un determinado comportamiento, de conformidad con la investidura legal correspondiente (…).*

(iii) ***La orden debe ser legítima,*** *esto es, ha de tener un contenido lícito y no implicar la realización de un hecho punible; debe, pues, en otras palabras, ser conforme a derecho. (…) de manera perentoria el art. 91-1 de la Const. Pol. Establece, tácitamente, que solo la orden legítima justifica el actuar del agente. En efecto según la citada disposición, no puede invocar "eximente de responsabilidad" quien actúa en cumplimiento de una orden que suponga "infracción manifiesta" de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona.*

(iv) ***La autoridad jerárquica debe ser competente para ordenar,*** *ha de tratarse de un funcionario o empleado oficial investido de la facultad de emitir mandatos con eficacia obligatoria, como producto de la relación entre superior y subalterno y con ocasión de la prestación de un servicio público.*

(v) ***La orden debe ser emitida con las formalidades legales,*** *esta exigencia significa que el mandato debe ser ordenado respetando el rito previsto por la ley para cada caso en particular.*

> *(vi) Finalmente, aparece el requisito subjetivo:* ***el subordinado o el particular debe actuar con la finalidad de cumplir el mandato recibido"***[35]***.*** (Resaltado de la Sala).

Del recuento teórico anteriormente citado puede elucubrar la Judicatura varios razonamientos: En primer lugar, que con los argumentos expuestos por el impugnante en el recurso no puede predicarse la ausencia de responsabilidad pretendida, pues bastaría con señalar que no concurren en este caso los presupuestos que consagra el artículo 33.4 del Código Penal Militar, específicamente el aspecto relacionado con la ***legitimidad de la orden,*** dado que al SLP. (R) WAQ nunca le fue impartida por una autoridad competente la orden de irrespetar las normas de tránsito durante el desplazamiento que iba a realizar en el vehículo oficial que tenía asignado para el día 03 de agosto de 2012 y, en consecuencia, por esa principal razón no podría hablarse que se encontraba en cumplimiento de un mandato recibido legalmente.

De hecho, fue el propio enjuiciado el que explicó de forma clara en la indagatoria cuál fue la orden que recibió por su superior el día 03 de agosto de 2012, una vez había cumplido ya con la misión operacional de desembarcar la tropa que transportó desde el municipio de Yopal (Casanare) hacía el municipio de Sogamoso (Boyacá) en el vehículo camión NPR de placas UAR669 que tenía asignado legalmente el día de los

[35] Véase, VELÁSQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. Derecho Penal-Parte General, Ediciones Jurídicas TEMIS, 1995, 2a. Ed. Bogotá D.C.

hechos[36].

En efecto, afirmó que cuando se disponían a realizar los movimientos de regreso hacía el municipio de Yopal llamaron "*(…) al señor capitán oficial de logística del grupo Guías del Casanare a fin de que nos suministraran combustible, entonces nos dicen que breguemos a acercarnos al municipio de Paz del Rio, porque allá nos iban a suministrar combustible para continuar con el desplazamiento hasta Sogamoso, donde nos daban el resto del combustible para irnos para Yopal. En el desplazamiento de Paz del Rio hacía Sogamoso, es que se presenta el accidente*"[37].

De la versión rendida por el SLP. (R) WAQ, no se observa que en calidad de conductor orgánico del grupo de Caballería No 16 "*Guías del Casanare*" del Ejército Nacional se le hubiera emitido una orden manifiestamente ilegal por parte de su superior jerárquico, consistente en violar las normas de tránsito, específicamente de realizar maniobras peligrosas en una vía pública al conducir su vehículo oficial a través de la invasión del carril contrario en el momento en que atravesara una curva cerrada, pues a todas luces ello resultaba ilícito.

Por el contrario, se advierte tal como consta en la Orden de Operaciones No 51 "ARO"[38], que todas las instrucciones de coordinación que se impartieron por

[36] De acuerdo con las actas de entrega y asignación de vehículos que obran a partir de los folios 135 y s.s. C.O.1 se tiene que el vehículo Chevrolet NPR de placa militar K-10161 fue asignado desde noviembre de 2011 hasta la fecha de los hechos al SLP. WAQ.
[37] Cfr. Folio 201 C.O.2.
[38] Obra a folios 204-215 C.O.2.

los comandantes para el desarrollo de dicha tarea estuvieron enmarcadas dentro del respeto de las distintas leyes, códigos, manuales, reglamentos y directivas permanentes que regulan el accionar de la Fuerza Pública en el desarrollo de operaciones ofensivas, entre ellas obviamente se encontraban las relacionadas con las normas de tránsito; demostrado quedó que se emitieron órdenes respecto del límite de velocidad y cuidados en los desplazamientos en carreteras.

Si en gracia de discusión el superior del SLP. (R) WAQ le hubiera ordenado que en desarrollo de la misión constitucional inobservara las normas del Código Nacional de Tránsito al momento de conducir en la vía pública, lo cierto es que el subordinado no estaba llamado a cumplir con dicho mandamiento así éste se hubiera impartido con todas las formalidades legales, ya que el procesado por su antigüedad en el ejercicio de la actividad de conducir vehículos de uso oficial[39], podía discernir perfectamente que descuidar el cumplimiento del deber objetivo de cuidado al momento de realizar una actividad de riesgo como lo es conducir un automotor, puede conllevar a resultados lesivos en contra de los derechos y bienes jurídicos de otras personas, por lo tanto, dicho comportamiento no podía resultar cobijado de la eximente de responsabilidad que ha sido enarbolada por la defensa.

[39] El acusado aseguró en Audiencia de Corte Marcial "*(…) desde el año 1992, he venido, teniendo mi profesión como conductor, y nunca había tenido un accidente, trabajé en el Batallón de transportes de Bogotá, he andado por todas las carreteras nacionales, he estado aquí en Valledupar, por donde quiera, señor Juez, y nunca, nunca, había tenido un accidente, ni había tenido un comparendo por esa cuestión*". Véase folio 779 C.O.4.

De antaño ha sido interpretado por la Corte Constitucional que no resulta operante el cumplimiento de una orden de autoridad competente como eximente de penalidad, cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, tal como se deduce del siguiente texto:

> *"El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa."*[40].

Es claro entonces que, de acuerdo con el artículo 91 Constitucional, sólo se exime de responsabilidad a los militares en servicio activo *"cuando se trata del cumplimiento de órdenes impartidas legítimamente y que no sean constitutivas de una conducta punible"*[41]. Por lo tanto, no resulta posible acoger la postura del impugnante, orientada a encontrar la absolución de su prohijado por esta vía procesal, porque como se advirtió en precedencia las órdenes que se encontraba cumpliendo el día del suceso no fueron precisamente las de desatender las normas del Código Nacional de Tránsito –Ley 769 de 2002.

---

[40] Corte Constitucional C-578 de 1995.
[41] Radicado 37638 del 23 de noviembre de 2017. MP. Dr. FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS, Corte Suprema de Justicia.

Considera la Sala que resulta necesario también hacer un segundo discernimiento en torno a la confusión propositiva, que al parecer persiste en el apelante al momento de reclamar el reconocimiento de la causal excluyente de responsabilidad. Este consiste en resaltar que el togado parte de una falsa premisa, dirigida a sostener que como el acusado se encontraba en cumplimiento de la Orden de Operaciones No. 51 "ARO" (ORDOP DILUVIO BR16) del 1° de agosto de 2012 emitida por el Grupo de Caballería Montado No. 16 *"Guías de Casanare"* del Ejército Nacional[42], cualquier resultado antijurídico producido en el desarrollo de la misma estaría respaldado judicialmente por el cumplimiento de una misión operacional.

La postura asumida por el accionante en este sentido resulta alejada de los fines legales y constitucionales que imperan dentro de nuestro actual Estado Social y Democrático de Derecho, pues no resulta legítimo aceptar que un miembro de la Fuerza Pública pueda cometer un homicidio o causar unas lesiones personales con base en el cumplimiento de una orden operacional sin tener que responder penalmente por ello[43]; en primer lugar porque, como fue demostrado arriba, los superiores del aquí

---

[42] *Ibídem*.

[43] A menos que el injusto penal que pretenda excluirse de responsabilidad penal se haya producido dentro del recto y normal ejercicio de las funciones constitucionales y legales que cumplen los miembros de la Fuerza Pública, ya que de producirse un resultado antijurídico en un contexto de legitimidad no comportaría extralimitación ni omisión alguna, esto de conformidad con lo interpretado por la Corte Constitucional en sentencia C-177 de febrero 14 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz, en la cual se afirmó lo siguiente *"Se reitera, que no se remite a dudas duda que los Estados tienen derecho a perseguir a los grupos alzados en armas y que, por ello, la muerte en combate que la Fuerza Pública ocasione a los miembros de estos grupos insurgentes no constituye jurídicamente un "homicidio", y no es tipificada como una conducta punible".*

procesado nunca emitieron orden alguna en ese sentido y, en segundo lugar, porque si en gracia de discusión ello hubiera ocurrido, en la institución castrense no opera la obediencia ciega sino la obediencia debida, en virtud de la cual el subordinado no está llamado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales emitidas por su superior[44].

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, bajo el principio militar de la obediencia debida "*(…) los subalternos no tienen la obligación de obedecer ciegamente todas las órdenes de sus superiores, se deben oponer al cumplimiento de las que conlleven una afectación indebida de derechos fundamentales, tales como torturar a un prisionero o causarle la muerte fuera de combate, y de no hacerlo tendrán que responder ante la jurisdicción penal como directos responsables de los delitos cometidos*"[45].

En suma, se entiende que la jurisprudencia de la Carta Superior ha venido reconociendo tajantemente la incompatibilidad de una obediencia militar ciega y absoluta con los principios constitucionales de la justicia, es por lo que la tesis presentada por el abogado defensor no tiene posibilidad de acertar en el asunto bajo estudio.

Por lo anterior no podrá aplicarse en favor del SLP.

---

[44] Específicamente se ha prohibido en varios instrumentos internacionales la obediencia debida absoluta o ciega, por ser contraria al Derecho Internacional Humanitario, véase que, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986, dispuso en su artículo 2° numeral 3°, que *"No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura".* Así mismo en los protocolos I y II, adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, se dispone que "nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual".

[45] CSJ, Rad. 46893 del 8 de febrero de 2017.

(R) WAQ la causal de ausencia de responsabilidad peticionada -cumplimiento de orden legítima de autoridad competente-, toda vez que ningún miembro de la Fuerza Pública está autorizado para incumplir las normas de conducta y reglamentos de tránsito al momento de realizar actividades propias del cumplimiento de los cometidos constitucionales, como por ejemplo conducir un vehículo oficial.

8.2 Infracción al Deber Objetivo de Cuidado.

Un segundo problema jurídico que debe resolver la Magistratura tiene que ver con si existe responsabilidad de la víctima en la colisión de los vehículos o efectivamente se trató de un quebrantamiento al deber objetivo de cuidado por parte del procesado cuando desatendió las normas del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

Los argumentos jurídicos que esgrimió el fallador primario refieren que el deceso del señor STR[46] y las lesiones personales de la señora MEFA[47] se produjeron a consecuencia de una conducta trasgresora del deber objetivo de cuidado por parte del SLP. (R) WAQ, la que fue violatoria de reglamentos consistentes en normas de tránsito, taxativamente las reguladas por los artículos 60 y 68 de la Ley 769 de 2002, modificada por la Ley 1811 de 2016[48].

[46] Obra a folios 62-65 C.O.1 Informe Pericial de Necropsia y a folio 220 C.O.2 copia del registro civil de defunción.
[47] Obra a folios 196-197 C.O.1 Informe Pericial de Clínica Forense sobre secuelas médico legales de la paciente MEFA.
[48] **ARTÍCULO 60. OBLIGATORIEDAD DE TRANSITAR POR LOS CARRILES DEMARCADOS.** <Artículo modificado por el artículo 17 de la Ley 1811 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> *Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para*

El soporte probatorio que sostiene la hipótesis del juez se contrae a las versiones rendidas por los testigos presenciales de los hechos, así como a las conclusiones obtenidas tanto del informe técnico de accidente de tránsito[49] como del informe fotográfico[50] y de la inspección técnica que se le hizo al vehículo NPR tipo camión luego del accidente, con los cuales concluyó que el vehículo conducido por el procesado invadió el carril por donde transitaba autorizadamente el motociclista y su acompañante.

De manera particular el defensor del procesado cuestionó la interpretación que dio el juez a los medios de conocimiento que fueron recolectados en el lugar del accidente, aduciendo que con ellos no podía sostenerse que haya sido su prohijado el causante de la colisión y mucho menos que éste hubiera violado el deber objetivo de cuidado, pues contrariamente aseguró que quien determinó el resultado antijurídico

---

efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce. **ARTÍCULO 68. UTILIZACIÓN DE LOS CARRILES.** Los vehículos transitarán de la siguiente forma: (…) Vías de doble sentido de tránsito. *De dos (2) carriles: Por el carril de su derecha y utilizar con precaución el carril de su izquierda para maniobras de adelantamiento y respetar siempre la señalización respectiva.*

[49] El juicio de valor que le mereció este medio de convicción al Juez de Instancia se resume a continuación: *"Del informe de POLICIA de ACCIDENTE de TRANSITO, levantado en los hechos materia de juicio, en el que se puede apreciar el croquis de la colisión del camión NPR, y la motocicleta debajo del vehículo concretamente llanta delantera izquierda, y se destaca una huella de arrastre de aproximados 20 metros, de largo por 1.30 metros de ancho, respecto de la baranda, que inicia en el carril izquierdo de la vía y se desplaza hacia el carril derecho, de la misma forma la posición del occiso, y se destaca que el golpe lo recibe el vehículo tipo camión de frente costado izquierdo, folios (21 a 22 del cuaderno original).*

[50] De esta pieza procesal el Juzgador desprende la trasgresión de las normas de tránsito por parte del acusado, por cuanto de las 72 tomas fotográficas que se tomaron, se destaca " *(…) los 20 metros de huella de arrastre que se digitalizan en las tomas, circunstancia más que indicadora, de que el automotor tipo camión NPR, fue movido de la escena natural o posición en la quedara luego de la colisión con la motocicleta Yamaha, pues es sencillamente obvio y razonable, que este automotor se desplazaba invadiendo el carril izquierdo, en plena curva y lo que intentó el señor SLP (R)WAQ, fue retornar a su carril derecho, sobre la vía Paz del Río a Belén (Boyacá)".*

investigado fue el motociclista que transitaba sesgado a la doble línea de la vía, cuando debía conducir unido a la margen derecha de su carril.

La proposición del defensor en esta oportunidad no pasa de ser especulativa, como quiera que no enunció cuáles eran los medios de convicción con los que podía demostrar que las obligaciones en cabeza del procesado al momento de realizar la actividad riesgosa de conducir fueron cabalmente acatadas, de acuerdo al mandato contenido en los artículos 60 y 68 de la Ley 769 de 2002 –Código Nacional de Tránsito Terrestre-, esto es, que al momento de la colisión transitaba con precaución por el carril de su derecha en una vía estrecha con doble sentido de tránsito, pues no de otra manera podría derruirse la presunción de acierto y legalidad de la sentencia de primera instancia, para en su lugar mostrar a esta instancia que el acusado no realizó ninguna maniobra infractora de los reglamentos de tránsito y por el contrario quien transgredió la normativa vigente para el momento de los hechos fue la víctima fatal, el señor SAÚL TORRES RODRÍGUEZ (q.e.p.d.).

La orfandad probatoria del *petitum* defensivo no sólo se vislumbra del estudio de los medios aducidos al paginario, sino además de la contundencia demostrativa analizada por el juez para emitir la condena en contra del enjuiciado, la cual se fundamentó en prueba testimonial así como también técnica y científica que incorporada a la actuación debidamente a través de los diferentes dictámenes

periciales, le permiten concluir a esta Corporación en relación con el desarrollo de los acontecimientos que: *i)* El día 03 de agosto de 2012, aproximadamente a las 12:00 horas, el vehículo NPR UAR 669 conducido por el SLP. (R) WAQ transitaba por la vía que del municipio de Paz de Rio conduce al de Belén (Boyacá)[51]; *ii)* el acusado, en el kilómetro 4, sitio conocido como Peñas Blancas, tomó una curva cerrada en forma indebida ingresando al carril izquierdo de una vía transitada en doble sentido[52], que si bien no se encontraba demarcada con las correspondientes líneas blancas y amarillas[53], exigía de cuidado y precaución por parte del conductor dada la estrechez de cada carril; *iii)* por la vía principal adyacente transitaba la motocicleta conducida por el señor STR en la que viajaba además como pasajera la señora MAFE[54], quienes fueron impactados de forma directa por la parte anterior lado izquierdo del bomper del vehículo NPR UAR 669 conducido por el procesado[55]; y

---

[51] Obra diligencia de indagatoria que ha sido lo reafirma (fl. 200-203 C.O.2)
[52] Obra informe policial de accidente de tránsito. (fl. 21-22 C.O.1) donde se señala como causa probable del accidente la invasión del carril por parte del vehículo No 1 identificado como NPR UAR669. También testimonio del señor UPM testigo presencial de los hechos quien asegura *"es verídico esa versión de la gente, el vehículo número uno invadió el carril donde se dirigida la motocicleta".*
[53] Obra a folio 33 y ss. C.O.1 documentación fotográfica del lugar de los hechos que evidencia el estado de la vía.
[54] Declaró bajo la gravedad de juramento *"Yo iba para Tutaza con el señor SAUL TORRES RODRIGUEZ, eran aproximadamente las doce del día y nosotros íbamos en la moto del señor SAUL, íbamos por la derecha, ósea por nuestro carril y en toda una vuelta, pues eso si no sé a qué distancia ya habíamos pasado Belén y fue cuando miramos un camión también venía por su derecha y ya que cuando vimos otro camión que también venia, a alta velocidad, pero ya fue cuando invadió nuestro carril, ya prácticamente vino a frenar encima de nosotros, ya fue cuando este camión nos chocó fue de frente (…)".*
[55] Obra a folios 113 y s.s. informe técnico realizado al camión NPR CHEVROLET PLACAS UAR 669, respecto de su estado mecánico y de funcionamiento luego del accidente. También a folios 183-185 C, O1 obra la declaración del SI. GIRALDO CORREA JORGE IVAN que en este sentido confirma *"Al recopilar la información en el lugar de los hechos, como es ubicación final de los vehículos, sentido de los mismos, huella de arrastre sobre el pavimento y toda la información recopilada en el lugar, se puede concluir que el conductor del vehículo No 1 camión de placas UAR 669 conducido por el señor WAQ, tomo la curva invadiendo el carril contrario, lo cual hace*

iv) la colisión se presentó porque el acusado al momento de tomar la curva lo hizo en forma abierta invadiendo el carril contrario, según se deduce de las fotografías incorporadas a la actuación, específicamente de la evidencia No. 4 hallada en el lugar de los hechos, la cual documenta una huella de arrastre dejada por el automotor desde el carril donde inicialmente impactó la motocicleta hasta donde finalmente detuvo su marcha el acusado[56].

De lo anterior se infiere que el accidente ocurrió en el carril por donde transitaba el motociclista, quien de acuerdo a la forma y posición como quedó su cuerpo ubicado sobre la vía luego del impactó[57], puede llevarnos a concluir que transitaba reglamentariamente por su carril derecho. No es cierto, entonces, que la víctima *"transitaba sesgado a la doble línea de la vía"*[58] como lo sostiene el impugnante, porque no existía señalización en la vía que permitiera determinar los límites de espacio que debía ocupar cada vehículo, en tanto la prueba pericial arrojó unas conclusiones lógicamente congruentes con los movimientos que realizan los cuerpos una vez son impactados a gran velocidad, lo que permite desvirtuar completamente la coartada sostenida por el procesado.

Siendo ello así, resulta más que evidente que para la producción del resultado que segó la vida de STR y afectó la integridad personal de MEFA, el vehículo

---

que colisione con el vehículo tipo motocicleta de placas DKR 22A".
[56] Obra a folio 33 y ss. C.O.1 Informe fotográfico del lugar de los hechos.
[57] Obra a folio 33 y ss. C.O.1 el acta de Inspección Técnica a cadáver.
[58] Ver folio 846 del C.O. 5.

tipo camión NPR de placa UAR 669 del Ejército Nacional debió ingresar al carril por donde transitaban reglamentariamente en una motocicleta las víctimas, lo que constituyó por parte del encausado la realización de una maniobra infractora del deber objetivo de cuidado por inobservancia de los reglamentos de tránsito, pues precisamente las inseguras condiciones topográficas de la vía le alertaban con anticipo la necesidad de reducir velocidad y tomar las curvas cerradas lo más allegado al montículo de su derecha, razonamientos por los cuales la petición del apelante orientada al reconocimiento que la víctima falleció por su exclusiva culpa será desestimada y contrario a ello se confirmarán los argumentos del *A quo*.

8.3 Redosificación punitiva.

Estima el recurrente que la sentencia debe ser revisada en punto a corregir el ejercicio de dosificación punitiva realizado por el *A quo*, con el fin de que al condenado se le someta a una pena de prisión y de multa bajo los mínimos establecidos por la ley, en consideración a que es un militar sin antecedentes penales, que ha venido contribuyendo y concurriendo a todas las diligencias judiciales con el único propósito de aclarar los acontecimientos.

Al respecto, la Sala advierte que si bien en la parte considerativa de la sentencia de primer grado, luego de anunciar las penas principales y accesorias correspondientes por la comisión de los punibles de

homicidio culposo y lesiones personales culposas, el juzgador procedió a afirmar que tales sanciones se impondrían una vez dosificadas de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010, considera la Sala que la dosimetría punitiva que se calculó[59] fue excesiva con relación al monto que en definitiva le correspondía afrontar al encartado, veamos porqué:

El artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 prevé que *"El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas (…)".*

La Corte Suprema de Justicia sobre el proceso de dosificación punitiva en caso de concurso de delitos, ha dicho lo siguiente:

> *"El proceso dosimétrico en casos de concurso de delitos exige que se cumplan las siguientes fases:*
>
> *(i) Que se dosifique la pena* ***por cada uno de los delitos concursados****. Para ello se debe: (a) determinar los extremos o límites punitivos del delito – art. 60 C. P.-; (b) dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos – inciso 1°, art. 61 C. P.-; (c) seleccionar el cuarto de movilidad*

[59] Cfr. Folios 819 a 826 del C.O.4.

dentro del cual el juez debe ubicarse para tasar la pena – inciso 2° art. 61 C. P.-; y, (d) determinar la pena en concreto, frente a cada uno de los delitos que concursan – inciso 3° art. 61 C. P.-.

(ii) Una vez dosificadas las penas por cada conducta punible, el juez debe escoger la pena que resulte más grave; y,

(iii) Aumentar la pena del delito más grave hasta en otro tanto, sin que (i) sea el doble de la pena en concreto del delito más grave, y, (ii) supere la suma aritmética de las que correspondan a cada uno de los delitos en concurso[60]*.*

Ahora bien, observa ésta Sala que el juez de primera instancia en el proceso de dosificación punitiva fijó primero los cuartos punitivos para el delito de homicidio culposo entre 24 y 36 meses y luego hizo lo propio con el delito de lesiones personales culposas quedando entre 19.2 y 30.1 meses, respetando los anteriores parámetros. Seguidamente explicó que como el señor SLP. (R) WAQ *"no presenta antecedentes penales, de la misma forma que durante el tiempo que estuvo activo en el ejército nacional, presentó buena conducta, se infiere que al concurrir exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva, la pena a imponer se discriminará, para cada una, dentro del primer cuarto de movilidad"*[61]*.*

Cumplido lo anterior, señaló que la pena más grave era la del delito de homicidio culposo e indicó que por este sólo delito le impondría 35 meses de prisión

[60] Radicado 50494 del 06 de febrero de 2019, Corte Suprema de Justicia.
[61] Cfr. Folio 823 C.O.4.

y por el de lesiones personales 29 meses, para un total de 64 meses que redujo a 63 meses, para lo cual argumentó que *"(…) el deceso del señor STR, se debe a un impacto sumamente violento"*[62] y además la señora MEFA fue tan bruscamente lesionada que hubo necesidad de intervenirla por el servicio de ortopedia, en el hospital de Duitama (Boyacá), de la misma forma que se requirió tratarla con terapias, todo ello dada la dureza del impacto con el camión NPR del Ejército Nacional.

Estos aspectos no podían ser tenidos en cuenta por el fallador para aumentar el *"otro tanto"* al mínimo de pena fijado para el delito base, ya que ello correspondería a una doble sanción contra el acusado[63] dado que la gravedad de las lesiones causadas en la humanidad de la víctima, que le ocasionaron una deformidad física permanente y requirieron tratamiento médico especial, es un aspecto que hace parte sustancial del tipo penal del artículo 113 de la Ley 599 de 2000[64] y, en consecuencia, se entiende que el compromiso de esos factores que destaca el juez ya se encontraban insertos en la pena dispuesta por el legislador para esa conducta, pues en la

---

[62] Ver folio 824 del C.O. 5.
[63] Omitiéndose, así, el principio ***non bis in ídem***, que proscribe que *"(…) De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado."* Cfr. CSJ SP 18927-2017, Rad. 49712.
[64] **ARTICULO 113. DEFORMIDAD.** *"Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1639 de 2013. El nuevo texto es el siguiente: Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete puntos cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
Si fuere permanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará desde una tercera parte hasta la mitad".

medida que el daño en la integridad física de la persona se aumenta será mayor el monto de la sanción penal dispuesto en la codificación penal.

Ahora bien, respecto de la necesidad y proporcionalidad de la pena, que tiene por finalidad la prevención del delito, ha de decirse que la fundamentación explícita contenida en la sentencia en cuanto a los motivos de determinación de la pena no es compartida por este *Ad quem*, pues se fundamenta en aspectos tales como que la gravedad de la conducta cometida por el condenado estaría demostrada por el nivel de violencia que tuvieron que padecer las víctimas en dicho accidente.

El error en el que incurre el juzgador al momento de motivar el monto de la pena a imponer, se debe a que utiliza criterios propios de una modalidad dolosa de la conducta más no culposa, dado que aquí el agente nunca tuvo la intención de infringirle dolor a las víctimas sino que el resultado se presentó debido a la violación del deber de cuidado, por tanto, considera este Tribunal que si bien la conducta no deja de ser reprochable para la sociedad en general, al enjuiciado sólo debe imponérsele un castigo por el comportamiento trasgresor de la órbita del derecho penal bajo el cumplimiento de una sanción justa y proporcional, de acuerdo con la forma de imputación subjetiva que se le endilgó tanto en la acusación como en la sentencia.

En consecuencia, la Sala declarará la prosperidad del

reproche propuesto por el apelante y procederá a enmendar el yerro detectado, lo que se hará en el siguiente acápite redosificando la sanción a imponer al SLP. (R) WAQ por la comisión de los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas.

Se tiene entonces que el tipo básico de homicidio culposo –artículo 109 del Código Penal- tiene prevista una pena principal de 2 a 6 años de prisión, multa de 20 a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes y privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas de 3 a 5 años. Conforme a lo anterior, y acorde con lo establecido en el artículo 61 la Ley 1407 de 2010, Código Penal Militar, los cuartos de punibilidad para este punible respecto de la pena de prisión serán de un mínimo de 24 meses y un máximo de 72 meses de prisión. Al restar el límite mínimo del máximo nos arroja un resultado 48 meses, que al ser dividido en los cuatro cuartos da un valor de 12 (48%4=12) que corresponde el límite de movilidad.

De esta forma, el cuarto mínimo se alinda de 24 a 36 meses, el primer cuarto medio de 36 a 48 meses; el segundo cuarto medio de 48 a 60 meses, y el cuarto máximo de sesenta (60) meses a 72 meses.

CUARTO MÍNIMO	**PRIMER CUARTO MEDIO**	**SEGUNDO CUARTO MEDIO**	**CUARTO MÁXIMO**
No atenuantes ni agravantes. Sólo atenuación punitiv	Concurre agravación y atenuación punitiva	Concurre agravación y atenuación punitiva	Únicamente circunstancias de agravación punitiva

Como quiera que en contra del acusado no fueron aducidas circunstancias genéricas de mayor punibilidad y a su favor obran las de menor punibilidad descritas en los numerales 1° y 2° del artículo 56 de la Ley 1407 de 2010, consistentes en la buena conducta anterior y la carencia de antecedentes penales, la sanción habrá de ser fijada en el primer cuarto de movilidad punitiva.

Dentro de estos límites se entra a individualizar la pena, de conformidad con el artículo 61 ibídem, la que ciertamente se fija en el límite mínimo del primer cuarto, esto es, **24 meses de prisión, multa de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes** y privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas de 3 años. Lo anterior porque, se itera, los argumentos expuestos por el *A quo* para aumentar la pena mínima resultan contrarios a la forma de la modalidad bajo la cual el procesado cometió la conducta, esto es culposa y no dolosa, tal y como se explicó en los acápites anteriores.

Ahora bien, en lo que respecta al delito de lesiones personales culposas se debe tener en cuenta que el artículo 120 del Código Penal prevé que quien por culpa cause a otro algunas de las lesiones previstas en la citada obra incurrirá en la pena establecida para ellos, *"disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes"*. Las lesiones que se le endilgan al

procesado se encuentran tipificadas en el numeral 2° artículo 113 *ejusdem*, que adscribe pena privativa de la libertad que oscila entre 2 (24 meses) y 7 (84 meses) años de prisión, y multa de 26 a 36 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esto quiere decir que al aplicar el artículo 60 de la Ley 1407 de 2010, a la pena mínima de 24 meses de prisión se le aplica la diminuente de las 4/5 partes, quedando un mínimo de pena en 4,8 meses de prisión y 5,2 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y al máximo de la pena de 84 meses se la aplica la disminución de las 3/4 partes, quedando un *quantum* de 21 meses de prisión y 9 salarios mínimos legales mensuales vigentes como multa.

Establecido el límite mínimo y el máximo de la pena a imponer, los cuatro cuartos para la pena de prisión quedan de un mínimo de 4,8 meses y un máximo de 21 meses de prisión. Al restar el límite mínimo del máximo nos arroja un resultado 1 6 . 2 meses, que al ser dividido en los cuatro cuartos da un valor de 4,05 (16.2%4=4,05) que corresponde el límite de movilidad.

De esta forma, el cuarto mínimo se alinda de 4,8 a 8,85 meses, el primer cuarto medio de 8,85 a 12,9 meses; el segundo cuarto medio de 12,9 a 16,95 meses, y el cuarto máximo de sesenta 16,95 meses a 21 meses.

CUARTO MÍNIMO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
No atenuantes ni agravantes. Sólo atenuación punitiv	Concurre agravación y atenuación punitiva	Concurre agravación y atenuación punitiva	Únicamente circunstancias de agravación punitiva

En consideración a que contra el acusado no fueron aducidas circunstancias genéricas de mayor punibilidad y a su favor obran las de menor punibilidad descritas en los numerales 1° y 2° del artículo 56 de la Ley 1407 de 2010, la sanción habrá de ser fijada en el primer cuarto de movilidad punitiva y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 61 ibídem, se fijará en el límite mínimo del primer cuarto, esto es, 4,8 meses de prisión, multa de 9 salarios mínimos legales mensuales vigentes y privación del derecho a conducir vehículos automotores y bicicletas de 1 año.

Es importante destacar que la reducción ostensiva del monto de la pena a imponer obedece principalmente a que el fallador no realizó las debidas disminuciones en los ámbitos de movilidad punitiva *"de las cuatro quintas a las tres cuartas partes"*, por razón de la naturaleza culposa de las conductas (artículo 120 del Código Penal). Y sumado a ello los argumentos expuestos por el *A-quo* para aumentar la pena de prisión del mínimo del primer cuarto, resultaron ser contrarios al principio del *non bis in ídem*, tal y como se dijo precedentemente.

Cumplida así la primera fase del proceso dosimétrico, esto es, la individualización de la pena por cada uno de

los delitos concursales, corresponde ahora establecer cuál es la pena más grave, que no es otra sino la del delito de homicidio culposo que corresponde a 24 meses de prisión, la que se debe aumentar en una proporción que no puede ser mayor al doble de la pena en concreto del delito más grave, ni superar la suma aritmética de las que correspondan a cada uno de los delitos en concurso debidamente dosificadas.

Pues bien, quiere esto significar que si la suma de las penas de prisión individualizadas arrojan como resultado 28.8 meses (24+4,8=28,8), el aumento por el concurso de delitos no podrá superar este último límite, entonces frente a tal panorama la Sala de Decisión impone en definitiva una pena de prisión de **28 meses** y una multa de **28 salarios mínimos legales mensuales vigentes** para la época de los hechos, junto con la accesoria de privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas por un lapso de 3 años.

En materia de los subrogados penales se le otorgará al condenado el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena consagrado en el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, pues se reúnen a cabalidad los presupuestos previstos en dicha norma dado que la pena impuesta no excede de tres (3) años de prisión, la personalidad del condenado, demostrada en el plenario a través de su extracto hoja de vida, la carencia de antecedentes penales, entre otros, así como la naturaleza y las modalidades de los delitos, permiten suponer que el

SLP. (R) WAQ no requiere de tratamiento penitenciario, además que para el delito por el cual se procede no está prohibido dicho beneficio.

El anterior subrogado se hará efectivo previa caución juratoria con la cual se garantizará el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 65 de la misma norma. Finalmente, conviene señalar que, salvo lo aquí decidido, las demás determinaciones del fallo se mantienen incólumes.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Primera Sala de decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX.RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente la sentencia condenatoria de data 25 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado 10° de Instancia de Brigadas 16 y 18 del Ejército Nacional y, en consecuencia, **ATENDER** de manera parcial los argumentos del apelante, modificando los numerales 2°, 3°, 4° y 5° de la citada decisión, conforme a las consideraciones esbozadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR la pena impuesta al SLP. (R) WAQ, para en su lugar **IMPONER** la pena principal de veintiocho (28) meses de prisión, multa de veintiocho (28) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, así como la pena accesoria de

privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas por un lapso de tres (3) años.

TERCERO: OTORGAR al condenado el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de dos (2) años, según lo consagrado en el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, previa suscripción de caución juratoria.

CUARTO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación excepcional, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[65].

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al Juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

[65] Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : **Segunda de Decisión**
Magistrado ponente : **TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Radicación : **158407**
Procedencia : **Juzgado Cuarto de Brigada**
Procesado : **TE. FELC**
Delito : **Ataque al centinela**
Motivo de alzada : **Apelación sentencia condenatoria**
Decisión : **Confirma**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a conocer el recurso de apelación interpuesto por el defensor del TE. **FECL,** contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, mediante la cual se condenó al oficial como autor del delito de ataque al centinela a la pena de dos (02) años de prisión.

II. HECHOS

El SLR. **SARQ** denunció que el 22 de noviembre de 2011, aproximadamente a las 04:30 de la madrugada, cuando se encontraba prestando turno de centinela en el puesto No. 1 de la guardia de la Brigada de Selva No.28 del Ejército Nacional ubicada en Puerto Carreño (Vichada), fue atacado verbal y físicamente por él TE. **FECL**, oficial de servicio de la unidad militar, quien luego de llamarle la atención por no encontrarse ubicado en el lugar de facción y parecer dormirse, lo insultó varias veces, sujetándolo posteriormente por el cuello, dejándole varias marcas visibles, tratando de arrebatarle el fusil por la fuerza.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1- Por los hechos antes referidos el Juzgado 63 de Instrucción Penal Militar, con auto del 25 de noviembre de 2011, dispuso la apertura de indagación preliminar en contra del TE. **FECL** y SLR. **SARQ**[1], siendo escuchado en versión libre únicamente el SLR. **SARQ** el 30 de enero de 2012[2].

3.2- Posteriormente, el despacho instructor con auto del 20 de noviembre de 2013 se abstuvo de abrir

[1] *Cuaderno original No.1, folios 12-13*
[2] *Cuaderno original No. 1, folios 22-27*

investigación penal en contra del SLR. **SARQ**, sin embargo, en el mismo proveído ordenó la apertura de investigación penal en contra del TE. **FECL** por los delitos de ataque al inferior en concurso con ataque al centinela[3], siendo vinculado mediante indagatoria del 17 de marzo de 2014[4], resolviéndose la situación jurídica provisional el 2 de abril del mismo año absteniéndose de imponer medida de aseguramiento contra el oficial[5].

3.3-. El sumario fue remitido a la Fiscalía 22 Penal Militar el 22 de julio de 2014[6], despacho que declaró cerrada la fase instructiva el 22 de agosto del mismo año[7]. Luego, calificó el mérito sumarial con resolución de acusación contra el uniformado por el delito de ataque al centinela y dispuso la cesación de procedimiento por el delito de ataque el inferior el 4 de marzo de 2015[8].

3.4 Seguidamente, la defensa del acusado presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la acusación, por lo que la Fiscalía 22 Penal Militar con auto del 13 de abril de 2015 se pronunció manteniendo su decisión inicial y, en consecuencia, dio trámite del recurso de apelación ante la Fiscalía Delegada ante esta Colegiatura[9], sin embargo, ese

[3] *Cuaderno original No. 1, folios 73-82.*
[4] *Cuaderno original No. 1, folios 133-142.*
[5] *Cuaderno original No. 1, folios 143-168.*
[6] *Cuaderno original No. 1, folio 190.*
[7] *Cuaderno original No. 1, folio 198.*
[8] *Cuaderno original No. 2, folios 214-235.*
[9] *Cuaderno original No. 2, folios 256-263.*

despacho judicial en decisión del 13 de mayo de 2015 se abstuvo de resolver el asunto indicando que por tratarse de un delito que debe ser tramitado por el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006, dicha providencia judicial no era susceptible del recurso de apelación[10], razón por la cual, la pieza acusatoria cobró firmeza y se procedió al trámite del juicio.

3.5-. La etapa de juzgamiento fue asumida por el Juzgado Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, despacho ante el cual se desarrolló la audiencia de corte marcial que dio inicio el 22 de octubre de 2015[11] y culminó el 18 de mayo de 2017[12], en razón a que se surtieron varios aplazamientos del juicio e igualmente la defensa solicitó la práctica de pruebas y propuso nulidad de la actuación[13].

3.6. Finalmente, el 2 de junio de 2017 se profirió sentencia condenatoria contra el uniformado como autor del delito de ataque al centinela. Fallo contra el cual la defensa del enjuiciado interpuso recurso de apelación, el cual se resolverá por parte de esta Sala de Decisión.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

[10] *Cuaderno original No. 2, folios 296-299.*
[11] *Cuaderno original No. 2, folios 354-378*
[12] *Cuaderno original No. 4, folios 625-660.*
[13] *Cuaderno original No. 2, folios 379-386; cuaderno original No. 3 folios 577; cuaderno original No.4 folios 625-660.*

El fallador de primer grado adujo frente a la tipicidad que, el 22 de noviembre de 2011 -aproximadamente a las 4:30 am- en las instalaciones de la Brigada de Selva No. 28 con sede en Puerto Carreño (Vichada), el soldado regular **SARQ** prestaba servicio de centinela en el puesto No. 1 de la guardia, con la función de ejercer el control vehicular y de personal que ingresaba a la unidad, función para la cual había sido designado mediante orden del día No. 309 de la compañía de Policía Militar del Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No. 28 "Bochica" en Puerto Carreño (Vichada), momento en el que fue agredido por el Teniente (hoy Capitán) **FECL**, quien para esa fecha fungía como oficial de servicio.

Agregó que, encontrándose el oficial en la guardia de la unidad, le llamó la atención al SLR. **SARQ** porque éste estaba quedándose dormido y se encontraba alejado de su lugar de facción *"puesto vara"*, a lo que el centinela contestó en forma altanera y, en consecuencia, hubo un cruce de palabras ofensivas entre los dos militares; seguidamente, el comandante de guardia de ese entonces, SS. **YAF**, escuchó gritos y observó al TE. **FECL** tomar por el cuello al SLR. **SARQ** con una de sus manos y con la otra intentar arrebatarle el fusil, episodio que igualmente fue observado por los soldados regulares **JSTH** y **JFLT**, quienes además señalaron que el soldado **SARQ** presentó

varios rasguños en su cuello causados por la agresión que le propinó el oficial.

Bajo ese entendido, el *A quo* encontró que el acontecer fáctico se adecuaba al tipo penal de ataque al centinela previsto en el artículo 128 de la Ley 1407 de 2010, dado que el enjuiciado ejerció violencia real y directa en contra del SLR. **SARQ**, tal y como lo sostuvo la fiscalía penal militar en su acusación. Agresión que catalogó como injusta, dado que el soldado se encontraba prestando adecuadamente el servicio de guardia, por lo que concluyó que el llamado de atención efectuado por el procesado al centinela obedeció a un simple capricho del oficial.

Estimó que el actuar del acusado fue doloso porque conocía que el SLR. **SARQ**, para el momento de los hechos, registraba la condición de centinela, sin embargo, el oficial de servicio infundadamente le ordenó que se ubicara en un lugar diferente sin tener en cuenta que el puesto de guardia era móvil, particularidad que le permitía al soldado centinela moverse en diferentes direcciones sin sobrepasar una distancia superior a los diez metros de su puesto.

En cuanto a la antijuridiidad de la conducta penal endilgada al TE. **FECL**, el fallador primario señaló que el actuar del oficial transgredió el bien jurídico de la Seguridad de la Fuerza Pública, dada la función que cumplía el subalterno relacionada con

la prestación del servicio de guardia en la guarnición militar, controlando el ingreso y salida del personal a través de la verificación de la entrada principal.

Rechazó el alegato de la defensa que sostuvo que el oficial había actuado bajo el amparo de una defensa putativa o presunta, por considerar que como el soldado se encontraba armado podía atacarlo por lo que resolvió arrebatarle el fusil, puesto que concluyó que fue el TE. **FECL** quien provocó al SLR. **SARQ**, pues éste último prestaba el servicio de centinela normalmente y pese a ello fue requerido por el oficial, frente a lo cual el soldado si bien contestó en forma altanera a su superior ello no justificó que éste lo atacara en la forma que lo hizo al punto de causarle moretones en el cuello.

Agregó que la causal de justificación invocada no se configuró, en la medida que el SLR. **SARQ** no representaba una potencial amenaza contra la integridad del TE. **FECL**, de allí que fuera inaceptable la tesis defensiva al sostener que el acusado en aquél momento padeció de un miedo intenso, al punto de deformar su propia realidad y considerar que el centinela representaba un verdadero peligro porque estaba armado y en cuestión de segundos podía cargar el fusil y agredirlo, para justificar que el oficial hubiera atacado a su subalterno, por cuanto el material probatorio obrante en la actuación

contrariamente permitía demostrar más allá de toda duda razonable que fue el procesado quien atacó al soldado, tomándolo del cuello y además tratando de arrebatarle el fusil.

Concluyó que el actuar del TE. **FECL** reunió los presupuestos dogmáticos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad respecto del delito de ataque al centinela, por lo que procedió a declararlo responsable penalmente condenándolo a la pena de dos (2) años de prisión.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Doctor **JEMA**, en su condición de defensor de confianza del enjuiciado, presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra el fallo condenatorio, en el que solicitó como pretensión principal que se revocara la decisión inicial y, en su lugar, se absolviera al TE. **FECL** por considerar que actuó en desarrollo de una defensa putativa o presunta.

Como argumento defensivo subsidiario, solicitó la nulidad de la actuación desde el momento de la notificación de la providencia que resolvió la situación jurídica provisional del enjuiciado por violación del derecho de defensa, así como la nulidad

de la resolución de acusación por falta de motivación.

En cuanto a la primera pretensión, planteó que los hechos se produjeron luego de que el oficial encausado le llamara la atención al SLR. **SARQ**, quien se encontraba prestando el servicio de centinela, por haberse alejado de su puesto de guardia, contexto en el que se presentaron insultos recíprocos de parte de los dos uniformados, por lo que el comandante de guardia intervino para separarlos. Adujo que posteriormente, el SLR. **SARQ** se dirigió al recinto de guardia con el fin de agredir al TE. **FECL**, hecho que fue igualmente observado por el comandante de la guardia de ese entonces, SS. **YAF**, quien además presenció cuando el oficial y el soldado forcejearon por el control del fusil que éste último portaba.

Reprochó que la circunstancia antes descrita no fuera considerada en la sentencia, puesto que había sido el SLR. **SARQ** quien decidió agredir al TE. **FECL** porque este le había llamado la atención por encontrarse alejado de su lugar de facción, lo que en criterio del censor justificó el actuar de su defendido quien ante el inminente ataque del centinela optó por defenderse de una posible agresión dado que éste último estaba armado con su fusil, arma letal que a pesar de estar asegurada, como se estableció en la actuación, en cuestión de segundos podía ser cargada con munición de guerra por el soldado para luego

utilizarla contra la integridad de su superior. Circunstancia ante la que el oficial reaccionó para tratar de despojar del arma al centinela y con ello evitar que fuese lesionado, episodio que se ajustó perfectamente a un supuesto de legítima defensa putativa, dado que éste actuó con el convencimiento que estaba defendiéndose frente a una agresión inminente e injusta.

Aseguró que los moretones que presentó el centinela en su cuello no fueron causados en el primer episodio al cual se hizo alusión anteriormente, sino posteriormente en el momento en que el soldado fue a buscar al oficial de servicio para agredirlo y éste reaccionó para defenderse del ataque tratando de arrebatarle el fusil.

En lo que tiene que ver con el aspecto dogmático de la causal de ausencia de responsabilidad penal invocada, el censor refirió que la defensa putativa o presunta como causal de ausencia de inculpabilidad también denominada error de prohibición indirecto, debe dársele el tratamiento de un error de tipo según la jurisprudencia sobre la materia. Así mismo, aseguró que la aludida causal se configura cuando el autor de la conducta actúa bajo el convencimiento errado de un indebido ataque cuando en realidad éste no existe, por lo que se trata de una deformación de la verdad pero que excusa de responsabilidad penal al sujeto siempre y cuando se trate de un error

invencible, dado que si se trata de error vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Por otro lado, subsidiariamente requirió se declarara la nulidad de la actuación por violación del derecho de defensa, dado que el encausado estuvo desprovisto de defensa técnica a partir de la notificación del auto por medio del cual se le resolvió la situación jurídica provisional, puesto que aunque inicialmente designó como apoderada de confianza sin facultades de reasumir la defensa a la Doctora **MFJM**, posteriormente el procesado designó como apoderado para la diligencia de indagatoria al Doctor **LAPC**, por lo que entiende que dicha designación revocó en forma tácita el mandato anteriormente conferido a la abogada **MFJM** en los términos del artículo 2190 del Código Civil, motivo por el cual la defensa continuó en cabeza del togado **LAPC**, a quien no le fue notificado el contenido de la providencia que resolvió la situación jurídica del encausado ni las actuaciones posteriormente surtidas dentro del proceso.

Añadió que, el juzgado de instrucción en forma equivocada notificó el auto que resolvió la situación jurídica a la Doctora **MFJM**, quien no contaba con facultades legales para ejercer la defensa del oficial, por ese motivo estima que careció de defensa técnica durante gran parte del transcurso de la actuación, siendo menester decretar la nulidad a

partir del acto de notificación de la situación jurídica provisional del enjuiciado.

Igualmente, solicitó se declarara la nulidad de la resolución de acusación por falta de motivación en la medida que la Fiscalía 22 Penal Militar no respondió los alegatos precalificatorios presentados por la defensora, **MFJM**, quien planteó una legítima defensa en busca que se profiriera cesación de procedimiento en favor del acusado.

VI.CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público conceptuó que la sentencia apelada debe ser confirmada, para el efecto, sostuvo que la solicitud de nulidad invocada por el recurrente a partir del auto que resolvió la situación jurídica del TE. **FECL** no era procedente, en la medida que el encausado durante el transcurso de la actuación contó con defensa técnica, por ende, resultaba equivocado el argumento defensivo que sostenía que cuando el procesado designó como apoderado para la diligencia de indagatoria al abogado **LAPC**, revocó en forma tácita el mandato anteriormente conferido a la profesional **MFJM.**

El representante de la sociedad consideró que el procesado no revocó el poder que le confirió a **MFJM**, dado que aunque designó a otro apoderado lo hizo única y exclusivamente para que lo asistiera durante

la diligencia de indagatoria, razón por la cual a la togada se le notificó el interlocutorio que resolvió la situación jurídica del procesado, posteriormente presentó alegatos precalificatorios e inclusive recurrió la acusación, dándose por terminada su labor como defensora por la aceptación de su renuncia que presentó en forma posterior.

Consideró que el argumento defensivo constituye una maniobra dilatoria, desprovista de lealtad procesal dado que pretende distorsionar el normal curso de la actuación, por lo que solicitó compulsar copias contra el defensor y el procesado por el presunto delito de fraude procesal.

En cuanto a la impugnación contra la decisión censurada, señaló que en efecto se dio el ataque al centinela del que fue autor el TE. **FECL**, quien para la fecha de los acontecimientos fungía como oficial de servicio de la unidad militar y atacó mediante vías de hecho al SLR. **SARQ**, uniformado que para ese entonces prestaba el servicio de centinela y se había desplazado 10 metros del lugar de facción, situación aceptable dado que el radio de acción del puesto de seguridad permitía al centinela trasladarse a esa distancia, hecho por el que el acusado le llamara la atención al soldado, acusándolo además de haberse quedado dormido y luego atacándolo.

A su vez, respecto de la defensa putativa que invocó el defensor como excluyente de responsabilidad, consideró que no se había producido porque el procesado luego de atacar al SLR. **SARQ** también lo relevó del puesto de guardia, orden que el centinela se rehúso cumplir, así que el acusado en dos oportunidades trató de arrebatarle el fusil sin lograrlo, aclarando que dicha arma en todo momento estuvo asegurada y provista del cartucho de seguridad.

Añadió que, en ese escenario lo que se produjo fue un forcejeo entre los dos militares, hecho que en ningún momento puede entenderse como una situación apremiante de la cual pueda predicarse que la vida del oficial estuvo en riesgo viéndose en la obligación de arrebatarle el fusil al SLR. **SARQ** porque éste se disponía a agredirlo.

VII.DE LA COMPETENCIA

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[14], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub judice*

[14] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 44046 del 17-06-15, MP. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa del TE. **FECL**, contra la sentencia del 2 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual se condenó al institucional como autor del delito de ataque al centinela.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el inciso 2° del artículo 583 de la Ley 522 de 1999, de tal suerte, que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación.

Encuentra la Sala que los reparos planteados por el censor giran en torno a los siguientes aspectos: **i)** que la conducta del TE. **FECL** se enmarcó en una defensa putativa y en consecuencia debe absolverse al uniformado, **ii)** subsidiariamente, que debe decretarse la nulidad de la actuación dado que el oficial estuvo desprovisto de defensa técnica desde el momento en que se le resolvió la situación jurídica provisional

y, **iii)** que la pieza acusatoria debe ser declarada nula por falta de motivación, en tanto el fiscal penal militar omitió dar respuesta a los alegatos precalificatorios de la defensa.

Así las cosas, para resolver los precisos aspectos de disenso la Sala se referirá inicialmente a las peticiones de nulidad planteadas por la defensa y luego se ocupará de analizar la causal de ausencia de responsabilidad alegada, que en criterio del impugnante exonera de responsabilidad penal al enjuiciado del delito de ataque al centinela.

8.1- De las solicitudes de nulidad planteadas en el recurso de apelación.

Frente a la primera petición de nulidad, esto es, aquel vicio generado a partir de la notificación de la providencia que resolvió la situación jurídica provisional del procesado por entenderse que careció de defensa técnica a partir de ese momento procesal, dado que se la actuación continuó con la apoderada inicial y no con quien lo asistió en diligencia de indagatoria, habrá de señalarse inicialmente que, si bien la nulidad puede ser alegada y declarada en cualquier estado del proceso de conformidad con lo señalado en los artículos 389 y 390 de la Ley 522 de 1999, el artículo 391 de la misma normatividad establece taxativamente que durante el trámite del proceso penal militar las nulidades originadas en la

etapa instructiva sólo pueden ser invocadas hasta antes del término de ejecutoria de la resolución de acusación, de lo contrario, únicamente pueden ser debatidas en el recurso de casación, lo que de tajo determina la inviabilidad de la solicitud presentada por el censor.

Y ello es así, por cuanto el proceso penal castrense se encuentra fundado en el principio de preclusión de los actos procesales, puesto que el esquema procedimental adoptado por la Ley 522 de 1999 está conformado por fases que registran fines específicos y sucesivos que al cumplirse determinan el agotamiento y cierre de la etapa anterior, lo que imposibilita retrotraer la actuación a ciclos superados para realizar peticiones respecto de asuntos que debieron ser objeto de debate en aquellos precisos momentos[15].

Conforme lo anterior, la solicitud de nulidad a partir de la notificación de la situación jurídica del procesado deviene de un supuesto vicio originado en la etapa instructiva, petición que a todas luces resulta improcedente en este momento procesal, como quiera que la oportunidad para ello feneció. Frente a este preciso tema la Corte Suprema de Justicia ha señalado insistentemente la obligación de los sujetos procesales de ejercer sus derechos en la oportunidad

[15] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 33075 del 12 de mayo de 2010, MP. Dra. María del Rosario González de Lemos.*

establecida legalmente, puesto que superar el plazo definido en la ley para invocar las nulidades que presuntamente hubieran ocurrido en la etapa de investigación determinan la preclusión de la solicitud[16].

Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que la nulidad planteada fue presentada en pretérita oportunidad por el mismo defensor ante al juzgado de la primera instancia durante la audiencia de corte marcial, pretensión que igualmente fue inoportuna conforme lo expuesto en precedencia, no obstante esa instancia judicial en aras de garantizar el derecho de defensa resolvió el asunto negándose a declarar el vicio, por lo tanto resulta evidente que la pretensión del recurrente frente a este tema en particular fue analizada y resuelta ante la primera instancia donde se concluyó en forma acertada su improcedencia[17].

Además de lo anterior, la nulidad invocada por el defensor resulta infundada puesto que al interior del proceso penal militar resulta perfectamente viable que el sindicado, en desarrollo del derecho a la defensa técnica, opte por contar con varios apoderados dotados de conocimientos específicos

---

[16] *Este tema ha sido abordado por la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, entre los que se destacan los siguientes: Radicado 15454 del 9 de julio de 2002, MP Carlos Augusto Galviz Argote; Radicado 21200 auto del 9 de mayo de 2007; Radicado 19392 del 3 de mayo de 2007; Radicado 30519 del 17 de septiembre del 2008, MP. Jorge Luis Quintero Milanés; Radicado 33065 del 12 de mayo de 2010, MP. María del Rosario González Lemus; Radicado 33075 del 12 de mayo de 2010; Radicado 34112 del 31 de mayo de 2011.*

[17] *Cuaderno original No. 2, folios 379-386.*

respecto a los asuntos que se traten al interior de la actuación, ello constituye una manifestación de la eficacia del derecho de defensa y por esa razón se permite que el encausado pueda ser asistido por varios profesionales del derecho[18], circunstancia que encuentra sustento desde los contenidos normativos de la ley procesal, como lo es el artículo 75 del Código General del Proceso, norma procedimental aplicable al presente caso en virtud del principio de integración normativa[19], que permite al procesado conferir poder a uno o varios abogados para que representen sus intereses[20].

---

[18] "Se agrega, que limitar el ejercicio del derecho de defensa a un solo apoderado impide que actúen varios apoderados que posean conocimientos especializados y específicos con relación a las diferentes materias, y por consiguiente permitan resolver las múltiples vicisitudes que se presentan en los procesos. Lo anterior, garantizaría la eficacia de la defensa y del resultado de ésta pues existen asuntos que por su complejidad requieren el conocimiento de varios expertos y no hay razón alguna para negarle al procesado su derecho a defenderse con la intervención de varios profesionales" Corte Constitucional, Sentencia. C-994-06, MP. Dr. Jaime Araujo Rentería.

[19] "Uno de esos ordenamientos procesales que no se contraponen al procedimiento penal es el Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012 -, vigente desde el 1º de enero de 2014, el cual autoriza su aplicación, además de los trámites civiles, comerciales, de familia y agrarios, "a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad […] cuando no estén regulados expresamente en otras leyes". (Art. 1º)." Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 42720 del 27 de julio de 2016, MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

[20] Código General del Proceso- ARTÍCULO 75. Designación y sustitución de apoderados. Podrá conferirse poder a uno o varios abogados.

Igualmente podrá otorgarse poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. En este evento, podrá actuar en el proceso cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica pueda otorgar o sustituir el poder a otros abogados ajenos a la firma. Las Cámaras de Comercio deberán proceder al registro de que trata este inciso.

En ningún caso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona.

El poder especial para un proceso prevalece sobre el general conferido por la misma parte.

Si se trata de procesos acumulados y una parte tiene en ellos distintos apoderados, continuará con dicho carácter el que ejercía el poder en el proceso más antiguo, mientras el poderdante no disponga otra cosa.

Podrá sustituirse el poder siempre que no esté prohibido expresamente.

El poder conferido por escritura pública, puede sustituirse para un negocio determinado, por medio de memorial.

Quien sustituya un poder podrá reasumirlo en cualquier momento, con lo cual quedará revocada la sustitución.

Luego, es factible que el sindicado o procesado pueda otorgar poder a un profesional del derecho únicamente para una etapa del proceso como lo sería la instrucción o el juzgamiento o para diligencias específicas dentro de la actuación, como lo es la diligencia de indagatoria, circunstancia que encuentra pleno respaldo en el artículo 76 del Código General del Proceso[21]. De manera que, resultaba viable que aunque el procesado hubiera conferido poder inicialmente a la abogada **MFJM**[22], posteriormente, hubiera decidido que fuera asistido durante la diligencia de indagatoria por el profesional **LAPC**, sin que ello comporte irregularidad que determine la declaratoria de nulidad.

Por consiguiente, no puede acogerse la tesis del recurrente quien sostiene que a partir de la diligencia de indagatoria el abogado **LAPC** asumió la defensa técnica del TE. **FECL**, dado que la designación del defensor produjo una revocatoria tácita del mandato que anteriormente el mismo oficial le había conferido a la profesional del derecho **MFJM**, puesto que ésta no contaba con facultades expresas para reasumir la defensa contractual pactada con el procesado.

---

[21] *Código General del Proceso- **Artículo 76. Terminación del poder.** El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, **a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso**.* (lo subrayado fuera de texto).

[22] *Cuaderno original No. 1, folio 114.*

Para la Sala el planteamiento resulta infundado, como lo considerara el representante del Ministerio Público en su concepto, en la medida que la voluntad del TE. **FECL** no fue la de desplazar la gestión encomendada a su apoderada de confianza, **MFJM**, pues nótese del contenido del acta de indagatoria del 17 de marzo de 2014, que la designación del abogado **LAPC** fue expresamente para la diligencia de injurada. Circunstancia totalmente viable dentro de la actuación, toda vez que encuentra respaldo en la ley procesal como se explicó anteriormente, al punto que en el plenario puede apreciarse que la defensora inicial continuó ejerciendo la defensa técnica del TE. **FECL** durante el transcurso de la actuación inclusive recurriendo la resolución de acusación. Gestión que culminó cuando la togada renunció a su labor por terminación del contrato entre el procesado y la Defensoría Militar –DEMIL-, por lo que se dispuso entonces la designación de otro apoderado por parte del juzgado de la primera instancia[23].

Así mismo, resulta ajeno al debate argumentar que la abogada **MFJM** carecía de facultad expresa para reasumir sus funciones como defensora, si bien tal circunstancia es cierta, ha de precisarse que la facultad de reasumir deriva de aquellas situaciones en que el apoderado principal sustituye el poder a otro abogado para que sea éste quien continúe ejerciendo la labor defensiva dentro de determinada

[23] *Cuaderno original No. 2, folios 308-312 y folio 322.*

causa penal, gestión que podrá ser reasumida posteriormente en cualquier momento por parte del primer abogado, la cual se entenderá revocada cuando se reasuman las labores de defensa[24]. Sin embargo, en el presente caso no puede censurarse el hecho que la abogada **MFJM** careciera de tal facultad, en la medida que ésta no sustituyó el poder a otro apoderado para que continuara con su gestión.

Por otra parte, el recurrente en forma subsidiaria planteó la nulidad a partir de la resolución de acusación con el argumento que el fiscal penal militar que tramitó la actuación no dio respuesta a los alegatos de la defensora **MFJM**, quien en esa oportunidad solicitó la cesación de procedimiento del oficial acusado porque éste actuó en estricto cumplimiento de un deber legal y en legítima defensa.

Sobre el reparo planteado, dirá la Sala que, además de constituirse en una pretensión contradictoria frente a la anterior, tampoco se advierte vicio que conlleve la nulidad de la actuación, en la medida que la Fiscalía 22 Penal Militar cuando formuló cargos

---

[24] *Código General del Proceso - ARTÍCULO 75.- Designación y sustitución de apoderados. Podrá conferirse poder a uno o varios abogados.*

(…)

Podrá sustituirse el poder siempre que no esté prohibido expresamente.

(…)

Quien sustituya un poder podrá reasumirlo en cualquier momento, con lo cual quedará revocada la sustitución.

Ley 522 de 1999- ARTÍCULO 301. SUSTITUCIÓN DEL PODER. El defensor podrá sustituir el poder con expresa autorización del procesado. Pero, bajo su responsabilidad, podrá designar un abogado suplente.

contra el uniformado concluyó la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad en el actuar del procesado[25]. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que la defensa del oficial dentro de la oportunidad procesal recurrió la acusación insistiendo en el reconocimiento de la legítima defensa en favor del inculpado, circunstancia que obligó un nuevo pronunciamiento de la fiscalía donde una vez más dio respuesta al pedimento de la defensa, el cual no fue acogido y, en consecuencia, confirmó la acusación[26].

Sumado a lo anterior, es importante mencionar que este tema también fue resuelto por el juez *A quo* durante el desarrollo de la audiencia de corte marcial cuando el recurrente lo puso a consideración del fallador de primera instancia, concluyéndose igualmente que no existió la causal de nulidad invocada por la defensa[27].

Expuestas las anteriores consideraciones, la Sala no atenderá favorablemente las solicitudes de nulidad presentadas por el defensor.

[25] *Cuaderno original No. 2, folio 231.*
[26] *Cuaderno original No. 2, folio 256-263.*
[27] *Cuaderno original No.2, folios 379-386.*

8.2- La defensa putativa como excluyente de responsabilidad penal alegada por la defensa.

Sobre este tema en particular, téngase en cuenta que el recurrente planteó que él TE. **FECL** actuó amparado en causal de ausencia de responsabilidad como corresponde a la defensa putativa, en la medida que el oficial bajo el convencimiento de defender su vida ante una posible agresión injusta de parte del SLR. **SARQ**, quien se encontraba armado con su fusil de dotación y podía atacarlo, lo sujetó por el cuello para tratar de quitarle el arma de dotación.

Bajo ese entendido, habrá de precisarse inicialmente las diferencias existentes entre la legítima defensa pura y simple y la defensa putativa que es precisamente aquella causal excluyente de responsabilidad invocada en el recurso de apelación.

La legítima defensa pura o simple de que trata el numeral 6° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, corresponde a una causal excluyente de la antijuridicidad de la conducta, dado que el sujeto activo de la acción penal obra en defensa de un derecho propio o ajeno, con el fin de repeler una agresión injusta, actual o inminente, por ende no puede haber juicio de reproche toda vez que la conducta del sujeto está plenamente justificada y en consecuencia no es responsable penalmente. Así mismo, doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que

para establecer la existencia de dicha causal deben agotarse los siguientes presupuestos:

> *"i).- Una agresión ilegítima o antijurídica que ponga en peligro algún bien jurídico individual.*
>
> *ii).- El ataque al bien jurídico ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo.*
>
> *iii).- La defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo.*
>
> *iv).- La entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados.*
>
> *v).- La agresión no ha de ser intencional o provocada»"*[28].

Por otro lado, la defensa putativa o supuesta constituye una modalidad de error de prohibición según las previsiones del numeral 10 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, en el que incurre el agente al ejecutar la conducta bajo un equivocado convencimiento que es objeto de una agresión injusta, actual o inminente que lo habilita para repelerla a través de una acción letal al supuesto agresor, sin embargo, tal acontecer no existe sino en su propia psiquis, de allí que tal circunstancia constituya una

[28] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 38635 del 04 de marzo de 2015, MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier. En el mismo sentido, Velásquez Fernando, Manual de Derecho Penal parte General, Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010, ´Pág 487-496.*

deformación de la realidad cuya consecuencia es la exclusión de la responsabilidad penal siempre y cuando se trate de un error invencible, dado que si el error es vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa[29].

No obstante, resulta insuficiente dar por acreditada la causal a partir del mero dicho del procesado, dado que el ejercicio valorativo de comprobación frente a la existentencia del error de prohibición indirecto implica igualmente el análisis en contexto de las alegaciones del autor frente a los demás medios de prueba en cada caso en particular, que permitan a la judicatura determinar si efectivamente la conducta del agente estuvo determinada por una deformación de la verdad que da lugar a excusarlo de responsabilidad.

Ahora bien, frente al caso en concreto y en relación con la causal excluyente de responsabilidad invocada en el recurso de apelación, el TE. **FECL** refirió que durante la madrugada del 22 de noviembre de 2011 cuando se encontraba como oficial de servicio del Batallón de Servicios No. 28 en Puerto Carreño (Vichada), se dispuso a pasar revista de los puestos de centinela de la unidad y le llamó la atención al SLR. **SARQ**, quien se encontraba de servicio de centinela en el puesto No. 1 de la guardia, en razón

[29] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 42273 del 18 de febrero de 2015, MP. Dra. María del Rosario González Muñoz. En el mismo sentido, Tribunal Superior Militar, Segunda Sala de Decisión, Radicado No.158718 del 31 de octubre de 2018, Mp. TC. Wilson Figueroa Gómez.*

a que éste no se encontraba en su lugar de facción y además se estaba quedando dormido.

Agregó que, el centinela inicialmente ignoró el llamado de atención y luego le contestó en forma grosera utilizando expresiones tales como; *"qué le pasa hermano, auye; cuál es la maricada que usted se tiene (…) qué le pasa mijo, haga lo que quiera hermano, yo estoy acá y de acá no me voy a mover y me importa un culo de acá no me voy a mover (…) auye teniente hijueputa."*, fue entonces que el comandante de la guardia de aquella época, SS. **YAF**, intervino para llamarle la atención al soldado quien finalmente decidió proceder a su lugar de facción, pese a lo cual, el procesado nuevamente se dirigió al soldado **SARQ** para manifestarle que si se movía del puesto le pasaría un informe, en respuesta el centinela de nuevo insultó al enjuiciado, además puso el fusil de frente y lo golpeó con sus manos en forma desafiante y agresiva, al punto de simular un ataque contra el oficial[30].

Así mismo, refirió que ante la actitud desafiante del soldado sintió temor por su vida porque pensó que el soldado le iba a disparar con el fusil, fue entonces cuando le ordenó que le entregara el armamento porque quedaba relevado del puesto de centinela, orden que desatendió el soldado y por esa razón se dio inicio a un forcejeo por el control del fusil, dado que el

[30] *Cuaderno original No. 1, folio 137.*

centinela se rehusaba a soltar el arma a pesar que el oficial la sujetó con ambas manos para retirársela.

Igualmente, manifestó que en aquel momento el soldado continuó insultándolo con palabras denigrantes y además le apuntó con el fusil, circunstancia que le generó miedo porque estaba en riesgo su integridad. Finalmente, aseguró que el comandante de la guardia intervino otra vez y le dijo que soltara el fusil del soldado y procediera a realizar el informe de la situación acontecida, así que el inculpado atendió la recomendación del suboficial y se retiró del recinto de la guardia para continuar pasando revista del batallón[31].

Por su parte, el SLR. **SARQ** precisó que el 22 de noviembre aproximadamente a las 4:15 de la madrugada, se encontraba prestando servicio de centinela en el puesto No. 1 de la guardia, servicio que corresponde como lugar de facción la entrada principal de la unidad militar "*puesto vara*" debiendo controlar la entrada y salida de personal y vehículos de la guarnición, puesto que es móvil durante la noche por cuanto el centinela debe estar pendiente del recinto de la guardia, del armerillo, del alojamiento de los servicios y de los soldados que duermen antes de recibir el respectivo turno, también de la oficina del S7 (contrainteligencia militar) y la oficina donde funciona la emisora.

[31] *Cuaderno original No. 1, folio 137-138.*

Respecto a las sindicaciones del TE. **FECL**, aseguró que el oficial mintió dado que nunca amenazó ni atacó a su superior como éste lo refirió, por el contrario, sostuvo que lo acontecido aquel 22 de noviembre de 2011, fue que él TE. **FECL** llegó a la guardia a llenar los libros del oficial de servicio y al verlo prestando de centinela empezó a insultarlo utilizando frases tales como *"usted no debería estar en la fuerza, arrastrados como usted no necesitamos en el ejército, su mamá a esta hora se debe estar ganando el plato de comida para enviarle (…) yo no respeto a soldados lepras como usted, así lo quería encontrar, solito para ver qué era lo hombrecito que era (…) nos vamos a dar acá soldado ya que estamos solos, para ver quién es más varón…"*, luego se abalanzó contra el soldado y con sus brazos lo tomó por el cuello causándole varios arañazos, igualmente trató de arrebatarle el fusil pero el centinela no se lo permitió porque siempre lo llevaba terciado al pecho, añadió que la agresión se prolongó por un espacio aproximado de tres minutos, luego el oficial le manifestó que lo iba a demandar por ataque al superior e insubordinación y que le pasaría un informe donde pondría de testigo principal al SS. **YAF**, suboficial que se hizo presente igualmente en el lugar para calmar los ánimos de los uniformados[32].

Por su parte, el SLR. **JFLT**, respaldó el dicho del SLR. **SARQ**, refirió que el día de los hechos observó

[32] *Cuaderno original No.1, folios 22-27.*

cuando él TE. **FECL** le llamó la atención al soldado **SARQ** porque no se encontraba ubicado en la entrada de la guardia sino unos metros alejado del lugar de facción, pero como el oficial le tenía animadversión al soldado empezaron a discutir, añadió que el centinela le manifestó al teniente que él estaba ubicado donde debía estar prestando el servicio, luego el procesado agredió física y verbalmente al soldado tomándolo por el cuello por un espacio de cinco minutos dejándole varias marcas y además trató de arrebatarle el fusil[33].

En similares términos, el SLR. **JDTH** sostuvo que aquél día luego de entregar el puesto de centinela a las 4:30 de la madrugada, se dirigió al alojamiento de la guardia y se recostó, seguidamente observó que él TE. **FECL** llegó a la guardia y empezó a hablar con el SLR. **SARQ**, luego empezó a insultarlo diciéndole palabras como que la madre del soldado tenía que prostituirse para darle de comer o algo parecido, seguidamente el oficial se enfureció y se lanzó contra el soldado para agredirlo, describió que con la mano izquierda tomó al soldado por la garganta y con la mano derecha trató de arrebatarle el fusil, aseguró además que el oficial dejó varias marcas en el cuello del centinela, finalmente señaló como testigo de los hechos al SLR. **JFLT** y al SS. **YAF**[34].

---

[33] *Cuaderno original No. 1, folios 14-15.*
[34] *Cuaderno original No. 1, folios 19-21.*

Igualmente, se cuenta como prueba trasladada con el testimonio del SS. **YAF**[35], quien da cuenta que para el día de los acontecimientos se desempeñaba como comandante de guardia y en tres oportunidades intervino para zanjar las discusiones entre el SLR. **SARQ** y él TE. **FECL.** Sostuvo que inicialmente el oficial llegó a la guardia aproximadamente a las 04:00 de la madrugada y procedió a llenar el libro del oficial de servicio, luego éste le llamó la atención al SLR. **SARQ** quien se encontraba alejado 10 metros del lugar de facción y supuestamente se estaba quedando dormido, el soldado no atendió el llamado de atención de su superior y comenzó a insultarlo, el oficial le reiteró al soldado que se ubicara en la entrada de la guardia dado que ese era su puesto sin que este cumpliera la orden, así que el testigo como comandante de la guardia intervino para al TE. **FECL**, por lo que el soldado decidió cumplir con lo requerido, pero continuó manoteando e insultando al oficial quien igualmente le contestó de la misma manera.

Añadió que, instantes después de lo ocurrido, se dirigió al alojamiento y procedió a despertar a los soldados de la guardia, pero escuchó gritos fuera del recinto percatándose que nuevamente él TE. **FECL** y el SLR. **SARQ** estaban discutiendo, pero esta vez forcejeaban por el control del fusil que portaba el soldado. Agregó que, no pudo determinar si el soldado

[35] *Cuaderno original No. 1, folio 11*

pretendió agredir al oficial o viceversa, sin embargo, resaltó que el fusil del centinela estaba asegurado y con el cartucho de seguridad por lo que no había riesgo de agresión en ese momento, no obstante, el suboficial intervino y separó a los uniformados. Seguidamente, refirió que se dirigió otra vez al alojamiento para continuar despertando a los soldados de la guardia y una vez allí nuevamente escuchó gritos afuera y observó que los dos militares forcejeaban, por lo que intervino para separarlos, finalmente el TE. **FECL** se retiró de la guardia y el SLR. **SARQ** continuó en su puesto de centinela[36].

Así mismo, es importante referir que el testigo destacó en su versión que el puesto No. 1 de centinela que para la época de los hechos le correspondió al SLR. **SARQ**, era un puesto móvil dado que el centinela podía desplazarse hasta diez metros del lugar de facción, que en ningún momento observó que el soldado estuviera dormido en el puesto o prestando mal el servicio por causa de otra circunstancia, así que no encontró motivo alguno para llamarle la atención en aquel momento[37].

No obstante, llama la atención de la Sala el hecho que cuando el suboficial rindió nuevamente testimonio durante la audiencia de corte marcial realizada el 18 de mayo de 2017, en primer lugar aseguró que no había

[36] *Cuaderno de anexos No. 1 , folios 79-81.*
[37] *Cuaderno de anexos No. 1 , folio 80.*

rendido declaración sobre los hechos investigados en ninguna actuación, luego afirmó que el soldado para el momento de los hechos representó una amenaza potencial porque al parecer trató de agredir al oficial de servicio, dado que en pocos segundos podía cargar el fusil y disparar contra el TE. **FECL**, circunstancia que resaltó la sentencia impugnada para restarle credibilidad a la segunda versión rendida por el suboficial[38].

Expuesto lo anterior, la valoración de la versión de los hechos sostenida por el enjuiciado junto con los demás medios de prueba del orden testimonial que corresponden a las atestaciones del SLR. **JDTH**, SLR. **JFLT** y SS. **YAF**, únicos testigos presenciales de los hechos, así como el testimonio del SM. **JPMR**, permiten arribar a la conclusión de que la causal de ausencia de responsabilidad penal que invoca el recurrente carece de respaldo probatorio, puesto que el dicho del procesado, concretamente en cuanto a que el SLR. **SARQ** pretendió agredirlo utilizando el fusil, solamente encuentra acogida probatoria en su propia versión de los hechos, en tanto los demás testigos directos relacionados anteriormente para nada respaldan la exculpación ofrecida por el oficial con excepción de la segunda versión del SS.**YAF**

Recuérdese que el origen de la disputa entre él TE. **FECL** y el SLR. **SARQ** fue un llamado de atención

[38] *Cuaderno original No. 4, folios 626-632 de la audiencia de corte marcial, folio 697 de la sentencia.*

infundado que le hizo el oficial al soldado por la supuesta mala prestación del servicio de centinela, como lo refirió el SS. **YAF**, luego el llamado de atención del oficial de servicio al centinela constituyó un acto caprichoso y provocador, en la medida que el SLR. **SARQ** se encontraba prestando correctamente el servicio de centinela para el cual había sido designado en la orden del día No.226 del Comando del Batallón de Servicios No. 28, donde se dispuso que la Compañía de Policía Militar, de la cual formaba parte el soldado, asumiría la guardia de la unidad militar para el 22 de noviembre de 2011[39], fue entonces que la unidad fundamental expidió la orden del día No. 309 donde se nombraron los soldados en los respectivos turnos y puestos de centinela[40], designación que igualmente consta en los registros del libro de minuta de guardia[41].

De la misma manera, es evidente que existió un cruce de palabras insultantes entre los dos uniformados, hecho del cual fue testigo el suboficial que se encontraba como comandante de guardia para ese entonces, SS. **YAF**, quien decidió intervenir para separar a los militares dado que no solamente discutieron, sino que forcejearon por el control del fusil que portaba el soldado centinela, arma que estaba asegurada y con el cartucho de seguridad, por lo que no había riesgo de que fuese disparada en

[39] *Cuaderno original No. 1, folios 31-32.*
[40] *Cuaderno original No. 1, folios 174-175*
[41] *Cuaderno original No. 1, folios 96-98.*

aquél momento. Sin embargo, infundadamente este testigo pretendió modificar la versión inicial de los hechos durante el desarrollo de la audiencia de corte marcial y con ello respaldar las atestaciones del TE. **FECL**, al precisar que fue el soldado quien intentó agredir al oficial, dado que éste portaba fusil y por su formación militar en cuestión de segundos podía cargarlo con munición de guerra y lesionar al enjuiciado.

No obstante lo anterior, las versiones de los Soldados Regulares **JDTH** y **JFLT** dan cuenta que el procesado agredió al centinela sujetándolo por el cuello por varios minutos y además trató de arrebatarle el fusil, al punto que observaron varias marcas en el cuello del SLR. **SARQ** causadas por el ataque que le propinó el TE. **FECL**, circunstancia que además se corresponde con el dicho del SM. **JPMR** quien igualmente señaló que al día siguiente cuando dialogó con el soldado, éste acusó al oficial de haberlo agredido en la guardia y además le mostró las marcas en su cuello como prueba de la agresión.

Además de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que los testigos presenciales de los hechos no refirieron que en algún momento el SLR. **SARQ** esgrimió el fusil contra él TE. **FECL**, de forma tal que el oficial considerara que el soldado pretendiera causarle daño a su integridad y por ende habilitarlo para reaccionar en procura de repeler la supuesta agresión

al punto de causarle las lesiones antes descritas. Por el contrario, el ataque del oficial contra el centinela se produjo como consecuencia de la animadversión que existía entre los uniformados, sin que exista circunstancia que permita inferir que el juicio del oficial pudo verse trastornado por un intenso miedo o una errada percepción de la realidad al punto de considerar necesario ejercer un acto de defensa.

En conclusión, la legítima defensa putativa invocada por el defensor con el fin de justificar el actuar del TE. **FECL** no logró probarse en la actuación. Por el contrario, la prueba testimonial da cuenta que el centinela nunca realizó actos que pudieran ser entendidos como generadores de una posible agresión grave e injusta que posiblemente desataría el soldado en contra del oficial utilizando su arma de dotación. Antes bien, la prueba recaudada permite inferir que el ataque del procesado al soldado **SARQ** fue consecuencia de un llamado de atención infundado que el oficial le realizara al bajo banderas, precisamente por la aversión que se profesaban, que devino en insultos recíprocos que finalmente impulsaron al oficial a acudir a las vías de hecho para imponer su autoridad al subalterno tratándole de arrebatarle el fusil para relevarlo del puesto, sujetándolo por el cuello causándole laceraciones, circunstancia que en efecto se adecúa al tipo penal

de ataque al centinela como lo fundamentara la sentencia apelada.

En efecto, el propio TE. **FECL** en su versión de los hechos aseguró que ante la negativa del soldado de ubicarse en su lugar de facción, le impartió la orden de despojarse del armamento porque como jefe de los servicios del batallón lo relevaba del puesto de centinela, facultad ajena a su función como oficial de servicio en la medida que el Reglamento de Servicios de Guarnición asigna dicha función únicamente a la autoridad que nombra la respectiva guardia[42], atribución del Comandante del Batallón de Servicios No. 28 y del Comandante de la Compañía de Policía Militar de dicha unidad táctica, de allí que el soldado acertadamente se negara a cumplir las órdenes del oficial de servicio, quien con el ánimo de hacer valer su autoridad de cualquier forma decidió por sí mismo arrebatarle el fusil al soldado y además atacarlo sujetándolo por el cuello al punto de causarle varios eritemas de los cuales dieron cuenta el mismo ofendido y los demás testigos citados anteriormente.

Ahora bien, es cierto que inicialmente hubo un cruce de palabras ofensivas entre el centinela y el oficial

---

[42] "Reglamento de Servicio de Guarnición: Capítulo III- GUARDIAS- Sección A – Numeral 15, literal b: La facultad de aumentar, disminuir, relevar, hacer cambios, etc., de las guardias, reside exclusivamente en la autoridad que las nombra. Los superiores directos de tales autoridades están facultados para disponer las modificaciones que crean necesarias, pero siempre por conducto de éstas." Reglamento de Servicio de Guarnición para las Fuerzas Militares, sección de publicaciones del Ejército, Sexta edición, año 1975, p.18.

de servicio, pero éste último como superior con atribuciones para encausar la disciplina y ejercer el mando sobre sus subalternos pudo acudir a otros medios para corregir la conducta del soldado, como aquellos que señala el artículo 66 de la Ley 836 de 2003 vigente para la época de los hechos[43], así como los que actualmente establece el artículo 22 de la Ley 1862 de 2017[44], normatividades que excluyen la

[43] ***Artículo 66 Ley 836 de 2003***. *Correctivos para encauzar la disciplina militar. Los correctivos para encauzar la disciplina militar podrán ser impuestos por cualquier superior jerárquico y no se consideran como sanciones disciplinarias.Los correctivos serán: Temas escritos sobre asuntos militares o de carácter general; la disminución de las horas de salida; las presentaciones en horas especiales ante quien se determine; las labores de aseo de armamento o de aseo o arreglo de dependencias; la pérdida de salidas; las llamadas de atención o al orden y la corrección para la prestación adecuada del servicio.*

[44] ***ARTÍCULO 23. MEDIOS CORRECTIVOS PARA ENCAUZAR LA DISCIPLINA.*** *Son medios correctivos para encauzar la disciplina y no constituyen sanción disciplinaria, los siguientes:*

1. Realización de trabajos manuscritos sobre temáticas militares, relacionados con el asunto que dio lugar a la medida aplicada, cuya extensión no será superior a cinco páginas, a espacio sencillo, con plazo que no podrá exceder de dos días.

2. Exposición oral de quince minutos ante el personal de oficiales, suboficiales o soldados sobre asuntos militares o de carácter general que determinará quien impone el medio correctivo.

3. Disminución de horas de salida de las que normalmente se conceden al resto del personal. Durante este tiempo el destinatario de la medida correctiva cumplirá labores de servicio que el superior determine.

4. Prolongación de la jornada laboral hasta por dos horas. Durante este tiempo el destinatario de la medida correctiva cumplirá labores de servicio que el superior determine.

5. Presentaciones periódicas en la unidad en el uniforme del día, ante el superior que las impone o ante quien él designe, hasta seis veces durante un período de veinticuatro horas.

6. Trabajos especiales, hasta por dos horas, que consistirán en aseo de armamento, aseo y arreglo de instalaciones físicas de la unidad, confección de material o ayudas de instrucción u otras labores logísticas.

7. Pérdida de días de salida o permiso. Quien fuera objeto de la medida correctiva deberá permanecer en su unidad hasta por dos días, dedicado al estudio u otras actividades propias del servicio.

8. Rectificación o disculpas presentadas en circunstancias similares a aquellas en las que se produjo el agravio.

PARÁGRAFO 1o. Los medios correctivos serán dispuestos directamente por el superior jerárquico del destinatario de la medida, con excepción del previsto en el numeral primero que podrá ser ordenado por cualquier superior militar.

PARÁGRAFO 2o. Con el objeto de dar aplicación a los medios correctivos consagrados en los numerales 3 al 8 del presente artículo, el superior militar informará al superior jerárquico del destinatario quien determinará el medio correctivo a aplicar.

utilización de las vías de hecho para encausar la disciplina militar frente a cualquier situación.

Conforme lo expuesto en precedencia, desvirtuados se encuentran los argumentos defensivos planteados en el recurso de alzada, por lo que se dispondrá la confirmación de la sentencia condenatoria proferida el 2 de junio de 2017 por el Juzgado Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, que declaró responsable penalmente al TE. **FECL** por el delito de ataque al centinela, no sin antes señalar que esta Corporación se abstendrá de compulsar copias al procesado y a su apoderado, como lo solicitó el representante de la Procuraduría, por entender que en desarrollo del derecho de defensa presentaron solicitudes en el mismo sentido ante las diferentes instancias, sin que este comportamiento denote la intención de obstaculizar el tramite procesal.

En mérito a lo anterior, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. **RESUELVE:**

PRIMERO: DESPACHAR EN FORMA DESFAVORABLE el recurso de apelación presentado por la defensa del Teniente

(hoy Capitán) **FECL,** contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, mediante la cual condenó al oficial como autor del delito de ataque al centinela, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de fecha 2 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, mediante la cual se condenó al TE. **FECL** como autor del delito de ataque al centinela.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de Casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

CUARTO: REMITIR el proceso al despacho de origen, por intermedio de la Secretaria de esta Corporación, una vez en firme la presente decisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitán de Navío **(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala	***: Segunda de Decisión***
Magistrado ponente	***: TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ***
Radicación	***: 159119***
Procedencia	***: Juez Militar Once de Brigada***
Procesado	***: SLR.ADCM***
Delito	***: Deserción***
Motivo de alzada	***: Apelación sentencia condenatoria***
Decisión	***: Decreta nulidad y prescripción de la acción penal***

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Correspondió a la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial conocer el recurso de alzada incoado por el defensor del SLR. **ADCM,** contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2019 proferida por la Juez Once de Brigadas del Ejército Nacional, mediante la cual condenó al citado soldado a la pena principal de ocho (8) meses de prisión por el delito de deserción.

II.HECHOS

Se puso en conocimiento de la Justicia Penal Militar y Policial que el SLR. **ADCM**, orgánico del segundo pelotón de la compañía Atila del Batallón Energético Vial No. 13 "Independencia de Cundinamarca", no retornó a la unidad dentro de los cinco (5) días siguientes al término de un permiso de 10 días que le fuera otorgado, desde el 5 al 14 de noviembre de 2016[1].

III.ACTUACIÓN PROCESAL

Por los hechos que vienen de referirse, el 9 de diciembre de 2016, el Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar inició investigación penal en contra del SLR. **ADCM** por el punible de deserción[2]. Vinculado mediante diligencia de indagatoria el pasado tres (3) de agosto de 2017[3], se resolvió su situación jurídica provisional absteniéndose de imponer medida de aseguramiento[4].

Perfeccionada la investigación, el expediente se remitió a la Fiscalía 29 ante Juzgado de Brigada del Ejército Nacional, despacho que declaró el cierre de

---

[1] *Cuaderno original 1, folio 2.*
[2] *Cuaderno original 1, folios 32-33.*
[3] *Cuaderno original 1, folios 95-100.*
[4] *Cuaderno original 1, folios 132-142.*

la fase instructiva el tres (3) de noviembre de 2017[5]. Posteriormente, el 24 de octubre de 2018, calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra del SLR. **ADCM** por el punible de deserción[6].

El Juzgado Once de Brigada del Ejército Nacional luego de recibir el proceso, avocó el conocimiento de la causa y fijó fecha para audiencia de acusación y aceptación de cargos[7]; llegado el día y hora indicada, como no se encontraba presente el acusado, se procedió a realizar audiencia de corte marcial[8], para posteriormente, el 21 de marzo de 2019, proferir sentencia condenatoria en contra del SLR. **ADCM** como responsable del delito de deserción[9]. Decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación[10], lo que motiva el presente pronunciamiento.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

La Juez Once de Brigada del Ejército Nacional profirió sentencia condenatoria en contra del SLR. **ADCM,** por encontrarlo penalmente responsable del

[5] *Cuaderno original 1, folio 164.*
[6] *Cuaderno original 1, folios 176-190.*
[7] *Cuaderno original 2, folio 207.*
[8] *Cuaderno original 2, folios 236-243.*
[9] *Cuaderno original 2, folios 244-270.*
[10] *Cuaderno original 2, folios 287-308.*

delito de deserción tipificado en el artículo 109.2 de la Ley 1407 de 2010.

Para ello, estableció la tipicidad de la conducta de manera objetiva y subjetiva; frente a la primera, señaló que el sujeto activo de la conducta era el SLR. **ADCM,** orgánico para la fecha de los hechos de la compañía Cazador del Batallón Especial Energético Vial No. 13 "Independencia de Cundinamarca" con sede en Ubala –Cundinamarca- e integrante del primer contingente 2016; quien abandonó el servicio militar obligatorio por más de cinco (5) días al no retornar después de culminado un permiso que feneció el 14 de noviembre de 2016. En relación con la tipicidad subjetiva, señaló que se trata de un dolo avalorado de conformidad con la dogmática penal contenida en la Ley 1407 de 2010, al encontrarse acreditados el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y la voluntad del agente encaminada a la realización de la conducta prohibida.

Así mismo, encontró demostrada la afectación al bien jurídico del Servicio, representado por la "*vulneración a la que quedó expuesta la unidad militar ante el incumplimiento del deber de presencia del SLR.* ***ADCM***"[11], sin que se advirtieran circunstancias excepcionales que pudieron dirigir la conducta del encartado.

[11] *Cuaderno original 2, folio 255.*

En relación con la culpabilidad, consideró que no se vislumbró que al momento de los hechos el procesado tuviera la condición de inimputable, por el contrario, indicó que "*conocía que la ausencia por más de 5 días al servicio sin justa causa no le era permitida, primero, porque recibió instrucción de delitos típicamente militares, segundo, porque le fueron advertidas las prohibiciones que tenía durante la prestación del servicio*"[12]. Luego, concluyó que la conducta del procesado era típica, antijurídica y culpable.

De otro lado, frente a los argumentos presentados por el defensor en la audiencia de corte marcial, la falladora de primera instancia preciso:

1. Irregular incorporación. La juez *A quo* señaló que la incorporación al servicio militar del acusado se realizó con el lleno de los requisitos legales, prefiriéndose acto administrativo de incorporación que se presume legal, sin que sea competencia del juez penal militar pronunciarse frente a su legalidad.

2. Atipicidad de la conducta. Estableció que existe plena prueba que permite determinar que al procesado le fue concedido permiso por el lapso de 10 días,

[12] *Cuaderno original 2, folio 256.*

desde el 5 de noviembre de 2016 al 14 del mismo mes y año, a cuyo vencimiento ni dentro de los cinco (5) días siguientes se hubiera presentado ante sus superiores, por lo que se configuró típicamente el delito de deserción el pasado 20 de noviembre de 2016.

3. Estado de necesidad como causal de justificación de la conducta. La juez de instancia no encontró demostrado el estado de necesidad alegado por la defensa, en tanto, el procesado no argumentó como exculpación que su conducta obedeciera a una situación económica precaria de su progenitora, así como tampoco observó en la declaración de la madre del acusado, que ésta hubiera referido que la ayuda económica que le prestaba **ADCM** fuera fundamental para su subsistencia y que si bien es cierto dicha señora tenía seis (6) hijos más, con el fruto de su trabajo suplía sus gastos.

4. Prescripción de la conducta. La falladora precisó que la prescripción del delito de deserción tiene dos momentos: el primero, desde la consumación del hecho punible hasta la ejecutoria de la resolución de acusación; el segundo desde la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad o no del procesado, por lo que no es cierto que el término de prescripción se interrumpa con la ejecutoria del auto que declara la iniciación del juicio, dado que

este último acto procesal no se encuentra regulado dentro del procedimiento especial.

Estimó que la conducta punible de deserción se concretó el 20 de noviembre de 2016, pero por tratarse de un delito cuya ejecución se prolonga en el tiempo hasta tanto cese el deber de presencia, éste solo se consumó el día 03 de enero de 2017, fecha en que el acusado fue dado de baja de las filas militares, por lo que los dos (2) años establecidos por la ley penal militar para que opere el fenómeno prescriptivo de la acción penal empezaron a contabilizar a partir del 03 de enero de 2017 y venció el 3 de enero de 2019, período dentro del cual la pieza acusatoria tomó firmeza por lo que no operó el instituto prescriptivo.

Finalmente, determinó que la pena a imponer era de ocho (8) meses de prisión, sin que procediera la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El abogado **JRUN**, defensor público del SLR. **ADCM**, presentó y sustentó en términos recurso de apelación en contra de la decisión condenatoria, por considerar que existió deficiente investigación de los hechos e inapropiada interpretación y

argumentación de la fiscalía, razón por la cual estimó necesario insistir y ratificarse en los argumentos expuestos en la audiencia de corte marcial, como fueron:

1. Irregular y mala incorporación. Estimó que la deficiente incorporación se sustentaba en cinco (5) circunstancias: "*(i) Vicios en el diligenciamiento de los documentos de incorporación. (ii) Fue recogido en una batida. (iii) Fue recogido indocumentado (sic) (iv) Informó que era consumidor de marihuana y bazuco y (v) La familia fue víctima de desplazamiento forzado*"[13].

2. Atipicidad de la conducta. Agregó que su prohijado siempre sostuvo que le habían concedido 15 días de permiso, razón por la cual se presentó el 23 de noviembre de 2016, hecho del que fueron testigos al comandante de la compañía y los soldados que integraban su unidad fundamental quienes no fueron escuchados por el instructor, habiendo realizado su presentación en la fecha antes indicada ante el Sargento **WAO**, suboficial que confirmó esta situación en diligencia de declaración.

3. Estado de necesidad. Estimó que **ADCM** como hijo mayor estaba compelido a ayudar a su progenitora en

[13] *Cuaderno original 2, folio 288.*

la crianza de sus seis (6) hijos menores, ya que su señora madre ganaba un salario mínimo que no le alcanzaba para la manutención de su hogar.

4. Prescripción de la acción penal. Consideró que la causa penal se encuentra prescrita, por cuanto, en el procedimiento especial la prescripción se interrumpe con la ejecutoria del auto que declara la iniciación del juicio, por lo cual estimó que desde que se ejecutó la conducta, 13 de febrero de 2017, fecha en que se capturó y se dejó a disposición del juzgado 74 de Instrucción Penal Militar al procesado, a la fecha de iniciación de la audiencia de juicio oral y fecha de ejecutoria del auto que declaró la iniciación de juicio, habían transcurrido dos (2) años, un (1) mes y 15 días, puesto que la Ley 1058 de 2006 tiene establecido un procedimiento especial y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 522 de 1999, la interrupción de la prescripción en el procedimiento especial se produce con la ejecutoria del auto que declara la iniciación del juicio.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Sexta Judicial II Penal conceptúo frente al tema que se debe confirmar la decisión

de condena. Estimó, que no le asiste razón a la defensa en lo atinente a la solicitud de prescripción, por cuanto al contabilizar los dos (2) años que tiene determinado el punible de deserción como pena máxima desde que se ejecutó la conducta, 20 de noviembre de 2016, a la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación, 14 de noviembre de 2018, no se completó el lapso previsto para que surtiera el fenómeno de la prescripción.

De la misma manera, aseguró en relación con los otros argumentos propuestos por la defensa, que se observa que fueron los mismos que propusiera en los alegatos de conclusión y los cuales se respondieron de manera coherente en la decisión objeto de disenso.

VII.DE LA COMPETENCIA

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[14], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a

[14] *CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.*

regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por la defensa, en procura de que se revoque la sentencia de fecha 21 de marzo de 2019 proferida por la Juez Once de Brigada del Ejército Nacional.

VIII.CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el inciso 2° del artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte, que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación.

Bajo ese entendido, sería del caso proseguir con el estudio de los argumentos presentados por el censor para requerir la revocatoria de la decisión condenatoria, sino fuera porque la Sala advierte una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, lo que conlleva a que el Colegiado, por virtud del principio de oficiosidad contemplado en

el artículo 389 de la Ley 522 de 1999[15] y como garante del cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales[16], se vea compelido a decretar la nulidad de la actuación, a fin de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el formal en procura de una adecuada y recta administración de justicia[17], de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de Colombia:

> Artículo 228. *"La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo."*

Para el efecto, se hace necesario precisar que el instituto de las nulidades se encuentra regulado por la codificación penal castrense en el Capítulo XI del Título Sexto del Libro Tercero de la Ley 522 de 1999, causales de nulidad:

> Artículo 388. Son causales de nulidad en el proceso penal militar*:" 1. La falta de competencia del juez o del Fiscal. Durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial. 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales*

---

[15] "ARTÍCULO 389. OPORTUNIDAD PARA DECRETAR LA NULIDAD. En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara."

[16] Constitución Política de Colombia, "Articulo 230. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley."

[17] Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Radicado 23259 – Sentencia del 23 de marzo de 2006.- MP. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN: "doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional"

que afecten el debido proceso. 3. La violación del derecho a la defensa".

Bajo ese entendido, la declaratoria de nulidad conlleva una sanción a la irregularidad procesal que tiene origen en la omisión de los presupuestos propios del trámite, o en actos expedidos inobservando los requisitos formales o sustanciales señalados en las leyes como necesarias para que la actuación procesal produzca efectos.

Ante la relevancia jurídica que reviste la nulidad como mecanismo para enmendar la actuación viciada, surgen por expresa disposición legal principios que orientan su declaratoria y la convalidación de los actos irregulares. En esta medida, el artículo 392 del Código Penal Militar de 1999 establece parámetros que regulan la aplicación del instituto de las nulidades dentro del procedimiento penal castrense. Presupuesto legal que ha permitido la construcción y denominación por parte de la jurisprudencia y la doctrina de los principios de trascendencia, instrumentalidad, taxatividad, protección, convalidación, residualidad y acreditación que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación[18]. Derroteros que

[18] *"1. Principio de trascendencia: Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.*
2. Principio de instrumentalidad de las formas: No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

aplicados al caso *sub júdice* determinarán la procedencia de la declaratoria invalidante, como se analizará seguidamente.

Resulta necesario señalar inicialmente que por "*imputación fáctica*" se entiende el hecho o el conjunto de hechos que configuran la conducta típica y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifican, por lo que el funcionario judicial ha de ser especialmente cuidadoso en no desbordar ese marco que delimita el objeto de su pronunciamiento puesto que con ello podrá afectar el debido proceso o el derecho de defensa del procesado.

Siguiendo tales lineamientos, efectuado el estudio de la actuación procesal emprendida en contra del SLR. **ADCM**, la Sala evidencia la existencia de irregularidad sustancial que afecta el debido proceso por la inconformidad entre la imputación fáctica por la cual se investigó, acusó y juzgó al procesado con la realidad establecida procesalmente. En efecto, se deriva del dossier que al encausado se le endilgó no haber retornado al término de un

---

3. Principio de taxatividad: Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar las causales establecidas en la ley.
4. Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica.
5. Principio de convalidación: La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.
6. Principio de residualidad: Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad.
7. Principio de acreditación: Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya". (.CSJ, radicado 30710, marzo 18 de 2009, MP. Maria del Rosario González de Lemos)

permiso de 10 días que le había sido concedido entre el 5 y el 14 de noviembre de 2016, ni dentro de los cinco días siguientes, entre el 15 y el 20 de noviembre de 2016, razón por la cual se le imputó, acusó y juzgó por haber incurrido en la conducta descrita en el numeral 2° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010.

Imputación fáctica que la juez de instrucción realizó en diligencia de indagatoria, en los siguientes términos: "*La presente investigación se adelanta por la presunta comisión del delito de deserción como quiera que se ha indicado que el día 14 de noviembre de 2016 usted no retornó a la unidad en donde se encontraba prestando su servicio militar al término de un permiso que se le concedió el 5 del mismo mes y año ni tampoco lo hizo dentro de los cinco días siguientes*"[19]. Supuesto fáctico que en idénticos términos se consignó en la providencia que resolvió la situación jurídica provisional del procesado[20].

En el mismo sentido, el Fiscal 29 Penal Militar al establecer el marco fáctico de los cargos proferidos, señaló: "***ACUSAR*** *al SLR. ADCM, 1.079.034.996 por el delito de deserción, por los hechos ocurridos el 14-nov-16, cuando se abstuvo de presentarse*

[19] *Cuaderno original 1, folio 97.*
[20] *Cuaderno original 1, folio 132.*

en la sede del Batallón en Ubalá, al término del permiso que le fuera otorgado por sus comandantes"[21].

Por su parte, la Juez Once de Brigada del Ejército Nacional al precisar los hechos en la sentencia condenatoria para determinar la tipicidad tanto objetiva como subjetiva de la conducta, precisó: "*A través de los testimonios del personal militar y documentos obrantes dentro de las diligencias, se prueba que efectivamente al acusado se le concedió un permiso el 05 de noviembre de 2016 y que no retorno a su unidad el 14 de noviembre de 2016. (…) Las declaraciones del personal militar obrante dentro de las diligencias, también son indicativas de la novedad presentada y soportan con certeza que el SLR.(r)* ***ADCM****, no retorno luego de un permiso concedido dentro del plan de moral y bienestar de la unidad táctica el 05 de noviembre de 2016, debiendo hacer presentación el 14 del mismo mes y año, sin que así lo hiciera, ni dentro de los cinco días siguientes, tampoco se comunicó o reporto los motivos de su ausencia ante sus superiores respectivos*"[22].

En suma, en las diferentes etapas procesales se estableció que el marco fáctico sobre el que versaba la imputación, acusación y posterior juicio residía en la omisión del procesado en presentarse a la unidad el día 14 de noviembre de 2016 o dentro de los cinco días siguientes. Sin embargo, la Sala advierte que el dossier da cuenta que al SLR. **ADCM**

[21] *Cuaderno original 1, folio 190.*
[22] *Cuaderno original 2, folios 253-254.*

le era materialmente imposible hacer presentación el citado día en la unidad militar, esto es el 14 de noviembre de 2016, por cuanto había sido capturado en la localidad de Fontibón –Bogotá- el 14 de noviembre de 2016 a las 13:05 por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, razón por la cual fue remitido a la URI de Engativá de la misma ciudad, habiendo permanecido privado de la libertad hasta el día 15 del citado mes y año a las 13:05 horas.

Circunstancia que fue puesta en conocimiento a la Juez 74 de Instrucción Penal Militar por el SI. **PNCQ** -Investigador Criminal de apoyo a la Justicia Penal Militar- a través del oficio No. 2017-072-SUBIN-GRUIJ 25.10 de fecha 28 de marzo de 2017, documento al que se anexó copia del informe de captura en flagrancia, así como de la boleta de libertad[23].

Acontecer que permite a la Sala concluir sin hesitación alguna, que le era físicamente imposible al SLR. **ADCM** hacer presencia en el Batalló Energético y Vial No. 13 en Ubala –Cundinamarca- para la fecha prevista, es decir para el 14 de noviembre de 2016, no porque su voluntad se encontrará dirigida a omitir cumplir con dicho deber sino porque mediaban circunstancias ajenas a su voluntad, como lo era encontrarse privado de la

[23] *Cuaderno original 1, folios 123-127.*

libertad por orden de autoridad competente los días 14 y 15 de noviembre de 2016.

En consecuencia, no era posible exigirle al SLR. **ADCM** hacer presencia en la unidad militar el 14 de noviembre de 2016 sino el 16 del mismo mes y año, situación que determinó una equivocada acusación en su componente fáctico, puesto que los cargos proferidos establecían que la ejecución del delito de deserción había tenido inicio a partir del 20 de noviembre de 2016, cuando de haberse dado esta conducta la misma solo hallaba adecuación típica a partir del día 21 del citado mes y año.

Situación que, aunque fue observada por la titular del despacho instructor, en tanto que, en la providencia que resolvió situación jurídica provisional resaltó: "*De otra parte, verificado el informe de policía judicial presentado por el señor SI. PNCQ el cual reza que mediante consulta en el SPOA se pudo determinar que el sindicado registra anotación por hechos del 14 de noviembre de 2016 por el punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, indagación adelantada por la Fiscalía 209 Seccional, capturado en flagrancia a las 13:05:00 de la misma fecha y siendo dejado en libertad el día 15 a las 12:50 horas*"[24], fue posteriormente omitida tanto por el ente investigador, como por el fiscal militar y posteriormente por la juez de instancia, puesto que

[24] *Providencia del 3 de agosto de 2017.CO 1, folio 140.*

ninguna acción emprendieron para corregir la inadecuada imputación y luego acusación en su componente fáctico.

El artículo 497 de la Ley 522 de 1999, norma procesal aplicable al *sub judice*, establece la necesidad de realizar dentro de la diligencia indagatoria la imputación fáctica correspondiente al procesado[25], para que éste pueda defenderse de los hechos que se le atribuyen. Imputación que deberá permanecer incólume durante el trámite procesal a diferencia de la jurídica que puede variarse durante las etapas de instrucción y la calificación[26]. Aspecto frente al que esta Corporación se ha pronunciado reiteradamente refiriendo al respecto:

---

[25] *"En efecto, el actual Código Penal Militar, señala en punto de la indagatoria, que el Juez interrogará al procesado respecto a los hechos que originaron su vinculación, norma que fue extraída en forma idéntica del Decreto Ley 2700 de 1991. Por su parte, la Ley 600 de 2000 señaló además, que al indagado se le pondrá de presente la imputación jurídica provisional.*

Encontramos así, dos formas de recepcionar la indagatoria, pues en una basta con hacer la imputación fáctica, mientras que en la otra, hay que hacer además la imputación jurídica.

Entendiendo por imputación fáctica, el interrogatorio basado en hechos, con el fin de conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos que se atribuyen, desde el punto de vista del procesado. Por imputación jurídica, debe entenderse la forma como el instructor da a conocer la norma específica presuntamente vulnerada, con el fin de que el procesado de su explicación.

Está claro entonces, que en el procedimiento Penal Militar lo que se exige para la recepción de la indagatoria, es la imputación fáctica" (TSM. Rad. 155270, 26 de enero de 2009, MP TC Ismael Enrique López Criollo).

[26] *"De esta forma concluye la Sala que el principio de congruencia resulta un elemento esencial para la garantía y respeto del derecho de defensa dentro del proceso penal; sin embargo, no es un principio de aplicación absoluta y estricta entre la indagatoria y la acusación con que concluya la etapa de instrucción. La exigencia en dicha etapa apunta, sobre todo, a la atribución fáctica que se haga al imputado, la que sí debe ser completa pues determinará de los hechos respecto de los que deba defenderse la persona vinculada por esta vía al proceso penal. Contrario sensu, la imputación jurídica que se haga de los hechos hasta ese momento conocidos tiene un carácter provisional –como lo indica el propio artículo 338 de la ley 600 de 2000-, pues la definición de la misma deberá aguardar a que se establezca con mayor detalle lo ocurrido, así como el grado de participación de cada una de las personas involucradas en dichos hechos, siendo en la acusación en donde dicha atribución jurídica cobra mayor certeza, llegando, incluso, a ser determinante en la etapa para la etapa del juicio" (Corte Constitucional, sentencia T-1067 de 2012).*

"Consecuente con lo anterior, en el entendido que se ha de interrogar al sindicado sobre los hechos que generaron su vinculación, implica ello, que la diligencia de indagatoria contiene una imputación fáctica, es decir, que al indagado se le han de señalar las circunstancias de espacio, tiempo y lugar que conforman los hechos que el investigador considera constituyen el delito cometido, ello se traduce, en que la imputación fáctica consiste en garantizar que el procesado conozca que el comportamiento por él asumido tiene un carácter delictivo, en otras palabras, se ha de enterar de manera concreta al sindicado de los cargos por los cuales está siendo vinculado al proceso penal para que con fundamento en dicho conocimiento el incriminado ejerza su defensa explicando las razones de su conducta. En palabras de la Corte Suprema de Justicia el tema se abordó así:

> *"La forma como los funcionarios judiciales hayan interrogado al imputado en indagatoria, o el método que hayan utilizado para hacerlo, carece de relevancia para estos efectos, puesto que la ley no preestablece un modo determinado de llevarlo a cabo, ni condiciona la validez del acto procesal a que las preguntas tengan un contenido específico, o alcancen número determinado. Lo importante, es que las realizadas, le permitan enterarse de los hechos básicos de la imputación, debiéndose entender por tales, los que constituyen el núcleo esencial de la infracción penal.[27]"*

De manera pues que el mandato contenido en el artículo 497 de la Ley Penal Militar implica, que en la diligencia de indagatoria al sindicado se le han de precisar los hechos que se considera tienen carácter delictivo, y que ellos son la razón de su

[27] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 19192, M.P. Doctor. Mauro Solarte Portilla, 12 de noviembre de 2003.*

vinculación a la causa penal, así lo enseñó la jurisprudencia de la Corte:

> *"Lo que tales preceptos pretenden significar, es que el imputado tenga la posibilidad de conocer el carácter delictivo del comportamiento por el cual se le vincula al proceso y al menos el nomen juris correspondiente a la conducta materia de investigación, no su calificación jurídica precisa la cual sólo se determina en la sentencia (Cfr. Casación del 2 de mayo de 2003. Rad. 13341)"*[28]*"*[29]*.*

Lo anterior significa, que dentro de la diligencia de indagatoria se debía concretar la imputación fáctica de manera clara, detallada, precisando los hechos que, para el caso en tratándose de la ausencia prolongada por cinco (5) días continuos, imponía contabilizar los términos previsto en el numeral 2° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, a partir del día siguiente en que el soldado **ADCM** fue dejado en libertad, irregularidad que replicó tanto la resolución de acusación como la sentencia censurada.

Recuérdese, que conforme el numeral 1° del artículo 557 del Código Penal Militar, la resolución de acusación debe contener "*la narración suscita de los hechos investigados, con la especificación de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar*", razón por la cual los cargos deben, además de hacer precisa

[28] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 17619, M.P. Doctor Mauro Solarte Portilla, 16 de octubre de 2003.*
[29] *Tribunal Superior Militar, Rad. 157881 del 10 de febrero de 2014, MP. CR. (RA) Fabio Enrique Araque Vargas.*

mención del momento de comisión del delito con indicación del día, mes y año de ocurrencia, corresponderse con la realidad procesal demostrada probatoriamente. Luego, la disconformidad entre los cargos imputados y la verdad procesal no configuran una simple equivocación involuntaria, sino que, por el contrario, constituye una irregularidad sustancial que menoscaba definitivamente el debido proceso, en tanto se investiga, acusa y condena al procesado por hechos que la evidencia recaudada descarta.

Irregularidad que vulnera el debido proceso no solo por la inobservancia de las formas propias del juicio, sino porque además apareja el quebrantamiento de garantías fundamentales al procesado. Yerro que no le es permitido subsanar a esta Corporación, no quedando camino distinto para la Sala que dar aplicación al artículo 388 numeral 2° de la Ley 522 de 1999[30] y, en consecuencia, decretar la nulidad de toda la actuación, inclusive de la diligencia de indagatoria, por haberse presentado una irregularidad sustancial que afectó por completo el proceso.

---

[30] *"Artículo 388. Causales de nulidad. Son causales de nulidad en el proceso penal militar:*
1. La falta de competencia del juez o del Fiscal durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.
2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.
3. La violación del derecho a la defensa". (Subrayado de la Sala).

En esas condiciones, por obvias razones quedará sin efecto la ejecutoria de la resolución de acusación de fecha 24 de octubre de 2018 proferida por el Fiscal 29 Penal Militar, situación que trae como consecuencia que no se hubiera interrumpido la prescripción de la acción penal para el delito de deserción endilgado al SLR. **ADCM.**

Para ello, ha de tenerse en cuenta que conforme lo normado en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, norma adjetiva aplicable en el presente evento[31], el término de prescripción de la acción penal en el delito de deserción corresponde a dos (2) años, en donde se establece:

> *"Artículo 83. Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.*
>
> *En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años.* ***Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años****.*
>
> *Parágrafo. Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario*

[31] *Como quiera que no se ha implementado en la jurisdicción foral el esquema procesal de tendencia acusatorio establecido por la Ley 1407 de 2010, conforme lo estableciera la Corte Suprema de Justicia en el Radicado 45.632 del 15 de julio de 2015.*

para los hechos punibles cometidos por servidores públicos" (Subrayado de la Sala).

A su vez, el artículo 86 de la citada codificación[32] señala que el término prescriptivo se interrumpirá con la ejecutoria de la resolución de acusación, momento desde el cual iniciará a correr un nuevo término prescriptivo equivalente a la mitad del señalado en el artículo 83 del digesto punitivo castrense, es decir, que en firme la pieza acusatoria la administración de justicia castrense cuenta con un lapso igual a la mitad del establecido inicialmente para proferir sentencia.

Es importante precisar, que pese a que el delito de deserción hace parte de los tipos penales que se tramitan a través del procedimiento especial, el término prescriptivo se interrumpe con la resolución de acusación y no con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio, como lo señala el artículo 86 de la Ley 522 de 1999, por cuanto los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999 fijaban dos etapas dentro del procedimiento especial, a saber: la instructiva y la de juicio. La segunda de las cuales emprendía con la expedición del auto que declaraba la iniciación a juicio, precisamente porque no contemplaba dentro del procedimiento la

---

[32] *Artículo 86. Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.*
En el procedimiento especial con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio.
Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código.

actuación del Fiscal Penal Militar con la expedición de la resolución acusatoria. Procedimiento especial que fue declarado inexequible por la honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-178 del 12 de marzo de 2002, en tanto era violatorio del debido proceso por prescindir de la etapa calificatoria.

La Ley 1058 del 2006, que modificó los artículos 578 y 579 del Código Penal Militar, introdujo dentro del procedimiento especial la etapa calificatoria, precisando que en firme la resolución de acusación el Fiscal Militar adquiere la calidad de sujeto procesal. Trámite especial que al ser modificado suprimió el acto procesal a través del cual se declaraba la iniciación del juicio por cuanto la ejecutoria de la resolución acusatoria marca el inicio de la etapa de juzgamiento. En este orden de ideas, no puede acudirse a la realización de una actuación no contemplada legalmente dentro del procedimiento especial como hito para interrumpir el término prescriptivo de la acción penal, debiendo atenderse a la regla general que fija dicho momento en la ejecutoria de la resolución acusatoria[33].

Conforme a lo anterior, el término prescriptivo de la acción penal en el delito de deserción puede darse en dos eventos: El primero, tiene lugar desde

[33] *Ver pronunciamiento Tribunal Superior Militar, providencia del 28 de octubre de 2009, Rad. 156178, MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA.*

que la conducta se entiende consumada[34] hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos años determinará la extinción de la acción penal. El segundo evento, registra como hito base el momento desde el cual cobra ejecutoria la resolución de acusación hasta el día en que queda en firme la sentencia, período que de superar el año determinará la prescripción de la acción penal. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en el último pronunciamiento que sobre el tema expidió, al señalar:

> *"No obsta lo anterior para analizar la prescripción de la acción en este asunto, durante el juicio, sobre todo porque, sentado el supuesto de que la Ley 1407 de 2010 no le es aplicable en tanto el sistema penal acusatorio no se implementó, salvo que se trate de normas favorables a la situación del sindicado y por lo mismo síguese inaplicable la previsión de su artículo 352 esto es que "proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años", ha transcurrido desde la ejecutoria de la acusación, 4 de abril de 2014, un lapso no inferior a un año, esto es la mitad de aquél legalmente previsto como de prescripción del punible de deserción.*
>
> *Lo anterior porque si en términos de la Ley 522 de 1999 el lapso de prescripción para la acción*

[34] *Tribunal Superior Militar, radicado No. 158237 del 14 de agosto de 2015. MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.*

penal derivada del delito de deserción es de dos años, que se interrumpe en el sumario con la ejecutoria de la acusación y en el juicio con la de la sentencia, significa que en esta etapa la de segunda instancia no tiene la virtud de suspender la prescripción por ser inaplicable el citado precepto 352 dado precisamente el criterio hermenéutico acá adoptado, sino sólo su ejecutoria.

En este asunto, como ya quedó visto, el período previsto en fase de instrucción de dos años no se concretó, de ahí lo infundado del reparo propuesto, toda vez que los hechos acaecieron en marzo de 2013 y la acusación quedó en firme el 4 de abril de 2014.

8. ***Pero sí en fase de juzgamiento, porque él se reduce a la mitad del previsto para la etapa sumarial, es decir que, siendo en este evento de dos años en la instrucción, en la causa corresponde a uno, tal como lo ha sostenido la sala en auto penal del 11 de abril de 2012 radicado N° 19002****, el cual efectivamente ya transcurrió desde la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que, de otro lado, la sentencia haya cobrado firmeza.*

Es que si bien en términos generales la acción penal prescribe por el transcurso de un tiempo igual al máximo de pena privativa de libertad señalado en la respectiva disposición, sin que en el sumario sea inferior a cinco años y en el juicio por un lapso igual a la mitad de aquél sin que tampoco sea inferior a un lustro, ***es innegable que la propia ley, en este caso la 522 de 1999, ha establecido una excepción al señalarle al delito de deserción un término especial de dos años durante la etapa de investigación****.*

> *Luego, por razón del artículo 86 de la citada ley, en el juicio el período prescriptivo se reduce a un año por manera que en esas condiciones tal fenómeno se concretó en tanto, se reitera, la acusación cobró ejecutoria el 4 de abril de 2014 y a la fecha no ha ocurrido lo mismo con la sentencia"*[35] (Lo subrayado fuera de texto).

Bajo ese entendido, no obstante que por vía jurisprudencial se ha establecido que los delitos de contenido castrense o de función son objeto de aplicación del incremento del término prescriptivo aplicable a los servidores públicos dispuesto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000[36], según sea el caso[37], se exceptúa de aquella regla general al punible de deserción, por cuanto la ley penal militar estableció dicho lapso de manera particular. De manera que, en el presente caso el término de prescripción debe contarse a partir del momento en que cesó el actuar ilícito del agente, es decir, desde el día en que el SLR. **ADCM** se reincorporó a las filas militares, esto es desde el 23 de noviembre de 2016, fecha en que el citado soldado se presentó a su unidad militar, tal y como lo aseguró el encartado en su injurada y lo atestiguó el SS.

---

[35] *Corte Suprema de Justicia, radicado No. 45632 del 15 de julio de 2015, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.*
[36] *Corte Suprema de Justicia Nos.17466 del 24 de octubre de 2003, MP HERMAN GALAN CASTELLANOS; 24067 del 18 de mayo de 2006, MP. MARINA PULIDO DE BARON; 28830 del 5 de diciembre de 2007, MP. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ; 26392 del 2 de diciembre de 2008, MP ALFREDO GOMEZ QUINTERO; 34153 del 30 de junio de 2010, MP. YESID RAMIREZ BASTIDAS; 44829 del 7 de abril de 2012, MP. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.*
[37] *En el entendido que, si los hechos investigados acaecieron antes del 12 de julio de 2011, el aumento para la prescripción será de 1/3 parte de la pena a imponer, por el contrario, si la conducta punible se ejecutó posterior a la fecha antes señalada, el aumento de prescripción de la acción penal se aumentará en la mitad conforme lo dispone la Ley 1474 de 2011.*

WAO, quien indicó: "*no EL SOLDADO, se presentó, yo estaba de comandante de guardia (…) estando en la guardia, el SLR. ADCM se presentó, yo lo recibí y lo llevé a mi mayor NUÑ, que se desempeña como S3 de la unidad*"[38].

Al respecto, es necesario aclarar que en tratándose del delito de deserción esta Corporación ha señalado que, por tratarse de un delito de ejecución permanente, si bien se consuma formalmente pasados cinco (5) días desde la fecha en que vence un permiso o turno sin que haga presentación quien se encuentra incorporado a prestar el servicio militar, éste se sigue ejecutando hasta cuando ocurra una de las siguientes hipótesis primero: i) cesa el actuar ilícito por la presentación al servicio, ii)cuando se registra la captura o desacuartelamiento del contumaz o, iii) cuando se produzca la ejecutoria del auto mediante el cual se declara el cierre de la etapa instructiva.

Por consiguiente, el término prescriptivo de la acción penal en el presente evento se contabiliza a partir del 23 de noviembre de 2016, fecha en la que el procesado hizo presencia en la unidad militar de la que era orgánico. Luego, por haberse declarado la nulidad de la actuación penal desde los albores de la instrucción, la decisión invalidante cobija además a la resolución de acusación, lo que

[38] *Cuaderno original 1, folio 118.*

determina que no se ha producido la ejecutoria de la calificación adecuada del mérito sumarial dentro del lapso de dos años que feneció el 24 de noviembre de 2018, por lo que la acción penal en la presente causa se encuentra prescrita.

En virtud de lo anterior, la Sala declarará no solo la extinción de la acción penal por el advenimiento del fenómeno prescriptivo, sino que decretará la cesación de procedimiento en favor del SLR. **ADCM** por el punible de deserción, dado que venció el término que el Estado tenía para proseguir la acción penal en contra del uniformado[39], conforme lo establecido en el artículo 86 de la Ley 522 de 1999, no sin antes llamar la atención de los funcionarios judiciales que tramitaron el proceso penal por haber omitido verificar las pruebas recaudadas para adecuar la imputación fáctica realizada, lo que en últimas determinó el fracaso de la actividad procesal.

En mérito de lo expuesto, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE:

[39] *Artículo 231. Cesación de procedimiento. En cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido o que la conducta es atípica, o que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad o que el proceso no podía iniciarse, o no puede proseguirse, el juez mediante auto interlocutorio, así lo declarará.*

PRIMERO: DECRETAR la nulidad de la actuación desde la diligencia de indagatoria inclusive, en el proceso penal adelantado contra del SLR. **ADCM,** identificado con la CC. No. 1.079.034.996 por el delito de Deserción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la extinción de la acción penal, por el advenimiento del fenómeno jurídico de la prescripción en el proceso seguido contra el SLR. **ADCM** por el delito de deserción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CESAR PROCEDIMIENTO en favor del SLR. **ADCM** por el delito de deserción, como consecuencia de lo anterior.

CUARTO: EN FIRME esta decisión, regresar el expediente al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

QUINTO: DESEN los avisos de ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ
Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión.
Magistrado ponente	:	CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.
Radicación	:	159190.
Procedencia	:	Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General Armada Nacional
Procesado	:	IMAR (R) DAFR
Delito	:	Deserción.
Motivo de alzada	:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión	:	Se confirma condena.

Bogotá D.C., octubre siete (07) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a decidir en Derecho en relación con el recurso de apelación presentado por el abogado LHRR, defensor público del procesado, contra la sentencia del 1° de agosto de 2019 por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Armada Nacional condenare al IMAR (R) DAFR a la pena principal de ocho (08) meses de prisión como autor responsable del delito de deserción,

negando coetáneamente la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

II. HECHOS

Dan cuenta las fojas que al entonces IMAR DAFR, orgánico de la Unidad de Ingenieros Militares de Infantería de Marina sita en la guarnición de Bogotá, le fue concedido un permiso corto por espacio de dos horas para el día 18 de julio de 2017 a partir de las 16:00 horas, fecha y hora a partir de las cuales no retornó a dicha unidad militar, ausencia que se ha prolongado hasta la fecha del presente proveído.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por razón de los hechos referenciados en precedencia, el 24 de julio de 2017[1] el Juzgado 105 de Instrucción Penal Militar ordenó mediante auto del 26 del citado mes y año la apertura de investigación formal en contra del IMAR DAFR por el presunto delito de deserción, actuación dentro de la cual, al no haberse logrado la comparecencia del procesado, se le vinculó a la investigación mediante declaratoria de persona ausente materializada en auto del 10 de noviembre de la precitada anualidad[2].

[1] Folios 43 y 44, C.O.1.
[2] Folios 115 a 118, *ibídem*.

La situación jurídica provisional del procesado fue definida de manera provisional el 14 de diciembre de 2017[3], esto vía providencia interlocutoria en la que el juez instructor dispuso imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva por las razones allí vertidas.

Perfeccionada la investigación, el *dossier* fue remitido el 21 de agosto de 2018 a la Fiscalía Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Armada Nacional sito en esta capital[4], despacho que cerró el ciclo instructivo el 04 de septiembre del año precitado[5] de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1058 de 2006 aditiva del Códice Castrense del año 1999.

El mérito sumarial fue calificado el 28 de septiembre de 2018[6], acusándose al procesado como autor del delito de deserción previsto en el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, normatividad vigente para la fecha de la comisión del hecho punible.

Una vez ejecutoriado el pliego acusatorio el 24 de octubre de 2018[7], el proceso fue remitido el 25 de octubre de 2018[8] por competencia al Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Armada Nacional, despacho que siguiendo la ritualidad

---

[3] Folios 129 a 142, *ibídem*.
[4] Folio 283, C.O.2.
[5] Folio 285, *ibídem.*
[6] Folios 304 a 314, *ibídem.*
[7] Folios 325, *ibídem.*
[8] Folio 326, *ibídem*.

procesal vigente, una vez efectuado el control de legalidad, señaló las 14:00 horas del 23 de junio de 2019 como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de corte marcial[9], diligencia a la cual no se hizo presente el IMAR (R) DAFR, siendo declarado persona ausente, y a cuyo término fue anunciado el sentido condenatorio del fallo[10].

Mediante sentencia de primer grado adiada 1° de agosto de 2019[11], el IMAR (R) DAFR fue condenado por el antes citado juzgado de instancia como autor responsable del reato típicamente militar de deserción a la pena principal de ocho (08) meses de prisión, negándose la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, decisión contra la cual el abogado que funge como defensor público[12] interpuso recurso de apelación, mismo cuya resolución en Derecho ocupa la atención de esta Sala de Decisión.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Coronel LUIS FERNANDO REY, Juez de Primera Instancia de la Inspección General de la Armada Nacional (encargado), luego de hacer un resumen de los hechos investigados, hacer referencia a la competencia, identificar e individualizar al procesado

[9] Folio 348, *ibídem*.
[10] Folios 356 a 368, *ibídem*.
[11] Folios 369 a 390, *ibídem*.
[12] Folio 561 a 573, *ibídem*.

y compendiar la intervención de los sujetos procesales en la audiencia de corte marcial, en sus "*CONSIDERACIONES PARA DECIDIR*" hizo alusión a las razones por las cuales no consideraba que la acción penal se encontrara prescrita, entre ellas que dicho término comienza a contarse desde el momento en que cesa la consumación, "*es decir cuando se dan actos positivos como la presentación del desertor, la captura, la indagatoria o el desacuartelamiento, esto por tratase* [sic] *de un delito de ejecución permanente tal y como lo ha venido decantando el Honorable Tribunal Superior…*"[13], agregando que en ninguno de tales eventos "*…se han superado los dos años para contabilizar la prescripción o para que se interrumpiera la misma con la ejecutoria de la resolución de acusación, derívese de lo anterior que la acción no está prescrita pues de la ejecutoria de la resolución de acusación comenzó a contabilizarse otro término que aún no ha fenecido*"[14].

Seguidamente al referirse al tipo penal por el que se adelanta la presente investigación y contenido en el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, resaltó el contenido del numeral 2° del mismo, agregando que "*los condenados por este delito, una vez cumplida la pena, continuarán cumpliendo el servicio militar por el tiempo que les falte…*"[15].

Estimó que el aquí investigado se ausentó por más de cinco (05) días de manera consecutiva del cumplimiento de su servicio militar obligatorio, lo cual quedó

[13] Folio 435, *ibídem*.
[14] Folio 374, *ibídem*.
[15] *Ídem*.

evidenciado por la información de la que diera cuenta el suboficial de planta de la Unidad de Ingenieros de Infantería de Marina, quien aseguró que el ahora investigado "*no se presentó a la unidad por término de permiso corto, comprendido de las 16:00 a 18:00R del día 18 de julio de 201* [sic], *según lo consignado en la colilla de formato de permiso y acta de compromiso*."[16].

Sostuvo que la "*materialización*"[17] del punible investigado halla respaldo en las pruebas documentales como son el informe de los hechos y el acta en el que consta la gestión hecha para "*la recuperación*"[18] del procesado con resultados negativos, como también en los partes diarios que daban cuenta del retardo del IMAR. DAFR.

De igual forma, indicó que el actuar irregular atribuido al procesado encontraba "*fundamento*"[19] en las pruebas de índole testimonial como las de los diferentes comandantes de la compañía de ingenieros y de sus escuadras, de otros integrantes de la unidad y de los familiares del bajo banderas ausente.

Determinó que al conjugar el acervo probatorio reseñado en precedencia, éste da cuenta de las "*circunstancias que dieron lugar a la comisión del delito por parte del sindicado, quedado* [sic] *demostrada la falta de compromiso y responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el IMAR (R) DAFR, quien*

[16] Folio 375, C.O.2.
[17] *Ídem*.
[18] *Ídem*.
[19] Folio 376, *ibídem*.

acudió a las vías de hecho, para dedicarse a la realización de actividades personales, desconociendo que el servicio militar es obligatorio, por lo que el sindicado no se podía despojar de sus obligaciones discrecionalmente y menos aún sin aportar una justificación que avalara su proceder, resultando que no respondió a la ayuda y confianza dada por sus superiores al otorgarle el permiso corto, DAFR, decidió no regresar a continuar con sus obligaciones."[20].

Indicó el juez de instancia que al determinar si el actuar de DAFR se enmarcaba dentro del contenido del texto penal por él citado en precedencia y si existían causales que lo justificaron, o no, para proferir una sentencia en su contra, resulta que el procesado se encontraba dado de alta como Infante de Marina Regular al servicio de la Armada Nacional, contándose, también, con el acta de compromiso en donde se le enteraba de las prohibiciones y del posible punible en el que podría verse incurso si no cumplía con las mismas, la cual fue suscrita por aquél, aceptando así su cumplimiento.

Consideró que no se podía aceptar "*la propuesta o insinuación hecha por la defensa*"[21] en el sentido que como quiera que su defendido estaba mal incorporado la conducta era atípica, ello, por cuanto las pruebas de carácter documental allegadas dan cuenta que la presentación para cumplir con la prestación del servicio militar obligatorio fue voluntaria y además

[20] Folio 383, C.O.2.
[21] Folio 384, *ibídem*.

los exámenes realizados al conscripto dieron cuenta de su aptitud para el servicio.

Señaló igualmente que si la adicción a las drogas era anterior a ese momento, no se hizo manifestación alguna "*como para achacarle ese fallo al proceso de reclutamiento*"[22], como tampoco podría suponerse o inferirse, como lo hace el defensor, que si hubo fallas en el proceso fue debido al número de aspirantes, ello por cuanto parte el abogado de un desconocimiento infundado de tal proceso, el que "*está revestido de la presunción de certeza y legalidad*"[23], amén que lo que está dando cuenta la defensa no es de una falla en el proceso "*sino de una mendacidad u ocultamiento del aspirante en cuanto a una adicción anterior*"[24], razonamientos por los cuales consideró el juez de conocimiento no se está frente a una mala incorporación capaz de desvirtuar la tipicidad de la conducta.

Añadió a lo anterior que se debe resaltar que el acusado tenía claro cuáles eran sus obligaciones y responsabilidad al concedérsele el permiso "*corto*"[25], por lo que suscribió la correspondiente acta colocando su huella y firma allí, "*acta donde se refleja particularmente las prohibiciones y se advierte la posible comisión de un delito de Deserción*."[26].

---

[22] *Ídem*.
[23] *Ídem*.
[24] *Ídem*.
[25] Folio 385, *ibídem*.
[26] *Ídem*.

Expuso que la norma además exigía que el uniformado se ausentara de manera inconsulta por más de cinco (05) días consecutivos después de terminar un permiso, evdenciándose que el procesado salió de la unidad haciendo uso de un permiso corto, con la obligación de regresar el 18 de julio de 2017 a las 18:00 horas, transcurriendo más de cinco días seguidos sin regresar "*al cumplimiento de las actividades normales, tal y como quedó registrado en la prueba ampliamente referenciada*."[27]

Consideró asimismo el fallador de primer grado que lo anterior establece que el actuar se adecuó "*a la abstracta descripción que el legislador hizo respecto de la DESERCION* [sic], *y de allí la estricta conclusión de la comisión del comportamiento prohibido realizado con la conciencia y la voluntad de producción del resultado dañoso, ya que el sindicado sabía que al no presentarse por término de permiso y abandonar las labores propias del servicio por más de cinco días consecutivos, sin justificación alguna, estaba cometiendo el delito de Deserción, por el cual fuera vinculado al proceso*."[28]

En su sentir, con el agotamiento del actuar del investigado no sólo se quebrantó el contenido del artículo 109.2 de la Ley 1407 de 2010 en su aspecto de antijuridicidad formal, sino también el bien jurídico tutelado del Servicio como antijuridicidad material, discurriendo que con su ausencia en el cumplimiento de sus deberes asignados el procesado "*fracturó la planeación y el normal desarrollo no solo de sus*

[27] *Ídem*.
[28] *Ídem*.

funciones, sino las funciones que debería cumplir en la Unidad a la que estaba asignado como quiera que tenía la obligación de estar presente en el desarrollo de las mismos, como quedó demostrado, pues violó el mandato constitucional contenido en el artículo 216 de la Norma Superior, …"[29].

Seguidamente referenció jurisprudencia de esta Corporación foral[30] en punto a la condición de ausencia que contiene el punible investigado y acto seguido señaló que no podía tenerse como una justificación del hecho que el procesado hubiera sido adicto al consumo de "*las drogas*"[31], antes, durante o después del suceso investigado, por cuanto "*es un asunto de salud que no lo releva de su obligación constitucional de prestar el servicio militar, máxime que como ya se anticipaba, su presentación fue voluntaria y que ni siquiera tal condición afectó su cognición o volición para tomar la decisión de no regresar del permiso que le había sido concedido*."[32].

Corolario de lo anterior, y al considerar que estaban dados los requisitos que demanda el artículo 396 del Estatuto Penal Militar, acreditándose en grado de certeza tanto la ocurrencia del hecho como la responsabilidad del acusado, y al compartir los argumentos tanto de la fiscalía como del Ministerio Público ante la primera instancia, profirió sentencia de condena en contra del IMAR (R) DAFR.

---

[29] Folio 386, C.O.2.
[30] Folios 356 a 368, *ibídem*.
[31] Folio 387, C.O.2.
[32] *Ídem*.

Para la dosificación de la pena, y siguiendo los lineamiento del artículo 55 y subsiguientes de la Ley 1407 de 2010, manifestó que teniendo en cuenta que la fiscalía en la pieza acusatoria no imputó agravantes al investigado, sino que por el contrario pidió junto con el Ministerio Público y la defensa "*que se impusiera la pena mínima*"[33], partiría del mínimo fijado para el punible investigado, tasando la condena en contra del IMAR (R) DAFR en ocho (08) meses de prisión como autor responsable del punible de deserción, negando el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición legal, disponiendo que la pena se cumpliere en las instalaciones de la Unidad de Ingenieros de Infantería de Marina con sede en esta capital.

Asimismo, dispuso que el condenado, una vez cumpliera la pena impuesta, debería continuar con la prestación de su servicio militar obligatorio por el tiempo que le hiciere falta.

V. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

En su condición de defensor público del enjuiciado, el abogado LHRR indicó en su escrito de apelación que previo a sustentar el recurso vertical haría "*algunas reflexiones sobre la investigación que nos ocupa…*"[34], las cuales condensó bajo el título de "*REFLEXIONES*

[33] *Ídem*.
[34] Folio 398, C.O.2.

PREVIAS",[35] indicando que son cinco principios sobre los cuales está basado el desarrollo de la investigación penal como lo son el de la presunción de inocencia, la investigación integral, el de defensa, la legalidad y el de la carga de prueba.

Sobre el principio de la investigación integral trascribió el contenido del artículo 469 de la Ley 522 de 1999; respecto del derecho de defensa señaló los artículos 29 Superior y el 196 del Estatuto Punitivo Castrense, procediendo a hacer la transcripción encomillada -sin señalar la fuente- de aspectos generales del derecho de defensa, del debido proceso y de la valoración probatoria; en lo que hace referencia a la presunción de inocencia citó el artículo 29 constitucional y el 197 del códice penal citado en precedencia, agregando una cita sobre el artículo 211 *ibídem*, haciendo referencia a que el mismo guarda relación con el principio de imparcialidad de que trata el artículo 211 *ibídem*; de igual forma, al citar el principio de legalidad mencionó de nuevo el artículo 29 de la Carta Política y transcribió el contenido del artículo 7° de la Ley 1407 de 2010 que lo regula.

A ello sumó el referir que al ser el Estado el titular de la investigación penal y al presumirse inocente al investigado, "*la carga de la prueba en el desarrollo del proceso penal…*"[36] pertenece a aquel, agregando a

[35] *Ídem*.
[36] Folio 400, C.O.2.

renglón seguido que conforme a lo anterior al interior del caso *sub examine* "*se han irrespetado, de forma grosera, esos principios y derechos básicos, y colocado en situación de indefensión a mi apadrinado a quien se le han causado enormes perjuicios por una investigación que a todas luces se aprecia infundada e injusta*."[37].

Bajo el epígrafe "***DE LOS ARGUMENTOS DEL SEÑOR JUEZ. De la prescripción de la acción penal***"[38], luego de hacer referencia a las razones por las cuales el funcionario de primer grado consideró que la acción penal no se encontraba prescrita -ello por tratarse de un delito de ejecución permanente-, consideró que nada más equivocado que esa apreciación por cuanto "*al parecer*"[39] confunde la parte procedimental con la sustantiva o las entrelaza para "*descalificar*"[40] la parte sustantiva de la Ley 1407 de 2010, por cuanto como el propio juez de instancia lo reconoce esta se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento "*al tenor de los principios rectores en especial al principio de legalidad*"[41], sin poderse aceptar que por el hecho de no haberse implementado el procedimiento de la Ley 1407 de 2010 "*de un plumazo desconozca la parte sustantiva ibídem para continuar con la parte sustantiva de la ley 522 de 1999 tal como lo da a entender*"[42], pues lo que ocurre, sostuvo, es "*que los artículos 75, 76 y 79 de la ley* [sic] *1407 de 2010 son los que están vigentes*

---

[37] *Ídem*.
[38] Folio 401, C.O.2.
[39] *Ídem*.
[40] *Ídem*.
[41] *Ídem*.
[42] Folio 402, C.O.2.

y no el artículo 83 de la ley 522 de 1999 al tenor del artículo 628 de la ley [sic] *1407 de 2010*.”[43].

Consideró equivocado el planteamiento del fallador cuando estimó que el delito de deserción es de ejecución permanente “*y al parecer obedeciendo al Tribunal Superior Militar*”[44], cuando como juez puede aplicar el principio de inconstitucionalidad, ello teniendo en cuenta que ninguna persona puede estar de por vida atada a un proceso penal sin que se le resuelva en un lapso establecido “*por el debido proceso señalado en el artículo 29 de la constitución nacional.* ***O lo que es lo mismo no puede haber acciones y penas imprescriptibles por mandato legal.***”[45] [Negrillas en el texto original]

En su juicio “*nada más peligrosista sostener* [sic] *la tesis de darle el calificativo de delito de ejecución permanente al delito de deserción, cuando el mismo código Penal Militar no lo define así y no le da esta interpretación, aquí se está rayando con la prevaricación ya que esta* [sic] *no solo prejuzgando sino que ese está legislando, cuando esta competencia no la tiene ni el Tribunal Superior Militar ni los jueces de instancia al interior de la justicia* [sic] *Penal Militar.*”[46].

Dio cuenta que en el caso *sub examine* no se discute “*si se aplica por favorabilidad los artículos 75, 76 y 79 de la Ley 1407* 2010, *aquí lo que se exige es la*

---

[43] *Ídem.*
[44] *Ídem.*
[45] *Ídem.*
[46] *Ídem.*

aplicación de los mismos artículo [sic], *por el principio de legalidad y debido proceso ya que los mismos están vigentes, independiente de la parte procedimental que se aplique,* ***Honorables magistrados no es posible convalidar tanta arbitrariedad que en últimas se traduce en inseguridad jurídica, vía de hecho y abuso de poder***.”[47] [Negrilla y subrayas en el texto original]

Afirmó que esta Corporación en aplicación del principio de favorabilidad, ha aplicado figuras del nuevo “*código penal*”[48], por lo que “*no se encuentra razón para negar en el presente asunto la aplicación de los artículos 75, 76 y 79 de la ley 1407 de 2010, máxime si es la norma vigente y por tanto no hay coexistencia de normas en la parte sustantiva, lo que si* [sic] *se presenta en la parte procesal y que no debe afectar la parte sustantiva de la Ley 1407 de 2010*.”[49].

Consideró que “*no puede seguirse argumentando el hecho de que no se ha implementado el nuevo sistema oral en la justicia penal militar*…”[50] y que como prueba de su dicho está que este Colegiado ha variado su criterio al conceder “*beneficios*”[51] que a pesar de estar contenidos en la Ley 1407 de 2010 “*son aplicables al procedimiento que se sigue rigiendo por la ley* [sic] *522 de 1999 en aplicación del principio de favorabilidad.*”[52].

[47] Folio 403, C.O.2.
[48] Folio 403, C.O.2.
[49] *Ídem*.
[50] *Ídem*.
[51] *Ídem*.
[52] *Ídem*.

Sostuvo que sin necesidad de consideraciones de orden jurídico, puede establecerse del comportamiento atribuido al IMAR. DAFR que su conducta comenzó a partir del 18 de julio de 2017 "*llevando a la* ***CONSUMACIÓN*** *de la conducta el 24 de JULIO DE 2017, para llevar a su TIPIFICACIÓN frente a la descripción del tipo penal del artículo 109.2 del Nuevo Código Penal Militar – Ley 1407 de 2010, ya que el referenciado Infante dejó transcurrir ese tiempo mínimo estipulado en la ley.*"[53].

Insistió en que al estar vigente una nueva ley penal militar como la 1407 de 2010 y al encontrarse la tipificación del punible hecha bajo lo allí dispuesto, que considera de alguna manera "*más FAVORABLE*"[54] [sic] al procesado de cara al término prescriptivo, y al haberse prorrogado la vigencia de la precitada norma, no es para que se aplique en contra del procesado "*con el pregón que son dos sistemas diferentes, cuando de una parte se aplica la TIPICIDAD que frente al delito de DESERCIÓN se INCREMENTÓ la punibilidad, aunado a que igualmente la figura de la PRESCRIPCIÓN está contenida en la parte SUSTANTIVA, que precisamente se está aplicando desde el momento de la VIGENCIA de la Nueva Ley.*"[55].

Sostuvo que como consecuencia de lo anterior "*la obligación legal y constitucional del Despacho, no es otra que tomar la determinación precisa al caso y a los intereses del procesado, cuando se observa esa causal de IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, llevando en forma por demás OFICIOSA, a estudiar y declarar la viabilidad de dar*

[53] Folio 404, C.O.2.
[54] *Ídem*.
[55] *Ídem*.

aplicación a la figura de LA PRESCRIPCIÓN y la declaratoria de EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, consecuencialmente la CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO a favor del hoy Procesado ***IM DAFR,…***"[56], aserto que sustentó en las consideraciones que se condensarán a continuación. [Negrillas en el texto original]

Como primer aspecto mencionó que los hechos "*se CONSUMARON*"[57] el día 24 de julio de 2017, cuando su defendido luego de un permiso corto que se le otorgó, no regresó a su unidad orgánica.

A ello agregó que para la fecha atrás citada coexistía y estaba vigente la Ley 522 de 1999, ello al no estar implementado el sistema acusatorio, por lo que la "*RITUALIDAD PROCESAL*" se adelanta por tal normatividad, "*muy a pesar igualmente de aplicar la parte SUSTANTIVA de la Nueva Normatividad – propia del sistema acusatorio. Pues no podemos pasar de largo, que el 17 de agosto de 2010 entró en VIGENCIA la Ley 1407 de 2010 – Nuevo Código Penal Militar.*"[58].

Añadió que el principio de retroactividad de la ley en materia penal, que conforme al artículo 29 de la Carta Política es de orden constitucional, ha de ser aplicado para favorecer y no para hacer más gravosa la situación del procesado "*como es para el caso concreto*"[59]. A ello se suma, dijo, la aplicación ultra activa de la ley que para el caso es la Ley 522 de

[56] *Ídem*.
[57] Folio 405, C.O.2.
[58] *Ídem*.
[59] *Ídem*.

1999 en consonancia con ese derecho al debido proceso, elevado a derecho fundamental; que en caso de contradicción entre la Constitución y la ley se habrán de aplicar las imposiciones de la primera conforme el artículo 4° Superior; y que si la conducta se "*consumó*"[60] en vigencia de la nueva normatividad "*debe aplicarse esta frente a lo concerniente con la PRESCRIPCIÓN de la acción penal, como lo plasma el artículo 76 de la ley 1407 de 2010,…*"[61], canon que transcribió.

Acto seguido consignó que "*A estas alturas procesales el motivo del pronunciamiento* ***NO ES*** *el análisis y crítica probatoria para endilgar responsabilidad.* [sic] *Sino la VIGENCIA de una nueva ley más favorable al procesado, frente al término prescriptivo, resaltando de bulto la causal objetiva de IMPROCEDIBILIDAD y continuación de la acción penal en el caso de marras;…*", y asimismo adujo que el término de prescripción se interrumpió "*sea con la Formulación de la Imputación, o bajo el impero de la ULTRAACTIVIDAD de la ley, con la Ejecutoria de la Resolución de Acusación que se dio en el mes de Septiembre de 2018 o sea* ***1 año y 64 días después de la consumación del delito*** *comenzando a contar nuevamente por la mitad valga decir por 6 meses* ***y la corte marcial solo se llevó a cabo el día 23 de julio de 2019 o sea casi 10 meses después*** *de la resolución de acusación.*"[62] [Negrillas en el texto original]

---

[60] *Ídem.*
[61] *Ídem.*
[62] Folio 406, C.O.2.

En punto a la prescripción dijo que esta operó a partir de julio de 2018 y septiembre del mismo año cuando el fiscal dictó la resolución de acusación con fecha 28 de septiembre de la citada anualidad y que, en su criterio, "*la primera prescripción*"[63] tuvo lugar el 24 de julio de 2018, comenzando "*a correr la segunda prescripción*"[64] por el término de seis (06) meses a partir del 28 de septiembre citado, habiendo transcurrido más de dicho término sin que se hubiera llevado a cabo la audiencia de juicio, presentándose el fenómeno prescriptivo; por ello, dado que la audiencia de juzgamiento se surtió el 23 de julio de 2019, era totalmente imposible tomar una determinación distinta a declarar el fenecimiento de la acción penal, siendo esta "*la determinación de ley, pues el procesado no puede estar vinculado en forma indefinida. Es la misma Ley en Colombia que establece que no habrá ni acción ni pena imprescriptibles*."[65].

Citó a continuación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia alusiva al principio de favorabilidad en vigencia de la Ley 1407 de 2010, que hace referencia a que ningún miembro de la Fuerza Pública podrá ser investigado o juzgado sino de acuerdo a la ley penal procesal vigente, observando las formas propias del juicio, y que la ley procesal de efectos sustanciales que sea permisiva o favorable, así sea posterior a la actuación habrá de aplicarse con preferencia a la restrictiva o desfavorable.

---

[63] *Ídem*.
[64] *Ídem*.
[65] Folio 407, C.O.2.

Ello, para asegurar que en nuestra jurisdicción especial en virtud de ese principio de legalidad, la tipicidad y punibilidad propio del sistema acusatorio, con penas más graves al procesado, incluso con nuevos tipos penales, pero inexplicablemente con una mixtura impropia del sistema inquisitivo de una anterior legislación con periodos preclusivos se está aplicando "*una ritualidad procesal desueta, con el pregón de la ULTRA-ACTIVIDAD de la ley frente a la nueva normatividad acusatoria, sin importar y menos atender que las normas procesales son de orden público, que rigen hacia el futuro, que son de imperativo cumplimiento, pero que igualmente y para el caso son normas de dos sistemas totalmente diferentes, pero además, que se están aplicando en contravía de los preceptos constitucionales, no solo de LEGALIDAD sino igualmente de FAVORABILIDAD.*"[66], siendo obligatoria su aplicación de oficio sin dilación alguna, como lo prevén las disposiciones contenidas en el artículo 29 de la Constitución.

Bajo tal entendido, afirmó que son justas las solicitudes por él elevadas en el curso de la audiencia de juzgamiento para que se dé aplicabilidad a los artículos 75, 76 y 79 de la Ley 1407 de 2010, por lo que solició que "*el fallo sea revocado y en consecuencia se decrete la prescripción de la acción penal y en consecuencia se cese procedimiento en favor de mi cliente, en aplicación de los principios rectores que rigen nuestra normatividad penal.*"[67].

[66] Folio 408, *ibídem*.
[67] Folio 409, *ibídem*.

Luego de hacer referencia "*Respecto a los argumentos de tipicidad, antijuridicidad y punibilidad*"[68] y transcribir lo que dijo había manifestado el fallador primario para sustentar su decisión, indicó que "*En verbo y gracia del análisis probatorio podemos decir que el señor juez de primera instancia establece responsabilidad de acuerdo con el caudal probatorio,* ***lo que está defensa lo califica como insuficiente****…"*[69], ello en tanto no se investigó a fondo acerca de la adicción a las drogas a pesar de existir evidencia de ello al interior del proceso, la que da cuenta que esta situación se presentaba mucho antes de ingresar a las filas militares, considerando que el juez de instancia no tiene razón en su argumentación porque si bien existe una obligación de todos los colombianos de prestar el servicio militar, ello no tiene carácter absoluto, existiendo la Ley 1421 de 2010 y normas reglamentarias, "*que obligan al estado* [sic] *a incorporar personas sin ninguna causal de inhabilidad que se traduce en una mala incorporación*"[70], ley de la cual transcribió los artículos 15 al 20, para luego, bajo el título de "***conclusión obligada***"[71], dar cuenta que "*para prestar el servicio militar obligatorio se debe estar en perfectas condiciones físicas y mentales, tal como lo pregonan los artículos 18 y 19 anteriormente transcritos de la ley 1421 de 2010, quiere decir esto que deben de ser tan minuciosos que <u>no permitan una inhabilidad</u> posterior, lo que quiere decir que si se*

[68] *Ídem.*
[69] Folio 410, C.O.2.
[70] *Ídem.*
[71] Folio 411, C.O.2.

presenta un error o se pasa por algo alguna inhabilidad medica [sic] *necesariamente se presenta la incompatibilidad con la ley de reclutamiento y por ello descalifica a la persona como soldado,…"*[72].

Bajo un entendido tal, sostuvo que eso ocurre en el caso *sub examine "y que el señor fallador no ve o por lo menos no hace el estudio y el análisis al respecto y que se halla presentado o no voluntariamente no justifica al estado* [sic] *del incumplimiento de la Ley."*[73] y que, si bien existe la obligación contenida en el artículo 216 Superior, *"también dicho artículo trae una obligación para el estado* [sic] *el cual se plasmó en la Ley 1421 de 2010, y la carga impuesta al estado* [sic] *no se le puede trasladar al ciudadano."*[74].

Indicó que como se puede apreciar desde el año 2016 por parte de la Fundación Renacer se certificó que el investigado es adicto a las drogas, llevando tres procesos de recuperación y que siempre recaía, no habiéndose recibido una vez más por cuanto solo se daban tres oportunidades, circunstancias con fundamento en las cuales sostuvo que no era posible afirmar, como lo hizo el funcionario *A quo*, que por el hecho de ser voluntario *"ya con eso le recaía toda la responsabilidad penal al IM ® DAFR y por ello debe ser condenado."*[75].

---

[72] Folio 412, C.O.2.
[73] *Ídem*.
[74] *Ídem*.
[75] Folio 415, C.O.2.

Cuestionó el apelante qué ocurrió con los antecedentes que se deben exigir a los conscriptos para ingresar a las filas militares, que si el hecho que el procesado hubiera guardado silencio de su adicción era suficiente para exonerar al "*estado*"[76] [sic] de la obligación impuesta por la Ley 1407 de 2010 y que, a pesar de conocerse de tal condición desde la instrucción, no se haya investigado más a fondo.

Aseveró que la psicóloga que atendió al procesado para el 18 de julio de 2017 había detectado la anomalía que presentaba el mismo y que de ello enteró al comandante, asegurando el recurrente que "*seguramente ella intuyo* [sic] *que el Infante estaba pasando por un estado de recaída en las drogas sin embargo la conducta adoptada por la armada* [sic] *en ese lugar fue facilitarle la salida de la unidad ya que lo veía como un riesgo, no es el modo operandi normal de una unidad militar que se le dé a un infante permiso corto por 2 horas dado el lugar donde estaban acantonados que no era una población, ciudad o similar.*"[77].

Estimó que con el acervo probatorio acopiado "*no es posible condenar a un infante o soldado ya que no se dan los presupuestos del artículo 396, 401 y 469 del código penal militar y probablemente podría estar pisando una causal de justificación.*"[78].

---

[76] *Ídem.*
[77] *Ídem.*
[78] *Ídem.*

Hizo énfasis en que ya se conocía que el procesado se encontraba en la indigencia por las calles de Barrancabermeja y que no se le escuchó en indagatoria a pesar que se conocía dónde ubicarlo, por lo que estimó que el "*policía judicial que fue a Barrancabermeja no fue efectivo y por ello no sabemos de propia boca que* [sic] *fue lo que le sucedió*."[79].

Consideró que "*Con todo lo anterior, lo probado es que opero* [sic] *la figura de la prescripción de la acción al tenor del artículo 75, 76 y 79 de la Ley 1407 de 2018 y por tanto JAMAS debió emitirse fallo condenatorio…*"[80], agregando que la cesación de procedimiento "*querellada*"[81] [sic] es lo que corresponde en justicia y Derecho y lo que peticiona ante esta Corporación, que se revoque el fallo dando aplicación del artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 en armonía con los principios que rigen la investigación penal militar.

Insistió en que "*en verbo y gracia del análisis de responsabilidad al parecer se presenta una causal de justificación de acuerdo con lo esbozado en acápites anteriores al presentarse una inhabilidad para el servicio militar que se traduce en una mala o indebida incorporación lo que hace que la conducta resulta* [sic] *atípica frente al señor DAFR*"[82], reiterando solicitar el decreto de la prescripción de la acción penal y como consecuencia de ello la cesación de procedimiento o que se cese procedimiento al resultar atípica la

[79] *Ídem*.
[80] Folios 415 y 416, C.O.2.
[81] Folio 416, *ibídem*.
[82] *Ídem*.

conducta por haberse presentado "*una inhabilidad para el servicio militar obligatorio y en consecuencia una mala incorporación del señor DAFR*."[83].

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE ESTA INSTANCIA

El doctor AARC, Procurador 15 Judicial II Penal, luego de hacer referencia a los hechos debatidos y a los argumentos tanto de la sentencia como del recurso que ocupa la atención de la Sala, estimó que era acertada "*la decisión de aplicar las disposiciones de la Ley 522 de 1999*"[84], al considerar que ello tiene respaldo tanto "*en el artículo 627 de la Ley 407 de 2010, que estableció una implementación gradual del sistema acusatorio, y en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, …bajo el radicado 45.632*."[85].

Aseguró que si los procesos se tramitan por las formas propias del anterior Estatuto Punitivo Castrense hasta que se implemente el sistema penal acusatorio, "*por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004*."[86].

---

[83] Folio 417, C.O.2.
[84] Folio 428, *ibídem*.
[85] *Ídem*.
[86] Folio 432, C.O.2.

Por lo anterior estimó que, si bien el artículo 76 y subsiguientes de la Ley 1407 de 2010 se muestran más favorables al establecer un lapso de prescripción para el punible investigado de un (01) año, que no la "*Ley 522*" que lo establece en dos (02), ello está supeditado a que "*no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar.*"[87].

Consideró que a pesar que los dos ordenamientos determinan la forma de extinguir la acción penal por prescripción, "*lo cierto es que lo hacen de forma diferente y atendidas obviamente las incidencias procesales de cada sistema de modo que el lapso prescriptivo de un año para la deserción sí resulta de la esencia del sistema acusatorio y a la vez incompatible con los términos procesales en que se desarrolla en el proceso prevista en la Ley 522…*"[88].

Consignó que resultaba "*inaplicable en la etapa sumarial prevista en la Ley 522 de 1999 el lapso prescriptivo de un año que para el delito de deserción establece el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 y en su lugar procedente el período de dos años que señala el precepto 83 de aquella codificación, es incuestionable* [sic] *que la demanda que se examina se presenta infundada, como que en las circunstancias descritas la aducida infracción al debido proceso se evidencia intrascendente, por ello deviene imperativa su inadmisión.*"[89].

---

[87] *Ídem.*
[88] *Ídem.*
[89] *Ídem.*

En su criterio "*la aplicación de las normas de la Ley 522 de 1990 es acertada, en tanto que si bien las disposiciones de la ley 1407 de 2010 entraron en vigencia, aun no se aplican por falta de implementación del sistema, lo cual a su vez tiene asidero en el artículo 627 de esta Ley.*"[90].

Dio cuenta que si bien los términos de prescripción y los de su interrupción contenidos en la Ley 522 de 1999 resultan desfavorables frente a la Ley 1407 de 2010, ello se encuentra justificado por lo anotado, pero "*lo que sí no tiene ninguna justificación es que para efectos de la escogencia de la pena y de sus consecuencias entonces sí se acuda a ésta última ley, abiertamente desfavorable al procesado…*"[91].

Sostuvo que aspectos como la materialidad del punible investigado y la responsabilidad en el mismo del procesado "*se reúnen a cabalidad, con fundamento en las pruebas que obran en el proceso*"[92], pues el procesado encontrándose en la prestación del servicio militar obligatorio se evadió injustificadamente, no pareciéndole de recibo lo que ha sostenido la defensa en punto a que su prohijado "*fue indebidamente vinculado, teniendo una inhabilidad por consumo de psicoactivos, cosa que no estaba establecida para el momento de la vinculación.*"[93].

---

[90] Folio 433, C.O.2.
[91] *Ídem.*
[92] *Ídem.*
[93] *Ídem.*

Llamó la atención por el hecho que si se estaba aplicando la Ley 522 de 1999 en aspectos sustanciales, por el hecho de afectar derechos de los procesados por tratarse normas relativas a la prescripción y la interrupción de la misma aduciéndose que la Ley 1047 de 2010 no se había implementado, "*entonces debió guardarse coherencia y aplicar las penas previstas en la primera ley con las consecuencias allí contenidas y no tomar, como hace el fallador, lo más desfavorable de las dos leyes, en abierta contradicción al principio de favorabilidad y al principio pro hómine, integrantes del derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.*"[94].

Añadió a lo anterior, que sin argumentación alguna "*se recurre a aquello que más le duela al procesado y se aplica, ahora sí, una norma prevista para un sistema no implementado, pasando del arresto de 6 meses a 2 años, pena prevista en el artículo 128 de la primera ley a la de prisión de 8 meses a dos años, prevista en el artículo 209 de la nueva ley.*"[95].

Consideró que la citada variación sin justificación y sin argumentación "*se extendió a los efectos de la pena, pues en la sentencia se niega el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena contenido en el artículo 63 de la Ley 1407 de 1999* [sic], *por no reunir los requisitos allí previstos, pero sin precisar cuáles son los requisitos que faltarían, debiendo aplicarse, de*

[94] Folio 434, C.O.2.
[95] *Ídem.*

manera coherente, lo dispuesto en el artículo71 [sic] *de la ley 522 de 1999.*"[96].

Por lo anterior solicitó a esta Corporación "*mantener la decisión apelada en lo que respecta a la negativa de prescripción penal y al fallo de responsabilidad, modificando la pena impuesta y sus efectos, para adecuarla a lo previsto en la Ley 522 del 1999.*"[97].

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de su Tercera Sala de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año[98], como de los ocurridos con posterioridad a la misma - no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial - mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación

---

[96] *Ídem*.
[97] Folio 435, C.O.2.
[98] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos Mayo de 2011, radicado 36412; Junio 22 de 2011, radicado 36737, Noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y Marzo 07 de 2012, radicado 38401.

sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar como es costumbre inveterada de este Tribunal castrense, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sincretizadas las principales actuaciones procesales adelantadas en la presente causa, al igual que extractados los argumentos insertos en el escrito de alzada a título de sustentación del disenso del recurrente respecto de las decisiones judiciales objeto de control en esta segunda instancia, como también aquellos en que se finca la posición del representante de la sociedad ante la misma en su concepto de rigor, irrefragable se avizora que dos son los tópicos sobre los que gravita la sustentación del recurso vertical impetrado por el abogado LHRR en su condición de defensor público del IMAR (R) DAFR, el primero de ellos consistente en que al momento de calificarse el mérito sumarial y, asimismo al dictarse la sentencia condenatoria reprochada, la acción penal seguida contra su prohijado se encontraba prescrita,

por lo que lo procedente no era haber proferido aquella sino haber cesado procedimiento y, la segunda, que de no considerarse así procedía dicha cesación de procedimiento pues la conducta del sumariado resultaba atípica toda vez que existía "*una inhabilidad para el servicio militar obligatorio y en consecuencia una mala incorporación del señor* DAFR".

Bajo un entendido tal, la Sala desde ya habrá de precisar que por prelación se resolverá primero lo atinente a la postulación prescriptiva de la acción penal que hace el prenombrado defensor público, pues de prosperar no habría lugar, por sustracción de materia, a pronunciarse en punto a su otra postulación argumentativa apalancada, se itera, en la presunta atipicidad de la conducta del encartado.

i) **De la prescripción de la acción penal.**

Proemio de la disquisición que compete llevar a cabo a esta Colegiatura, ha de remembrarse que el apelante fundó su inconformidad en la negativa por parte del Juez de Primera Instancia de la Inspección General Armada Nacional de dar aplicación al inciso 2° del artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, relativo al término de prescripción de la acción penal originada en el delito de deserción y fijado en dicho canon en un (01) año, negativa que el *Iudex A quo* cimentó en que la acción penal no se hallaba prescrita al momento en que se profirió la resolución acusatoria, 28 de septiembre de 2018, toda vez que el término de ley es

el de dos (02) años y no el de un (01) año postulado por el defensor del procesado en la audiencia de Corte Marcial, como tampoco se hallaba prescrita al dictarse la sentencia de primera instancia pues aún no había transcurrido el lapso que, una vez interrumpido el inicial término prescriptivo por aquel acto de jurisdicción, comienza a correr nuevamente.

Contrario a ello, el censor sostuvo que lo así argumentado, "*al parecer obedeciendo al Tribunal Superior Militar*"[99], resultaba errado pues el fallador de primera instancia "*al parecer*"[100] confundió la parte procedimental con la sustantiva o las entrelaza para "*descalificar*"[101] la parte sustantiva de la Ley 1407 de 2010, amén que ninguna persona puede estar de por vida atada a un proceso penal sin que se le resuelva en un lapso establecido "*por el debido proceso señalado en el artículo 29 de la constitución nacional. O lo que es lo mismo no puede haber acciones y penas imprescriptibles por mandato legal.*"[102]

Ante un panorama procesal de esta naturaleza, la Sala en procura de adoptar una decisión ajustada a Derecho y por ende, como debe ser en tratándose de toda decisión judicial, respetuosa del bloque de constitucionalidad a que se refiere el canon 93 Superior y de las garantías fundamentales que asisten a todo procesado, considera procedente, como primera

---

[99] *Ídem.*
[100] *Ídem.*
[101] *Ídem.*
[102] *Ídem.*

medida y habida cuenta la multiplicidad de oportunidades en que éste ente colegiado ha debido pronunciarse sobre similares pedimentos, la gran mayoría de ellos soportados en la aplicación del principio de favorabilidad ante la coexistencia en el ordenamiento jurídico de dos legislaciones que regulan dicho tópico pero de disímil manera en punto al término para su acaecimiento, extractar las principales decisiones judiciales que al interior de este Tribunal Castrense se han producido en torno a cuál ha de ser el término a contabilizar en tratándose de la prescripción de la acción penal originada en el ante citado delito de ausencia y, asimismo, traer a colación las principales decisiones del órgano cierre de esta jurisdicción foral en las que se ha discernido sobre tal *thema*, para finalmente adoptar la decisión que en Derecho zanjará la controversia que plantea el recurso de alzada.

Así las cosas, cabe rememorar, para efectos de la disquisición que corresponde a la Sala llevar a cabo, cuáles han sido las principales consideraciones que sirvieron de basamento a algunas de las decisiones adoptadas por las Salas que integran este órgano plural, ello en relación con cuál es el término a aplicar en punto a la prescripción de la acción penal germinada en el reato de deserción y que se ejerce por el Estado en las causas penales que se surten en esta jurisdicción al amparo ritual del esquema de procesamiento anejo a la Ley 522 de 1999, esto no empece la entrada en vigencia desde el 17 de agosto de

2010 de la Ley 1407 de éste año[103] y de la eficacia jurídica de sus normas sustanciales y procesales que no dependan de la implementación del sistema acusatorio regulado en esta última codificación. Dichas consideraciones se extractarán acto seguido:

Del término de prescripción de la acción penal a aplicar en los procesos que por el delito de deserción rituados por la Ley 522 de 1999.
I. **Primera Sala de decisión del Tribunal Superior Militar.** Rads. 157322 de junio 14/12, 157349 de junio 25 de 2012, 157584 de marzo 14 de 2013 y 157731 de agosto 23 de 2013, M.P. CN ® JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ. En estas decisiones se dijo "*Sin embargo inicialmente debe tenerse en cuenta que a pesar de la vigencia de las dos leyes (522/99 y 1407/10), que contemplan también dos procedimientos diferentes, el legislador previó la implantación del nuevo sistema en forma gradual y sucesiva, lo que genera una situación particular, precisamente porque a pesar de la vigencia, uno de ellos no es aplicable, porque está condicionado al plan, que en este momento se tiene previsto para el 1 de enero de 2014*", al igual que "*Pues bien, han sido prolíferos los pronunciamientos de esta Corporación con relación a la no aplicación del nuevo término prescriptivo de la acción penal que estatuye la ley 1407/10 , y en ellos se han esbozado las razones por las cuales no es viable la activación del principio de favorabilidad, básicamente afirmándose que ello obedece a que el término prescriptivo está atado al nuevo modelo procesal –pues los supuestos fácticos del instituto en las dos normas no guardan correspondencia-, cuya reglas están supeditadas al proceso de implementación que aún no se ha producido, lo que obliga a que a pesar de que los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la ley 1407/10 se aplique indefectiblemente lo estatuido en la ley 522/99*". En estas decisiones también se dijo (en la radicada con el No.157731) "*Pues bien, han sido prolíferos los pronunciamientos de esta Corporación con relación a la no aplicación del nuevo término prescriptivo de la acción penal que estatuye la ley 1407/10 , y en ellos se han esbozado las razones por las cuales no es viable la activación del principio de favorabilidad, básicamente afirmándose que ello obedece a que el término prescriptivo está atado al nuevo modelo procesal –pues los supuestos fácticos del instituto en las dos normas no guardan correspondencia-, cuya reglas están supeditadas al proceso de implementación que aún no se ha producido, lo que obliga a que a*

[103] *Cfr.* sentencia C-444 de 2011, M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

pesar de que los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la ley 1407/10 se aplique indefectiblemente lo estatuido en la ley 522/99". Asimismo, trayendo a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en decisiones rads. 24138 del 20 de octubre de 2005 y 23700 del 9 de febrero de 2006, Magistrado Ponente ALFREDO GÓMEZ QUINTERO en las que, dentro de los cauces propios del examen sobre la aplicación del principio de favorabilidad, se hizo un análisis sobre los términos de prescripción de la acción penal regulados de diversa manera en las Leyes 599 de 2000 y 906 de 2004 una vez se produce la interrupción del que inicialmente corría, se dijo que el previsto en menor duración en la segunda estas normas había sido concebido para tener operancia dentro del sistema acusatorio y no en uno con tendencia mixta.

Rad. 157390, M.P TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, julio 04 de 2012. La ley 1407/10 derogó los libros primero y segundo de la Ley 522/99. No pueden estar vigentes dos catálogos de tipos penales por legalidad y por la función garantizadora que cumplen los mismos, de tal forma que el ciudadano ante la hipótesis de existencia de proceso penal, pueda atender el derecho de defensa y el de contradicción. En la última de estas providencias se dijo: "*Ha sido posición de esta Sala de Decisión, sostener que a partir del 17 de agosto de 2010, cuando entró en vigencia la Ley 1407 de 2010, la parte sustancial de la Ley 522 de 1999 quedó derogada tácita u orgánicamente, si se toma en consideración que el nuevo estatuto de tendencia acusatoria reguló íntegramente lo pertinente a esa materia, por manera que frente a la no coexistencia de normas sustantivas y respetando el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 Superior y traducido en norma de garantía en el artículo 7 de la Ley 1407 de 2010, la ley prexistente al acto que se imputa, en el presente asunto, conforme a la fecha de ocurrencia de los hechos, no es otra que la recogida en la Ley 1407 de 2010.*"

Rad. 157347 de 08 de agosto de 2012, M.P TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, en la que trayendo a colación la sentencia No. 24300 del 23 de marzo de 2006 de la Corte Suprema de Justicia, MP ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON y la Sentencia C-416 del 28 de mayo de 2002, MP. DRA. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, de la Corte Constitucional, se estimó, igualmente haciendo un análisis en torno a la aplicación del principio de favorabilidad, que "*Puestas así las cosas, no cabe duda que si bien el instituto jurídico de la prescripción encuentra regulación en las dos legislaciones coexistentes, y que el término prescriptivo previsto en el inciso segundo del artículo 76 de la ley 1407, resulta más benéfico respecto del consagrado en el inciso tercero del artículo 83 de la Ley 522 de 1999, habida cuenta que en aquél es de un año y en este de dos, también lo es que los presupuestos fácticos-procesales no son similares, y la aplicación del precepto benévolo resquebraja la sistemática del esquema diseñado por la ley 522 de 1999, que debe regir el rito del presente proceso.".* La anterior conclusión

se reforzó con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 23700 del 9 de febrero de 2006, MP. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, en cuanto a que mientras que en el procedimiento de la Ley 600 la causa de la interrupción es la acusación en firme, en la 906 lo es el acto de vinculación (formulación de imputación), lo que indicaba que se trataba de situaciones fáctico procesales disimiles y que los diversos términos se correspondían con el esquema procesal en que iba a producir efectos y que aplicar el término prescriptivo del artículo 76 de la ley 1407 por razón del principio de favorabilidad, a un caso regido por las disposiciones de la ley 522 de 1999, resquebrajaría la estructura propia de cada una de las sistemáticas.

En el radicado 157227, M.P. TC ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, octubre 08 de 2012, propio de causa penal adelantada por hechos constitutivos del delito de Deserción y consumados el 10 de Diciembre de 2009, se dijo: "*En el caso particular debe tenerse en cuenta que el instituto de la prescripción de la acción penal es una figura que tiene efectos sustanciales, pues ella beneficia al procesado en el ámbito de su esfera de libertad, como así lo esgrimió la Corte Suprema de Justicia….Como se ve, en todo momento la Corte hace referencia a la figura de la interrupción de la prescripción y a su imposibilidad de aplicación retroactiva, más no se hace un pronunciamiento directo en torno a la figura de la prescripción de la acción penal en sí, lo que resulta entendible pues en la Ley 906 de 2004 no se reformó lo atinente a la figura de la prescripción, circunstancia que sí ocurrió en la Ley 1407 de 2010, aspecto que cambia los presupuestos de aplicación de dicho criterio jurisprudencial al caso presente. Con fundamento en este criterio, se considera que no es procedente tampoco la aplicación del término de prescripción de un año para el delito de deserción, pues ello no justifica la no aplicación por favorabilidad del nuevo término señalado en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010. Es decir, ese criterio justifica que no se pueda aplicar retroactivamente la figura de la interrupción de la prescripción de la acción penal, pero no sirve o no explica el por qué no se pueda aplicar retroactivamente el término de un año de prescripción para el delito de deserción……De lo expuesto puede concluirse que esta Sala, apartándose del precedente hasta ahora fijado por el Tribunal Superior Militar, considera que sí es procedente la aplicación retroactiva del artículo 76 de la Ley 1407 de 2010. Ahora bien, como la Ley 1407 de 2010 empezó a regir a partir del 17 de agosto de 2010, es a partir de esta fecha que empieza a correr el año de prescripción; sin embargo dentro del proceso se tiene que con fecha primero de marzo de 2011 se profirió resolución de acusación, la cual quedó en firme el 17 de marzo del mismo año, lo que quiere decir que para esta fecha se interrumpió la prescripción de la acción penal.*"

Rad. 157957 de agosto 27 de 2014, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, citando decisiones de la Corte Suprema de Justicia de radicados

35946 y 36352 del 13 de Abril y 27 de Julio de 2011, respectivamente, indicó: "(…) *el término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción es de dos (2) años, de acuerdo a lo previsto en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, así mismo que la no aplicación del término previsto en la nueva Ley por parte de la segunda instancia, obedece a razones de principios rectores e incompatibilidad de sistemas penales, más no a capricho o posiciones jurídicas de la Corporación. (…) la ley 1407 del 17 de agosto de 2010, vigente desde esta misma fecha, introdujo un nuevo sistema de procesamiento penal en la jurisdicción penal militar, y que la misma coexiste, en lo pertinente, con la ley 522 de 1999; sin embargo, el catálogo de reglas que hacen parte de aquel sistema procesal, en lo que toca con su aplicación fue modulado por el querer del legislador a través del método de implantación gradual, tal como se desprende del contenido de los artículos 623 y 628 de la Ley 1407 de 2010.*

Sin embargo, hay que aclarar que la aplicación de tales normas benévolas, conforme lo tiene sentado el precedente vertical, vertido de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, solo es posible bajo la condición de que no comporte una afectación a lo vertebral del nuevo sistema, esto es, de aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizarían tanto sus postulados y finalidades, como su sistemática…"[104]*"*

Radicado 158042 de marzo 13 de 2015, M.P. TC ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, en el que al tratar una causa penal adelantada por hechos constitutivos del delito de Deserción y consumados el 17 de Noviembre de 2012, se adujo al comparar el término de prescripción establecido en la Ley 522 de 1999 y 1407 de 2010 que: "(…) *Comparadas estas dos regulaciones, fácil es concluir que ésta última es más benéfica a los intereses del procesado, pues reduce de dos (2) a un (1) año, el término de prescripción, siendo procedente su aplicación por virtud del principio de favorabilidad (retroactividad), pero exclusivamente dada una situación particular suscitada dentro del tránsito de legislación entre estos dos Códigos.*

Pero, frente a delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, debe darse aplicación a la regla contenida en esta última disposición, conforme así lo establece el artículo 628[105] *y lo postula el principio de legalidad establecido en los artículos 29 de la Constitución Política y 7 de la Ley 1407*

[104] Tribunal Superior Militar, radicado No. 156777, enero 31 de 2011, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZALEZ

[105] "*Artículo 628. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. (…)*". La frase subrayada fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-444 de 2011, en la que aclaró que "*bajo el entendido que la ley regirá a partir del 17 de agosto de 2010*".

de 2010. De manera que frente a delitos cometidos después del 17 de agosto de 2010, la regla determinante a efectos de establecer el término de prescripción, es la contemplada en el artículo 76, significando que para el delito de deserción, el término de prescripción es de un (1) año.

La posición mayoritaria de esta Sala, converge en señalar que el nuevo término previsto en la Ley 1407 de 2010 para el delito de deserción, debe ser inaplicado, argumentándose que éste está entrelazado con el nuevo sistema penal acusatorio que se pretender (sic) implantar mediante la citada ley. Posición que no puede ser avalada, por lo siguiente:

1. En la historia reciente de las codificaciones penales militares, y partiendo desde la expedición del Decreto 0250 de 1958, el delito de deserción siempre ha contado con un término especial de prescripción, el cual ha sido considerablemente menor en relación con el término de prescripción previsto para los otros delitos de conocimiento de la justicia penal militar.

2. En el trámite de expedición de lo que es la Ley 1407 de 2010, la única motivación que puede explicar la fijación del nuevo término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción, se encuentra en el informe para primer debate Senado al proyecto de Ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara, en el que se dijo lo siguiente:

> "Como se anota, se excepciona el delito de Deserción respecto del cual se fija un término de prescripción de la acción y de la pena de dos años, lo que resulta comprensible si se tiene en cuenta que al servicio militar se llega de forma obligatoria, que los procesos de incorporación son de forma permanente y continua, que este es un delito de menor lesividad pero de mayor ocurrencia, y que se ha establecido como pena para este delito un extremo de ocho meses a dos años de prisión; por lo que el Estado no puede desgastarse por espacio de cinco años, ni ser tan ineficaz para ejercitar la acción o materializar la pena, en comportamientos que se consideran de menor lesividad."[106]

Lo anterior evidencia que el término especial previsto para el delito de deserción, obedece a razones de política criminal, considerándose por el legislador, que el delito de deserción contiene una lesividad menor que no justifica el desgaste de la administración de justicia por tanto tiempo. Debe tenerse en cuenta, que en el proyecto inicial presentado por el Gobierno Nacional a consideración del Congreso de la República, se mantenía el término de dos (2) años para la prescripción de la acción penal en el delito de deserción, pero revisadas las actas donde consta

---

[106] Ver Gaceta del Congreso 624 Senado del 06 de diciembre de 2006, en donde aparece publicado el informe para primer debate Senado al proyecto de Ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara, hoy Ley 1407 de 2010.

el trámite legislativo, se encontró que fue durante el segundo debate en el Senado, donde a última hora y sin ninguna discusión, se modificó y aprobó el cambio de dicho término por el de un (1) año[107]*. Modificación, que se aviene con la potestad de configuración legislativa, dentro de la cual el Legislador puede optar o señalar términos especiales de prescripción de la acción penal, como así lo expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-580 de 2002, (…)*

3. Por el contrario, no existe la menor evidencia de que el cambio introducido por la Ley 1407 de 2010, obedezca o guarde relación, con el trámite procesal diseñado por dicha ley. Es más, si así lo fuere, muy seguramente la reducción en el término de prescripción lo sería para todos los delitos, del mismo modo a como se hizo con la Ley 906 de 2004, que en su artículo 192, la redujo a tres (3) años después de su interrupción.

De lo expuesto puede concluirse que no hay ninguna justificación para evitar aplicar el término de prescripción previsto en la Ley 1407 de 2010 a conductas ocurridas después de su vigencia."

Rad. 159094, julio 18 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. "*Tal delito –deserción-, consagrado en el artículo 109.1 de la Ley 1407 de 2010, vigente para la época de los hechos, tiene previsto una pena de ocho (8) meses a dos (2) años de prisión… Precisado lo anterior, habrá de añadir este Juez Plural, en aquellos precisos eventos en que la acción penal se origina en dicho delito el término de prescripción es el de dos (02) años, de acuerdo a lo regulado en el artículo 83, inciso 2° de la Ley 522 de 1999 y al precedente vertical del órgano de cierre en lo penal , término que se verá interrumpido con la ejecutoria de la resolución de acusación (artículo 86 Ley 522 de 1999), momento desde el cual correrá un segundo lapso que corresponde a la mitad de aquel –un (1) año-, de manera que, la acción penal prescribirá sí en este tiempo no se profiere sentencia y se logra su ejecutoria* (radicado 48820 del 27 de febrero de 2019 CSJ)."

II. **Segunda Sala de decisión del Tribunal Superior Militar.**

Rad. 156776, febrero 08 de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS. En esta decisión se acuño: "*Del Principio de Favorabilidad y el Instituto de la Prescripción: Sobre este tema igualmente ya se ha pronunciado esta Corporación siguiendo los lineamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia en el entendido que cuando se pretenda, por vía del principio de favorabilidad, aplicar un instituto como por ejemplo el de prescripción y que está consagrado en una legislación y se busque aplicarlo dentro de otra, ya sea por tránsito, sucesión o coexistencia de leyes, se*

[107] Al respecto, consultar la Gaceta 415 de 2007.

requiere la existencia de tres presupuestos básicos, así: i) que la figura jurídica tenga regulación en las dos legislaciones, ii) que en dichas figuras se predique en su configuración, similares presupuestos tanto fácticos como procesales y por último iii) que la aplicación del instituto en búsqueda de la favorabilidad del procesado no resquebraje el sistema procesal en el cual se busca aplicar…. Sin embargo, se considera también prudente, remitirnos a decisión anterior de esta Sala cuando abordó el tema de la favorabilidad y del instituto de la prescripción, así reseñó:.. "De los requisitos para aplicar un instituto perteneciente a una ley en otra ley coexistente por vía del principio de favorabilidad: Con los anteriores planteamientos, el problema jurídico a resolver, es si el principio de favorabilidad se aplica al instituto de la prescripción en el caso de coexistencia de leyes, dicho problema se resuelve negativamente, en primer término porque el fenómeno de la prescripción es un Instituto en su integridad y como tal su aplicación y regulación depende del sistema procesal en que se aplique, llámese proceso con tendencia acusatoria o procedimiento mixto, pues dependiendo del sistema procesal que se adelante el acto que interrumpe la prescripción en uno es un acto de vinculación, en el otro sistema es un acto acusación, por ello entre otras razones, difícil resulta aceptar una aplicación aislada del precepto normativo que señala el término de un año, aplicarlo de manera asimétrica al momento procesal que lo concibió. El desarrollo jurisprudencial de la Alta Corporación ya fue acogido por este Tribunal en proveído del 8 de octubre de 2010, así se refirió: ""Lo anterior, nos lleva a concluir al igual como lo hizo la Corte Suprema de Justicia (que el instituto de la prescripción contenido en la ley 1407 de 2010 esta dado para operar en el sistema acusatorio y no para el procedimiento que estatuye la Ley 522 de 1999, al no estar regida por los mismos principios que ahora orientan el sistema acusatorio). En este sentido entonces, tendríamos siguiendo el criterio jurisprudencial antes mencionado[108] y perfectamente aplicable al caso de estudio, que la interrupción de la prescripción en la Ley 522 de 1999 (resolución de acusación) y en la Ley 1407 de 2010(formulación de imputación) no guardan similitud al corresponder a actos de distinto contenido material y alcance, que sus consecuencias procesales son diferentes, que corresponden a etapas procesales distintas, y que por lo mismo no es posible predicar identidad, además porque el nuevo estatuto también establece la figura de la acusación"". Planteadas así las cosas, el instituto de la prescripción regulado en la Ley 522 de 1999 dispone de unos actos procesales para contabilizar los términos de prescripción diferentes a los actos procesales contemplados en la Ley 1407 de 2010, específicamente en la primera codificación referida al término de prescripción de la acción se

[108] Citado en Radicado 156700 del Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, M.P. MY. (RA) MARYCEL PLAZA ARTURO, 8 de octubre de 2010, Rad.23700, Corte Suprema de Justicia, 09 de febrero de 2006.

interrumpe con el acto procesal de acusación (ejecutoria de la resolución de acusación). Y diferente ocurre con la nueva codificación castrense que interrumpe el término prescriptivo de la acción con un acto de vinculación como lo es la formulación de imputación y es en ese orden de ideas es que no se pueden asimilar los presupuestos de cada sistema, pues ello afecta la estructura del procedimiento donde pretenda aplicar, es decir, desestructura el rito procesal de la Ley 522 de 1999."

Rad. 157245 del 30 de agosto de 2012, M.P. MY(r). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME. En este pronunciamiento, también proferido dentro de causa en la que se debatía si por virtud del principio de favorabilidad es posible la aplicación retroactiva o ultractiva una norma legal al darse un tránsito de legislación o coexistencia de legislaciones que regulen las mismas materias, y en el que se concluyó que ello es viable si las figuras jurídicas enfrentadas tienen regulación en las dos legislaciones, si respecto de ellas se predican similares presupuestos fáctico-procesales y si con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraja el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable, se sostuvo: *"Ha de señalarse germinalmente que, no existe discrepancia alguna en que el hecho objeto de esta investigación, tuvo ocurrencia en vigencia de la ley 1407 de 2010, como quiera que la misma se convirtió en Ley de la República desde el 17 de Agosto de la misma anualidad, fecha de publicación en el Diario Oficial, criterio consolidado de manera pacífica por las diferentes salas de decisión de esta Corporación, debiendo si precisar que, la parte general y especial de la ley 1407 de 2010, en cuanto hace referencia a las normas sustanciales, tiene pleno vigor desde su publicación, no así la parte procedimental y aquellas disposiciones procesales de carácter sustancial, las cuales se encuentran moduladas por la misma ley, condicionando su aplicación a la implementación del sistema acusatorio, por ello, el procedimiento aplicable a todos las investigaciones que se adelantan actualmente, es el rituado en la ley 522 de 1999, por lo cual, sin ahondar en mayores consideraciones y por estimar que este tema ha sido debatido con claridad en precedentes decisiones de esta Sala, acudiremos a lo expresado en postrer pronunciamiento de este colegiado con ponencia de quien hoy le correspondió esta honrosa tarea en el que se expresó:….. Examinado en su contexto el contenido de la Ley 1407 de 2010 (nuevo Código Penal Militar), se infiere que el legislador moduló su entrada en vigencia en tres momentos bien definidos, el primero, a partir de la publicación de la ley para efectos de los ajustes en la planta de personal con miras a la implementación del sistema oral; el segundo, armoniza la entrada en vigencia del procedimiento penal oral acusatorio y para ello, condicionó sus efectos jurídicos al establecimiento de un plan de implementación dentro del año siguiente a la fecha de la publicación de la ley, acorde al marco fiscal del sector defensa ; y el tercero, establece que ley 1407 de 2010 regirá para todos aquellos delitos que se cometieran con posterioridad al 1 de*

Enero de 2010 , consecuentemente con ello, deroga en cada oportunidad las disposiciones contenidas en la ley 522 de 1999 (antiguo Código Penal Militar)….En este orden de ideas y conforme a las razones expuestas en precedencia, debe precisarse, con fundamento en los precedente arriba citados, que para todos los efectos la parte general y especial de ley 1407 de 2010, se encuentra vigente y es aplicable desde el 17 de Agosto de 2010, no así, la parte procedimental que fue modulada en el artículo 627 de la misma ley, por lo cual su aplicación está condicionada al plan de implementación, consecuentemente, a partir de esa misma data queda derogada la parte general y especial de la ley 522 de 1999, luego, todos los hechos punibles que hayan tenido ocurrencia a partir de la citada fecha, deben adecuarse a los tipos penales previstos en la ley 1407 de 2010."[109].

Dentro del radicado 158041 del 29 septiembre de 2014, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS se señala: "*Partiendo de la realidad jurídica que la ley 1407 de 2010 se encuentra vigente, también lo es, que los procesos penales militares se están adelantando bajo el procedimiento fijado en la ley 522 de 1999 por la falta de implementación del sistema oral acusatorio, específicamente por la ausencia de las figuras de la Fiscalía Penal Militar y del Cuerpo Técnico de Investigación.*

A partir de la vigencia la apelante construye su argumento para buscar que el término prescriptivo de un (1) año previsto en el artículo 76 de la ley 1407 de 2010 se aplique dentro del rito procedimental establecido en la Ley 522 de 1999, petición que esta Sala rechaza en virtud a que se trata de dos sistemas procesales distintos y por ende cada uno de ellos contiene sus propias estructuras y finalidades y dentro de cada contexto, se debe realizar el análisis de los principios de legalidad o favorabilidad.

En ese orden de ideas, resultaría violatorio de la garantía de la legalidad y por ende del debido proceso, aplicar el término prescriptivo de un (1) año dentro del rito procesal de tendencia inquisitiva regulada en la ley 522 de 1999, cuando aquel término fue proyectado dentro de otro esquema procesal diametralmente opuesto y naturalmente con otros propósitos, dada su propia estructura como lo es el sistema procesal de tendencia acusatoria previsto en la ley 1407 de 2010.

Menciona la apelante que se ha de aplicar el criterio que regula un (1) año como término prescriptivo para enervar el ejercicio de la acción penal, dentro del sistema procesal de tendencia acusatoria, pero dicha pretensión, la quiere materializar dentro del contexto del sistema procesal de tendencia inquisitiva que se

[109] Tribunal Superior Militar, Segunda Sala de Decisión, radicado 157005, auto junio 07de 2011, M.P. MY(r). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME.

está adelantando en el caso sub júdice, y bajo la norma de la Ley 522 de 1999, presentando como fundamento de su petición, la aplicación del principio de legalidad.

Frente al principio de legalidad invocado, ha de recordarse que este es un instrumento que brinda seguridad jurídica en el entendido que evita abusos de poder, delimitando las fuentes del derecho, es decir, consagra los criterios para determinar conductas y actos procesales; en otras palabras, establece una seguridad jurídica para los individuos en la sociedad, al mismo tiempo que limita el poder punitivo del Estado al regular el ejercicio de los jueces, de manera que, el principio de legalidad se constituye en un bastión del debido proceso, el cual naturalmente ha de ser valorado dentro del contexto, es decir, dentro del sistema de tendencia inquisitiva regulado en la Ley 522 de 1999 y en ese orden de ideas, el termino prescriptivo de un (1) año, vulnera el sistema procesal que se adelanta en el caso sub júdice y por ende, atenta contra el principio de legalidad."

Rad. 158090 del 31 de octubre de 2014, M.P. BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMON ZARATE. "*De lo decantado en precedencia, diáfanamente nos lleva a colegir que no hay lugar a dar aplicación al principio de Legalidad como lo propone la recurrente Vertical –Procuradora Judicial 240 Penal I-, pues recuérdese que la prescripción de la Acción Penal es una causa de extinción de la pretensión punitiva estatal que impacta el ejercicio procedimental de la misma, por el mero transcurso del tiempo tras la comisión del delito, y al ser un límite temporal al ejercicio del Poder Penal del Estado da lugar a la derogación de dicha potestad por el transcurso del tiempo, siendo su consecuencia más importante el de operar como instrumento realizador del Derecho Fundamental a la definición del proceso penal en un Plazo Razonable, entendido éste como un estándar Internacional de Administración de Justicia acuñado desde los mismos instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad Colombiano, haciendo realidad la garantía procesal a ser juzgado sin dilaciones indebidas. (…)*

Nótese como el ordenamiento penal al prever la figura jurídica de la Prescripción como una de las causales de extinción de la Acción Penal, la liga indisolublemente a las normas procesales, que en el caso del Nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010- como se analizó en precedencia, es incuestionable que desde el 17 de Agosto de 2010 se encuentra vigente y por ende se aplica en cuanto a las normas Sustanciales –parte Sustantiva- como también en lo que respecta a las normas que definen competencias, también es cierto que lo mismo no acontece con la Ley Procesal Militar –Sistema Acusatorio-, que tiene una función instrumental por cuanto aún no ha sido implementada.

Lo anterior, nos lleva a concluir al igual como lo hizo la

Honorable Corte Suprema de Justicia, que la figura de la prescripción contenido en el nuevo Código Penal Militar -Ley 1407 de 2010- está dado para operar en el sistema Acusatorio y no para el procedimiento que estatuye el Código Penal Militar -Ley 522 de 1999-, al no estar regida por los mismos principios que ahora orientan el sistema Acusatorio, que no corresponden a la estructura del sistema mixto, por la que se tramita el presente proceso."

Rad. 158823 del 05 de abril de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. *"Bajo ese entendido, sería del caso para la Sala abordar el examen de la hipótesis planteada por la defensa del acusado y que es apoyada por la delegada del Ministerio Público ante el Ad quem, sino fuera porque se advierte la necesidad de dar aplicación al artículo 231 de la Ley 522 de 1999 y, en tal sentido, decretar la cesación de procedimiento por haber tenido ocurrencia el fenómeno de la prescripción de la acción penal en el presente asunto.*

Para ello, ha de tenerse en cuenta que conforme lo normado en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, norma adjetiva aplicable en el presente evento, el término de prescripción de la acción penal en el delito de deserción corresponde al de dos (2) años, en donde se establece: (…)

Conforme a lo anterior, el término prescriptivo de la acción penal en el delito de deserción puede darse en dos eventos: El primero, tiene lugar desde que la conducta se entiende consumada hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos años determinará la extinción de la acción penal. El segundo evento, registra como hito base el momento desde el cual cobra ejecutoria la resolución de acusación hasta el día en que queda en firme la sentencia, período que de superar el año determinará la prescripción de la acción penal. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en el último pronunciamiento que sobre el tema expidió, al señalar:

"No obsta lo anterior para analizar la prescripción de la acción en este asunto, durante el juicio, sobre todo porque, sentado el supuesto de que la Ley 1407 de 2010 no le es aplicable en tanto el sistema penal acusatorio no se implementó, salvo que se trate de normas favorables a la situación del sindicado y por lo mismo síguese inaplicable la previsión de su artículo 352 esto es que "proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años", ha transcurrido desde la ejecutoria de la acusación, 4 de abril de 2014, un lapso no inferior a un año, esto es la mitad de aquél legalmente previsto como de prescripción del punible de deserción.

Lo anterior porque si en términos de la Ley 522 de 1999 el lapso de prescripción para la acción penal derivada del delito de deserción es de dos años, que se interrumpe en el sumario con la ejecutoria de la acusación y en el juicio con la de la sentencia, significa que en esta etapa la de segunda instancia no tiene la virtud de suspender la

prescripción por ser inaplicable el citado precepto 352 dado precisamente el criterio hermenéutico acá adoptado, sino sólo su ejecutoria.

En este asunto, como ya quedó visto, el período previsto en fase de instrucción de dos años no se concretó, de ahí lo infundado del reparo propuesto, toda vez que los hechos acaecieron en marzo de 2013 y la acusación quedó en firme el 4 de abril de 2014.

8. Pero sí en fase de juzgamiento, porque él se reduce a la mitad del previsto para la etapa sumarial, es decir que, siendo en este evento de dos años en la instrucción, en la causa corresponde a uno, tal como lo ha sostenido la sala en auto penal del 11 de abril de 2012 radicado N° 19002, el cual efectivamente ya transcurrió desde la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que, de otro lado, la sentencia haya cobrado firmeza.

Es que si bien en términos generales la acción penal prescribe por el transcurso de un tiempo igual al máximo de pena privativa de libertad señalado en la respectiva disposición, sin que en el sumario sea inferior a cinco años y en el juicio por un lapso igual a la mitad de aquél sin que tampoco sea inferior a un lustro, es innegable que la propia ley, en este caso la 522 de 1999, ha establecido una excepción al señalarle al delito de deserción un término especial de dos años durante la etapa de investigación."

III. Tercera Sala de decisión del Tribunal Superior Militar.

Rad. 157348, Julio 12 de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIO OSMA. Al desatar recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Judicial 243 Penal I, se consignó en este proveído: "*La Procuradora Judicial, en el mismo contexto del escrito de apelación presentado en pretérita oportunidad contra el auto que denegó su petición de cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal dentro de varios radicados, que se han tramitado ante este despacho, realiza nuevamente cuestionamientos sobre el debate que se ha venido suscitando con relación al fenómeno jurídico de la prescripción respecto del delito militar de la deserción, motivando su inconformidad en puntos de vista que ya en diversas oportunidades han sido objeto de debate por las Salas de Decisión de la Corporación y de los cuales pacíficamente se ha llegado a la misma conclusión, que es imposible por ahora, la concesión del término prescriptivo de un (1) año para el delito de deserción, ya que no se cumplen los postulados exigidos para su aplicación pues nos encontramos frente a dos sistemas procesales distintos, que si bien subsisten en el tiempo conllevan procesos y etapas procesales diversas. El problema normativo que se somete a consideración de la Sala, fue resuelto con ponencia de quien hoy cumple la misma función, se acude a lo expuesto en esa oportunidad para resolver el sub judice, en donde frente a una situación fáctica idéntica se dijo: «(…) En efecto, la confirmación del auto apelado obedece, por cuanto se advierte por la Colegiatura que la acción penal hasta este episodio procesal no ha prescrito luego no*

es dable cesar procedimiento en favor del SLR. CUSCUE YACUECHIME ANDRES, habida cuenta que no es de recibo aplicar el principio de favorabilidad en tratándose del instituto jurídico de la prescripción, tema que como lo señaló la Agente Social, ha sido decantado por la Corporación y del cual ya se ha venido sentando criterio unificado, siguiendo obviamente el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, destacándose entre otros pronunciamientos el de sentencia 23.700 de 9 de febrero de 2006, en donde se reiteró la tesis sobre el momento procesal en que se interrumpe la prescripción de la acción penal, el cual varía de acuerdo al sistema penal bajo el cual se tramita el proceso (…)». «Con la citas anteriores, se quiere insistir nuevamente por la Sala, que no es posible dar aplicabilidad al principio universal de favorabilidad frente al instituto jurídico de la prescripción, sin desvertebrar el sistema descrito en la ley 522 de 1999, pues como se señaló por el Colegiado en la decisión precedente, no puede equipararse la Resolución de Acusación, actuación que en la ley 522 de 1999 interrumpe la prescripción, con la formulación de la imputación acto que cumple la misma función en la nueva codificación castrense (Ley 1407 de 2010), al no guardar estas dos piezas procesales semejanza, pues son actuaciones procesales disimiles tanto en su contenido material como en su alcance, por ello, no es válido predicar identidad en sus figuras jurídicas (…)».

Rad. 157475, noviembre 14 de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIO OSMA. En esta otra decisión se sostuvo que: "*Advierte esta Sala de Decisión que la petición principal presentada por la Procuradora Judicial 240 Penal I, ha sido objeto de debate jurídico en casos similares y en pretéritas oportunidades por parte de quienes integramos esta Corporación, en donde una y otra vez se ha expresado la posición mayoritaria la cual a la fecha no ha variado y confluye en afirmar que el término prescriptivo contenido en la nueva ley penal militar resulta imposible aplicar por ahora, en razón a que no se ha implementado el nuevo sistema penal acusatorio y el término que contempla esta figura jurídica es propio del nuevo sistema, además de que no es posible equiparar las actuaciones contempladas en la Ley 522 de 1999 con las que se establecieron para la Ley 1407 de 2010. De hecho las diversas salas de decisión del Tribunal Superior Militar, se han pronunciado recientemente al respecto, entre otros proveídos, caben destacar los siguientes radicados: 157312 del 21 de junio de 2012 MP. TC. CAMILO SUÁREZ ALDANA; 157392 del 31 de julio de 2012 MP. MY (r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; 157160 del 26 de enero de 2012 MP. CN (r) JORGE IVAN OVIEDO PÉREZ; 157303 del 22 de agosto de 2012 MP. MY (r) MARYCEL PLAZA ARTURO; 157300 del 11 de mayo de 2012 TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA; 157307 del 08 de junio de 2012 MP. CN (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA; 156776 del 8 de febrero de 2011 MP. TC. FABIO ARAQUE VARGAS; 157348 del 12 de julio de 2012 MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.* Acto seguido, y con el fin de sustentar debidamente la conclusión a la que se arriba

desde un inicio, se trae a colación los expuesto en dos decisiones previas cuyo contenido se extracta a continuación: "*De tal manera, la interrupción de la prescripción de la acción penal que consagra la ley 522 de 1999 y la ley 1407 de 2010, exige actuaciones diferentes e incomparables, o sea, no guardan similitud pues sus contenidos materiales y alcances son diferentes, imposibilitando su aplicabilidad a pesar que se sustente en el principio de favorabilidad, se repite, resquebraja el sistema*"[110]. "*Sabido es entonces, que la ley 1407 del 17 de agosto de 2010, vigente desde esta misma calenda, introdujo un nuevo sistema de procesamiento penal, en la jurisdicción penal militar, y que la misma coexiste, en lo pertinente, con la ley 522 de 1999; sin embargo, el catálogo de reglas que hacen parte de aquel sistema procesal, en lo que toca con su aplicación, el legislador quiso modularlo a través del método de implementación gradual, tal como se desprende del contenido de los artículos 623 y 628 de la Ley 1407 de 2010. Lo anterior no implica, que las normas sustanciales o procesales contenidas en la nueva sistemática, no puedan aplicarse a un caso gobernado por las disposiciones de la Ley 522 de 1999, es decir, a conductas cometidas con anterioridad a la vigencia de aquella ley, como ocurre en el presente evento, pues ello entraña una clara violación al debido proceso, por desconocimiento del principio de favorabilidad, que es uno de sus elementos fundamentales.*"[111]

Y finalmente se dice: "*Hechas las anteriores precisiones, se insiste nuevamente por la Sala, que no es posible dar aplicabilidad al principio de favorabilidad y que tampoco se está desconociendo el de legalidad frente al instituto jurídico de la prescripción, lo que se pretende con esta decisión es evitar el resquebrajamiento del sistema descrito en la Ley 522 de 1999, pues como se señaló por el Colegiado en decisiones anteriores, no puede equipararse la Resolución de Acusación, actuación que en la Ley 522 de 1999 interrumpe la prescripción, con la formulación de la imputación acto que cumple la misma función en la nueva codificación castrense (Ley 1407 de 2010), al no guardar estas dos piezas procesales semejanza, pues son actuaciones procesales disimiles tanto en su contenido material como en su alcance, por ello, no es válido predicar identidad en sus figuras jurídicas.*"

Rad. 157720, agosto 12 de 2013, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA. En esta decisión se señaló: "*La Tercera Sala de Decisión considera que la postura de la Procuraduría es errada al tomar la Ley 1407/10 para solicitar la prescripción de la acción penal y consecuentemente la cesación del procedimiento, en razón a que se debe aplicar pero el término de prescripción consagrado en la Ley 522 de 1999 y no el dispuesto en el Nuevo Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010). En este sentido este Colegiado*[112] *ha reiterado que:*

[110] Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, radicado 156721 del 04 de noviembre de 2010
[111] Tribunal Superior Militar, radicado 157318 M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ del 16 mayo 2012.
[112] Tribunal Superior Militar, sentencia febrero 25 de 2011, radicado 156800, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA; sentencia diciembre 13 de 2102, radicado 157445, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PERERIRA, y sentencias radicados 156700, 156703, 156738, M.P. MY (RA) MARYCEL PLAZA ARTURO.

""… el nuevo Código Penal Castrense adoptó el sistema penal acusatorio con una estructura similar a la consagrada en la Ley 906 de 2004 empero, guardando la naturaleza propia de la jurisdicción penal militar como justicia especializada, pero con los principios rectores que debe contener todo proceso penal por mandato constitucional… Dentro de ese contexto también se resalta que existen en la nueva ley términos perentorios y cortos que distinguen una etapa de otra atendiendo el principio de celeridad, lo que explica del por qué en el nuevo sistema se interrumpe la prescripción de la acción penal con la formulación de imputación, la cual comienza a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 76 del Código Penal Militar, que para el caso de la deserción es de un año, el que interrumpido con la imputación, principia a correr nuevamente por un término igual a la mitad del señalado, es decir, seis meses…Lo anterior permite inferir, como lo hizo en su momento la Corte Suprema de Justicia[113], que el instituto de la prescripción contenido en la Ley 1407 de 2010 está dado para operar en el sistema acusatorio adoptado por la Justicia penal Militar, más no para el procedimiento que consagra la ley 522 de 1999, al no estar regida por los mismos principios que ahora orientan el nuevo sistema procesal…. De esta forma y siguiendo el precedente judicial aplicable a la presente decisión, se debe concluir que la interrupción de la prescripción en la Ley 522 de 1999 se efectúa con la resolución de acusación y en la Ley 1407 de 2010 con la formulación de imputación, ya que no guardan similitud por corresponder a actos procesales distintos en su contenido material y su alcance, por lo que no es dable predicar identidad en sus figuras jurídicas.””.

En el mismo sentido se encuentra el radicado 158089 del 16 de diciembre de 2014, M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.

IV. Cuarta Sala de decisión del Tribunal Superior Militar.

Rad. 157362, Julio 12 de 2012, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA. En esta otra decisión el ilustre Magistrado Ponente sostuvo: "*Tras el estudio del infolio y los argumentos esbozados por la recurrente, debe en principio señalar la Sala que reconoce el valioso y juicioso aporte de la apelante, pero de igual manera que su respetable postura no es compartida por el Tribunal, si se tiene en cuenta que el Colegiado ha venido construyendo una línea pacífica, y hoy se reitera, referente al problema jurídico planteado. En consecuencia y en atención a la naturaleza de los institutos procesales que se enfrentan, hemos entendido que ante la vigencia de la Ley 1407 de 2010 el término prescriptivo de la acción penal para el delito de Deserción es el establecido en la Ley 522 de 1999 y no el que consagra aquella codificación en sus artículos 76, 79 y 450. Para ahondar en razones resulta oportuno traer a colación lo que al respecto dejó sentado esta Sala[114] en providencia del 19 de agosto de 2011*: ""*(…) El punto cardinal en que se cimenta la impugnación corresponde a que se declare la prescripción de la acción basados en el principio de favorabilidad, lo que conllevaría,*

[113] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 24138, octubre 20 de 2005, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.
[114] Rad. 157310 del 10 de mayo de 2012. M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA

en el sentir de la censora, a dar aplicabilidad al artículo 76 de la Ley 1407 de 2010. Al respecto anuncia la Sala desde ya que los argumentos de la apelante no están llamados a prosperar y que razón le asiste al funcionario instructor para haber adoptado la decisión que hoy se ataca, si se tiene en cuenta que en los fenómenos de transición o coexistencia legislativa la aplicación de la ley permisiva o favorable requiere que la sucesión de leyes en el tiempo tenga consonancia en punto del objeto o instituto procesal con vocación sustancial que se pretende invocar. Sobre este aspecto es oportuno rememorar lo que al respecto ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal: «(…) Pero si se quisiera ahondar en mayores razones téngase en cuenta que al haberse invocado la aplicación de la postrer legislación bajo la teleología de la favorabilidad, para ello -conforme lo ha señalado insistentemente esta Sala en el último año- además, desde luego, de la sucesión de leyes en el tiempo más el tránsito o la coexistencia de legislaciones, deben cumplirse básicamente tres condiciones: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable (…)»[115]*. Bajo este entendido, no asalta el juicio afirmar que, ostensiblemente y en rigor dogmático, son disímiles el instituto de la imputación y la resolución de acusación, los presupuestos fácticos y procesales que las inspiran son de naturaleza totalmente distinta, con efectos incomparables, por lo que de suyo pretender asimilarles no sólo quebranta la lógica jurídica, sino que desnaturaliza la estructura procesal dispuesta en las leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010.*

A lo anterior se agregó: "*En reciente pronunciamiento de esta Sala se señaló: ""(…) para resolver la aludida solicitud, sirvió de sustrato el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, donde en punto a la aplicación del principio de favorabilidad, expresó: «…téngase en cuenta que al haberse invocado la aplicación de la postrer legislación bajo la teleología de la favorabilidad, para ello -conforme lo ha señalado insistentemente esta Sala en el último año- además, desde luego, de la sucesión de leyes en el tiempo más el tránsito o la coexistencia de legislaciones, deben cumplirse básicamente tres condiciones: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable.»*[116]*. Esta Sala en la providencia en mención, dijo: ""Siguiendo el anterior derrotero, en el caso objeto de estudio, encontramos que el primer presupuesto se reúne, por cuanto el tópico de la prescripción está previsto tanto en la ley 522 de 1999, como en la 1407 de 2010, que para el delito de deserción, en la primera es de dos años (art.83), y en la segunda de un año (art.76) por lo que aparentemente estaría satisfecho el juicio de favorabilidad. Al estudiar la segunda condición, es nítido que las dos normativas también consagran la interrupción de la prescripción, en la ley 522 de 1999 dicho fenómeno*

[115] Rad. 23.700. Febrero 2 de 2006. M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
[116] Sentencia de Casación del 9 de febrero de 2006, radicado 23700, M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ocurre con la ejecutoria de la resolución de acusación (art.86), y en la 1407 con la formulación de la imputación o acto de vinculación (art.450). No obstante lo anterior existen una serie de diferencias que dificultan sostener la similitud de presupuestos fáctico-procesales, pues adviértase, que en el procedimiento de la ley 522 de 1999, la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la acusación, mientras que en la 1407 es el acto procesal de la vinculación. ……..De tal manera, que en ambas leyes se presentan actos de vinculación, la indagatoria, en la primera y formulación de imputación en la segunda, así como actos de acusación, en la ley 522 de 1999, la resolución de acusación, y en la 1407, el acto que comprende la entrega del escrito de acusación y la audiencia donde ésta se formula, de donde se concluye, que la semejanza de los presupuestos es admisible, de una parte, frente a los factores de vinculación y de otra, entre los de acusación, pero no es viable pregonar que la vinculación se equipara a la acusación. En este orden de ideas, fuerza colegir que el instituto previsto en el artículo 450 de la nueva ley 1407, que rige la interrupción del término de prescripción de la acción penal, únicamente se aplica en los procesos que deban adelantarse por el procedimiento señalado en dicha ley, que contempla la formulación de la imputación, habida cuenta que no son iguales los actos procesales que originan la interrupción de la prescripción, como lo entiende el representante del Ministerio Público……Cierto es que la ley 1407 de 2010, que implantó el sistema acusatorio en la justicia penal castrense, en el artículo 76 redujo en un (1) año el término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción respecto al establecido en la ley 522 de 1999 de dos (2) años, lo cual a primera vista y sin más, nos llevaría a la conclusión de que este último se torna más favorable para el procesado imponiéndose su aplicación, pero al analizar dicho instituto de la prescripción de cara a la naturaleza de los procedimientos que cada una de las citadas leyes prevé, a otro resultado se arriba, pues se advierte que estos son disímiles, por cuanto la segunda, establece un régimen inquisitivo con tendencia acusatoria, mientras que la primera, instituyó el nuevo sistema de clara orientación acusatoria erigido sobre principios fundamentales dentro de los cuales están el de oralidad, inmediación, concentración y celeridad, que no es semejante al establecido en la ley 522 de 1999, y que en lo esencial es similar a la ley 906 de 2004, con muy pocas divergencias con ésta…… De manera tal, que los términos cortos previstos en la citada ley obedecen justamente a las indicadas particularidades, entre otras, que gobiernan el sistema acusatorio en la justicia penal militar, por lo que resulta entendible que el lapso de prescripción de la acción penal para el delito de deserción se haya fijado en un (1) año…. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia: «…el principio de favorabilidad, no puede ser valorada ni aplicada a partir de la simple y escueta lectura y comparación de nombres de normas, por ejemplo prescripción y acusación. Como es elemental, el ejercicio exige que el análisis tome en consideración el sistema de que ellas forman parte y los presupuestos, trámites y finalidades que debían cumplir cada uno de esos regímenes, y solo desde ese estudio global, luego de concluir en la similitud de los institutos, escoger la disposición benéfica*». En síntesis, estima la sala que el término de prescripción de la acción penal de un (1) año señalado para el delito de deserción en el artículo 76 de la ley 1407 de 2010, preceptiva que debe interpretarse en consonancia con el artículo 450 de la misma, sólo es aplicable exclusivamente para los asuntos que se adelanten por el nuevo esquema de*

procedimiento acusatorio que aquella creó, y este no es el caso, por cuanto la investigación que se impulsa contra el SLR. LOPEZ AREVALO EDER, por el reato de deserción, está siendo tramitada conforme al rito procesal señalado en las leyes 522 de 1999 y 1058 de 2006, que están vigentes y coexisten con la nueva. Es sabido que en la justicia penal militar no se ha implementado el sistema acusatorio, y según el Decreto 4977 de 2011 este empezará a aplicarse a partir del primero de enero de 2013. Por lo tanto, consideramos que la favorabilidad en lo referente al artículo 76 de la ley en mención no opera en este evento (…)[117]*"*[118]

Ahora bien, lo que indefectiblemente señala el precedente horizontal antes traído a colación es la existencia de una línea mayoritaria y uniforme en punto al término de la prescripción de la acción penal en tratándose del reato de deserción y al interior de los procesos penales rituados conforme el esquema dogmático procesal inmerso en la Ley 522 de 1999, al igual que en relación con la aplicabilidad de lo normado por la Ley 1407 de 2010 a hechos acaecidos bajo la vigencia de esta última codificación y según se trate de normas sustanciales, sustanciales con efectos procesales o procesales puras[119].

Ello, de cara a lo acrisolado en la decisión con radicado 158042, adiada 13 de marzo de 2015 ya citada líneas atrás, de la cual fuere ponente el otrora Magistrado CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, podría dar pie a realizar un análisis y la consecuente elucubración de índole jurídico respecto de la diferencia conceptual que existe entre esquema

[117] Radicados 157310 y 157300. M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA
[118] Radicado 157321 M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA
[119] Sobre ello consúltense, entre otros, los radicados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Nos. 36043 del 05 de mayo de 2011, 36045 del 16 de marzo, 36138 del 6 de abril, 36536 del 11 de mayo, 36836 del 16 de mayo y 37636 del 19 de octubre de 2011

procesal, sistema procesal, proceso o estructura procesal y procedimiento; sobre la prescripción de la acción penal como instituto procesal, de su triple connotación y de lo que la interrupción de la misma comporta; respecto a la diferencia que existe entre normas sustanciales y normas procedimentales, al igual que respecto de su aplicación y efectos en casos de tránsito de leyes o de coexistencia legislativa[120]; y asimismo sobre el trámite que en el Parlamento Colombiano surtió el proyecto de ley que daría vida a la Ley 1407 de 2010 y, específicamente, como se acometiere en pretérita decisión de la Sala Tercera de Decisión de este Tribunal Castrense[121] sobre el informe de conciliación al entonces proyecto de Ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara, rendido por la comisión accidental y que fuere publicado en la Gaceta del Congreso No. 294 del 15 de junio de 2007 -mismo en el que el término de prescripción de la acción penal originada en el delito de deserción fue reducido sin proposición o debate alguno a un (1) año-, sin embargo no puede desconocer esta Colegiatura lo aquilatado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en punto al tópico que se debate en este acápite de la presente decisión, ello en pronunciamiento adiado 15 de julio de 2015 con ponencia del Honorable Magistrado LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, radicado No. 45632, mismo en

[120] Al respecto véanse el radicado de la Corte Suprema de Justicia No. 873 del 03 de noviembre de 1994, MP DÍDIMO PAÉZ VELANDIA. Asimismo, las sentencias C-207 del 11 de marzo de 2003, MP RODRIGO ESCOBAR GIL; C-619/01, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA; SU-881 de 2005; y T-446 del 30 de mayo de 2007, MP CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, de la Corte Constitucional.
[121] Radicado 158236-XV-243 ARC. Agosto 27 de 2015. MP CR. MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ.

el que expresamente el órgano de cierre de esta jurisdicción foral expresó:

> *"En efecto, si bien la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de dicho año, su eficacia o efectiva aplicación, en tanto se hable del sistema oral acusatorio que en ella se diseñó también para la Justicia Penal Militar, quedó condicionada, como se hizo con la Ley 906 de 204 en su momento y lo indicó la Sala en su decisión del 7 de marzo de 2012, Rad. No. 38401, a un proceso de implementación territorial, de modo que ésta sólo resultaba realmente aplicable a partir de ciertas fechas, no obstante regir para hechos cometidos desde el 1° de enero de 2005 y en determinados distritos judiciales, lo cual implicó que a pesar de que los sucesos ocurrieran después del 1° de enero de 2005, el sistema oral acusatorio se aplicara solamente en aquellos territorios donde se hubiere implantado de conformidad con el proceso que al efecto estableció el artículo 530 de dicho ordenamiento.*
>
> *En la Ley 1407 acontece algo similar, porque aunque entró a regir el 17 de agosto de 2010 la aplicación del sistema oral acusatorio y obviamente de las normas que lo regulan, depende de que en el respectivo territorio se haya implementado; así se previó en su artículo 627:*
>
> > *"El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del sistema acusatorio en la justicia penal militar acorde con el marco fiscal de mediano plazo del sector defensa y el marco de gasto de mediano plazo del mismo sector".*
>
> *(…)*
>
> *Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio*

por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contemplados en la Ley 522 de 1999, lo cual por demás patentiza este asunto, haciendo de paso evidente que en ese sentido la demanda carece de fundamento al pretender vulnerado el axioma de legalidad.

En torno al tema dijo la Corte en providencia del 11 de diciembre de 2013:

> *"Cabe precisar que no obstante la fecha de comisión de los hechos, febrero de 2011, la norma procesal aplicable para el caso resulta ser la Ley 522 de 1999, toda vez que si bien la Ley 1407 de 2010, según la sentencia C-444 de 2011, sólo rige para sucesos acontecidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010 por ser esta la fecha en la que dicha norma entró en vigencia,….la procedencia del recurso de casación para el presente asunto, corresponde ser analizada bajo los artículos 368 y siguientes de la ley 522 de 1999, primera normativa mencionada"*

(….)

3. En consecuencia, si los procesos se tramitan bajo las formas previstas en el anterior Código Penal Militar mientras no se implemente el sistema penal acusatorio, por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Luego la aplicación del artículo 76 y siguiente de la ley 1407 de 2010, norma que ciertamente es más favorable en la medida en que establece un lapso prescriptivo para el delito de deserción de un año mientras que la Ley 522 lo determinaba en dos, resulta posible a condición, se reitera, de que no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral

acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar.

4. Ciertamente ***ambos ordenamientos regulan lo relativo a la extinción de la acción penal por prescripción, pero no menos cierto es que lo hacen de forma diferente y atendidas obviamente las incidencias procesales de cada sistema de modo que el lapso prescriptivo de un año para la deserción sí resulta de la esencia del sistema acusatorio y a la vez incompatible con los términos procesales en que se desarrolla el proceso previsto en la Ley 522****.*

Así lo ha entendido la sala desde su decisión del 6 de julio de 2011, Rad. 35517:

(…)

6. Así las cosas, inaplicable en la etapa sumarial prevista en la Ley 522 de 1999 el lapso prescriptivo de un año que para el delito de deserción establece el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 y en su lugar procedente el período de dos años que señala el precepto 83 de aquella codificación, es incuestionable que la demanda que se examina se presenta infundada, como que en las circunstancias descritas la aducida infracción al debido proceso se evidencia intrascendente, por ello deviene imperativa su inadmisión.

(…)

En este asunto, como ya quedó visto, el período previsto en fase de instrucción de dos años no se concretó, de ahí lo infundado del reparo propuesto, toda vez que los hechos acaecieron en marzo de 2013 y la acusación quedó en firme el 4 de abril de 2014.

8. ***Pero sí en fase de juzgamiento, porque él se reduce a la mitad del previsto para la etapa sumarial, es decir que, siendo en este evento de dos años en la instrucción, en la causa corresponde a uno, tal como lo ha sostenido la sala en auto penal del 11 de abril***

> ***de 2012 radicado N° 19002,*** *el cual efectivamente ya transcurrió desde la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que, de otro lado, la sentencia haya cobrado firmeza.*
>
> *Es que si bien en términos generales la acción penal prescribe por el transcurso de un tiempo igual al máximo de pena privativa de libertad señalado en la respectiva disposición, sin que en el sumario sea inferior a cinco años y en el juicio por un lapso igual a la mitad de aquél sin que tampoco sea inferior a un lustro,* ***es innegable que la propia ley, en este caso la 522 de 1999, ha establecido una excepción al señalarle al delito de deserción un término especial de dos años durante la etapa de investigación.”*** (Negrillas y subrayado de la Sala)

Decisión que no en pocas oportunidades ha sido tildada como carente de los factores cuantitativo y cualitativo para ser considerada doctrina probable o precedente judicial de carácter vinculante, sin que una apriorística apreciación tal sea de recibo para esta Sala en tanto, como lo permite verificar un detallado análisis de la línea de pensamiento edificada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a la temática en ciernes, es plausible concluir que éste órgano unificador en reiteradas oportunidades ha abordado el punto de Derecho epicentro de la misma, resultando más que procedente evocar aquella decisión en que esta Alta Corte estableciere:

> *“4.5.- El marco normativo dentro del cual opera el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal como en el presente está conformado así:*

(i).- Por las normas del Código Penal Militar, precepto que establece en el artículo 83 que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20) años.

(ii).- El artículo 86 ejusdem que contempla la interrupción del término de prescripción de la acción penal por el advenimiento de la resolución de acusación, o su equivalente, debidamente ejecutoriada , y su nueva contabilización por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, evento en el cual de acuerdo con esta norma no podrá ser inferior a cinco (5) años.

(iii).- El inciso 5° de la ley 599 de 2000 en donde se establece que al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte, incremento que es aplicable a los servidores públicos pertenecientes a la Fuerza Pública en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellas .

La Corte dijo[122]*:*

(….)

Bajo esta premisa, siendo evidente que en el C. P. M., aplicable exclusivamente a los servidores públicos militares y de la Policía Nacional en servicio activo "que cometen hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio ..." -artículo 14 ibíd.- no aparece regulado a integridad el tema de la prescripción de la acción penal, ***excepción hecha del delito específicamente militar de deserción -artículos 115 y 74 aparte final- para el que precisó que el término de prescripción de su acción es de dos años****, denotando a las claras esta puntualización que en el tema de la*

[122] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia diciembre 05 de 2007, radicado 28830.

prescripción respecto de los demás delitos tanto militares como comunes cometidos por las personas sujetas a ese ordenamiento especial, por respeto al principio de la igualdad de las personas ante la ley, debe acudirse al principio de integración, tomando del Código Penal ordinario las previsiones cuyo vacío se advierte en la preceptiva especial."[123]

Posición hermenéutica replicada en posteriores oportunidades por el órgano colegiado en mención, siendo del caso evocar también el pronunciamiento en que se discernió:

"Así lo señaló la Corporación en la sentencia CSJ SP, 22 mayo 2003, Rad. 20719, y lo reiteró en el fallo CSJ SP, 21 abril 2010, Rad. 32201, de esta forma:

"Pero la Sala, tiempo atrás dejó establecido que las reglas de prescripción del Estatuto Penal Militar, se debían aplicar en armonía con las previstas en el artículo 82 del común (Decreto 100 de 1980). Así, por ejemplo, en sentencia del 20 de abril de 1999 expuso:

(…)

Bajo esta premisa, siendo evidente que en el C. P. M., aplicable exclusivamente a los servidores públicos militares y de la Policía Nacional en servicio activo "que cometen hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio ..." -artículo 14 ibíd.- no aparece regulado a integridad el tema de la prescripción de la acción penal, excepción hecha del delito específicamente militar de deserción -artículos 115 y 74 aparte final- ***para el que precisó que el término de prescripción de su acción es de dos años****, denotando a las claras esta puntualización que en el tema de la prescripción respecto de los demás delitos tanto militares como comunes cometidos por las personas sujetas a ese ordenamiento especial, por respeto al principio de la igualdad de las personas*

[123] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto junio 30 de 2010, radicado 34153, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

ante la ley, debe acudirse al principio de integración, tomando del Código Penal ordinario las previsiones cuyo vacío se advierte en la preceptiva especial.

(…)

Así, la ley militar manda aplicar el artículo 83 del Código Penal común. Esta norma, para que opere el instituto de la prescripción, establece el aumento punitivo en los términos ya previstos, los que no han vencido».

Como puede apreciarse, la interpretación que del parágrafo del artículo 83 de la Ley 522 de 1999 hace el demandante, dista mucho de la elaborada por la Corte, acorde con la cual, dicha disposición es la que, precisamente, impone aplicar la normatividad ordinaria de 2000."[124]

Lo anteriormente transcrito impone a esta Sala, salvo mejor y válida opinión en contrario, por virtud del respeto al precedente judicial y de la fuerza vinculante del mismo en tanto fuente formal y material de Derecho, acoger las precisiones realizadas por el órgano colegiado de cierre de la jurisdicción penal militar en las providencias parcialmente trasuntadas y en aquellas otras referenciadas en el presente proveído, ello en punto a que al interior de los procesos penales atrás mencionados, la acción penal germinada en el reato de

[124] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto abril 07 de 2015, AP1748-2015, radicación N° 44829, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. En el mismo sentido radicado No. 9997 del 20 de abril de 1999, M.P. DIDIMO PAEZ VELANDIA, reiterada en los radicados No. 20719 del 22 de mayo de 2003, M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN; No. 19976 del 05 de mayo de 2004, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO; No. 24067 del 18 de mayo de 2006, M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN; No. 28830 del 05 de diciembre de 2007, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ; No. 22831 del 27 de octubre de 2008, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA; No. 26392 del 02 de diciembre de 2008, M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO; No. 32201 del 21 de abril de 2010, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ; No. 34153 del 30 de junio de 2010, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS; No. 44829 del 07 de abril de 2015, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ; y No. 50793 del 29 de noviembre de 2017, M.P. FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS.

deserción prescribe en el término de dos (02) años regulado en la Ley 522 de 1999, mismo que se habrá de contar, en tratándose de los delitos de ausencia, a partir de la producción de uno cualquiera de los eventos relacionados en pacífica y uniforme línea de pensamiento edificada por este Tribunal Castrense desde el año 2015[125], precedente que al emanar del mismo adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso, amén de indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento[126].

Eventos que no son otros que la realización por parte del infractor de la ley penal militar de actos positivos que señalen su voluntad de cesar en la ilicitud de su conducta -*v.gr.* presentarse voluntariamente-, de la concreción de la captura del contumaz, de su desacuartelamiento, o, de la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación de no cumplirse ninguno de los anteriores presupuestos, ello en tanto delito de ejecución permanente como acertadamente concluyere el

[125] *Cfr.* radicado 158224, junio 23 de 2015, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA; radicado 158236, agosto 27 de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado 158856, febrero 14 de 2016, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; radicado 158609, mayo 23 de 2017, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 159094, julio 18 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, entre otras.

[126] *Cfr.* sentencia T-292 de 2006, "*En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.*". En símil sentido sentencia T-683 de 2006.

Iudex A quo, discernimiento este último respecto del cual, se habrá de recordar, disintió el apelante aunque sin edificar dogmática y sustentadamente una antítesis que infirme esto o lo vertido en el párrafo inmediatamente precedente, circunscribiéndose a postular de manera dilógica y deshilvanada –ello en tanto por un lado cimentó unas veces su planteamiento en el principio de favorabilidad y otras en el de legalidad- que el término prescriptivo en el evento *sub examine* era el de un (01) año.

Así las cosas, bajo la égida de las precisiones conceptuales y jurisprudenciales vertidas en los antecedentes párrafos, se habrá de decir sin más ambages que la decisión a adoptar por parte de esta Corporación será disfavorable a la pretensión del recurrente, pretensión, se habrá de rememorar, orientada a que se reconozca en el caso de marras la aplicación de lo estatuido por la parte final del inciso 2° del artejo 76 de la Ley 1407 de 2010, esto es, que el término prescriptivo de la acción penal germinada en el reato de deserción imputado al IMAR (R) DAFR es de un (01) año y por ende una acción tal se halla extinguida por el fenecimiento de tal término, fenecimiento que, según la incomprensible tesis del apelante, tuvo acontecer en dos momentos procesales diversos: el "*primero*" el 24 de julio de 2018 -antes de la ejecutoria de la resolución de acusación- y, una vez adquirida por esta firmeza, una "*segunda*" prescripción al transcurrir el término de

seis (06) meses a partir del 28 de septiembre de dicho año.

Improsperidad del anhelo recursal del defensor que sin hesitación alguna se ve truncada, se enfatiza, en la medida que si la conducta punible por el cual fuere condenado el otrora bajo banderas inició su consumación el 24 de julio de 2017 como refiere la urdimbre procesal, el inicial término prescriptivo de la acción penal -al tenor del artículo 83.2 de la Ley 522 de 1999[127]- corría hasta el 24 de julio de 2019, siendo el mismo interrumpido con la ejecutoria -formal y material- de la pieza acusatoria, fenómeno procesal que tuvo ocurrencia el 24 de octubre de 2018[128] y a partir del cual el plurinombrado término inició nuevamente a correr, en esta ocasión por tiempo igual a la mitad del señalado en aquel canon de derecho positivo[129], sin que a la fecha de proferimiento de la sentencia confutada, ni a la del presente pronunciamiento, el fenómeno extintivo de la acción penal se haya consolidado.

---

[127] "*Artículo 83. Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20.) Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.*

En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años."

[128] Folio 325, C.O.2

[129] Ley 522 de 1999, artículo 86, "*Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación. (…) Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código.*"

Acrisolado lo anterior, habrá la Sala, por lógica procesal, de entrar a pronunciarse en relación con la otra premisa argumentativa enarbolada por el aquí impugnante, ello en los precisos términos que acto seguido se puntualizaran en los siguientes párrafos de esta determinación judicial.

***ii)* De la cesación de procedimiento por atipicidad de la conducta.**

Atinente a esta específica postulación, misma consistente en que "*se cese procedimiento por resultar atípica la conducta por haberse probado que ocurrió una inhabilidad para el servicio militar obligatorio y en consecuencia una mala incorporación del señor DAFR*"[130], habrá de anunciar la Sala desde ya que de la revisión del escrito impugnatorio y del ejercicio dialéctico que en el mismo vertió el censor, se concluye que una aspiración tal no tiene vocación de prosperidad ante el palmar soslayamiento de los lineamientos de obligatoria observación que, con fundamento en los principios que rigen la concesión de cualquier impugnación en materia recursal[131], han acrisolado tanto la Corte Suprema de Justicia como este Tribunal, tal y como pasará a detallarse.

El recurso de apelación constituye el medio idóneo de

[130] Folios 416 y 417, C.O.3
[131] Básicamente son: i) que la decisión recurrida sea susceptible de recurso, ii) que éste se proponga antes del vencimiento de los términos legalmente destinados para ello, iii) que al recurrente le asista interés y, iv) que el motivo de inconformidad con la decisión recurrida esté debidamente sustentado. *C.fr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 33648, auto abril 14 de 2010, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

impugnación de las decisiones judiciales en caso de inconformidad con su contenido, de igual manera permite ejercer el derecho de defensa y garantiza el acceso a la segunda instancia.

Pero el ejercicio del mismo, no puede concebirse como una amplia libertad de pronunciamiento para el juez de segundo grado (singular o plural), por cuanto no se trata de una nueva oportunidad para la confección y emisión de un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto debatido, ni de un escenario para revivir etapas procesales ya precluidas, por cuanto en obedecimiento del conocido "*Principio de Limitación*" la labor de aquel funcionario se circunscribe, salvo las excepciones de ley a este último principio, a la realización de un control de legalidad sobre los fundamentos de hecho y de Derecho en que se cimienta la decisión impugnada, ello a partir de los argumentos presentados por el recurrente[132], es decir, con apalancamiento en el ejercicio dialéctico a que éste acude con miras a demostrar sustentadamente los yerros o las incorrecciones en que incurrió el servidor judicial autor de la decisión debatida al momento de la elaboración de aquellos fundamentos[133].

---

[132] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia agosto 12 de 2009, radicado SP 31854.

[133] "En ese sentido, la jurisprudencia penal ha establecido unos requisitos *mínimos para que este medio de impugnación de las decisiones judiciales sea viable, entre ellos: a) la capacidad para interponer el recurso; b) el interés para recurrir; c) la oportunidad para proponerlo; d) su procedencia; y e) su motivación o sustentación, presupuestos concurrentes, que determinan, a la falta de uno de ellos, que el mecanismo interpuesto resulte improcedente, y por consiguiente, nieguen su tramitación*". *Cfr.* auto abril de 2018, radicado 158774, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

Esto explica el por qué el órgano de cierre de esta jurisdicción especializada ha acrisolado de manera pacífica y uniforme que "*remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó.*"[134].

Premisa considerativa que ha llevado a este Tribunal a edificar una línea de pensamiento uniforme y pacífica[135] en punto a que, habida cuenta de la teleología de la norma penal militar que impone la sustentación del recurso interpuesto[136], quien acuda al ejercicio del derecho a la doble instancia no sólo lo haga en tiempo, sino que además establezca por vía de una dialéctica argumentativa lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, con exposición de premisas fácticas y jurídicas, el yerro en el que incurrió el funcionario autor de la decisión

---

[134] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto enero 16 de 2003, radicado 18665.
[135] Autos junio 05 de 2015, radicado No. 158191 y marzo 06 de 2017, radicado No. 158457, M.P. CN JULIAN ORDUZ PERALTA, en el mismo sentido radicados Nos. 158252 y 158264 del 05 de febrero y 30 de marzo de 2016; autos del 03 de mayo y 12 de octubre de 2016, radicados Nos. 158392 y 158561, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ; autos del 16 de marzo y 13 de octubre de 2016, radicados Nos. 158389 y 158468, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; auto marzo 28 de 2016, radicado No. 158251, MP CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS; auto enero 26 de 2016, radicado No. 158325, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; auto febrero 08 de 2016, radicado No. 158307, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.
[136] Ley 599 de 2000. "*ARTICULO 363. —Sustentación. Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. En caso contrario no se concederá.*

Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, se entenderá sustentado con los argumentos que se presentaron para la reposición."

confutada[137] y su trascendencia, atacando los planteamientos enarbolados por aquel y, de contera, el contenido dialéctico de la decisión, determinando -en el interregno- una mejor solución a la planteada por aquel dispensador de justicia en tanto resulta acorde con el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, la doctrina y/o el acervo probatorio propio de la respectiva causa penal, esto al punto que en realidad de verdad el recurso, por un lado, apareje una disconformidad con la providencia judicial objeto de ataque y, por otra parte, determine los linderos por los que ha de discurrir el razonamiento jurídico del administrador de justicia -singular o plural – llamado a resolver la impugnación sometida a su conocimiento, derruyendo de paso la presunción de acierto y legalidad que acompaña a aquella, imponiéndose –se itera- su necesaria revocatoria y reemplazo o su anulación según el caso.

Presupuesto y cometido que no se cumplen, como también ha decantado iterada y uniformemente este Tribunal[138], cuando el reproche ínsito a la apelación: *i)* se

---

[137] Tal yerro puede consistir, entre otras manifestaciones, en que el administrador de justicia desatendió cierta prueba, la valoró indebidamente, la inventó o la supuso (Ver auto febrero 08 de 2016, radicado No. 158307, Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA). Asimismo, en que la providencia reprochada carece de motivación o a pesar de tenerla esta resulta a) ambivalente, b) precaria o incompleta, o c) aparente, falsa o sofística por apartarse abiertamente de la verdad probada por suposición, supresión o tergiversación de pruebas que objetivamente conducen a una conclusión jurídica diversa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado No. 26177. Sentencia septiembre 16 de 2009. M:P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA citada en auto diciembre 17 de 2015, radicado No. 158225, Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA)).

[138] *Cfr.*, auto agosto 28 de 2015, radicado No. 158257, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; auto marzo 06 de 2017, radicado No. 158457, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA entre otras.

circunscribe a disentir de la motivación que condujo a adoptar la decisión pero definitivamente se comparte esta última; *ii)* no comporta, más allá de un disenso genérico y subjetivo, razones de hecho o de derecho que conduzcan a esta instancia a la constatación de la necesidad de enmendar lo dispuesto por la providencia apelada, ello al punto que se deba romper la doble presunción que cobija a la decisión de primer grado recurrida; *iii)* contiene argumentos dilógicos, anfibológicos, genéricos, vagos o imprecisos; *iv)* recurre a argumentos que desbordan el marco dialéctico de la providencia recurrida, es decir, sus fundamentos de hecho y de derecho; *v)* no va más allá de constituir una extensión o repetición de los alegatos que el demandante planteó ante la primera instancia y que fueren resueltos en legal forma pero en sentido adverso a sus pretensiones, sin que se aborde la demostración del porqué el funcionario judicial cometió un yerro *in iudicando*, o de juicio[139], al resolver aquellas como lo hizo; o *vi)* incumple la carga argumentativa que incumbe al discrepante por cuanto no se demuestra que de no haber ocurrido las falencias valorativas que se acusan, otro habría sido -o podido ser- el sentido de lo sustancialmente decidido.

[139] Este yerro bien puede darse, entre otras circunstancias, porque el juez pretermitió la valoración de una o varias pruebas, las valoró erróneamente, omitió decidir aspectos propios de la controversia, desatendió la norma jurídica aplicable al caso concreto o, si bien la tuvo en cuenta, la aplicó indebidamente. Corte Suprema de Justicia, radicado No. 46672, SP17091-2015, diciembre 10 de 2015, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

Bajo un entendido tal, resulta incuestionable que la labor de la segunda instancia, que halla su derrotero a partir de los sustentados argumentos que ha de presentar el recurrente, se reitera, resulta imposible de acometer, inoperante si se quiere, si unos argumentos tales no existen; existen pero comportan una crítica genérica o subjetiva de la decisión sin señalamiento de los yerros –*in iudicando* o *in procedendo*- que la hacen pasible de revocatoria o reemplazo así se le pretenda dar visos jurídicos; o, sencillamente, se reproducen los enarbolados en primera instancia y respecto de los cuales ya hubo el pertinente pronunciamiento judicial, pues resulta axiomático que no hay un verdadero reproche a los fundamentos fácticos y jurídicos en que se cimentó la decisión de la cual se disiente, resultando, por ende, más que procedente recordar que la jurisprudencia con razón ha sostenido que sustentar indebidamente, es como no hacerlo, y ello conduce inexorablemente a declarar desierto el recurso[140].

Incontrastable deviene así que el recurso de apelación no puede confundirse con un ejercicio dialéctico de libre confección, menos aún con un acto intrascendente en el que basta para entenderse cabalmente impetrado que quien impugna declare inconformidad general con el pronunciamiento objeto de disenso tildándolo insustentadamente de injurídico pero no concrete –cimentado en premisas fácticas y jurídicas- el yerro

[140] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia julio 27 de 2006, radicación 22329.

en el que incurrió el funcionario judicial, que no brinde una mejor solución –también con apalancamiento en postulados fácticos y jurídicos- a la tesis planteada en Derecho por el funcionario y/o que insista simple y llanamente en sus alegatos de instancia sin ninguna otra elucubración frente a la decisión judicial confutada -ello al punto que se termine confundiendo la naturaleza rogada de este recurso con una obligada y oficiosa revisión del proceso como se dijere *ut supra*—.

Y es que llega a tornarse tan trascendente la debida sustentación, añade la Sala, que incluso se extiende a aquellos eventos en que la impugnación es impetrada y sustentada por quien, teniendo legitimación *ad processum* y *ad causam*, no ostenta el título de abogado, ni posee formación jurídica, como lo ha aquilatado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[141], lo que *contrario sensu* impone a quien sí posea esta o aquel, que inexcusablemente cumpla con el deber retórico que aquella sustentación demanda.

Estas consideraciones tornan palmar, de cara al escrito impugnatorio epicentro de análisis, que el señor defensor público del enjuiciado en franca contravía de lo previamente decantado a espacio y suficiencia, pretermitió la carga dialéctica que le era de ineludibe acometimiento, ello en la medida que -lejos de sentar un adecuado ejercicio retórico

[141] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto octubre 19 de 2011, radicación No. 37449, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

demostrativo, sustentado en razones de hecho y de Derecho, tendiente a que por esta Corporación se cesara procedimiento al resultar demostrada y acertada su tesis de la atipicidad de la conducta investigada como producto de una mala incorporación del procesado, trocándose, habida cuenta de la trascendencia de aquellas, en desacertado el raciocinio jurídico del *Iudex A quo* y manifiesta la incidencia de esta equivocación judicial pues de no haber tenido ocurrencia la decisión confutada hubiere sido favorable a los intereses de su prohijado-, se limitó en esta oportunidad procesal a verter unas elucidaciones que no pasan de ser una reproducción de las premisas argumentativas enarboladas en sede de juicio oral[142] como él mismo lo reconociere al aseverar que son justas las solicitudes por él elevadas en el curso de la audiencia de juzgamiento.

Acto procesal de parte que se avizora como un soterrado intento por reavivar un debate dialéctico y probatorio ya fenecido, amén de carecer de un desarrollo dialéctico demostrativo en punto a lo desacertado de los argumentos enarbolados por el Juez de Instancia de la Inspección General de la Armada Nacional Encargado en el fallo de primer grado, limitándose, se itera, a enunciar genérica e insustentadamente lo ya postulado en sus alegatos de instancia, adobados con unas apreciaciones de tinte jurídico pero eminentemente subjetivas y sin asidero

[142] Folios 360 a 368, C.O.2

probatorio, al igual de con unos epítetos a los que se referirá esta Corporación más adelante.

Premisas aquellas que enarbola ahora en el ejercicio recursal en idéntica forma que lo hiciere en la mentada oportunidad procesal, ha de insistir la Sala, y que orientó, como bien lo señalare en su intervención en el curso de la audiencia de Corte Marcial, a "*desarrollar dos cositas simples que de pronto se pueden convertir en tres pero vamos a ver que no sean sino dos y que va a demostrar que el Infante de Marina DAFR estaba indebidamente incorporado y como una segunda estrategia de defensa le plantearé la prescripción de la acción…*"[143].

Asertos y consideraciones del defensor público del aquí condenado, que fueron resueltos en Derecho por el antes citado juez de instancia en la decisión de primer grado impugnada[144], decantándose allí las razones por las cuales no se compartían los argumentos defensivos, como se colige indefectiblemente de la contemplación del ejercicio dialéctico argumentativo en aquella inserto, sin que el recurrente nada hiciere por precisar en su escrito impugnatorio si en tal discernimiento hubo un yerro de juicio o de valoración imputable al funcionario, ni en qué consistió tal dislate y, menos aún, cuál fue su incidencia en la decisión reprochada de forma tal que si se hubiere analizado en el justo sentido que debería haberse hecho –raciocinio demostrativo que también competía al

[143] Folio 362, *ibídem*.
[144] Folios 384 a 387, *ibídem*.

apelante pero que se echa de menos en su escrito-, la decisión impugnada no hubiere podido ser otra que la absolución de su procurado.

Y es que salta a la vista que el autor de la hipótesis de la atipicidad de la conducta del procesado por indebida incorporación, el defensor público LHRR, al centrar su esfuerzo impugnatorio única y exclusivamente en la repetición de las prenombradas premisas argumentativas[145], no planteó, menos sustentó, una verdadera controversia frente a la sentencia de primer grado y sus cimientos fácticos y jurídicos.

Por el contrario, insistió –de manera genérica y asimismo dilógica en tanto calificó lo por él pregonado indistintamente como circunstancia de atipicidad y como causal de justificación- en las mismas conjeturas subjetivas que expresó en su exposición oral en juicio, pretermitiendo en toda su extensión las exigencias que aparejan la debida sustentación de toda propuesta impugnatoria y el principio de razón suficiente[146], falencias por virtud de las cuales obvió establecer dialécticamente cuál de los elementos de la categoría dogmática de la tipicidad impactaba la circunstancia que proclama y el

---

[145] Folio 678, *ibídem*. "*Así las cosas de todo lo anterior se desprende que a lo largo de la sentencia aquí apelada se obtiene como resultado las dudas planteadas en el presente escrito respecto de la investigación adelantada, adicionalmente la ausencia de probanza real más allá de toda duda razonable de la culpabilidad de mis prohijados y adicionalmente la ausencia de probanza dentro de la misma investigación de que mis defendidos actuaron con dolo, …*"

[146] El principio de razón suficiente impone que la fundamentación para cada censura ha de bastarse a sí misma. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 30822, marzo 10 de 2009, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.,

por qué ello llevaría a la necesaria absolución de su asistido, olvidando de paso lo que sobre un tópico tal ha decantado el órgano de cierre de esta jurisdicción foral[147] y lo acrisolado por esta Corporación en punto al tema de la incorporación del procesado vía acto administrativo revestido de presunción de legalidad[148] y a la no desnaturalización de la comisión del reato de deserción aún de demostrarse alguna irregularidad en la incorporación[149].

Así las cosas, resultando inconcuso que, cotejados aquellos alegatos con los ahora planteados en los escritos de apelación y ello a su vez con el raciocinio plasmado por el juez de conocimiento en su decisión de instancia, no a otra conclusión que la plasmada en los párrafos precedentes se puede arribar, con mayor razón cuando al tratarse de temas jurídico sustanciales ya resueltos por la decisión objetada, la formulación de reparos a la misma pero con basamento en la repetición de lo argüido en aquella exposición por manera alguna constituye un verdadero reproche a los pilares fácticos y jurídicos que soportaron la

---

[147] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 17080, enero 24 de 2001, MP. Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO; Revisión No. 9921 del 14 de marzo de 2002. MP. Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

[148] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. "*ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.*"

[149] *Cfr*. radicados Nos. 158336 febrero 11 de 2016, M.P. BG. MARIA PAULINA LEGUIZAMON ZARATE; 158576, febrero 17 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; 158608, agosto 15 de 2017, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; 158900, abril 24 de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; y 158814, febrero 23 de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ, entre otras.

sentencia de primer grado, prístina resulta la inviabilidad de despachar favorablemente, por no decir que acometer, la pretensión del recurrente, razón por la cual esta Sala de Decisión así lo declarará en la *resolutio* de esta determinación, convergiendo con lo deprecado por el señor Procurador 15 Judicial II Penal en su concepto rigor en el sentido de "*mantener la decisión apelada en lo que respecta a la negativa de prescripción penal y al fallo de responsabilidad*"[150].

Finalmente, habrá de precisar la Sala, atinente al decir del agente del Ministerio Público en punto a que el juez de conocimiento debió aplicar las penas previstas en la Ley 522 de 1999 y no los extremos punitivos insertos por el legislador en el canon 109 de la Ley 1407 de 2010, pues con ello se tomó "*lo más desfavorable de las dos leyes, en abierta contradicción al principio de favorabilidad y al principio pro hómine, integrantes del derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional*"[151], que -partiendo del indiscutible hecho consistente en que la conducta punible espetada al IMAR (R) DAFR se consumó el 24 de julio de 2018- ningún desacierto o desafuero se observa en tal proceder judicial habida cuenta de lo que, por un lado, apareja el principio de legalidad penal[152] en su dimensión estricta[153], mismo

---

[150] Folio 435, C.O.3.
[151] Folio 434, C.O.2.
[152] "*El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas*". *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-820 de 2005.

por cuya virtud en ningún caso es posible aplicar retroactivamente normas de carácter penal con lo que se garantiza el postulado del artículo 29 Superior[154] y, por otra parte, de que la norma que fija las penas mínima y máxima que proceden para una específica conducta punible, como lo hace el último de los artejos en cita, es inobjetablemente de carácter sustancial, siendo de obligatorio cumplimiento y aplicación una vez entre en vigencia, lo que se hizo en el evento *sub judice*, en el que la punición impuesta lo fue por injusto culpable cometido luego de entrar en vigor el *códex* castrense de 2010.

Premisa conclusiva que para nada varía aún de tomarse en cuenta lo que imbrica el principio de favorabilidad aludido por el señor procurador, principio que se erige en excepción al de legalidad, pues habiéndose producido una derogación del artículo 128 de la Ley 522 de 1999 por encontrarse el delito allí tipificado ahora regulado en plenitud en el canon 109 de Ley 1407 de 2010 -norma sancionadora esta, en consecuencia, vigente en la actualidad-, aquel apotegma no tiene material operancia en la medida que, como enseña la Honorable Corte Constitucional, "*… para la aplicación del principio de favorabilidad,* ***se requiere que las dos***

[153] El principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, significa que las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecúa a la descripción abstracta realizada por la ley.

[154] Según el cual "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*", siendo las leyes preexistentes según la legislación Colombiana y la tradición jurídica nacional aquellas de carácter sustancial que definen los delitos y las penas.

normas susceptibles de ser aplicadas se encuentren plenamente vigentes*, en punto a elegir una u otra en favor del procesado, caso en el cual sí será posible aplicar de manera retroactiva una determinada disposición. Lo anterior, en razón a que la aplicación del principio de favorabilidad es de carácter excepcional y su aplicación no significa una variación de la vigencia de la ley, sino el reconocimiento de la eficacia de una disposición frente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia.*"[155] (Resaltado de la Sala)

Argumentos los anteriores que igualmente sirven de soporte para solventar el reproche también formulado por el representante de los intereses de la sociedad a la decisión del Juez de Instancia de la Inspección General de la Armada Nacional Encargado de negar la concesión del subrogado de la ejecución condicional de la pena al aquí condenado, máxime que aquel no reparó que tanto en el artículo 71 de la Ley 522 de 1999 –norma estima debió aplicarse- como en el canon 63 de la Ley 1407 de 2010 –respecto de cuya aplicación disiente-, el legislador fue expreso en prohibir aquella concesión habida cuenta de la naturaleza del bien jurídico objeto de salvaguarda en tratándose de delitos que atentan contra el Servicio[156] como lo es del de deserción por el cual fuere investigado, acusado, enjuiciado y, finalmente, condenado el IMAR (R) DAFR.

---

[155] Corte Constitucional, sentencia C-444 de 2011.
[156] *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias C-368 de 2000, M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ y C-709 de 2002, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Clarificado lo anterior, habrá de decirse que la naturaleza y sentido de la decisión que aquí se adoptará no es óbice para invitar al distinguido defensor público apelante a que en el futuro se abstenga de introducir en sus memoriales aseveraciones descomedidas y sin fundamento como las vertidas en el escrito recursal génesis la presente decisión, *verbigratia* que "*en la presente investigación se han irrespetado de manera* ***grosera****, esos principios y derechos básicos y colocado en situación de indefensión a mi apadrinado a quien se le han causado enormes perjuicios por una investigación que a todas luces se aprecia infundada e injusta*"[157] y que la tesis de esta Corporación que da la connotación de permanente al reato de la deserción es "*peligrosista*"[158], amén que "*se está rayando con la prevaricación ya que se esta* [sic] *no solo prejuzgando sino que se está legislando…*"[159] y que "*no es posible convalidar tanta arbitrariedad que en últimas se traduce en inseguridad jurídica, vía de hecho y abuso de poder*"[160], pues no sólo su calidad de sujeto procesal le impone abstenerse de hacer esta clase de calificaciones[161], sino que además su condición de abogado le exige observar mesura y respeto en relación

---

[157] Folio 400, C.O.3
[158] Folio 402, *ibídem*.
[159] *Ídem*.
[160] Folio 403, C.O.3.
[161] Ley 522 de 1999, artículo 338, "*Prohibición de calificaciones ofensivas a los intervinientes en el proceso. En ningún caso le será permitido al juez, al agente del Ministerio Público o a cualquier persona que intervenga en el proceso hacer calificaciones ofensivas respecto de los sujetos procesales y demás personas intervinientes en el mismo*."

Ley 270 de 1996, artículo 145, "*Deberes. Son deberes de los sujetos procesales*: *1*..2…3. 3. *Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales y guardar el debido respeto al funcionario judicial a los empleados de éste y a los demás intervinientes en la actuación procesal…*".

con los servidores públicos que intervienen en los asuntos propios de su profesión[162], erigiéndose en falta contra el respeto debido a la administración de justicia "*injuriar o acusar temerariamente a los servidores públicos, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos profesionales, sin perjuicio del derecho de reprochar o denunciar, por los medios pertinentes, los delitos o las faltas cometidas por dichas personas*"[163].

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

IX. RESUELVE

PRIMERO: DESATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, **DESPACHAR** desfavorablemente el recurso de apelación elevado por el defensor público del IMAR (R) DAFR, abogado LHRR, contra la sentencia del 1° de agosto de 2019 por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Armada Nacional, condenare al IMAR (R) DAFR a la pena principal de ocho (08) meses de prisión, negando coetáneamente el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al hallarlo responsable en calidad de autor del delito de

[162] Ley 1123 de 2007, artículo 28, "*DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO. Son deberes del abogado: 1..2..3..4..5..6.. 7. Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión.*"
[163] Ley 1123 de 2007, artículo 32.

deserción, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de la presente decisión judicial.

SEGUNDO: Consecuente con lo anterior **CONFIRMAR** la sentencia del 1° de agosto de 2019 por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Armada Nacional, condenare al IMAR (R) DAFR a la pena principal de ocho (08) meses de prisión, negando coetáneamente el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al hallarlo responsable en calidad de autor del delito de deserción.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional que podrá interponerse, previa precisión de ello[164], dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[165].

CUARTO: ORDENAR, en caso de que no se interponga ningún recurso, la devolución del presente sumario al Juzgado de Instancia de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, RADÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

---

[164] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 23701, auto junio 22 de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.
[165] Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA

Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	159028
Procedencia	:	Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar
Procesado	:	SLC. EJOC
Delito	:	Deserción
Motivo de alzada	:	Apelación auto que negó el decreto de la prescripción de la acción penal.
Decisión	:	Declara prescripción de la acción penal y cesa procedimiento.

Bogotá D.C., marzo seis (06) de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponda dentro del presente trámite suscitado a raíz de los recursos de apelación impetrados tanto por el abogado ALV, defensor público del procesado, como por la Procuradora Judicial II

108 Penal de Manizales, doctora AMP, en contra del auto interlocutorio de fecha 9 de octubre de 2019 mediante el cual la Juez 57 de Instrucción Penal Militar, según la prenombrada representante del Ministerio Público, "*resolvió distintas situaciones de fondo*".

II. HECHOS

De acuerdo al informe de fecha 07 de noviembre de 2016 que sirvió de génesis a la presente actuación procesal, suscrito por el SS. CTA en su condición de Régimen Interno de la compañía "H" del Batallón de Infantería No.22 "*Batalla de Ayacucho*" del Ejército Nacional, el SLC. EJOC, perteneciente al segundo contingente de 2016 y orgánico de dicha unidad táctica, no hizo su presentación el 1° de noviembre de 2016 a las 17:00 horas como le correspondía por término del permiso concedido luego de jurar bandera.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los hechos que anteceden, el 03 de enero de 2017[1] el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar en cabeza de la MY. LPPL dispuso la apertura de investigación formal en contra del SLC. EJOC por el presunto delito de deserción, vinculándose a la investigación el procesado mediante indagatoria recepcionada el 02 de

[1] Folios 13 y 14, C.O. 1

febrero de 2017[2] y resolviéndose de forma provisional su situación jurídica con proveído del 18 de enero de 2018[3], ello en el sentido de abstenerse de imponerle medida de aseguramiento, abstención que fincó la juez instructora en el hecho de no encontrarse claro hasta ese momento procesal las circunstancias de su incorporación, como tampoco la "*fecha exacta de su evasión*"[4].

Es importante anotar que al considerar la funcionaria de instrucción, conforme al material probatorio acopiado a ese momento, que existía una "*diferencia de fechas entre el informe presentado por el SS CTA y la fecha real de la DESERCION del SLR EJOC*."[5], dispuso, con auto del 19 de abril de 2018, la compulsa de copias ante el correspondiente ente de control disciplinario[6].

Estimando perfeccionada la actuación, la antes citada juez de instrucción dispuso la remisión del sumario a la Fiscalía 18 Penal Militar ante los Jueces de Brigada del Ejército Nacional de la ciudad de Armenia, ello el 14 de agosto del año en precedencia[7].

---

[2] Folios 32 a 35, *ibídem*. Fecha colegida de la cronología procesal, pues en el acta de la diligencia se plasmó erradamente el año "*2016*".
[3] Folios 105 a 119, *ibídem*.
[4] Folio 54, *ibídem*.
[5] Folio 115, *ibídem*.
[6] Folios 115 y 116, *ibídem*.
[7] Folios 182 y 183, *ibídem*.

Avocado el conocimiento de las diligencias por parte de la Fiscal 18 Penal Militar adscrita a la Octava Brigada del Ejército Nacional, mediante auto del 03 de octubre de 2018 estimó imperfecta la investigación, disponiendo su devolución al despacho de origen para la práctica de una serie de pruebas en consideración a que "*se debe establecer la fecha en que se concedió el permiso de juramento de bandera, pues de acuerdo con la indagatoria y los registros migratorios fue a éste al que no se presenta el indagado y así entrar a computar los términos de prescripción de la acción penal, pues aparentemente la acción se encuentra prescrita.*"[8].

Recibido el diligenciamiento en el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar, su titular, MY. LPPL, vía auto del 09 de octubre de 2017[9] indicó que "*procede a analizar cada uno de los argumentos esbozados por la fiscalía, y a pesar que se encuentra en comisión en el despacho, establecer la aplicabilidad o no de lo allí ordenado, teniendo en cuenta que según análisis de este despacho existe imprecisión respecto de la norma aplicable, …*"[10], procediendo a hacer referencia a cada una de las pruebas ordenadas por el ente calificador, además de aducir que la acción aún no se encontraba prescrita, ello para luego indicar en el numeral primero del acápite resolutivo, lo siguiente: "***RESUELVE***" "***NO ACEPTAR*** *la argumentación realizada por la*

[8] Folios 187 y 188, *ibídem*.
[9] Folios 190 a 192, *ibídem*.
[10] Folio 191, *ibídem*.

FISCALÍA 18 PENAL MILITAR, por tanto ya se encuentra decantado en el proceso todo y cuanto se expone en el mismo, …"[11] disponiendo en el numeral "***SEGUNDO:*** *Como consecuencia de lo anterior, se dispone notificar a las partes del presente auto, teniendo en cuenta que se está debatiendo un asunto de fondo en el proceso*."[12].

Al ser notificado de esta determinación[13], el abogado AMV, defensor público del procesado, interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la misma, solicitando a este Colegiado "*revocar la decisión aquí cuestionada y en su defecto prescribir la acción penal militar a favor del procesado, con cese de procedimiento por el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, que haga tránsito a cosa juzgada*."[14].

Asimismo, al notificarse del auto en precedencia, la señora Procuradora Judicial Penal II[15] ante el juzgado instructor, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación "*en contra de la decisión proferida el día 9 de octubre de 2018, mediante la cual su Despacho resolvió distintas situaciones de fondo, en relación con la investigación que se adelanta en contra del SLC EJOC* [sic]…"[16], indicando en su escrito que "*en el presente asunto ha operado el fenómeno jurídico de la Prescripción y así se debe declarar por el Juez ad quo, y en el evento de no estar de acuerdo con mis*

[11] Folio 192, *ibídem*.
[12] *ídem*.
[13] Folio 193, *ibídem*.
[14] Folio 202, C.O.2.
[15] Folio 204, *ibídem*.
[16] Folio 205, *ibídem*.

disertaciones, le ruego el favor de dar traslado al Superior Jerárquico para desatar recurso de apelación."[17].

Mediante interlocutorio adiado 29 de octubre de 2018, la MY. LPPL, la referida Juez 57 de Instrucción Penal Militar, luego de reseñar que "*se recibe por parte del defensor público y de la procuradora judicial,* ***escritos,*** *en virtud de los cuales se interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación y se hacen otras solicitudes de fondo en el proceso,* …"[18] (subrayas y negrillas de la Sala), entró a considerar que en su sentir, comoquiera que la conducta investigada se consumó en el exterior, ello "*implica la continuidad del proceso*"[19], luego de lo cual plasmó en este proveído unos cuestionamientos que solicita sean resueltos por esta Corporación "*en desarrollo de las competencias asignadas por ley*"[20] y acto seguido resolvió en el artículo primero y único de su proveído: "***REMÍTASE****, el cuaderno de copias del proceso 4260, instruido contra el soldado,* ***SLC E***[sic] ***JOC****, por el delito de* ***DESERCIÓN****, en atenta solicitud para que sea estudiado por el* ***AD QUEM****, de fondo los recursos de apelación, así como el pronunciamiento del juzgado respecto del termino de prescripción.*"[21].

---

[17] Folio 215, *ibídem*.
[18] Folio 222, *ibídem*.
[19] Folio 223, *ibídem*.
[20] *Ídem*.
[21] Folio 224, *ibídem*.

La actuación fue recibida en la Secretaría común de esta Corporación el 06 de noviembre de 2018[22], correspondiéndole al suscrito Magistrado mediante reparto del 13 del precitado mes y año[23], disponiéndose con auto del 22 del mes y año en cita el regreso de la actuación al despacho de origen habida cuenta que la pluricitada juez de instrucción omitió dar el traslado obligatorio a los no recurrentes del recurso de reposición incoado en contra de su auto interlocutorio del 09 de octubre de 2018[24], mismo anteriormente relacionado.

Al recibirse la actuación en el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar, su titular, la MY. LPPL, profirió auto del 03 de diciembre de 2018, mismo en cuya parte considerativa insistió en que por esta Corporación se "*resuelvan de fondo los interrogantes acá planteados, …*"[25], a la vez que en la parte resolutiva dispuso en su numeral primero: "***NIÉGUESE*** *recurso de reposición interpuesto por las partes* [sic] *dentro de la presente investigación, siendo necesario ponerlo a disposición de las partes.*"[26] (subrayas de la Sala), a la vez que en el segundo numeral concedió el recurso de apelación ante este Tribunal Castrense.

---

[22] Folio 225, *ibídem*.
[23] Folio 225 V, *ibídem*.
[24] Folios 240 a 244, *ibídem*.
[25] Folio 248, *ibídem*.
[26] *Ídem*.

El diligenciamiento fue remitido a esta Corporación mediante oficio del 09 de enero de 2019[27], siendo recibido el 17 del mes y del año en cita[28], disponiendo la Magistratura, vía auto del 28 siguiente, la devolución de aquel al despacho instructor[29] ante la no observancia y cumplimiento de lo ordenado en el prenombrado proveído del 22 de noviembre de 2018, específicamente al desatender el cumplimiento del traslado a los no recurrentes respecto del recurso de reposición interpuesto contra su interlocutorio del 09 de octubre de 2018 conforme lo prevé el artejo 357.2 de la Ley 522 de 1999 y lo advirtiere la Magistratura, al tiempo que se ordenó la compulsa de las correspondientes copias para ante la Procuraduría Delegada para la vigilancia Judicial dada omisión al deber funcional por parte de la instructora.

Habiéndose recibido la actuación en el despacho de instrucción el 31 de enero de 2019 como da cuenta el sello impuesto al oficio obrante a folio 267 del cuaderno de copias No. 2, hasta el 08 de mayo siguiente la señora Juez 57 de Instrucción Penal Militar profirió auto de tal calenda en cuyo numeral primero resolvió "***NIÉGUESE*** *el recurso de reposición tanto a la procuradora judicial como al defensor público de acuerdo con la argumentación establecida en el*

[27] Folio 257, C.O.2.
[28] Folio 257 V, *ibídem*.
[29] Folios 259 a 265, *ibídem*.

presente auto."[30] (Negrillas en el original y subrayas de la Sala), disponiendo, a continuación, la remisión de la investigación a esta Colegiatura.

Remisión que se llevare a cabo el 24 de mayo de la presente anualidad, siendo recibido el paginario en esta Corporación el día 31 del citado mes y año, ordenándose por el Despacho correr el traslado de las diligencias con fecha 12 de junio de 2019 al señor Procurador Judicial Penal 11 conforme lo prevé la norma procedimental castrense, agencia de la cual e retornare la actuación el 06 de agosto del año en cita.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La entonces Juez 57 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional, Mayor LPPL, en la providencia adiada 09 de octubre de 2018, manifestó conocer de la actuación con motivo de la devolución que le hiciera la Fiscalía 18 Penal Militar a fin que se corrigieron unas inconsistencia que existían al interior de la misma, ello, plasmó en aquella, en atención a lo dispuesto en el "*artículo 250 del código penal militar*"[31].

[30] Folio 280, *ibídem*.
[31] Folio 190, C.O.1.

En un acápite que intituló "***CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA***"[32] enumeró lo indicado por el ente calificador al momento de regresar el proceso al despacho instructor, para luego, bajo el título de "***CONSIDERACIONES DEL DESPACHO***"[33], indicar que el despacho "*procede a analizar cada uno de los argumentos esbozados por la fiscalía, y a pesar que se encuentra en comisión en el despacho, establecer la aplicabilidad o no de lo allí ordenado…*"[34], haciendo alusión punto por punto a lo dispuesto por aquella fiscalía penal militar, para sostener, en punto al numeral quinto allí enlistado, que consideraba que la acción penal desatada al interior del sumario no se hallaba prescrita pues siendo el punible investigado de ejecución permanente, su consumación inició en Colombia y terminó en el exterior por lo que el término de prescripción se aumentaba en la mitad conforme lo prevé el "*artículo 77 del código penal militar*"[35], estimando que la cesación de la situación irregular se dio cuando el procesado se presentó el 02 de febrero de 2017, aserto que abonó con jurisprudencia de esta Corporación atinente a la naturaleza tipológica del reato de deserción.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, en el numeral primero del auto resolvió "*NO ACEPTAR la argumentación realizada por la FISCALÍA 18 PENAL MILITAR,*

---

[32] *Ídem*.
[33] *Ídem*.
[34] *Ídem*.
[35] Folio 192, C.O.1.

por tanto ya se encuentra decantado en el proceso todo y cuanto se expone en el mismo,…"[36].

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. Del abogado AMV

El defensor público del procesado, AMV, interpuso recurso de apelación contra la precitada decisión, manifestando que presenta el recurso de apelación en contra de la decisión del 09 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado 57 de Instrucción Penal Militar, "*en la que se plantea de fondo, el fenómeno jurídico de* ***PRESCRIPCIÓN de la acción penal****, el mismo que se hace necesario que el Ad quem, lo analice para establecer si se da en el presente caso*."[37].

Aseguró que, al analizar las fechas de la conducta imputada a su defendido, habrá de detenerse en el principio rector como lo es la favorabilidad a fin de no desgastar ni la justicia penal militar ni los sujetos procesales, debiéndose tener en cuenta además el artículo 29 Superior.

Indicó que si bien el legislador se refiere a la aplicación entre normas, tal principio "*aplica a la forma de interpretar los hechos dentro de la valoración, y para este caso, lo es con referencia a las fechas, del momento de la presunta Deserción, ya que no hay claridad*

[36] *Ídem*.
[37] Folio 192, C.O.1.

al respecto, no por falta de investigación, sino por desinformación de quienes tuvieron esta oportunidad ante la justicia penal militar."[38].

A ello agregó que la investigación da cuenta que es la fecha de la injurada la que se debe "*tener en cuenta para el fenómeno de la prescripción de la acción penal que es la que el procesado, indico* [sic] *y cuando responde a una pregunta del despacho: CONTESTO: Inocente, porque yo ya me había presentado para solucionarlo el 19 de junio de 2015*. …"[39].

Seguidamente referenció los artículos 75 y 76, sin mencionar de qué normatividad hacen parte, que según su dicho hacen referencia a la extinción de la acción penal y el término de prescripción de la misma.

Expuso que tanto la parte fáctica como la jurídica dan cuenta que lo que ha de analizarse a fondo "*es si el ex militar EJOC, tiene a su favor la prescripción del delito de deserción, y es el motivo de este recurso, ya que el suscrito defensor público, considera que si* [sic] *se debe de extinguirse* [sic] *la acción penal, y cesar todo procedimiento en su favor.*"[40].

Enfatizó que el término anterior no está interrumpido como lo afirmó la funcionaria de primer grado en la decisión confutada, ya que aquel "*comienza desde el*

[38] Folio 198, *ibídem*.
[39] Folio 199, *ibídem*.
[40] Folio 200, *ibídem*.

momento de la injuriada [sic]", haciendo alusión seguidamente al artículo 79, mismo del que tampoco señaló a qué normatividad pertenece, que hace referencia a la interrupción del término prescriptivo de la acción penal[41].

Indicó que conforme a las anteriores normas, de aplicación en un sistema oral en que se habla de la formulación de imputación, la que asimila a la "*injuriada* [sic] *como hizo el a quo*"[42], se debe "*acudir a la favorabilidad, pues este sistema oral, a pesar de esta vigente y/o su aplicación, para esta interpretación analógica, lo que impera y se debe de tener en este evento es el artículo 77 de la ley 522 de 1999, en cuento* [sic] *a la interrupción de la acción penal…*"[43], norma que reprodujo seguidamente haciendo alusión la misma a la interrupción de la acción penal con la "*ejecutoria de la resolución de convocatoria del consejo verbal de guerra*".

Estimó que la citada normativa resulta "*más favorable y permite su aplicación, entendido que el procedimiento penal militar oral, no aplica en referencia su favor* [sic]. *En todo caso la convocatoria del consejo verbal de guerra, no se ha producido para mi representado, en esta carpeta penal militar.*"[44], agregando que "*Se hace necesario observar , si en realidad este punible tuvo la necesidad de haber sido cometido en el exterior y se*

[41] *Ídem*.
[42] Folio 201, C.O.2.
[43] *Ídem*.
[44] *Ídem*.

puede concluir que NO, ya que no fue iniciado ni consumado en Panamá."[45].

Aseguró, asimismo, que al analizar lo ocurrido el actuar de su prohijado "*nada tuvo que ver con su viaje a Panamá, y concluir en lo contrario, sería un agregado injusto, pues si viaje se debido* [sic] *a motivos diferentes, esto es, solo laborales.*"[46].

Por lo anterior peticionó a este Colegiado la revocatoria de la decisión confutada "*y en su defecto prescribir la acción penal militar a favor del procesado, con cese de procedimiento por el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, que haga tránsito a cosa juzgada.*"[47].

2. De la representante del ministerio público

En la sustentación de su recurso de reposición subsidiario al de apelación, la doctora AMP, en su condición de Procuradora Judicial II 108 Penal de Manizales, indicó que lo hace "*por considerar esta Delegada que en el presente asunto ha acaecido el fenómeno jurídico de la Prescripción, el cual estimo se debe decretar por el Juez que instruye esta causa o por el superior, en el evento de no ser de recibo mis argumentaciones por el ad quo.*"[48].

---

[45] *Ídem.*
[46] Folios 201 a 202, C.O.2.
[47] Folio 202, *ibídem.*
[48] Folio 207, *ibídem.*

Luego de hacer un recuento tanto de la situación fáctica como del material probatorio obrante en el plenario, mencionó como motivo de disenso el hecho que los sucesos aquí investigados no tuvieron ocurrencia como se informaron por el denunciante, esto es para el 1° de noviembre de 2016, pues para esa fecha, según da cuenta la prueba testimonial, el procesado se encontraba en Panamá ya que cuando culminó la licencia concedida luego de haber jurado bandera, aquel no retornó a su unidad, puesto que un día antes viajó para el precitado destino regresando hasta el día "*13 de noviembre de 2018*"[49].

Después de referenciar las razones por las cuales no se dio cuenta oportunamente de la evasión del conscripto según da cuenta el paginario, dijo que disiente de los seis meses que consideraron las autoridades militares como pertinente para da cuenta de la novedad, pues la norma que rige para el presente caso es el Código Penal Militar que en ninguna parte establece que al ocurrir una conducta punible como la investigada "*se tenga un término prudente para pasar dicha novedad, como en este caso de casi seis meses;…*"[50] cuando de lo que habla el "*Artículo 67 del C.P.P., es el deber de denunciar…*"[51].

A ello adicionó que el término de prescripción de la acción penal se "*inicia a contar no desde el momento en*

[49] Folio 32, C.O.1.
[50] Folio 212, *ibídem*.
[51] *Ídem*.

que se evade de la prestación del servicio militar el soldado, o contadas desde los cincos [sic] *días siguientes que le da la Norma para que se reintegre, sino desde el momento en que el señor Miliar* [sic] *encargado de presentar el informe lo considere pertinente…"*[52].

Asimismo, afirmó disentir del criterio tenido en cuenta por la funcionaria de instrucción pues desde la comisión del delito, que sitúa en el 26 de junio de 2016, han transcurrido más de los dos años regulados en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999 a los que alude la Corte Suprema de Justicia en el auto AP3976-2015, radicación No. 45632, del 15 de julio de 2015, estando la acción penal prescrita, por lo que *"se solicita comedidamente, proceder a declarar la misma en favor del investigado en esas diligencias…"*[53].

Lo anterior, expuso, en tanto la vigencia de la Ley 1407 de 2010 se condicionó a su implementación la cual no se ha logrado, resultándole claro que "*en este asunto desde el momento de la comisión de los hechos, esto es el día 26 de junio de 2016 (o si se quiere desde el día 30 de junio de 2016, contando el término de cinco días que concede la norma para que el evadido regrese), han pasado más de dos años, y no se ha dado ninguna situación para que se hubiese interrumpido el término de prescripción consagrado en dicha norma, puesto que de acuerdo la ley 522 de 1999, en su artículo 86 dicha interrupción se presenta cuando se da la*

[52] Folio 211, *ibídem*.
[53] *Ídem*.

ejecutoria de la acusación en la etapa de instrucción lo que no ha sucedido en el presente asunto."[54].

A esto sumó que la misma ley consagra un trato especial para el punible en cita, siendo el "*artículo 83 inciso segundo estableció el término de prescripción en dos años…*"[55], además dio cuenta que si bien se ha discutido en punto a ampliar el término de prescripción para los delitos cometidos por los servidores públicos en atención a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, consideró que ello es inadecuado por cuanto en la exposición de motivos de la citada normatividad se tiene que su espíritu era combatir la corrupción.

De la misma forma sostuvo no compartir la postura en torno a que nos encontramos "*en presencia de un delito de ejecución permanente, y que la conducta se ejecutó en Colombia y en exterior y que por lo tanto los términos de prescripción se amplían de acuerdo con el contenido del Artículo 77, y que la prescripción solo se cuenta desde el día en que compareció a la diligencia de indagatoria el soldado, esto es el día 2 de febrero de 2017, …*"[56], ello por cuanto en su juicio la conducta "*se comete*"[57] cuando quien estando obligado a prestar el servicio militar y lo esté prestando se evada sin justa causa para ello, y se "*consuma*"[58] desde el momento mismo en

---

[54] *Ídem*.
[55] Folio 213, *ibídem*.
[56] Folio 214, *ibídem*.
[57] *Ídem*.
[58] *Ídem*.

que abandona las filas, y que una interpretación diferente va en contravía del debido proceso contenido en el artículo 29 Superior, ya que deja al arbitrio del funcionario que informe de la novedad, como en este caso que fue de cerca de seis meses luego de materializada la conducta, lo que deja en la incertidumbre al ciudadano quien no sabe con exactitud desde cuándo se habrá de iniciar a contarse los términos prescriptivos, siendo que dada la inactividad judicial es una sanción para la administración de justicia, pero para el procesado es un derecho que cese la investigación penal a su favor, citando al efecto jurisprudencia que refiere procede del Tribunal Superior Español.

Conforme lo anterior consideró que en el caso *sub examine* "*ha operado el fenómeno de la Prescripción y así se debe declarar por el Juez ad quo*, …"[59].

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 10 Judicial II Penal, doctor JCPB, luego de hacer referencia a la actuación procesal surtida señaló que "*los argumentos planteados por la Defensa al sustentar el recurso de alzada son acertados*…"[60], haciendo a continuación referencia a la

[59] Folio 215, *ibídem*.
[60] Folio 299, *ibídem*.

normatividad castrense que hace referencia a los términos prescriptivos de la acción penal.

Seguidamente consideró que el problema jurídico debatido es doble, primero, el de determinar cuál era el término de prescripción de la acción penal para la deserción, si el contenido en la Ley 522 de 1999 o el de la Ley 1407 de 2010, "*es decir, si es de 36 meses o de 18 meses*."[61], y segundo, establecer la fecha desde cuando comienza a contar el término prescriptivo, si llegó a haber interrupción de tal lapso y así "*si la acción penal en el caso concreto ya precluyó*."[62].

Indicó como respuesta al primer interrogante, que comoquiera que la conducta se habría "*cometido a partir del 27 de junio de 2016, en vigencia de la Ley 1407 de 2010, siendo que su Art. 76 tiene un término de prescripción más favorable (18 meses) que el del Art. 83 de la todavía vigente Ley 522 de 1999 (36 meses), en consideración del Principio de Favorabilidad: aplicación de la ley procesal de aspectos sustanciales más favorable, debería tenerse como el término de prescripción para el punible de Deserción el de 18 meses (Arts. 76 y 77 de la Ley 1407 de 2010)*."[63].

Respecto a la segunda inquietud, indicó que al ser la Deserción "*una conducta punible de carácter permanente, se tendría iniciada el 27 de junio de 2016 y con último*

---

[61] Folio 300, *ibídem*.
[62] *Ídem*.
[63] *Ídem*.

acto consumativo en la fecha en que se practicó la diligencia de indagatoria al procesado, el 2 de febrero de 2017."[64], agregó a lo anterior que ello significa que el término de los 18 meses cuenta desde el día 03 de febrero de 2017 hasta el día 18 de enero del año siguiente, "*fecha en que se formuló la imputación*"[65], esto haciendo alusión la providencia interlocutoria de dicha fecha por la cual se resolvió provisionalmente la situación jurídica del sumariado, momento en que, según sus cuentas, habían transcurrido 11 meses y 19 días, "*menos de los 18 meses que exige la Ley 1407 de 2010 para que prescribiera la acción penal*".

A continuación indicó que como "*se hizo imputación al procesado a través de Auto interlocutorio del 18 de enero de 2018*"[66] como posible autor de deserción, al aplicar el artículo 79 de la Ley 1407 de 2010, "*el 19 de enero de 2018 entraría correr un nuevo término de prescripción de nueve (9) meses o doscientos setenta (270) días, correspondientes a la mitad del término de prescripción inicial. Este término de prescripción habría vencido el día 14 de octubre de 2018*."[67].

Conforme a lo anterior consideró que para "*el 08 de mayo de 2019*"[68], cuando el despacho instructor dictó

---

[64] *Ídem*.
[65] *Ídem*.
[66] *Ídem*.
[67] *Ídem*.
[68] Folio 300, *ibídem*.

la providencia apelada, "*la acción penal ya estaría prescrita*."[69].

Finalmente solicitó acceder a la petición de la defensa revocando la decisión confutada "*por haber transcurrido el término de prescripción de la acción penal (…) y en consecuencia, decretar la preclusión de la investigación…*"[70].

VII. DE LA COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de los recursos de apelación que ocupan la atención de la Sala Tercera de Decisión en esta oportunidad, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año[71], como de los ocurridos con posterioridad a la misma - no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial -

[69] Folio 301, C.O.2.
[70] *Ídem*.
[71] CSJ, Sala de Casación Penal, autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sería el caso entrar a resolver los sendos recursos de apelación interpuestos tanto por el abogado AMV, defensor público del procesado, como por la Procuradora Judicial II 108 Penal de Manizales, doctora AMP, en contra del auto interlocutorio de fecha 09 de octubre de 2018 -fecha correcta de la decisión impugnada, que no el 08 de enero de 2018, ni el 08 de mayo de 2019, como se estimara en el concepto del bien ponderado agente del Ministerio Público ante esta instancia-, si no fuera porque del estudio del plenario refulge prístino que se consolidó objetivamente el fenómeno de la prescripción de la acción penal y por ende la extinción de la potestad en cabeza del Estado para

perseguir la conducta punible génesis de las presentes diligencias y de ser el caso para sancionar a su autor, ello como consecuencia del fenecimiento de la oportunidad temporal con que se contaba al efecto.

Proemio de las sustentadas motivaciones que cimientan el anterior aserto, es el de evocar que la prescripción de la acción penal es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción[72]. Dicho fenómeno ocurre, como decantado está por la Honorable Corte Constitucional de nuestro país, cuando quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal dejan vencer el plazo señalado por el legislador para tal efecto, sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo que implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra de la persona beneficiada con la prescripción[73].

La prescripción de la acción penal, explica también la Corte, tiene una doble connotación: por un lado, obra a favor del procesado, quien se beneficia de la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para que se le defina su situación

[72] Sentencia C-556 de 2001, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.
[73] *Cfr.* sentencias C-416/02, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ y C-570/03, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

jurídica, pues no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra, además que la sociedad no puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los diversos delitos cometidos y que generan zozobra en la comunidad[74]; y por otro, implica para el Estado una sanción frente a su inactividad.

A lo hasta aquí decantado, cabe añadir que en aquellos precisos eventos en que la acción penal se origina en el delito de deserción, ya la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentó precedente[75] -mismo que se erige en de obligatoria observación para este Tribunal dada la fuerza vinculante y la naturaleza de fuente formal del Derecho que le imprime el que aquel órgano plural sea en esta jurisdicción foral el legítimo intérprete del ordenamiento jurídico[76]-, en el sentido de que el término de prescripción de aquella es el de dos (02) años regulado en el artículo 83, inciso 2°, de la Ley 522 de 1999 que rige los cauces rituales de la presente causa, viéndose el mismo interrumpido,

---

[74] Sentencia C-176/94, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
[75] Auto del 15 de Julio de 2015, AP 3976-2015, radicado No. 45632, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. En el mismo sentido sentencia diciembre 05 de 2007, radicado 28830; auto junio 30 de 2010, radicado 34153, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS; y auto abril 07 de 2015, AP1748-2015, radicación N° 44829, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, decisión esta última que en su *corpus* remite a la sentencia de mayo 22 de 2003, radicado 20719 y a la sentencia de abril 21 de 2010, radicado 32201.
[76] *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias C-083 de 1995, C-252 de 2001, C-836 de 2001 y C-539 de 2011. *C.fr.* Corte Suprema de Justicia, sentencia casación 30571, febrero 09 de 2009; auto 30775, febrero 18 de 2009; auto 31115, abril 16 de 2009; auto 33659, abril 28 de 2010; revisión 32310, mayo 19 de 2010; sentencia segunda 33331 mayo 06 de 2010; auto 36973, septiembre 19 de 2011 y sentencia casación 34853, febrero 1° de 2012.

independientemente de cualquier otra consideración, con la ejecutoria de la resolución de acusación[77], momento procesal a partir del cual inicia a correr nuevamente pero esta vez por un lapso equivalente a la mitad del previamente discurrido, esto es, por un (01) año más, como igualmente lo señalara aquella célula judicial en varios de sus pronunciamientos[78], inclusive en aquel precedente, y lo ha pregonado unívocamente este Tribunal[79].

En un sentido tal, remémbrese, la Sala Penal de aquella Alta Corte ha acrisolado:

> "*En efecto, si bien la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de dicho año, su eficacia o efectiva aplicación, en tanto se hable del sistema oral acusatorio que en ella se diseñó también para la Justicia Penal Militar, quedó condicionada, como se hizo con la Ley 906 de 204 en su momento y lo indicó la Sala en su decisión del 7 de marzo de 2012, Rad. No. 38401, a un proceso de implementación territorial, de modo que ésta sólo resultaba realmente aplicable a partir de ciertas fechas, no obstante regir para hechos cometidos desde el 1° de enero de 2005 y en determinados distritos judiciales, lo cual implicó que a pesar de que los sucesos ocurrieran después del 1° de enero de 2005, el sistema oral acusatorio se aplicara solamente en aquellos territorios donde se hubiere implantado de*

---

[77] Ley 522 de 1999, artículo 86, "*Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación…. Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código.*"

[78] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, radicado No. 19002, auto abril 11 de 2002, M.P. JOSE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO.

[79] Tribunal Superior Militar, radicado No. 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ y auto marzo 05 de 2019, radicado No. 158844, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, entre otros.

conformidad con el proceso que al efecto estableció el artículo 530 de dicho ordenamiento.

En la Ley 1407 acontece algo similar, porque aunque entró a regir el 17 de agosto de 2010 la aplicación del sistema oral acusatorio y obviamente de las normas que lo regulan, depende de que en el respectivo territorio se haya implementado; así se previó en su artículo 627:

> *"El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del sistema acusatorio en la justicia penal militar acorde con el marco fiscal de mediano plazo del sector defensa y el marco de gasto de mediano plazo del mismo sector".*

(…)

Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contemplados en la Ley 522 de 1999, lo cual por demás patentiza este asunto, haciendo de paso evidente que en ese sentido la demanda carece de fundamento al pretender vulnerado el axioma de legalidad.

En torno al tema dijo la Corte en providencia del 11 de diciembre de 2013:

> *"Cabe precisar que no obstante la fecha de comisión de los hechos, febrero de 2011, la norma procesal aplicable para el caso resulta ser la Ley 522 de 1999, toda vez que si bien la Ley 1407 de 2010, según la sentencia C-444 de 2011, sólo rige para sucesos acontecidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010*

por ser esta la fecha en la que dicha norma entró en vigencia,….la procedencia del recurso de casación para el presente asunto, corresponde ser analizada bajo los artículos 368 y siguientes de la ley 522 de 1999, primera normativa mencionada"

(….)

3. En consecuencia, si los procesos se tramitan bajo las formas previstas en el anterior Código Penal Militar mientras no se implemente el sistema penal acusatorio, por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Luego la aplicación del artículo 76 y siguiente de la ley 1407 de 2010, norma que ciertamente es más favorable en la medida en que establece un lapso prescriptivo para el delito de deserción de un año mientras que la Ley 522 lo determinaba en dos, resulta posible a condición, se reitera, de que no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar.

4. Ciertamente ***ambos ordenamientos regulan lo relativo a la extinción de la acción penal por prescripción, pero no menos cierto es que lo hacen de forma diferente y atendidas obviamente las incidencias procesales de cada sistema de modo que el lapso prescriptivo de un año para la deserción sí resulta de la esencia del sistema acusatorio y a la vez incompatible con los términos procesales en que se desarrolla el proceso previsto en la Ley 522****.*

Así lo ha entendido la sala desde su decisión del 6 de julio de 2011, Rad. 35517:

(…)

6. Así las cosas, inaplicable en la etapa sumarial prevista en la Ley 522 de 1999 el lapso prescriptivo de un año que para el delito de deserción establece el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 y en su lugar procedente el período de dos años que señala el precepto 83 de aquella codificación, es incuestionable que la demanda que se examina se presenta infundada, como que en las circunstancias descritas la aducida infracción al debido proceso se evidencia intrascendente, por ello deviene imperativa su inadmisión.

(…)

En este asunto, como ya quedó visto, el período previsto en fase de instrucción de dos años no se concretó, de ahí lo infundado del reparo propuesto, toda vez que los hechos acaecieron en marzo de 2013 y la acusación quedó en firme el 4 de abril de 2014.

8. Pero sí en fase de juzgamiento, porque él se reduce a la mitad del previsto para la etapa sumarial, es decir que, siendo en este evento de dos años en la instrucción, en la causa corresponde a uno, tal como lo ha sostenido la sala en auto penal del 11 de abril de 2012 radicado N° 19002, el cual efectivamente ya transcurrió desde la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que, de otro lado, la sentencia haya cobrado firmeza.

Es que si bien en términos generales la acción penal prescribe por el transcurso de un tiempo igual al máximo de pena privativa de libertad señalado en la respectiva disposición, sin que en el sumario sea inferior a cinco años y en el juicio por un lapso igual a la mitad de aquél sin que tampoco sea inferior a un lustro, ***es innegable que la propia ley, en este caso la 522 de 1999, ha establecido una excepción al señalarle al delito de deserción un***

término especial de dos años durante la etapa de investigación.

Luego, por razón del artículo 86 de la citada ley, en el juicio el período prescriptivo se reduce a un año por manera que en esas condiciones tal fenómeno se concretó en tanto, se reitera, la acusación cobró ejecutoria el 4 de abril de 2014 y a la fecha no ha ocurrido lo mismo con la sentencia."[80] (Resaltos fuera de texto).

Derrotero hermenéutico que también ha seguido, se reitera, este Tribunal Castrense en punto al tópico en ciernes, resultando procedente evocar lo apuntalado en pretérita oportunidad, esto en decisión en la que se acotare:

"Conforme a lo anterior, el término prescriptivo de la acción penal en el delito de deserción puede darse en dos eventos: El primero, tiene lugar desde que la conducta se entiende consumada[81] *hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos años determinará la extinción de la acción penal. El segundo evento, registra como hito base el momento desde el cual cobra ejecutoria la resolución de acusación hasta el día en que queda en firme la sentencia,* ***período que de superar el año determinará la prescripción de la acción penal****. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en el último pronunciamiento que sobre el tema expidió, al señalar:*

(….)

[80] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto julio 15 de 2015, radicado No. 45632, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.
[81] Tribunal Superior Militar, radicado No. 158237, agosto 14 de 2015, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

Bajo ese entendido, no obstante que por vía jurisprudencial se ha establecido que los delitos de contenido castrense o de función son objeto de aplicación del incremento del término prescriptivo aplicable a los servidores públicos, dispuesto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000[82]*, según sea el caso*[83]*,* ***se exceptúa de aquella regla general al punible de deserción, en tanto la ley penal militar estableció dicho lapso de manera particular****."*[84]*.*

Posición reiterada en reciente pronunciamiento, mismo en el que se aquilatare:

"Lo anteriormente transcrito impone a esta Sala, salvo mejor y válida opinión en contrario, por virtud del respeto al precedente judicial y de la fuerza vinculante del mismo en tanto fuente formal y material de Derecho, acoger las precisiones realizadas por el órgano colegiado de cierre de la jurisdicción penal militar en las providencias parcialmente trasuntadas y en aquellas otras referenciadas en el presente proveído, ello en punto a que al interior de los procesos penales atrás mencionados, la acción penal germinada en el reato de deserción prescribe en el término de dos (02) años regulado en la Ley 522 de 1999, mismo que se habrá de contar, en tratándose de los delitos de ausencia, a partir de la producción de uno cualquiera de los eventos relacionados en pacífica y uniforme línea de pensamiento edificada por este

---

[82] Corte Suprema de Justicia Nos.17466 del 24 de octubre de 2003, MP HERMAN GALAN CASTELLANOS; 24067 del 18 de mayo de 2006, MP. MARINA PULIDO DE BARON; 28830 del 5 de diciembre de 2007, MP. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ; 26392 del 2 de diciembre de 2008, MP ALFREDO GOMEZ QUINTERO; 34153 del 30 de junio de 2010, MP. YESID RAMIREZ BASTIDAS; 44829 del 7 de abril de 2012, MP. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.

[83] En el entendido que, si los hechos investigados acaecieron antes del 12 de julio de 2011, el aumento para la prescripción será de 1/3 parte de la pena a imponer, por el contrario, si la conducta punible se ejecutó posterior a la fecha antes señalada, el aumento de prescripción de la acción penal se aumentará en la mitad conforme lo dispone la Ley 1474 de 2011.

[84] Auto diciembre 07 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.

Tribunal Castrense desde el año 2015[85]*, precedente que al emanar del mismo adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso, amén de indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento*[86]*.*

Eventos que no son otros que la realización por parte del infractor de la ley penal militar de actos positivos que señalen su voluntad de cesar en la ilicitud de su conducta –v.gr. presentarse voluntariamente-, de la concreción de la captura del contumaz, de su desacuartelamiento, o, de la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación de no cumplirse ninguno de los anteriores presupuestos, ello en tanto delito de ejecución permanente como acertadamente concluyere el Iudex A quo, discernimiento este último respecto del cual, se habrá de recordar, disintió el apelante aunque sin edificar dogmática y sustentadamente una antítesis que infirme esto o lo vertido en el párrafo inmediatamente precedente, circunscribiéndose a postular de manera dilógica y deshilvanada –ello en tanto por un lado cimentó unas veces su planteamiento en el principio de favorabilidad y otras en el de legalidad- que el término prescriptivo en el evento sub examine era el de un (01) año.”[87]*.*

---

[85] *Cfr.* radicado 158224, junio 23 de 2015, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA; radicado 158236, agosto 27 de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado 158856, febrero 14 de 2016, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; radicado 158609, mayo 23 de 2017, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 159094, julio 18 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, entre otras.

[86] *Cfr.* sentencia T-292 de 2006, *“En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.”.* En símil sentido sentencia T-683 de 2006.

[87] Sentencia octubre 07 de 2019, radicación No. 159190.

De acuerdo al anterior discernimiento, es menester hacer recordación de las fechas que en punto a los hechos aquí investigados es dable extraer de las fojas, esto con miras a establecer si dicho *factum* se adecúa a las consideraciones analizadas en precedencia.

En este orden de ideas se habrá de decir que si bien el informe génesis de la presente actuación[88] da cuenta, contrario a las probanzas, que el aquí sumariado no se presentó en su unidad orgánica a las 17:00 horas del día 1° de noviembre de 2016 cuando así debía hacerlo, discordancia sobre el cual llamó la atención la juez instructora en su momento e incluso la llevó a compulsar copias para que se investigaran los presuntos ilícitos de "*FALSEDAD DOCUMENTAL Y FRAUDE PROCESAL*"[89], se logró establecer en el cartulario que la ausencia de las filas del SLC EJOC se había producido tiempo atrás, desde que *ad portas* de la terminación de un permiso decidiera abandonar Colombia con destino el vecino país de Panamá, como se colige de lo declarado por sus comandantes[90], su progenitora y su padrastro[91], al igual que del decir injurado del precitado bajo banderas[92] y, particularmente, de la constancia expedida por Migración Colombia, regional eje cafetero[93], que dio

[88] Folio 02, C.O.1.
[89] Folio 122, C.O.1
[90] Folios 127 a 130, y 32 a 35, *ibídem*.
[91] Folios 25 a 28, y 29 a 31, *ibídem*.
[92] Folios 32 a 35, *ibídem*.
[93] Folio 76, *ibídem*.

cuenta que la salida del país del investigado tuvo lugar el 26 de junio de 2016.

Racional inferencia que concatenada con lo certificado por el jefe de personal del Batallón de Infantería No.22 "*Batalla de Ayacucho*" del Ejército Nacional en el sentido que el SLC. EJOC "*fue incorporado por el Distrito Militar No.31 y dado de alta mediante Orden del Día No.046 del 07 de Marzo de 2016…*"[94] -acto administrativo éste que fuere incorporado al *dossier*-, permite deducir igualmente que para el momento en que aquel abandonare de manera inconsulta el país, llevaba un tiempo de prestación de su servicio militar obligatorio como soldado campesino de tres (03) meses y diecinueve (19) días[95].

De lo anterior deviene meridiano, al habérsele imputado en la diligencia de inquirir a aquel como conducta punible la de no haberse presentado a sus superiores dentro de los cinco (05) días siguientes a la fecha en que se cumplía un permiso, que la omisión típica tuvo agotamiento al despuntar el sexto día[96] después de aquel en que debía llevar a cabo la presentación, día éste, ha de precisarse, que la investigación no había logrado establecer al momento de enviar el paginario a esta Colegiatura, siendo de ello consciente la juez instructora como lo

[94] Folio 3, *ibídem*.
[95] Ley 522 de 1999.
[96] *Cfr.* Tribunal Superior Militar, radicado No. 158237, agosto 14 de 2015, MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

reconociere en el interlocutorio del 18 de enero de 2018[97], no empece lo cual, remitiéndose la Sala a la atestación jurada del ciudadano RQP, padrastro del sumariado, puede concluir que si el SLC. EJOC se fue del país un día antes de culminar su permiso, de esto deriva viable el estimar que aquella conducta típica omisiva y dolosa se perfeccionó estando ya el empapelado en la hermana república de Panamá, momento en el que principió la lesión del bien jurídico, continuando esta vulneración y los efectos consumativos del punible hasta el momento en que decidiere voluntariamente hacer cesar la conducta delictuosa, lo que tambien hubiere podido acontecer al tener lugar un evento externo que pusiere final a tales efectos, como *a posteriori* dará cuenta la Sala haciendo eco de lo que al respecto ha aquilatado este Tribunal Castrense.

Inferencias jurídico racionales, con apalancamiento en el material probatorio anejo a la presente causa penal, que llevan a la Corporación a efectuar dos precisiones, dados el tenor de la decisión confutada, las postulaciones de los disidentes de la mismas y los juiciosos planteamientos del colaborador de la Ministerio Público ante esta instancia.

La primera, que aún en tratándose de eventos de tal naturaleza, asumiendo que la conducta de EJOC se consumó en el exterior, esto es, en la república de

[97] *Cfr*. folio 54, C.O.1.

Panamá, acudiendo a lo normado por el artejo 84 del Estatuto Punitivo Castrense de 1999[98], ello en idénticos términos que el canon 77 de su homologo de 2010, podría pensarse, como así lo hizo la juez instructora en la decisión reprochada, que el término de la prescripción de la acción penal se aumentaría para el delito investigado en la mitad, es decir en un año, para un guarismo final de tres (03) años.

No empece, armonizada una apriorística apreciación tal con la parte final de la misma disposición que prescribe que un incremento tal operará "*sin exceder el límite máximo allí fijado*", haciendo alusión la expresión "*allí*" al artejo que en el *codex* le antecede[99] y que establece las reglas generales para la operancia del precitado fenómeno extintivo de la accion penal, palmar resulta que el "*límite máximo fijado*" para este punible contra el servicio es el de dos (02) años allí regulado, ello en tanto la ley penal militar, a diferencia de cualquier otra

---

[98] Ley 522 de 1999, articulo 84, "*Prescripción del delito iniciado o consumado en el exterior. Cuando el delito se hubiere iniciado o consumado en el exterior el término de prescripción señalado en el artículo anterior se aumentará en la mitad, sin exceder el límite máximo allí fijado.*".

[99] Ley 522 de 1999, artículo 83, "*Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20.) Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.*

En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años.

Parágrafo. Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos."

conducta punible, sí estableció dicho lapso de manera concreta, particular y especial, como se decantare a espacio y suficiencia párrafos atrás y consagra el inciso 2° de del canon 83 de la Obra Punitiva Castrense de 1999, resultando, en consecuencia, incorrecta la tesis confeccionada por la Juez 57 de Instrucción Penal Militar y perentorio, por ende, el entrar a determinar si el fenómeno prescriptivo de la acción para el caso *sub examine* se ha cumplido por el paso de los dos (02) años en cuestión, y de ser así proceder a su decreto de manera oficiosa, lo que se acometerá una vez hecha la segunda de las anunciadas precisiones, previa salvedad consistente en que los razonamientos que se verterán acto seguido, atinentes a la naturaleza tipológica del punible de deserción, para nada alteran la conclusión a la que arriba la Sala en punto al antes citado incremento.

Concisión relativa a que al interior de los procesos penales que se surten en esta jurisdicción foral en punto al reato de deserción, el conteo de prescripción de la acción penal -que es de dos (02) años se reitera- inicia, como en todo delito de ausencia[100], a partir de la producción de uno

[100] *Cfr.* auto junio 23 de 2015, radicado 158224 en la que se apuntalare: "*Esto, de cara a los reatos militares de ausencia como el del Abandono del Servicio en los que el fin de protección de la norma es la plena disponibilidad del militar o policial al servicio, o, lo que es lo mismo, el deber de presencia de estos de manera tal que no exista interrupción injustificada alguna en el cumplimiento de los deberes que le atañen como servidores públicos y como miembros de la institución castrense, conduce a reputar como de conducta permanente el tipo penal en el que se hallan insertas las diferentes hipótesis comportamentales que lo pueden llegar a constituir, como igual acontece con los otros injustos típicamente*

cualquiera de los eventos relacionados en pacífica y uniforme línea de pensamiento edificada por este Tribunal Castrense desde el año 2015[101], precedente que al emanar del mismo adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso, amén de indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento[102], debiéndose recordar lo consignado en pronunciamiento en que se reflexionare:

> *"El delito de Deserción señalado en el artículo 109.2 del Código Penal Militar, corresponde a un tipo penal de ejecución permanente en la medida que al cumplirse el sexto día de ausencia se configura el injusto típico sin que ello implique que su consumación se haya agotado, en tanto continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo mientras el autor persista en la omisión de presentarse al servicio. La conducta típica no se agota por el cumplimiento del término de cinco días, es decir, a las 00:01 horas del sexto día de producido el abandono, sino que se mantiene en*

---

militares subsumibles en aquella categoría, v.gr. el de la deserción y el de Abandono del Servicio de soldados voluntarios o profesionales por no citar más, aserto plenamente concordante con lo que en pretérita oportunidad aquilató esta Colegiatura en decisión en la que se dijo:…".

[101] *Cfr.* radicado 158224, junio 23 de 2015, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA; radicado 158236, agosto 27 de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado 158856, febrero 14 de 2016, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; radicado 158609, mayo 23 de 2017, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 159094, julio 18 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, entre otras.

[102] *Cfr.* sentencia T-292 de 2006, *"En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.".* En símil sentido sentencia T-683 de 2006.

incesante ejecución hasta cuando el servidor público uniformado decida reasumir la obligación constitucional de la cual ha hecho apostasía, o ello se produzca como consecuencia de un evento ajeno a su voluntad."[103].

Quiere significar lo anterior, que es entonces a partir de que cesa la ausencia desautorizada de las filas castrenses, y por ende la afectación del bien jurídico objeto de legal salvaguarda, que se debe iniciar a contabilizar el término prescriptivo de la acción penal en tratándose del reato en cuestión, cesación -esta y aquella- que ha identificado este Tribunal Castrense, en tanto delito de conducta permanente en el que la prescripción de la acción penal ha de empezar a contarse desde la perpetración del último acto[104], tiene lugar con ocasión de alguno de los siguientes eventos, el que ocurra primero: "*i) por regla general cuando se realicen actos positivos demostrando la cesación de la ilicitud; ii) con la captura o el desacuartelamiento del contumaz*[105]*, cuando se produzca antes del cierre de investigación, y, iii) con la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la*

---

[103] *Vid.* Nota 95.

[104] Ley 522 de 1999, artículo 85, "*Iniciación del término de prescripción. La prescripción de la acción empezará a contarse, para los hechos punibles instantáneos, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes.*".

Ley 1407 de 2010, artículo 78, "*Iniciación del término de prescripción. La prescripción de la acción empezará a contarse, para las conductas punibles instantáneas, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes. En las conductas penales omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.*".

[105] Ver Corte Constitucional, sentencias T-628 de 2013, M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO y T-626 de 2013, M.P. ALBERTO ROJAS RIOS.

investigación, cuando no se hayan dado ninguno de los anteriores presupuestos.[106]*"*[107], a lo que habrá de agregarse que por tratarse de conducta omisiva la analizada en el evento *sub examine*, *"el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar."*[108].

En el caso que concita la atención de la Sala, resulta prístino que en el discurrir procesal tuvieron fáctico acaecimiento dos de los eventos mencionados en precedencia, a saber, la presentación voluntaria del contumaz a rendir su injurada el 02 de febrero de 2017[109], y su desacuartelamiento de las filas militares mediante orden administrativa de personal No. 1213 del 15 del precitado mes y año[110] -que generó la extinción de la obligación jurídica de presencia y permanencia del procesado en las filas del Ejército Nacional-, debiéndose, de conformidad con lo apuntalado, tomar como *dies a quo* para la contabilización del término prescriptivo de la acción penal, la primera de las fechas en cita, esto es, el 02 de febrero de 2017 cuando hiciere presencia en el juzgado instructor para rendir indagatoria, data hasta la cual mantuviere su conducta y su voluntad de ausencia.

---

[106] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de junio de 2005, radicado 19915, Magistrado Ponente ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.
[107] Tribunal Superior Militar, radicado No. 158236, agosto 28 de 2015, MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.
[108] Ley 1407 de 2010, artículo 78.
[109] Folios 32 a 35, C.O.1
[110] Dirección de Personal del Ejército Nacional.

Bajo un entendido tal, meridiano resulta que desde tal fecha hasta el 31 de mayo de 2019 en que llegare la actuación a esta Corporación con el saneamiento de las irregularidades procedimentales advertidas por la Magistratura, mismas consistentes en la omisión de la Juez 57 de Instrucción Penal Militar de dar traslado obligatorio a los no recurrentes del recurso de reposición incoado en contra de su auto interlocutorio del 09 de octubre de 2018 y en persistir en tal omisión pese a llamarse la atención al respecto como se consignare *ut supra*, corriéndose traslado de ley al Ministerio Público para la emisión del concepto de rigor[111], fenecieron los dos (02) años con que contaba el Estado para investigar penalmente la conducta del SLC. (R) EJOC por el punible castrense de deserción, siendo un imperativo legal entrar a decretar la prescripción penal de la acción por las razones vertidas a espacio y suficiencia en el presente proveído.

Esto no es óbice para llamar la atención en punto a una serie de actuaciones dilatorias del diligenciamiento de la presente causal penal, *verbigratia* que a pesar de haber sido vinculado a la investigación el procesado el 02 de febrero de 2017[112], sólo le fue resuelta su situación jurídica

[111] Folio 294 C.O.2
[112] Folios 32 a 35, *ibídem*.

el 18 de enero de 2018[113], es decir, luego de transcurrido casi un año, disponiéndose la remisión de la actuación ante la Fiscalía 18 Penal Militar ante los Jueces de Brigada del Ejército Nacional sita en Armenia (Quindío) sólo hasta el 14 de agosto del año en precedencia[114], es decir, cerca de ocho (08) meses después.

A ello habrá de sumarse el que a pesar de solamente haberse interpuesto recurso de apelación por el abogado defensor –la agente del Ministerio Público ante la primera instancia, se recuerda, impetró reposición y en subsidio apelación-, la juez instructora resolvió el recurso horizontal respecto de aquel togado, sin que en el interregno, como señalare esta Magistratura, corriere el traslado de ley, previo a su resolución, a los no recurrentes para los efectos también evidenciados por este Tribunal, mostrándose incluso renuente a así hacerlo, lo que motivó la compulsa de las correspondientes copias a fin de que fuera investigada su conducta a la luz de las normas disciplinarias por el incumplimiento de los deberes propios de su función.

Irregularidades que fueron antecedidas por otra, tal vez la más reprochable, consistente en que habiéndosele ordenado por parte de la Fiscalía 18

[113] Folios 105 a 119, *ibídem*.
[114] Folios 182 y 183, *ibídem*.

Penal Militar del Ejército Nacional, la práctica de algunas pruebas teniendo en cuenta que existía contradicción "*en relación con la fecha de la comisión del delito*"[115], desacató lo así dispuesto por su superior funcional, dictando un incomprensible auto de calenda 09 de octubre de 2018 en el que resolvió, como fuere plasmado párrafos atrás, "***NO ACEPTAR***" lo ordenado por aquella fiscalía, decisión atacada vía el recurso de alzada por los ya mencionados sujetos procesales, pretermitiendo no sólo lo que le era de imperativo cumplimiento, sino además que ya el inexorable transcurso del tiempo conspiraba contra la vigencia de la acción penal por ella misma iniciada.

Consecuencia ineluctable de la declaratoria extintiva de la acción penal que se impone, será la de cesar todo procedimiento adelantado en contra del SLC. (R) EJOC por el delito de deserción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 del Código Penal Militar[116], ello habida cuenta de la imposibilidad de proseguir la presente investigación.

Finalmente se dispondrá la remisión de copia auténtica de la actuación y de la presente providencia, por intermedio de la secretaría común de este Tribunal, a la Procuraduría delegada para la Vigilancia Judicial para que se adelanten las

[115] Folios 187 y 188, C.O.1
[116] Ley 522 de 1999

acciones disciplinarias a que haya lugar, en razón de la ya anunciada decisión.

Símil acción deberá adoptarse a fin de que la conducta de la mencionada funcionaria sea investigada de conformidad con lo que señala el artejo 238.1 de la Ley 522 de 1999.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la extinción de la acción penal originada en el delito de deserción espetado al SLC. (R) EJOC, al haber operado el fenómeno de la prescripción de la misma desde el 02 de febrero de 2019, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de la presente decisión.

SEGUNDO: DECRETAR, en consecuencia, la cesación de cesar todo procedimiento adelantado en contra del SLC. (R) EJOC, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente.

TERCERO: REMITIR copia auténtica de la actuación y de la presente providencia, por intermedio de la secretaría común de este Tribunal, a la Procuraduría delegada para la Vigilancia Judicial para que se

adelanten las acciones disciplinarias a que haya lugar.

CUARTO: Someter a reparto en este Tribunal Castrense la copia auténtica de la actuación y de la presente providencia, a fin de que la conducta de la entonces Juez 57 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional, Mayor LPPL, sea investigada de conformidad con lo que señala el artejo 238.1 de la Ley 522 de 1999.

CUARTO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad aplicable al rito procesal penal militar[117] y surtido el trámite a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación, vuelva la actuación al juzgado de origen para lo de su competencia.

---

[117] Ley 522 de 1999, artículo 341, "***FORMAS DE NOTIFICACIÓN***. *Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.*

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado.".

Ley 600 de 2000, artículo 187, "*EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente.".

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	158323.
Procedencia:	Juzgado Segundo de División
Procesado:	ST. RCA
Delito:	Desobediencia
Motivo de alzada:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma decisión

Bogotá D.C., ocho (08) de julio de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 14 de marzo de 2018[1], proferida por el Juzgado Segundo de División del Ejército Nacional con sede en Bogotá D.C., por medio de la cual condenó al ST. RCA como autor responsable del delito de desobediencia a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, sin beneficio de la condena de ejecución condicional, y lo absolvió por el reato de falsedad ideológica en documento público.

---

[1] Ver folio 878 del C.O. 5.

II. HECHOS

Fueron concretados en la pieza acusatoria, así:

> *"Dan cuenta las pruebas aportadas al plenario que el ST. RCA Comandante del tercer Pelotón de la Batería A, fue encontrado por el Comandante del Batallón de Artillería No. 2 "Nueva Granada", en la finca EL PROGRESO* (sic) *a 8 kilómetros del sitio reportado en el programa radial en la mañana, desobedeciendo las órdenes emitidas por el comando del batallón y comandos superiores en diferentes programas radiales, no reportando coordenadas de ubicación, encontrándose en el mismo lugar y ubicación con los comandantes de Escuadra, CS. FDW, y CS. GNYJ, quienes no informaron la situación al Comando del Batallón, permaneciendo en las mismas circunstancias que su Comandante de Pelotón."*[2].

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 Por los hechos que vienen de referirse, el Juzgado 38 de Instrucción Penal Militar, el 29 de julio de 2015[3], abrió formal investigación contra el ST. RCA por el delito de desobediencia, se le vinculó mediante diligencia de indagatoria y se le privó de su libertad al amparo del canon 516 de la Ley 522 de 1999, el 06 de agosto de esa anualidad[4], en las instalaciones del Batallón de Artillería No. 2 "Nueva Granada"[5], siendo su situación jurídica provisional resuelta, el 18 del

[2] Folio 697 del C.O. 4.
[3] Folio 73 del C.O. 1.
[4] Folios 123 del C.O. 1.
[5] Folio 123 y 128 del C.O. 1.

mismo mes[6], con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por los injustos de desobediencia en concurso con falsedad ideológica en documento público, para cuyo cumplimiento se libró boleta de detención ante el comandante de la anotada repartición militar; decisión contra la que la defensa, inconforme, impugnó[7], sin éxito, por vía de reposición[8] y en subsidio el de apelación, que fue resuelto el 11 de noviembre del mismo año[9] por la Segunda Sala de Decisión de este Colegiado, que confirmó en su integridad la decisión protestada.

3.1.1 A la presente investigación también se dispuso vincular, el 05 de noviembre de 2015[10], a los Cabos Segundos WSFD y GNYJ por el reato de desobediencia; a quienes se les escuchó en indagatoria, al primero, el 26 del mismo mes[11] y al segundo el 15 de diciembre siguiente[12], y se les resolvió su situación jurídica provisional el 12 de enero de 2016[13], absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento por los punibles de desobediencia en concurso con falsedad ideológica en documento público.

3.1.2 Con auto del 04 de diciembre de esa misma anualidad[14] se le concedió la libertad provisional al

[6] Folios 180 a 196 del C.O. 1.
[7] Folios 212 a 222 del C.O. 2.
[8] Folios 233 a 247 del C.O. 2.
[9] Folios 304 a 359 del C.O. 2.
[10] Folio 297 del C.O. 2.
[11] Folios 375 a 379 del C.O. 2.
[12] Folios 415 a 420, y 432 a 437 del C.O. 2.
[13] Folios 521 a 541 del C.O. 3.
[14] Folios 392 a 393 del C.O. 2.

sumariado, conforme el artículo 539.4 de la Ley 522 de 1999.

3.2 Agotada la etapa sumarial, el expediente fue remitido a la Fiscalía 9ª Penal Militar que el 15 de julio de 2016[15] declaró el cierre investigativo y el 25 de noviembre del mismo año[16] lo calificó con resolución de acusación en contra del ST. RCA por los delitos de desobediencia en concurso con falsedad ideológica en documento público, y cesó procedimiento en favor de los Cabos Segundos GNYJ y WSFD por los mismos injustos.

3.3. Ejecutoriada la pieza acusatoria el proceso fue remitido al Juzgado Primero de División, que el 31 de marzo de 2017[17] realizó el control de legalidad y corrió traslado para las solicitudes probatorias; más adelante fijó fecha para la celebración de la corte marcial que tuvo lugar el 26 de febrero de 2018[18]. Concluido el debate probatorio, el despacho judicial emitió decisión de fondo el 14 de marzo del mismo año[19], en la que condenó al acusado a la pena y por el delito precedentemente anotado; en el mismo proveído absolvió al enjuiciado por el reato de falsedad ideológica en documento público. Contra el fallo adverso, la defensa, inconforme, presentó recurso de

[15] Folio 643 del C.O. 4.
[16] Folios 696 a 737 del C.O. 4.
[17] Folio 768 del C.O. 4.
[18] Folios 855 a 877 del C.O. 5.
[19] Folio 878 y ss., *ídem*.

apelación[20] que hoy ocupa la vista de este juez plural.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El *A quo* inicio destacando como un hecho probado que al ST. RCA en su condición de Comandante del Tercer Pelotón de la Batería A y en el marco de la orden de operaciones No. 021 "JOYCE", se le impartió la consigna, por parte del TC. JBPA -Comandante del Batallón de Artillería Nueva Granada- de moverse con su grupo hacia el caserío *Caña Braval Bajo* a partir del 18 de julio de 2015, sin embargo aquél "*(…) decidió no moverse al sitio ordenado, por lo que empezó a reportar coordenadas en las que no se encontraba para hacerles creer que estaba en el sitio indicado (…)*"[21], tal como en este sentido lo hizo saber el mismo comandante del Batallón y el CT. JFFA, quienes, debido a las inconsistencias en las coordenadas reportadas por el procesado y a una información recibida, decidieron desplazarse en compañía de la ST. SOCA a San Pablo para verificar lo que estaba sucediendo y fue así como encontraron al pelotón que estaba al mando del ST. RCA en la finca El Progreso, un punto ubicado a ocho (8) kilómetros de distancia del lugar en el que debía estar el oficial y el personal bajo su mando.

Agregó que ANBO y JVP, residentes de la finca El Progreso, manifestaron que la tropa permaneció allí por espacio de 15 días, durante los cuales iban y venían.

[20] Folios 963 a 977 del C.O. 5.
[21] Folio 901 del C.O. 5.

Explicó que al ST. RCA se le impartían órdenes vía radial y telefónica, entre las que estaba hacer movimientos diarios en desarrollo de la operación que estaban realizando con miras a preservar la vida de la tropa y también de la población civil, también se le pedía información sobre las actividades realizadas durante el día.

Afirmó que el sumariado debió, en la vereda Caña Braval a donde se le ordenó hacer movimiento, realizar registro y control de área como parte de la misión que le había sido encomendada, por lo que a su juicio vulneró con dicho comportamiento la disciplina, en la medida en que no sólo era conocedor de la orden impartida por su superior, como así lo hizo saber en la indagatoria, sino que además fundamentalmente esa fue su voluntad, la de no cumplir lo que se le había ordenado.

Dijo que los soldados profesionales AJMP, JABC, DAD, HDM Y HAMC, confirmaron que no se desplazaron a la vereda Caña Braval por orden del ST. RCA.

Expresó que la exculpación dada por el oficial para negarse a cumplir la orden, esto es, que los soldados HDM Y AYASO se encontraban enfermos, fue descartada con la valoración médica que se les hizo, en la que se precisó que el primero no tenía ninguna enfermedad y que aun cuando el segundo presentaba varicocele izquierdo, esto no le impedía cumplir la orden impartida, que por demás reunía todas las

características de una orden militar con fuerza vinculante.

Argumentó, con base en una decisión judicial de esta Corporación vertida en el radicado 022-155479-6860-XIV-221 del 24 de marzo de 2010 de la Cuarta Sala de Decisión, que con el comportamiento del oficial se afectó de manera efectiva la disciplina "*(…) ya que esa orden apuntaba directamente con la ejecución de los fines para los cuales está creada la Institución Militar.*"[22].

Refirió, con relación a la postulación de la defensa, que "*(…) la absolución no procede ya que si bien es cierto el procesado fue objeto de una investigación disciplinaria en la que fue absuelto, los resultados de la misma no pueden interferir en la determinación que se tome al interior del proceso penal.*"[23].

Con base en las anteriores reflexiones condenó al acusado por el delito y a la pena precedentemente comentada.

Ahora bien, en la misma decisión absolvió al ST. RCA del delito de falsedad ideológica en documento público, al considerar que no fue el acusado quien elaboró el INSITOP, pues lo que éste hizo fue mentir acerca de las coordenadas, pero no con el propósito que se elaborara el INSITOP, sino el de encubrir su comportamiento desobediente.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

[22] Folio 925 del C.O. 5.
[23] Folio 937 del C.O. 5.

El impugnante aseveró que la juez no se refirió en el fallo, en lo absoluto, a los argumentos que planteó en la corte marcial y con los cuales pidió absolver a su defendido, dejando así de lado su tesis sobre la cual debió asentir o disentir.

De hecho, expresó, nada sobre la antijuridicidad material estimó en la sentencia el *A quo* y, por el contrario, lo que sí hizo fue confundirla con la antijuridicidad formal, lo que se constituye en un menoscabo al debido proceso y otras garantías constitucionales.

Acusó a la funcionaria, ante la inexistencia del audio en el que se recopiló los pormenores de la audiencia, de usar y referirse a argumentos y razonamientos que como defensor nunca planteó en la solemnidad marcial, como que se dijera que solicitó la absolución de su patrocinado judicial por el hecho de haberse absuelto a éste en la investigación disciplinaria que por los mismos hechos se le adelantó.

Insistió en que el *A quo* no probó la antijuridicidad material, esto es, que el comportamiento del oficial haya lesionado o al menos puesto en peligro el bien protegido por la norma penal dado que "*(…) nada al respecto se hizo, ni nada se indagó, ni nada se probó en el protocolo investigativo, no generándose ninguna trascendental afectación a la Disciplina Militar debido a la inercia de los funcionarios de Instrucción Sumarial (…) tampoco la digna Juzgadora destacó afectación relevante*

notoria y efectiva alguna al bien jurídico Tutelado que signifique para la comprobación de un fallo justo, el haber podido determinar la expresión, cálculo o Manifestación (sic) *del desvalor del resultado producto de la supuesta desobediencia."*[24].

Dijo que, ante la imposibilidad de acreditar ese requisito estructural del tipo penal, el injusto decae en atípico y de paso no puede arribarse a una decisión de condena. Soportó su tesis en una decisión de la Corte Suprema de Justicia vertida en el radicado 21064 del 15 de septiembre de 2004, con ponencia del DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, cuyos apartes pertinentes transliteró.

Subrayó que el plan metodológico de la investigación no se direccionó a acreditar la antijuridicidad material como está mandado por la jurisprudencia, por lo que ante las anotadas *"(…) falencias, la Sentencia* (sic) *condenatoria proferida contra el ST. RCA se desquebraja en su legitimidad, pureza y transparencia que impide de contera su aprobación."*[25].

Corolario de lo dicho, reclamó revocar la sentencia apelada y en su lugar absolver a su apoderado judicial del delito por el que fue juzgado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 4 Judicial Penal II apoyo a víctimas, pidió confirmar el fallo protestado al considerar que

[24] Folio 972 del C.O. 5.
[25] Folio 975 del C.O. 5.

la conducta sí reúne los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que estructuran el delito de desobediencia.

En efecto, recordó que la antijuridicidad material logró acreditarse en tanto que se probó que se "*causó una lesión efectiva en cuanto trascendió de la órbita individual de quien había recibido la orden, pues con su actuar puso en peligro las operaciones que adelantaba la unidad Militar* (sic)," [26] en el marco de la orden de operaciones 021 JOYCE, las que son "*(…) el resultado de una labor de inteligencia cuidadosa, al punto que las coordenadas que debía reportar continuamente, se centralizaban en el Comando para verificar la ubicación de la tropa, y en la medida en que ello se conociera le brindaba seguridad no solamente a la tropa, sino a las Fuerzas Militares en su labor de protección no solo del Estado, sino de la población civil donde se encontraban ejecutando las labores de vigilancia (…). La conducta del procesado representa gran dañosidad, puesto que puso en riesgo derechos de terceros, como son la vida, la integridad personal, la seguridad, y por ello se deriva responsabilidad penal*" [27].

Agregó que fue tal el impacto del comportamiento del oficial procesado que por ello sus superiores "*TC. JBPA, el CT. JFA, Oficial de Operaciones y la ST. YUSO, Coordinadora Jurídica de la Unidad y de los soldados de escolta se vieron obligados a desplazarse hasta el área rural del Municipio de San Pablo, encontrando a eso de las 11:30 horas al ST. RCA con su pelotón acampado en la finca*

[26] Ver folio 993 del C.O. 5.
[27] Folios 993 a 994 del C.O. 5.

El Progreso, a ocho kilómetros del sitio reportado en el programa radial de la mañana." [28].

De esa manera manifestó no ser cierto, como lo quiere la defensa, que no se acreditó afectación alguna con el actuar del justiciado, pues para demostrar la antijuridicidad material basta con *"(…) acreditar cómo se afectó la disciplina, no siendo necesario mostrar perjuicios colaterales o de impacto noticioso, como quiera que los que se salvaguarda es el mantenimiento de las reglas dentro de la Unidad, que como se dijo en precedencia fueron desconocidas por su defendido, cuyo desconocimiento ocasionó un perjuicio real en la medida en que alteró toda una programación estratégica de la unidad, porque alteró coordenadas, tiempo y personal, considerando que se trataba de una zona de especial cuidado donde se encontraban realizando actividades estratégicas como se desprende del contenido de la orden de operaciones número 021 JOYCE a la orden de operación REPÚBLICA* (sic), *de "control territorial" dentro del marco jurídico de los DD-HH, visible a folios 30 a 37 del CO1."*[29].

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010,

[28] Folio 994 del C.O. 5.
[29] Folios 994 a 995 del C.O. 5.

fecha de entrada en vigencia de la Ley 1407 –nuevo código penal militar-[30], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, dado que no se ha podido implementar de manera sucesiva el sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para empezar, es necesario precisar que la defensa censuró la actuación judicial al considerar que en el fallo la funcionaria omitió, de manera absoluta, referirse a los aspectos esenciales de su proposición jurídica, lo que en su forma de ver trastoca las garantías fundamentales de su representado; así lo expresó:

> "*Por manera que no habiéndose referido la Señora Juez ni para bien ni para mal, a lo esencial de mi intervención de reclamación absolutoria en absolutamente ninguno de los apartes de sus SESENTA Y OCHO (68) FOLIOS* (sic)*útiles que destinó*

[30] Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

> *para dictar la sentencia, ha de advertirse entonces que la Señora Juez quiso hacer a un lado mi tesis sobre la cual se debió haber construido el fallo, bien rechazándomela y diciendo por qué, o bien admitiéndomela pero con los criterios de la digna operadora de Justicia de considerar estar equivocada o ser absurda mi pretensión. (…) dejó por fuera el estudio cuidadoso y ponderado de uno de los elementos estructurales para la conformación de este punible, cual es, la estimación de la Antijuridicidad Material* (sic) *confundiéndola en cambio sí, con la Antijuridicidad Formal* (sic), *ERROR* (sic) *este de donde subyace el menoscabo al Debido Proceso* (sic) *y demás prerrogativas y garantías constitucionales (…)"*[31].

Pues bien, sin lugar a dudas un argumento tal, de acreditarse, conllevaría innegablemente la anulación del fallo apelado, en tanto que no solo sería violatoria del debido proceso sino además del derecho de defensa, dado que la competencia de la Corporación no solo está restringida a la revisión de los aspectos impugnados[32], sino también a aquellos que inescindiblemente estén ligados al objeto de la apelación y en la misma forma a la verificación de "*(…)la existencia de vicios que afectan la estructura del debido proceso o las garantías de los intervinientes en la actuación procesal, así como el señalamiento de la consecuencia procesal inmediata de una tal situación, aun cuando tales temas no formaran parte de los motivos de la*

[31] Folios 966 a 967 del C.O. 5.
[32] Artículo 583 de la Ley 522 de 1999.

impugnación."[33], pues no se puede adoptar una decisión cuando medien actos procesales que hagan ineficaz la actuación cumplida y sometida a conocimiento de la segunda instancia, máxime cuando, como en este caso, la defensa puso en tela de juicio la presunción de legalidad y acierto del fallo apelado.

Y es que, viene al caso recordar, la motivación de las decisiones de los jueces, que por demás encuentra sustento en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996 en relación con referirse a los hechos y asuntos planteados por los sujetos procesales, se constituye en pilar fundamental del debido proceso y por tanto de crucial importancia en la actividad de administrar justicia, pues por virtud de tal imperativo se garantiza a los sujetos procesales no solo la sujeción del juez a las prescripciones normativas y se proscribe de tal forma el nepotismo y la arbitrariedad judicial, sino que también permite la realización del control jurisdiccional a través de los recursos y por intermedio de los superiores funcionales, en punto de la razonabilidad y legitimidad de su determinación.

Evóquese que, con relación a la motivación de las decisiones judiciales, como componente del debido proceso y elemento esencial del derecho de defensa, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

> ***"6.*** *Pues bien, frente al tema objeto de controversia es oportuno recordar que la Corte ha sido*

[33] Radicado 22855 del 25 de mayo de 2005, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

persistente[34] *en sostener que la motivación de las decisiones judiciales constituye un elemento esencial de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, a la vez que una prerrogativa de los ciudadanos, pues se trata de un deber inherente a un Estado Social y Democrático de Derecho mediante el cual se controla la arbitrariedad judicial.*

Acerca de la obligación de motivar las decisiones judiciales, la Corte ha puntualizado[35] *que ese era un principio contenido en el artículo 163 de la Constitución de 1886, el cual pese a que no fue reproducido en la Carta Política de 1991, doctrina y jurisprudencia reconocen que constituye un pilar fundamental del derecho a un debido proceso (Constitución Política de 1991, artículo 29), habida cuenta que comporta una garantía contra el despotismo de los funcionarios, a la vez que se erige en elemento de certeza y seguridad para efecto de ejercitar el derecho de impugnación por parte de cualquiera de los sujetos procesales intervinientes en el trámite judicial.*

En efecto, la motivación de las decisiones judiciales hace realidad el derecho que les asiste a los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógico jurídicos sobre los cuales el funcionario construye la declaración de justicia contenida en su pronunciamiento, prerrogativa que a su vez hace posible ejercer control sobre el

[34] Entre otras, ver sentencias del 02 de febrero de 2011 y 23 de mayo de 2012, radicaciones No. 32018 y 32173, y auto del 07 de noviembre de 2010, radicación Nª 35029.
[35] Sentencia del 07 de marzo de 2012, radicación Nª 37047.

proceso, pues permite identificar los puntos que son motivo de discrepancia, a efectos de dinamizar los mecanismos de impugnación establecidos por el legislador.

De lo anterior se desprende como carga del operador jurídico, no solo en la sentencia, sino en las providencias que resuelvan aspectos de fondo, referirse a todos los hechos y asuntos sustanciales planteados por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido de la determinación adoptada en la respectiva providencia.

Obsérvese que el artículo 3° de la Ley 600 de 2000, en su condición de norma rectora, impone a los funcionarios el deber de motivar las medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales, mandato reiterado en los artículos 170 y 171 del mismo compendio normativo, al establecer que la confección de las sentencias y de las decisiones interlocutorias debe contener la fundamentación suficiente junto con la mención de los recursos a través de los cuales puedan ser controvertidas. Y en el código que regula el llamado sistema acusatorio (Ley 906 de 2004), sus artículos 10, 12, 161 y 162 "(…)establecen que las providencias judiciales no pueden ser una simple sumatoria arbitraria de motivos y argumentos, sino que requiere una arquitectura de construcción argumentativa excelsa, principal muestra de lealtad del juez hacia la comunidad y hacia los sujetos procesales"[36].

[36] Sentencia del 23 de mayo de 2012, radicación Nª 32173.

De acuerdo con el sentido y alcance de las aludidas fuentes normativas, es claro que el deber de motivar no se entiende cumplido con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial, pues constituye exigencia infranqueable "la indicación clara, expresa e indudable de su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto, como que no de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales, a la vez que se hace efectivo el principio de imperio de la ley, esto es, de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico"[37].

En punto de la garantía de motivación de las decisiones, y con ella del debido proceso, el artículo 170 de la Ley 600 de 2000 señala los requisitos que deben contener los fallos, entre los cuales figura "la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión" y "la calificación jurídica de los hechos", de donde se desprende que si la sentencia carece de motivación, o esta es incompleta, ambigua, equívoca o soportada en supuestos falsos, no sólo quebranta el derecho de los intervinientes en el proceso a conocer sin ambages el sentido de la decisión, sino que también imposibilita su controversia a través de los medios de impugnación, con lo que, sin duda alguna, se lesiona el derecho al debido proceso, que en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 306 del estatuto procesal penal

[37] Sentencia del 7 de marzo de 2012, radicación Nª 37047.

constituye causal de invalidez de la actuación viciada.[38]*"*

Como viene de verse, y como está previsto en el artículo 334 de la Ley 522 de 1999, es una carga de inquebrantable cumplimiento para el juez referirse en su decisión "*(…)a todos los hechos y asuntos sustanciales planteados por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido de la determinación adoptada en la respectiva providencia(…)"*[39].

Bajo la anterior comprensión, la Sala pasará a escrutar si en verdad, como lo expresó el recurrente, la juez en su decisión omitió por completo referirse a los asuntos sustanciales sobre los cuales gravitó su tesis defensiva, esto es, sobre la acreditación de la antijuridicidad material como componente estructural del tipo penal por el que se condenó a su procurado judicial, no sin antes precisar que es un total desaguisado por parte de la defensa acusar de manera irresponsable a la juez de usar como "*(…)estrategia para ignorar mi postura defensiva y dejar en el ostracismo jurídico el tema fundamental sobre el cual planteó la petición de absolución (…)"*[40] la falta del CD en el que se recopiló los pormenores de la solemnidad marcial, pues no sólo es abiertamente infundado, en la medida en que el disco compacto reposa en la foliatura (fl.987 del C.O.5), sino que además un señalamiento de

[38] Cfr. Sentencia del 23 de mayo de 2012, radicación No. 32173.
[39] Radicado 36448 del 24 de julio de 2013, MP. DR. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[40] Folio 966 del C.O. 5.

esos sugiere una actuación caprichosa y arbitraria que no se compadece en lo absoluto con lo que refleja el *dossier* penal, por lo que la Sala reconviene a la defensa para que modere su lenguaje y emplee los términos acordes y adecuados al respeto debido.

Aclarado lo anterior y ubicados en el fallo apelado, la Colegiatura encuentra que la juez en el acápite que intituló: *"FRENTE AL PUNIBLE MILITAR DE DESOBEDIENCIA SE DEBE SEÑALAR* (sic)*"*[41], en una de sus líneas expresó lo siguiente:

> *"Sin embargo, el oficial no cumplió esta orden, considerando este Estrado Judicial que con dicha actitud vulneró la disciplina.*
>
> > *"(…) Ha de recordarse que en los delitos de peligro abstracto como lo es el de desobediencia, el legislador advirtió el peligro para la disciplina como bien jurídico protegido cuando se desarrollaban conductas de desobediencia por parte del subalterno frente a órdenes superiores legalmente emitidas.*
> >
> > *Si bien es cierto, ha de tenerse cuidado en los delitos de peligro abstracto de no caer en el error de la presunción del dolo, pues ha de recordarse, que en todos los delitos sus elementos deben concurrir de manera material y no presunta (…)."*[42].

[41] Folio 900 del C.O. 5.
[42] Folio 907 del C.O. 5.

Más adelante, en el segmento que denominó *"DETERMINACIÓN FINAL"*[43] manifestó lo siguiente: *"Atendiendo las razones expuestas con anterioridad, el procesado será condenado como responsable de la conducta punible de desobediencia, al considerarse que su comportamiento fue típico, antijurídico y culpable….En lo que respecta a la antijuridicidad se debe señalar que el artículo 17 de la Ley 1407 de 2010 dice: (…)Sobre este postulado, el Tribunal Superior Militar entre otros pronunciamientos ha dicho respecto del injusto de desobediencia: (…) El procesado incumplió la orden del servicio que le fue emitida por un superior, quien tenía plena competencia para hacerlo, afectando de manera efectiva la disciplina, ya que esa orden apuntaba directamente con la ejecución de los fines para los cuales está creada la institución militar."*[44], y reseñó algunos apartes de una providencia proferida por la Cuarta Sala de Decisión, contenida en el radicado 022-155479-6860-XIV-221-EJC del 24 de marzo de 2010.

Y, finalmente, en el aparte destinado a lo que llamó: *"INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES"*[45] reiteró que:

> *"El punible de desobediencia es un delito de peligro abstracto el cual busca reprochar el no acatamiento de una norma, con el ánimo de proteger precisamente la disciplina como pilar fundamental de las Fuerzas Militares. La disciplina, se ha dicho que es la condición esencial para la existencia de toda Fuerza Militar, también, implica la observancia de las normas y órdenes que*

[43] Folio 923 *ídem*.
[44] Folios 924 a 925 *ídem*.
[45] Folio 927 *ídem*.

consagran el deber profesional al igual que contrarresta los efectos disolventes de la lucha.

La no observancia de la orden de iniciar desplazamiento a partir del día 18 de julio de 2015 a la vereda Caña Braval, se repite no fue una orden de carácter general, ni de aquellas que solo dieran trámite a una actividad administrativa, esta era una orden directamente relacionada con el desarrollo de una orden operacional como lo era JOYSE, en la cual estaba directamente involucrado el procesado, la cual le fue dada a nivel individual por ser el comandante del pelotón y su fin era obviamente el cumplimiento de lo planteado en esta actividad operacional, la cual estaba directamente relacionada con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales acreditados a la fuerza pública."[46].

Como se puede apreciar de las reseñas que se vienen de hacer, extractadas de la pieza procesal apelada, no es cierto como lo pregonó el recurrente que en el fallo la juez haya pretermitido de manera absoluta pronunciarse con relación a su tesis defensiva, referida a la acreditación de la antijuridicidad material, pues sobre tal aspecto se observa que sí hubo argumentación que incluso soportó en decisiones que sobre la materia ha elaborado esta Corporación Judicial.

La pregunta que ahora surge, de cara al reparo que hizo el libelista, es si la motivación judicial

[46] Folios 939 a 940 *ídem*.

expresada en el fallo sobre el tópico jurídico, satisface o no las exigencias legales de las que atrás se hizo mención, esto es, razonada y completa, o por el contrario se puede considerar abiertamente inmotivada o incomprensible, como lo calificó el defensor, capaz de conspirar "*(…)contra el ejercicio del contradictorio, exclusivo ámbito en que se hace viable sostener vulnerado el debido proceso y eventualmente el derecho de defensa (…).*"[47].

Ora, sí se trata de una motivación deficiente e incompleta, categoría procesal frente a la cual, de existir, se impone "*(…) a la Sala el deber de corrección y por ende, el imperativo de dar alcance de respuesta a aquellos temas que se anuncian relevantes y sobre los cuales la precariedad de la sentencia, que según se sabe de la primera y segunda instancia por tratarse de decisiones adoptadas en idéntico sentido constituyen un mismo cuerpo jurídico, (para los efectos de este trámite como se sabe, la de primera y segundo instancia por tratarse de decisiones adoptadas en idéntico sentido y constituir un mismo cuerpo jurídico), eludió en su integralidad, razón suficiente para entonces entender que la consecuencia no sería la invalidación de lo actuado ni el reenvío del expediente para su refacción procesal, conforme se solicita, sino la de completar aquellos aspectos pretendidamente no abordados por los juzgadores.*"[48].

A este respecto vale la pena recordar que una acusación de esa naturaleza, como la expresada por el

[47] Radicado 42039 del 05 de octubre de 2016, MP. DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[48] *Ibídem*.

apelante, no puede soportarse en las expectativas de respuesta que este tenga sobre sus propuestas, dado que como lo tiene dicho la jurisprudencia no existe una regla de derecho que establezca la manera como *x* o *y* asunto, desde el punto de vista argumentativo, deba abordarse, pues cada caso en particular puede ser analizado y argumentado de manera tan distinta dependiendo de la complejidad que amerite cada elemento que deba ser objeto de estudio. Revisemos:

> *"Ahora bien, la motivación suficiente de una decisión judicial es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Ciertamente, las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho. Además, en virtud del principio de autonomía del funcionario judicial, la regla básica de interpretación obliga a considerar que sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad."*[49].

[49] Radicado T-233 del 29 de marzo de 2007, MP. DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Corte Constitucional.

Con ese miramiento vemos cómo la pieza atacada ciertamente consagró una sustentación razonada de la manera como se había concretado la antijuridicidad material frente al delito de desobediencia, tanto así que el análisis judicial se apoyó en una providencia vertida por la Cuarta Sala de Decisión de esta Corporación, contenida en el radicado 022-155479-6860-XIV-221 del 24 de marzo de 2010, en la que se elaboró un entendimiento sobre dicha materia, todo lo cual permite apreciar una estimación de los supuestos fácticos y los juicios lógico jurídicos que soportaron la determinación que distan de la posibilidad de censurarla como caprichosa o arbitraria, como lo intenta la defensa.

No olvidemos que, como de manera reiterada y pacifica lo ha sostenido esta Corporación castrense[50], el delito de desobediencia es de aquellos considerados, conforme a su estructura, de peligro abstracto o mera conducta (potencialmente peligrosos), es decir, punibles que se agotan con una sola acción independiente del resultado que se produzca en el mundo exterior, pues la conducta ha sido valorada de manera negativa y en ella se presume la lesión o el peligro de lesión; sin embargo, tal presunción admite prueba en contrario conforme las voces del canon 17 de la Ley 1407 de 2010, según la cual: *"Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o*

[50] Radicado 147362 del 31 de agosto de 2005, MP. TC. MARGARITA ROSA ZULUAGA SÁNCHEZ; Cuarta Sala de Decisión, radicado 022-155479-6860-XIV-221-EJC del 24 de marzo de 2010, MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; Primera Sala de Decisión, radicado 157033-XII-164 (25) EJEC, del 22 de julio de 2013, MP. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Tribunal Superior Militar.

ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal."

De la disposición comentada se entiende entonces, como bien lo argumentó la defensa en su escrito, que para la estructuración del comportamiento delictivo es necesario que se acredite además del desvalor de acción, el desvalor de resultado, esto es, la efectiva puesta en peligro, sin justa causa, del bien jurídico protegido.

Para el caso en concreto vemos que para la juez primaria el comportamiento del procesado transgredió de manera efectiva la disciplina en tanto que se probó no sólo la impartición de la orden por parte de quien tenía competencia para ello, que la misma fue dentro de las formalidades legales, dado que apuntaba directamente a la ejecución de los fines institucionales, sino que además ésta fue incumplida, sin justificación alguna, lo cual puso en riesgo el cumplimiento de la orden de operaciones No. 021 "JOYCE", en la que se le había ordenado al oficial hacer "*(…) maniobras de estratagemas y métodos de engaño, acciones sorpresivas, ataque, emboscadas y contraemboscada en el área general (…)*"[51], entre otras, en la vereda Caña Braval Bajo, a dónde se le ordenó hacer movimiento operacional y no lo hizo.

Nótese que conforme a la prenombrada orden de operaciones, el Comandante del Batallón A.D.A No. 2 "Nueva Granada" había dispuesto que se ejecutara

[51] Folio 905 del C.O. 4.

control territorial de área en el sector anotado, entre otras, y para ello como tareas claves para el cumplimiento de esa misión estaba la de hacer movimientos, tal como se lee del acápite de *"EJECUCIÓN"*, literal B *"Tareas Claves* (sic) *para cumplir la misión"*[52], precisamente también con miras a *"Preservar la integridad de las tropas mediante un detallado planeamiento y conducción observando todos los procedimientos y normas de seguridad."*[53], por manera que no es cierto, como lo hizo saber el defensor en la corte marcial, que se trató de una orden caprichosa del Comandante. No, fue una orden debidamente planificada que se vio afectada ciertamente con el comportamiento desobediente del oficial justiciado, quien con su conducta además puso en riesgo la vida y la integridad de la tropa, pues se conocía de la presencia de grupos alzados en armas y de amenazas para los institucionales, tal como en este sentido lo hicieron saber los siguientes oficiales:

ST. YUSO, Asesora Jurídica Operacional del BAGRA, quien contó que: *"(…) se deben realizar movimientos diarios de por los menos un kilómetro como mínimo, porque se tiene conocimiento de la presencia del enemigo en el sector donde se desarrollan operaciones y de la intensión* (sic) *que se tiene de atacar a las tropas que permanezcan quietas o que se dejen detectar o ubicar."*[54].

CT. JFFA, Jefe de Operaciones del BAGRA, quien narró que: *"El orden público de ese sector es alterado ya que en*

[52] Adverso del Folio 30 del C.O. 1.
[53] Adverso del Folio 30 *ídem*.

[54] Folio 79 *ídem*.

esa zona delinquen estructuras tanto de las FARC como el ELN, las cuales están en capacidad de realizar un acto terrorista en contra de una unidad que este vulnerable para ellos atacarla. Por este motivo la unidad de ALBARDON 3 estaba en alto riesgo de ser atacada poniendo en peligro la integridad física de sus hombres."[55].

Así mismo, el CS. WSFD, comandante de escuadra de la batería ALVARDON 3, expresó: "*PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO CÓMO ES EL ORDEN PÚBLICO EN EL MUNICIPIO DE SAN PABLO Y QUÉ ORGANIZACIONES DELINQUEN EN ESTE. CONTESTÓ. Zona roja y no tengo conocimiento de la organización que delinque.*"[56], lo cual fue corroborado por los Soldados Profesionales ARLA[57], AJMP[58], JABC[59], DAD[60] y GAMC[61].

Conforme a la anterior argumentación, que por demás se soportó en un análisis no sólo de los supuestos fácticos sino también de las pruebas y de razones jurídicas válidas, es que la Sala encuentra que la providencia satisfizo la carga argumentativa que tenía la funcionaria de justicia a la hora de emitir ese acto procesal, y además, contrario a lo pregonado por el recurrente, sí se refirió, de manera válida, a la postulación jurídica que éste presentó en la corte marcial, pues a partir de las pruebas estimó que la planeación y propósitos contenidos en la orden de operaciones atrás referida sufrió alteraciones cuando el oficial decidió, sin justificación alguna,

[55] Folio 84 *ídem*.
[56] Folio 91 *ídem*.
[57] Folio 95 *ídem*.
[58] Folio 103 *ídem*.
[59] Folio 108 *ídem*.
[60] Folio 112 *ídem*.
[61] Folio 121 *ídem*.

desatender la orden que su comandante le había impartido.

No se trató de un razonamiento soportado en consideraciones abstractas sobre el contenido de la prohibición propia de la norma, sino que probatoriamente resultó verificable dadas las características propias del comportamiento desobediente; en tal sentido, se itera, la respuesta dada por la falladora a la tesis de la parte se considera adecuada y válida desde el punto de vista jurídico y probatorio, al haberse demostrado que la disciplina, como objeto de protección penal, fue puesta efectivamente en peligro por parte del procesado no solo por desatender el mandato impartido por el comandante del Batallón de A.D.A. No. 2 "Nueva Granada", sino porque como se complementó atrás, la misión operacional que debía cumplir el oficial con su tropa en Caña Braval Bajo no se ejecutó y sí por el contrario se puso en riesgo la vida y la integridad de todos los elementos que integraban el pelotón, quienes en su mayoría conocían que se trataba de una zona de difícil orden público.

Coherentes, entonces, con la línea de pensamiento que nos ha guiado la Sala, no ve alternativa distinta que denegar las pretensiones de la defensa y en consecuencia confirmar el fallo apelado de la fecha atrás indicada, en total acuerdo con el pedido del Delegado del Ministerio Público para esta Instancia.

Consonante de lo anterior, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER el pedido del apelante y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el fallo apelado de fecha 14 de marzo de 2018, por medio del cual el Juzgado Segundo de División del Ejército Nacional condenó al ST. RCA como autor responsable del delito de desobediencia a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, sin beneficio de la condena de ejecución condicional, y lo absolvió por el reato de falsedad ideológica en documento público, de conformidad con las explicaciones esbozadas en precedencia.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente decisión el recurso de casación discrecional, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta providencia, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[62].

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines

[62] Sentencia AP6540-2016 radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia. Cfr. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), 48713 (28-09-16) *Ídem*.

pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	***Segunda de Decisión***
Magistrado Ponente:	***TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ***
Radicación:	***158762***
Procedencia:	***Juzgado de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina***
Procesado:	***CTCIM. FADG***
Delito:	***Desobediencia***
Motivo de alzada:	***Apelación Sentencia Condenatoria***
Decisión:	***Confirma***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de Julio de dos mil diecinueve (2019).

I.- VISTOS.

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a pronunciarse sobre el recurso de alzada presentado por el abogado **MMG**, quien funge como defensa técnica del encausado, en contra de la sentencia condenatoria fechada 28 de julio 2017, por medio de la cual el Juez de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional condenó al CTCIM. **FADG** como autor responsable del delito militar de desobediencia, imponiéndole la pena principal de dos (02) años de prisión, negando al penado el

beneficio de la condena de ejecución condicional y la libertad condicional e imponiéndole la suspensión en el ejercicio de sus funciones.

II.- HECHOS.

2.1. El día 30 de abril de 2013 siendo las 17:33 horas, el Comando de Brigada de Infantería de Marina No.5 emitió clavegrama ordenando acuartelamiento *"… PRIMER GRADO X CENTRO DE OPERACIONES X TROPAS SEGUNDO GRADO X CUARTELES GENERALES DISPONIBILIDAD ACUERDO REQUERIMIENTO…"* (Fol.43), a partir de dicha calenda a las 18:00 horas, motivado por el día del trabajo.

2.2. La referida orden militar que fue comunicada el 30 de abril de 2013 en las horas de la noche al CTCIM. **FADG**, comandante de la Compañía de Seguridad del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 51 (en adelante BFIM51), a través de mensaje a su teléfono celular enviado por el TN. **ASA**, oficial de inspección de la Brigada de Infantería de Marina No.5 (en lo sucesivo BRIM5), quien además le informó que el 1° de mayo de 2013 a las 07:30 horas se llevaría a cabo una formación en el PDM BFIM51.

2.3. Pese a lo anterior, el CTCIM. **FADG** salió de la unidad -portando su arma de dotación- para

encontrarse en un establecimiento público con un amigo con quien consumió bebidas embriagantes hasta las 02:30 horas del día 1° de mayo de 2013.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1.- Con fundamento en el informe de novedad suscrito por el TN. **ASA**, oficial de inspección de la BRIM5, fechado el 1° de mayo de 2013 (Fol.3), el Juzgado 109 de Instrucción Penal Militar en auto de impulso que data del 6 de junio de 2013, dispuso la apertura formal de investigación penal en contra del oficial CTCIM. **FADG** por la presunta comisión del delito de desobediencia (Fols.4-6), escuchándolo en indagatoria el 12 de julio de 2013 (Fols.58-62). Surtida la vinculación, la Juez 109 de Instrucción Penal Militar profirió auto interlocutorio fechado el 26 de agosto de 2013, mediante el que resolvió la situación jurídica provisional al procesado, absteniéndose de dictar medida de aseguramiento en su contra (Fols.172-187).

3.2. Finalizada la instrucción, se remitió la foliatura a la Fiscalía Penal Militar ante el Juzgado de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional, que en decisión del 28 de julio de 2015 dispuso el cierre de la

investigación (Fol.803), calificando el mérito sumarial el 9 de marzo de 2015 con resolución de acusación en contra del CTCIM. **FADG** como posible autor responsable en concurso real y simultáneo del delito de desobediencia (Fols.827-839), decisión que fue impugnada por la defensa mediante recurso de reposición del 26 de abril de 2016 (Fols.853-856), el cual fue resuelto en disfavor del recurrente mediante interlocutorio adiado el 11 de julio de 2016 (Fols.886-890).

3.3. En firme la calificación, fueron enviadas las diligencias para conocimiento del Juzgado de Primera Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional, llevando a cabo la vista pública el día 14 de febrero de 2017, en cuyo desarrollo, ante la no aceptación de cargos por parte del CTCIM. **FADG**, se adelantó audiencia de corte marcial (Fols.932-951).

Surtido lo anterior, el día 28 de julio de 2017, el juez de instancia profirió sentencia en la que condenó al CTCIM. **FADG** como autor responsable del delito militar de desobediencia, imponiéndole la pena principal de dos (02) años de prisión, negando al penado el subrogado de la condena de ejecución condicional y la libertad condicional e imponiéndole la suspensión en el ejercicio de

funciones, absolviéndolo *"… por hechos relacionados con el incumplimiento de la orden impartida a través del acta para el manejo de armas cortas por el señor Comandante del Batallón Fluvial de IM.51, acaecidos entre el 30 de abril y el 1 de mayo de 2013, en Puerto Carreño (Vichada)…"* (Fols.952-980).

Una vez notificado el fallo en debida forma a los sujetos procesales, este fue apelado por el abogado **MMG**, defensor de confianza del procesado (Fols.985-992), recurso que fue concedido ante esta Corporación mediante auto de trámite del 28 de agosto de 2017 en el efecto suspensivo (Fol.984).

IV.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El Juez de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional abordó los argumentos de la sentencia condenatoria señalando que el CTCIM. **FADG**, para la fecha de los hechos se desempeñaba como comandante de la Compañía de Seguridad del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 51, precisando que la fiscalía militar lo acusó por el incumplimiento de dos órdenes independientes en concurso real y simultáneo de conductas punibles así: i) no acatar la orden de acuartelamiento de segundo grado dispuesta mediante clavegrama del 30 de abril de 2013 y, ii)

desatender la orden de prohibición de portar el arma de dotación en actos diferentes al servicio, prevista en un acta para el manejo de armas cortas.

Frente a la primera de las órdenes señaló que el Comandante de la BRIM5 de la Armada Nacional efectivamente emitió una orden a los comandantes de batallón bajo su mando a través de clavegrama, consistente en acuartelamiento de primer grado del centro de operaciones y segundo grado para las tropas, ello con motivo del día del trabajo siguiendo instrucciones del Comandante General de las Fuerzas Militares.

Refirió el *A quo* que dicha orden era vinculante en la medida que fue impartida por el superior jerárquico del CTCIM. **FADG** respaldado por la norma que establece la jerarquía militar (Decreto 1790,2000), concluyendo que las órdenes impartidas por el superior deben ser atendidas de manera estricta por el subalterno, máxime en tratándose de una orden de acuartelamiento emitida ante una necesidad de seguridad que impone restricciones para el personal militar de acuerdo con el grado de alistamiento.

Estableció que la orden fue impartida con las formalidades legales, refiriendo respecto de la publicidad de la misma que en términos de la defensa, esta se le había dado a conocer a su prohijado sobre las 20:00 horas del día 30 de abril cuando se encontraba en un establecimiento público en el que había consumido algunas cervezas, infiriendo el *A quo* a partir de los testimonios del TN. **ASA**, PT. **MHV** y PT. **ALVM**, así como del informe de policía de vigilancia del 1° de mayo de 2013 y el acta de derechos del capturado que data de la misma calenda a las 02:30 horas, que aun cuando el CTCIM. **FADG** fue notificado de la orden militar de acuartelamiento previamente, permaneció departiendo con un amigo hasta las 2:30 horas hasta cuando se efectuó un procedimiento policial en su contra.

Ahora bien, en punto de establecer si pese al conocimiento de la orden el CTCIM. **FADG** la cumplió acatando las obligaciones exigidas para el acuartelamiento de segundo grado, acudiendo a la definición que al respecto trae el Reglamento de Servicio de Guarnición FF.MM 3-9, estableció que aun admitiendo que el oficial recibió la orden después de haber salido de la unidad, una vez conoció el grado de acuartelamiento y sus implicaciones en relación con la disponibilidad y

el alistamiento, decidió continuar departiendo con el señor **ALGA**, hasta la madrugada del 1° de mayo de 2013, desatendiendo su deber militar.

Aunado a ello, hizo alusión al estado de embriaguez de primer grado en que se encontraba el referido oficial, quien aquella madrugada del 1° de mayo de 2013 portaba el arma de dotación y ante su falta de colaboración con unidades de prevención de la Policía Nacional, fue capturado y conducido a las instalaciones de la Estación de Policía de Puerto Carreño.

Por lo tanto, concluyó que el CTCIM. **FADG** en momento alguno tuvo la voluntad de encontrarse disponible para el servicio en atención a la orden impartida, por el contrario, generó un riesgo jurídicamente desaprobado incrementado por el hecho de portar el arma de dotación en un lugar abierto al público en condiciones de embriaguez a la luz del artículo 85 del Decreto 2535 de 1993 y el acta para el manejo de armas cortas suscrito por el Comandante del BFIM51.

Aclaró que la segunda conducta no puede imputarse al encausado de manera independiente como lo hizo la Fiscalía, toda vez que no reviste el carácter de delito ya que la prohibición de portar un arma

de fuego en estado de embriaguez no surge exclusivamente de la orden militar, razón que lo llevó a afirmar que su reproche está circunscrito al derecho disciplinario, citando en apoyo a su argumento y en su parte pertinente pronunciamientos de esta Corporación que indican que no todo incumplimiento de una orden constituye el delito de desobediencia (TSM. Rad.155781 abr.2011) (TSM.Rad.157875 sep.2014).

En ese orden de ideas y refiriéndose en lo sucesivo a la primera conducta imputada, reiteró que el CTCIM. **FADG** dirigió su voluntad a no acatar la orden militar de acuartelamiento, señalando con relación a la tipicidad subjetiva que el actuar del oficial fue doloso puesto que este conoció la orden desde las 18:30 horas y pese a ello permaneció con su amigo **ALGA** observando un show de strippers hasta la madrugada; ello con fundamento en lo señalado tanto por el procesado en su injurada como en los testimonios del TN. **ASA** y MYCIM. **ADR.**

En relación con la antijuridicidad de la conducta investigada determinó que el procesado afectó materialmente el bien jurídico de la disciplina, cuando con su conducta desconoció la orden proveniente del comando de la brigada en atención

a las directrices del Comando General de las Fuerzas Militares, por considerar probado en grado de certeza la falta de disponibilidad y alistamiento del CTCIM. **FADG** para el 1° de mayo de 2013, quien además fue capturado por el presunto delito de violencia contra servidor público, circunstancia por la que debió ser reemplazado por otro funcionario en su rol de comandante de compañía de seguridad del BFIM51.

Ahora bien, haciendo referencia a la culpabilidad del CTCIM. **FADG**, señaló que para la fecha de ocurrencia de los hechos investigados el referido oficial era imputable para el derecho penal, puesto que tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y de auto determinarse con esa comprensión, resaltando que en la indagatoria manifestó que era conocedor de la orden consistente en acuartelamiento de segundo grado antes de salir de la unidad, esto es el 30 de abril de 2013 a las 18:30 horas y pese a ello permaneció consumiendo bebidas embriagantes hasta la madrugada. Añadió que el CTCIM. **FADG** es un oficial con más de 11 años de servicio y, por lo tanto, le era exigible un comportamiento ajustado a Derecho.

Consecuente con lo anterior, el Juez de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional declaró en la parte resolutiva de la sentencia la responsabilidad penal del CTCIM. **FADG** como autor del delito de desobediencia por hechos relacionados con el incumplimiento de la orden de acuartelamiento del 30 de abril de 2013, imponiéndole la pena principal de dos (02) años de prisión, absolviéndolo de los cargos por el incumplimiento de la orden impartida a través del acta para el manejo de armas cortas por el comandante del BFIM51. En el mismo acápite manifestó no imponer al condenado penas accesorias a la de prisión (Ley 1407,2010 art.51), solicitando a la Direccion de Personal de la Armada Nacional la suspensión en el ejercicio de sus funciones (Ley 522,1999 art.531), negando los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena y libertad condicional.

V.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

El abogado **MMG**, quien funge como representante judicial del CTCIM. **FADG**, sustentó el recurso de apelación señalando que disiente de la sentencia condenatoria, por considerar atípica la conducta de su prohijado, argumentando para ello que el referido oficial fue informado de la orden de

acuartelamiento luego de haber salido de la unidad militar, cuando se encontraba en un establecimiento público consumiendo bebidas embriagantes en compañía de un amigo.

Puntualizó que el CTCIM. **FADG,** luego de entregar el servicio de guardia, se retiró de la unidad militar sin conocer la orden de acuartelamiento, al punto que el TN. **ASA** testificó que le había informado a través de "*píng ya (sic) través de radio*" (Fol.985), y que dio la información al personal en las horas de la noche.

Indicó que la vinculación con la orden militar operaba a partir del momento en que fue puesta en conocimiento, esto es cuando el CTCIM. **FADG** se encontraba fuera de la unidad ingiriendo bebidas alcohólicas, siendo imposible establecer probatoriamente si después de recibir la llamada continuó con la ingesta de licor, circunstancia sobre la que es imperativo tener la certeza para predicar la configuración típica del delito de desobediencia.

Agregó, que el hecho que el CTCIM. **FADG** hubiera permanecido en un establecimiento público luego de haber recibido la orden de acuartelamiento no determina que hubiera desatendido la orden militar

como lo estimó el *A quo*, habida cuenta que dicha circunstancia no está contemplada en el tipo penal, por lo que sostuvo que los conceptos de disponibilidad y alistamiento debían ser entendidos según lo dispuesto normativamente dado que el tipo penal imputado era cerrado.

Por tanto, señaló que el Reglamento del Servicio de Guarnición establece los parámetros del acuartelamiento, que en su criterio debieron ser tenidos en cuenta al momento de realizar la adecuación típica, enunciando las restricciones y obligaciones del personal acuartelado (Capítulo VI numeral 67 literales B,C y D), dentro de las que destacó, la *"Restricción de salidas individuales de larga duración"* que no operaba por cuanto el oficial se encontraba fuera de la guarnición militar cuando fue enterado del acuartelamiento. Así mismo, el *"establecimiento de turnos para permanencia en el cuartel del personal que vive fuera de el"* manifestando que si bien no se tiene noticia si los turnos se realizaron, la orden que se le dio fue que se presentara al día siguiente. Adicionalmente, las *"señales especiales de alarma para que el personal concurra al cuartel en caso necesario y sin pérdida de tiempo"*, indicando que no le correspondía al procesado teniendo en cuenta que había entregado el turno de oficial de inspección. Finalmente, que

"durante el acuartelamiento de primer grado, segundo o tercero, no se servirán bebidas embriagantes en los casinos de las unidades acuarteladas" manifestando que dicha disposición se circunscribe a los casinos de las unidades que es donde se aplica el referido reglamento, disposiciones que no fueron vulneradas por el acusado lo que en criterio de la defensa impedía adecuar su actuar al tipo penal de desobediencia.

Consecuente con lo anterior, concluyó que para efectuar el análisis de tipicidad debe tenerse en cuenta la norma reglamentaria que fija el alcance, contenido y procedimiento para un acuartelamiento, resaltando que el actuar por el que se investigó y acusó a su defendido no se encuentra prohibida en el ordenamiento castrense, agregando que en virtud del principio de legalidad y el debido proceso las conductas punibles deben estar descritas de manera clara, expresa e inequívoca.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador 13 Judicial II Penal, al descorrer el traslado que esta instancia le hiciera, advirtió que los argumentos del censor plantean la atipicidad de la conducta, a pesar de no haber

elevado petición alguna en contra de la sentencia impugnada.

Precisó que la defensa consideró atípico el proceder del CTCIM. **FADG** al estimar que al momento de salir de la unidad desconocía la orden de acuartelamiento y cuando fue enterado de la misma se encontraba en un establecimiento público ingiriendo licor, circunstancias modales que en momento alguno están contempladas en el tipo penal de desobediencia.

Estableció que el problema jurídico consiste en determinar si la orden era vinculante para el CTCIM. **FADG** y, de ser así, si esta fue incumplida por el procesado, manifestando a este respecto que acudiendo a la definición de acuartelamiento según el Reglamento del Servicio de Guarnición, el personal debe estar disponible para asumir la función institucional, lo que implica acatar las restricciones y obligaciones que para el efecto describe el reseñado precepto que de ser desconocidas generan como ocurrió en el *sub judice,* la concreción del delito de desobediencia, puesto que su inadvertencia menoscaba la disciplina castrense.

Así las cosas, es claro para el procurador delegado ante esta instancia que el CTCIM. **FADG,** conocedor de la orden de acuartelamiento y sus implicaciones, ignoró las reglas de conducta que le eran exigibles y, contrario a ello, se dedicó a ingerir bebidas embriagantes en un establecimiento público, circunstancias que de manera pre ordenada menguaron su capacidad física y anímica para la prestación de la función militar contrariando la disponibilidad requerida, actuar que se adecuó típicamente al delito de desobediencia sin que fuera necesaria la descripción específica de cada una de aquellas conductas.

Consideró que la ingesta de licor por parte del oficial en la fecha de marras, puso en riesgo su capacidad motora y sensorial, condición que justamente la norma pretende evitar a través de reglas de disciplina que el enjuiciado incumplió. Por consiguiente, solicitó confirmar la decisión condenatoria por estimar que la tipicidad de la conducta se surtió plenamente en sus aspectos objetivo y subjetivo, en armonía con las demás condiciones de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

VII.- DE LA COMPETENCIA.

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia (CSJ.SP.Rad.44046 jun.2015)[1], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999.

Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el abogado **MMG** quien funge como defensor de confianza dentro de la presente causa, en contra de la sentencia condenatoria fechada 28 de julio de 2017, por medio de la cual el Juez Penal Militar de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional, condenó al CTCIM. **FADG** como autor responsable del delito militar de desobediencia en lo que tiene que ver con el incumplimiento de la orden de acuartelamiento impartida mediante clavegrama del 30 de abril del 2013 y lo absolvió por hechos relacionados con el no cumplimiento de una orden relacionada con el manejo de armas de fuego.

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (17 de junio de 2015). Rad. 44046 [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero]

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Sea lo primero recordar que, frente a la apelación, ésta se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los inherentes a ésta que se puedan visualizar en la investigación objeto de estudio.

El día 28 de julio de 2017, el Juez de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional profirió la sentencia por medio de la cual declaró la responsabilidad penal del CTCIM. **FADG** como autor del delito de desobediencia, por hechos relacionados con el incumplimiento de la orden de acuartelamiento impartida mediante clavegrama del 30 de abril del 2013 por el Comandante de la BRIM5 siguiendo instrucciones del Comandante General de las Fuerzas Militares, decisión en la que, además, fue absuelto por hechos relacionados con la inobservancia de una orden concerniente al manejo de armas de fuego (Fols.952-980).

Inconforme con el fallo de condena, el defensor de confianza, aunque no elevó petición alguna en concreto frente a la sentencia impugnada, censuró

la decisión a través del recurso vertical tras considerar atípico el actuar por el que se inquirió al oficial encausado, señalando: *"… la conducta investigada, no está precisada como falta en el ordenamiento legal castrense…"* (Fol.991). Razón por la cual, en desarrollo del principio de caridad, esta Corporación procederá a estudiar el sustento de la impugnación debiendo entenderse que, ante la omisión del defensor de concretar su pretensión, esta tiene por objeto la revocatoria de la decisión desfavorable.

Sustentó su tesis defensiva en el hecho que el CTCIM. **FADG** fue enterado de la orden de acuartelamiento el día 30 de abril de 2013, en las horas de la noche cuando se encontraba fuera de la unidad, en momentos en que ya había ingerido bebidas alcohólicas en un establecimiento abierto al público, escenario factico que en su sentir no está descrito en el tipo penal de desobediencia, refiriendo al respecto: *"(…) este evento no es una circunstancia especifica del tipo penal, la decisión de permaneceré (sic) en el establecimiento público, no implica la desatención a la orden, no existe texto legal o normativo que así lo asegure, dejando un vacío en la tipicidad, tal hecho no tiene donde aterrizar en la norma"* (Fol.988).

8.1. Previo al estudio del argumento defensivo y

con el propósito de dar sustento a los considerandos de esta decisión, pertinente resulta precisar que la tipicidad como elemento constitutivo de la conducta punible (Ley 1407,2010 art.15)[2], consiste en la definición *"inequívoca, expresa y clara"* de las características que estructuran el tipo penal (Ley 1407,2010 art.16)[3] instituto que la Corte Suprema de Justicia definió en los siguientes términos:

> *"Por consiguiente, la categoría jurídico penal de la tipicidad no es más que la directa emanación del principio de estricta legalidad y supone un proceso valorativo de atribución respecto de una concreta situación fáctica que debe derivarse de una norma de mandato o de prohibición y ajustarse a una descripción hipotética abstracta contenida en el denominado tipo penal, esto es, en el precepto que alude al ámbito situacional sancionado punitivamente por el legislador.*
>
> *La opinión dominante suele distinguir entre un aspecto objetivo y uno subjetivo del más común de los tipos penales, el llamado tipo doloso, de manera que en el examen que efectúa el funcionario al momento de verificar la tipicidad de una conducta de tal índole tiene que establecer antes que todo la ocurrencia de aquellos elementos que configuran el aspecto objetivo, pues el segundo,*

[2] Artículo 15 [Título I] Código Penal Militar [Ley 1407 de 2010] *"CONDUCTA PUNIBLE. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.*

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad."

[3] Artículo 16 [Título I] Código Penal Militar [Ley 1407 de 2010] *"TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política y en la ley."

> *al referirse de manera principal e ineludible a un estado tanto cognitivo como volitivo del primero, presupone su existencia."*[4]

En consecuencia, al realizar el juicio de valoración del injusto se han de analizar tanto los elementos subjetivos (dolo, culpa y preterintención) y objetivos del tipo penal (sujetos, acción u omisión, objeto material y nexo funcional), como también los elementos especiales entre los que se destaca el ingrediente normativo concebido particularmente para el delito de desobediencia como corresponde a "*orden del servicio*".

Paralelo a ello, en la dialéctica de la tipicidad de la conducta investigada es pertinente reconocer la técnica descriptiva del punible a analizar, que nos lleva a determinar las distintas clases de tipos penales a partir de su estructura, contenido, sujeto activo y bien jurídico tutelado, siendo del caso establecer a qué clase corresponde el delito militar de desobediencia que aquí nos ocupa y que fue descrito por la ley penal militar en los siguientes términos (Ley 1407 de 2010 art. 96):

> *"El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de dos (2) a tres (3) años."*

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (3 de febrero de 2010) Rad. 31726 [M.P. Julio Enrique Socha Salamanca]

Descripción típica de la que se extracta que en cuanto a su contenido se trata de un delito de mera actividad, puesto que se consuma con la sola realización de la conducta teniendo en cuenta que el bien jurídico que ampara –la disciplina- es inmaterial (Rubio,2008)[5], catalogándose además como de peligro abstracto por cuanto se concreta con el incumplimiento de una orden emitida por el superior, sin necesidad de que se produzca un resultado material puesto que la amenaza al bien jurídico determina su antijuridicidad (Rubio,2008)[6].

En relación con el sujeto activo podemos afirmar que el delito de desobediencia se estima mono subjetivo por cuanto la conducta puede ser

[5] Rubio Barrera J. (2008), El Injusto en el Delito Militar de Desobediencia, (p. 24), Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público. *"El tipo de injusto militar de desobediencia corresponde a esta clasificación en la cual es determinante la naturaleza del bien jurídico que es inmaterial (la disciplina), por tanto, para su consumación basta la realización de la conducta típica, con esta se perturba el bien jurídico, no es necesario un resultado materia, la circunstancia que no se requiera un resultado material no significa que no se produzca un efecto sobre el bien jurídico tutelado o desvalor de resultado en el sentido conceptual, en el caso de estudio el efecto recae sobre la disciplina como bien jurídico protegido por el delito de desobediencia."*

[6] Ibídem.(p.29) *"Observados los presupuestos anteriores el delito de desobediencia en la justicia penal militar puede ser considerado como delito de peligro abstracto, por cuanto con este supuesto de hecho el legislador se adelantó a la protección de un bien jurídico de especial importancia para la preservación de la jerarquía y disciplina en la que se sustentan las Fuerzas Militares, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales en el modelo de Estado Social Democrático colombiano, pues basta el incumplimiento o modificación de una orden legitima del servicio impartida por el respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales para que se consume el delito, sin necesidad de que se produzca una consecuencia en el mundo material perceptible por los sentidos".*

realizada por un único autor (Velásquez, 2014)[7]. Así mismo y en relación con el bien jurídico tutelado es considerado como mono ofensivo en tanto ampara solo un bien jurídico, la disciplina (Velásquez, 2014)[8].

Respecto de su estructura es del caso referir que el delito de desobediencia corresponde a un tipo penal en blanco, lo que implica que la norma que lo contiene se ha de articular con otra disposición legal que conduzca a su comprensión, teniendo en cuenta que el supuesto de hecho no está regulado de manera íntegra en el precepto (CSJ.SP.Rad.29726.nov.2017). A este respecto la Corte Suprema de Justicia enseñó:

> *"En los tipos penales en blanco es necesario distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. En el primero, cuya configuración es del resorte exclusivo del legislador, se describen los elementos básicos de la conducta prohibida y su correspondiente punibilidad, así como el reenvío expreso o tácito a otro precepto. En el segundo, esto es, el complemento, se determinan específicamente las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal, con la exigencia de que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia constitucional para proferirlo.*

[7] Velásquez Velásquez F. (2014), Manual de Derecho Penal – Parte General, Sexta Edición Actualizada (p. 412), Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales. *"Si se atiende al tercer criterio clasificador, esto es, al sujeto activo o al autor de la conducta, puede hablarse, en primer lugar, de tipos monosubjetivos o unisubjetivos para hacer referencia aquellos que describen conductas realizadas por un sujeto…"*.

[8] Ibídem (p. 413). *"Pueden ser monoofensivos si el legislador por medio de ellos ampara un solo bien jurídico…"*

> *"En materia de técnica legislativa de los tipos penales en blanco, tanto el núcleo esencial como su complemento normativo, conforman una sola norma, la cual, en su integridad, estructura el tipo penal, momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante, formando una unidad normativa que tiene plena vigencia, atada a todos los principios tutelares del derecho penal, entre ellos, de manera explícita al principio de legalidad:*
>
> *"El núcleo y el complemento integran una sola disposición esencial pero ambos deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad, esto es, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (ley previa), no puede confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales del núcleo o la sanción (ley escrita) y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos (ley cierta)"*[9]

Con dicha claridad conceptual y acudiendo a la definición típica del punible que nos ocupa, encontramos de manera expresa que la conducta desobediente consiste en incumplir o modificar una orden legitima del servicio, que para el *sub judice* correspondió a la orden de acuartelamiento impartida mediante clavegrama del 30 de abril del 2013 por el CRCIM. **MFVD**, Comandante de la BRIM5, superior con función de mando respecto del CTCIM. **FADG.**

En virtud de lo anterior y considerado el delito de desobediencia como un tipo penal en blanco, imperioso resulta acudir al Reglamento del

[9] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (30 de noviembre de 2017) Rad. 29726 [M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa]

Servicio de Guarnición[10], vigente para la fecha de los hechos, que estipula las condiciones en que debía cumplirse la orden de acuartelamiento, disposición reglamentaria que con acierto consultó el *A quo* para establecer el concepto, términos, disponibilidad y alistamiento inherentes al acuartelamiento, refiriendo al respecto:

> *"Interesa ahora observar si pese al conocimiento de la orden, el señor Capitán de IM.* ***FADG*** *la cumplió acatando las obligaciones exigidas para el acuartelamiento de segundo grado, y más allá, si lo hizo bajo los lineamientos de disponibilidad y alistamiento que reclama su condición de oficial y que eran de su total comprensión.*
>
> *Tal labor, no solo es definida en el reglamento de servicio de guarnición FF.MM.3-9, sino que además, señala algunos parámetros de comportamiento que deben asumir aquellos hombres que se encuentran bajo el régimen de armas. Y digo algunos, porque no se puede pretender como lo advierte el abogado defensor, bajo la premisa de vulnerar el principio de legalidad, que un reglamento militar establezca todos y cada uno de los patrones de conducta adecuados para asumir un grado de responsabilidad de tan mayúscula envergadura."*[11]

De manera que, el censor reprochó que el juzgador haya acudido a disposiciones diferentes para definir los términos de disponibilidad y alistamiento en la labor de adecuación típica, señalando para el efecto que en su criterio se

[10] Reglamento de Servicio de Guarnición FF.MM 3-1 Público aprobado mediante Disposición No. 010 de 1982 por parte del Comandante General de las Fuerzas Militares.

[11] Juzgado de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina. (28 de julio de 2017) Sentencia (Fol.966)

trata de un tipo penal cerrado. Postura que luego contraría en su discurso defensivo, cuando a renglón seguido manifestó que al momento de realizar la adecuación típica era necesario considerar los parámetros que en relación con el acuartelamiento establece el Reglamento de Servicio de Guarnición. Así lo expresó:

> *"De la manera más respetuosa, esta Defensa se aparta de la posición adoptada por el fallador de Primera Instancia, partiendo de la premisa que el derecho penal se compone de tipos cerrados que no permiten ajustar apreciaciones para hacerlas encajar dentro de una normatividad, al darle un alcance por fuera de la norma a los términos de disponibilidad y alistamiento del Oficial, cuando opera un acuartelamiento; al utilizar estas apreciaciones por fuera de la norma, se puede inducir caer en un terreno demasiado abstracto al momento de realizar la adecuación típica, más aun cuando la norma de remisión establecida para este caso tiene estrictamente delimitados sus alcances.*
>
> *Así las cosas, el reglamento de Servicio de Guarnición, establece unos parámetros de referencia que en armonía con el derecho penal, se debe entrar a considerar al momento de realizar la adecuación típica.*
>
> *Si bien es cierto el origen de la adecuación típica se deriva del artículo 96 de la ley 1407 de 2010, también lo es que se debe cotejar con lo descrito en la norma de remisión, no solo para darle amplitud al concepto sobre el cual se está estructurando el punible, sino para que la adecuación típica sea suficiente para emitir una decisión, bien sea de condena o absolutoria"*[12].

[12] Dr. Mauricio Muñoz Garavito (17 de agosto de 2017) Apelación. (Fols. 988-989)

Al respecto, se ha de precisar a la defensa que son tipos cerrados aquellos en que los supuestos de hecho determinan claramente las distintas circunstancias típicas (Velasquez,2014)[13], patrón en el que no se enmarca el delito de desobediencia toda vez que, como se expuso en antecedencia, se trata de un tipo penal en blanco en el que el supuesto de hecho no se desarrolló totalmente en la norma penal, particularidad que le impone complementarse con otro ordenamiento jurídico para dar significado al tipo penal.

8.2. Seguidamente, en procura de verificar la tesis defensiva, se procederá por la Sala a verificar el ejercicio dialéctico realizado por el Juez de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional al momento de adecuar la conducta del CTCIM. **FADG**, al tipo penal de desobediencia; puesto que el censor sustentó su reclamo argumentando que la norma que plasma la conducta delictiva no contempla los supuestos de hecho que acaecieron en el *sub júdice* y que se concretan en que el referido oficial fue informado de la orden de acuartelamiento el día 30 de abril de 2013 en las horas de la noche cuando se

[13] Velásquez Velásquez F. (2014), Manual de Derecho Penal – Parte General, Sexta Edición Actualizada (p. 412), Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales. *"… existen los tipos cerrados cuando los supuestos de hecho determinan con precisión las diversas circunstancias típicas, de tal manera que las conductas mandadas o prohibidas se desprenden con toda claridad de la ley; por eso se les puede llamar también determinados".*

encontraba fuera de la unidad militar consumiendo bebidas embriagantes en un establecimiento comercial abierto al público.

Téngase en cuenta que el punible por el que se acusó al CTCIM. **FADG**, se concreta en la desatención a una orden del servicio emitida por el superior en ejercicio de la función de mando (Ley 836,2003 art.30)[14], que consistía en el acuartelamiento de segundo grado para el personal del BFIM51 del que era orgánico el CTCIM. **FADG**, en donde se desempeñaba como Comandante de la Compañía de Seguridad.

Orden militar que fue emitida mediante clavegrama del 30 de abril de 2013 por el CRCIM. **FADG**, Comandante de la BRIM5, superior con función de mando respecto del encausado, siendo vinculante para este desde el momento en que le fue comunicada por el TN. **ASA** Oficial de Inspección de la BRIM5 (Fol.3)[15] (Fol.154/v)[16], esto es

---

[14] Artículo 30 [Capítulo III] Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares [Ley 836 de 2003] *"ATRIBUCIÓN DE MANDO. Todo aquel a quien se atribuye una función de mando es competente para expedir órdenes. Los límites de esta competencia se señalan en los reglamentos del servicio."*

Artículo 28 [Capítulo III] Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares [Ley 1797 de 2000] *"ATRIBUCIÓN DE MANDO. Todo aquel a quien se atribuye una función de mando es competente para expedir órdenes. Los límites de esta competencia se señalan en los reglamentos del servicio."*

[15] TN. ASA (1° de mayo de 2013) Informe de novedad (Fol.3) *"El día 30 de Abril de 2013, una vez conocida la orden de acuartelamiento emitida por medio de clavegrama 301733R ABR/13 CBRIM5, procedo a informarle al señor Capitán de I.M. FADG como Comandante de la Compañía de Seguridad, que el*

aproximadamente a las 20:00 horas, según lo afirmó el encausado en su injurada (Fols.59,60,61)[17].

Bajo ese entendido, el despacho precisa que la hora exacta en que el CTCIM. **FADG** conoció la orden de acuartelamiento es irrelevante, pues lo cierto es que reconoció haberla recibido en las horas de la noche del 30 de abril de 2013, momento a partir del cual debió asumir las obligaciones que el mandato le imponía, tal como lo planteó el juez de instancia en la sentencia cuando afirmó:

> "*Interesa ahora observar si pese al conocimiento de la orden, el señor Capitán de I.M.* ***FADG*** *la cumplió acatando las obligaciones exigidas para el acuartelamiento de segundo grado, y más allá, si lo hizo bajo los lineamientos de disponibilidad y alistamiento que reclama su condición de oficial y que eran de su total comprensión."* (Fol.966)

Para ello, el *A quo* en total acierto acudió al Reglamento de Servicio de Guarnición estableciendo que la orden de acuartelamiento impone que el

---

BFIM51 se encontraba en segundo grado de acuartelamiento y que había formación el día 01 de mayo de 2013 a las 0730R a bordo del PDM BFIM51".

[16] TN. ASA (14 de junio de 2013) Testimonio (Fol.154/v*). "Le informé al BlackBerry a través del Pin que estábamos acuartelados a partir de las 18:00 horas del día 31 de Abril de 2013 y él me contestó R mi Teniente y adicional por radio se informó y en la formación también se dijo".*

[17] CTCIM. FADG (12 de julio de 2013) Indagatoria (Fols.59-60*) "Si me informaron aproximadamente a las 20 horas recibo la llamada telefónica del señor Segundo comandante del batallón en donde me pone en conocimiento el segundo grado de acuartelamiento que fue ordenado (…) Aproximadamente a las 20 y treinta en una charla amistosa por pin me reitero lo de ya expuesto por el segundo comandante del batallón consistente con el segundo grado de acuartelamiento no me dio ninguna otra indicación más, simplemente le manifesté que recibido su mensaje y ya (…) a mí me comunicaron a las 19:30 horas sobre el grado de acuartelamiento que había dispuesto el señor Comandante de la Brigada…".*

personal se encuentre en alistamiento (Reglamento Servicio de Guarnición Sección B.2.)[18], es decir en grado de prevención para intervenir cuando sea requerido (Reglamento Servicio de Guarnición Sección B.2.)[19], condición que supone deben encontrarse en disponibilidad (Reglamento Servicio de Guarnición Sección B.2.)[20], definiciones a partir de las cuales el fallador concluyó:

> *"Así pues, aun admitiendo que el oficial hubiera recibido la orden después de haber salido de la unidad, esto es, a las 20:00 horas, y más allá, de haber ingerido previamente algunas cervezas, una vez tuvo el conocimiento del grado de acuartelamiento y de lo que ello implicaba con relación a la disponibilidad y alistamiento, continuó departiendo con el señor* ***ALGA*** *hasta altas horas de la madrugada del día 01 de mayo de 2013 visualizando un show de strippers, sin importarle su deber militar y el compromiso adquirido con el Estado"* (Fol.967).

En efecto, el reproche penal que se realiza al CTCIM. **FADG** es el haber desobedecido la orden de acuartelamiento que él mismo reconoce se le dio a conocer sobre las 20:00 horas del 30 de abril de 2013, ordenanza que le imponía encontrarse disponible para el alistamiento, es decir, para el

[18] Sección B. 2- Reglamento de Servicio de Guarnición. *"Acuartelamiento. Es el hecho de que el personal de las Fuerzas Militares se mantenga disponible dentro de las instalaciones del comando o unidad a que pertenece en un determinado grado de alistamiento"*

[19] Sección B. 2- Reglamento de Servicio de Guarnición. *"Alistamiento Es el grado de prevención de las tropas para intervenir en un momento dado"*

[20] Sección B. 2- Reglamento de Servicio de Guarnición. "*Disponible. Personal, animal, vehículo, buque, aeronave o cosa que se encuentre en condiciones de servicio, para ser empleada en cualquier momento".*

momento en que fuera requerido tal como lo reconoció en su injurada (Fol.59)[21]. Sin embargo, el referido oficial hizo caso omiso a sus obligaciones y prolongó la actividad lúdica en la que se encontraba hasta la madrugada del 1° de mayo de 2013, desatendiendo aquella disponibilidad a la que estaba obligado por cuenta de la orden en mención.

Veamos como el CTCIM. **FADG** al momento de rendir indagatoria contestó de manera afirmativa a la pregunta sobre si consumió bebidas alcohólicas el día 30 de abril de 2013 (Fol.25 y Fol.61)[22], circunstancia que avala el estado de embriaguez en el que fue encontrado la madrugada del 1° de mayo de 2013 cuando se disponía a salir del establecimiento público en el que se encontraba, según lo reseñó en declaración el PT. **FADG** quien lo requirió justamente porque observó que encontrándose en estado de alicoramiento portaba un arma de fuego (Fol.242)[23]. Beodez que fue

[21] CTCIM. FADG (12 de julio de 2013) Indagatoria (Fols.59-60) *"… se nos permitió salió (sic) de la unidad militar con la única condición de estar disponibles y atentos a cualquier requerimiento por los medios de comunicación existentes celular mensajería pin".*

[22] CTCIM. FADG (12 de julio de 2013) Indagatoria (Fol.61) *"PREGUNTADO (20. Manifiéstele al Despacho si usted ingirió bebidas alcohólicas el día 30 de abril de 2013 o el día 01 de mayo de 2012 (Sic)). A la pregunta veinte CONTESTÓ: Si."*

[23] PT. Andres Leonardo Velásquez Moreno (22 de noviembre de 2013) Testimonio. (Fol.242) *"QUINTA PREGUNTA (Indique al Despacho los motivos por los cuales el capitán de Infantería de Marina FADG fue conducido a la estación de Policía de Puerto Carreño) CONTESTÓ: Fue conducido porque al momento de pedirle un registro y la cedula de ciudadanía, se alteró y no se*

confirmada a través del examen realizado en el Hospital San Juan de Dios de Puerto Carreño (Vichada) que arrojó un diagnostico positivo de embriaguez grado I (Fol.307)[24].

Con fundamento en ello, no es de recibo para este Colegiado la hipótesis defensiva que sugiere que el CTCIM. **FADG** suspendió la ingesta de licor una vez recibió la orden de acuartelamiento afirmando a la par la imposibilidad de probar dicha circunstancia, por cuanto es el mismo procesado quien en versión libre rendida en la investigación disciplinaria No.001-I.D-2013-SCBFIM51, aseguró que sobre las 11:00 de la noche en el establecimiento público *"El Chongo"* consumió *"unas cervezas y una botella de ron"* (Fol.148)[25].

En esas condiciones surge como verdad procesal que el CTCIM. **FADG** continuó con la ingesta de licor luego que recibiera la orden de acuartelamiento, sumiéndose en un estado de alicoramiento que dio al traste con la disponibilidad que debía

identificó como tal y por portar un arma de fuego en estado de embriaguez y al momento que fuimos agredidos por él, por ese motivo fue capturado por el delito de violencia contra servidor público. SEXTA PREGUNTA (Indique al Despacho si usted recuerda en estado en que se encontraba el capitán de Infantería de Marina FADG en el momento en que ocurrieron los hechos) Contestó: En estado de alicoramiento".

[24] Dictamen de Embriaguez. Dr. Javier Higuera. ESE. Hospital San Juan de Dios. Puerto Carreño / Vichada (1° de mayo de 2013) (Fol. 307).

[25] CTCIM. FADG (12 de junio de 2013) Versión Libre – Investigación Disciplinaria 001-I.D-2013-SCBFIM51 (Fol.148) *"… una vez llegamos al parqueadero diagonal al establecimiento a las 11:30 aproximadamente (…) ya dentro del establecimiento departimos de unas cervezas y una botella de ron…"*

registrar para asumir el estado de alerta que le era exigible en desarrollo de su rol como oficial, puesto que siendo informado de la situación decidió permanecer en el establecimiento público hasta entradas las horas del amanecer donde protagonizó, debido a su estado de excitación, una trifulca con miembros de una patrulla de la Policía Nacional, circunstancia que la defensa reconoce configura el delito de desobediencia, al referir:

> *"Desafortunadamente, la asimilación el etanol en la sangre difiere en cada organismo y no sirve, como referente, para establecer si después de haber recibido la llamada que le informó el acuartelamiento, siguió ingiriendo licor, condición ineludible que debe tener el grado de certeza para que se le predique el punible de DESOBEDIENCIA, bajo el entendido que sería esta, la primera conducta que le impediría estar en disponibilidad"* (Fol.987).

Innegable es entonces que el CTCIM. **FADG** desobedeció la orden de acuartelamiento cuando desatendió la obligación que demandaba su deber funcional como militar y decidió no solo permanecer en el establecimiento público hasta entrada la madrugada del día siguiente sino continuar la ingesta de alcohol, lo que evidentemente condujo a que sus capacidades físicas y mentales se encontraran menguadas, tal como lo advirtió el procurador delegado ante esta instancia, malogrando la disponibilidad que le era

exigible.

Así las cosas, si bien es cierto en las restricciones y obligaciones impuestas al personal en acuartelamiento de segundo grado no se contempla el permanecer en la unidad salvo aquellos a quienes se les ha asignado cumplir un turno (Reglamento de Servicio de Guarnición 67.a)[26], el hecho de continuar departiendo en un establecimiento abierto al público en donde se dispensan bebidas embriagantes y dedicarse al consumo de las mismas, evidencian la determinación del CTCIM. **FADG** en desconocer la orden del servicio que le había sido impartida, en la que se establecía que el acuartelamiento daba inicio ese preciso día a las 18:00 horas.

Lo anterior determina que el alegato de alzada resulta ineficaz, en tanto hace alusión a cada una de las restricciones y obligaciones del personal en acuartelamiento, pues de manera singular señaló que su prohijado no estaba obligado al cumplimiento de las mismas, con argumentos tan vanos como el que no era posible restringir su salida individual porque ya se encontraba fuera de la guarnición militar; que no estaba obligado a atender las señales de alarma porque previo a la

[26] Sección B. 67.a - Reglamento de Servicio de Guarnición. *"El segundo y tercer grado de alistamiento imponen: la restricción de salidas colectivas, de salidas individuales de larga duración; establecimiento de turnos para permanencia en el cuartel del personal que normalmente vive fuera de él; se determinan los enlaces con las patrullas de Policía Militar y señales especiales de alarma para que el personal concurra al cuartel en caso necesario y sin pérdida de tiempo".*

orden de acuartelamiento había entregado un turno de oficial de inspección o que la restricción al consumo de bebidas embriagantes estaba circunscrito al casino de la unidad acuartelada, pretendiendo con esta última justificar el estado de embriaguez del oficial encausado (Fols.989-990)[27].

En consecuencia, claro resulta que el CTCIM. **FADG** no solo estaba obligado a cumplir con las obligaciones y restricciones que le imponía el Reglamento de Servicio de Guarnición en relación con el acuartelamiento de segundo grado, sino que más allá de ello debía haber asumido con responsabilidad la orden que se impartió, orientando su comportamiento a permanecer disponible en las mejores condiciones físicas y anímicas para cumplir con el alistamiento en caso de ser requerido, condición que incumplió cuando pese a conocer la orden de acuartelamiento y sus implicaciones continuó con el esparcimiento e ingesta de bebidas embriagantes.

[27] Dr. Mauricio Muñoz Garavito (17 de agosto de 2017) Apelación. (Fols. 989-990). *"2. **Restricción de salidas individuales de larga duración,** para este caso no opera porque el Oficial ya se encontraba fuera de la guarnición militar cuando fue enterado del acuartelamiento y la última orden dada al CTCIM FADG era la de presentarse al día siguiente en la Unidad Militar (…) **Señales especiales de alarma para que el personal concurra al cuartel en caso necesario y sin pérdida de tiempo;** frente a esta obligación, es válido aclarar que no era de competencia del oficial, ya que para el momento de los hechos, había soltado turno como Oficial de Inspección. (…) **Durante el acuartelamiento de primer grado, segundo o tercero, no se servirán bebidas embriagantes en los casinos de las unidades acuarteladas (en los casinos de las unidades acuarteladas).** Frente a esta restricción es indispensable aclarar, que el ingrediente normativo circunscribe esta prohibición de manera exclusiva a los casinos de las unidades acuarteladas, precisamente porque es allí donde se aplica el reglamento del Servicio de Guarnición; es decir, dentro de la guarnición militar…".*

Así las cosas, habiendo determinado a lo largo de las consideraciones que anteceden que el actuar del CTCIM. **FADG** se ajusta a la descripción típica del punible de desobediencia contrariando con ello los argumentos de la defensa, la Sala anuncia que se confirmará la condena impugnada, respecto de la que vale la pena anotar el censor no hizo solicitud puntual.

Corolario de todo lo anterior, la Sala desatenderá los argumentos invocados por el impugnante y, en consecuencia, confirmará la sentencia proferida por el Juez de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional el pasado 28 de julio de 2017, mediante la que condenó al CTCIM. **FADG** como autor del delito de desobediencia, por el incumplimiento de la orden de acuartelamiento impartida mediante clavegrama del 30 de abril del 2013.

En mérito de lo expuesto la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IX.- RESUELVE.

PRIMERO: DESATENDER Los argumentos del impugnante y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia condenatoria calendada veintiocho (28) de julio de dos mil diecisiete (2017), mediante la cual el Juzgado de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional, declaro al CTCIM. **FADG** como autor responsable del delito militar de desobediencia por el incumplimiento de la orden de acuartelamiento impartida mediante clavegrama del 30 de abril del 2013, imponiéndole la pena principal de dos (02) años de prisión, negando al penado el subrogado de la condena de ejecución condicional y la libertad condicional e imponiéndole la suspensión en el ejercicio de sus funciones, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONTRA la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtidos los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUAREZ
Magistrado

Capitan de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 159164.
Procedencia: Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar
Procesado: CT. DFMB
Delito: Concusión
Motivo: Apelación auto negando libertad
Decisión: Confirma decisión.

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

I.ASUNTO POR RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el DR. CMGP -en su calidad de defensor-, contra el auto de calenda 27 de junio de 2019[1], por medio del cual el Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional negó la solicitud de libertad a favor del CT. DFMB, quien actualmente se encuentra privado de la libertad[2] por cuenta del presente proceso que cursa en su contra por el presunto delito de concusión.

---

[1] Ver folio 226 y ss. C.C. 2.
[2] Conforme lo dispuesto en auto del 13 de febrero de 2019 a través del cual se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra, visto a folio 87 y ss., del C.C. 1.

II. HECHOS

De conformidad con lo manifestado por ALT, se tiene que para efectos de resolver la situación militar de su sobrino DAD contactó al CT. DFMB, oficial del Ejército Nacional, quien amablemente le ofreció sus servicios para tal fin y le aseguró tener a su cargo dos Distritos Militares en la ciudad de Bogotá, para lo cual le solicitó la suma de UN MILLON DE PESOS ($1.000.000) a fin de realizar los trámites pertinentes para la expedición de la libreta militar, dinero éste que la denunciante entregó al mencionado oficial el 29 de noviembre de 2017, momentos en que el CT. DFMB se transportaba en el vehículo de placas DJS-119, garantizándole que todo se estaba haciendo en forma legal.

Transcurridos tres meses desde la entrega del dinero, el 1° de febrero de 2018, el oficial le indicó que a la semana siguiente le entregaría la liquidación a consignar para el pago y posterior expedición del mentado documento; pasó el tiempo y ello no ocurrió, por el contrario, el CT. DFMB cambio de número telefónico y cuando la denunciante consiguió el nuevo abonado lo llamó encontrando evasivas y respuestas incoherentes de acuerdo a lo acordado y pactado; asegurando finalmente ALT que el dinero que entregó al oficial fue producto de su sacrificio y trabajo, fruto de su esfuerzo por tratar de ayudar a su sobrino, el cual tiene a su cargo.

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en la compulsa de copias que realizara el TC. HWMS –Comandante Décima Tercera Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional-[3] según investigación disciplinaria iniciada ante la queja suscrita por ALT[4], el Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar inició formal investigación en contra del CT. DFMB por la comisión del presunto delito de concusión[5], siendo vinculado mediante diligencia de indagatoria llevada a cabo el 10 de diciembre de 2018[6]. Con interlocutorio del 13 de febrero de 2019[7], el instructor le resolvió la situación jurídica profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva.

El 14 de mayo de 2019[8], el apoderado del procesado impetró tutela ante el Juzgado 3° Penal del Circuito con función de Conocimiento, despacho éste que con auto del 28 del mismo mes y año[9] la declaró improcedente. Del mismo modo la defensa incoó acción constitucional de hábeas corpus[10] en contra del juzgado instructor, la cual no prosperó conforme se dispuso en auto del 28 de junio de 2019[11] proferido por el Juzgado 39 Penal Municipal con función de Control de Garantías.

---

[3] Visibles de folio 1 al 11 del C.C.1.
[4] Ver folio 7 del C.C. 1.
[5] Mediante auto del 19 de junio de 2018, folio 13-14, C.C.1.
[6] Ver folio 57 y ss., *ídem*.
[7] Ver folio 87 y ss., *ídem*.
[8] Ver folio 138 y ss., *ídem*.
[9] Ver folio 212 y ss., *ídem*.
[10] El 28 de junio de 2019, ver folio 237 y ss., *ídem*.
[11] Ver folio 250 y ss., *ídem*.

El 27 de junio de 2019[12] el *A quo* negó la solicitud de libertad provisional que hiciera el apoderado del CT. DFMB, decisión que fue apelada por la defensa[13] y que hoy concita la atención de este Juez Plural.

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

El Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar dio respuesta al memorial del defensor, quien solicitó libertad inmediata del CT. DFMB, haciéndole un llamado de atención e invitándolo a moderar sus peticiones, así como a cumplir sus deberes de defensor en debida forma presentando solicitudes fundamentadas y apegadas a la verdad, para lo cual le citó taxativamente el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007[14].

Sostuvo que el defensor impetró memorial poder el 10 de mayo de 2019, fecha en la cual ya se encontraba ejecutoriada la medida de aseguramiento impuesta a su defendido, en tanto, el auto que resolvió situación jurídica fue emitido el *"23 de febrero de 2019"*[15], aclarándole al profesional del derecho que las decisiones no se deben notificar cada vez que el procesado cambia de abogado conforme al artículo 341 de la Ley 522 de 1999 -el cual reza la forma de realizar las notificaciones-, ello considerando que el censor manifestó que no se le notificaban las decisiones proferidas por el instructor.

---

[12] Ver folio 226 y ss., del C.C. 2
[13] Ver recurso de alzada a folio 257 del C.C 2.
[14] El cual hace referencia a los deberes profesionales de los abogados.
[15] Ver folio 228 del C.C. 1, verificado con el expediente el auto que resolvió la situación jurídica corresponde al 13 de febrero de 2019.

Indicó el *A quo* que, hasta el 10 de mayo de 2019, cuando el impugnante presentó poder para representar al oficial procesado, ya dos profesionales del Derecho habían representado al sumariado, agregando que desde la citada fecha no se han proferido decisiones que sean notificables, tan sólo se surtieron autos de mero trámite, siendo deber del defensor revisar las actuaciones para conocer el estado del plexo.

Puntualizó que el memorialista desconoce el procedimiento penal militar y equivocadamente cree que las medidas de aseguramiento se cumplen en conjunto. Citó los artículos 18, 530, 534 y 361 del Digesto Punitivo Castrense, aduciendo que con tal normativa no sería necesaria mayor aclaración, sin embargo, enfatizó que una vez el inculpado es dejado en libertad por cuenta de un proceso en la justicia ordinaria, debe ser dejado a disposición de la jurisdicción especializada para que cumpla con la medida que aquí se le haya decretado, siendo a partir de ese momento donde empieza a correr el nuevo término para conceder la libertad provisional.

Disintió el juez primario de la teoría de la defensa, en el sentido que las medidas de aseguramiento deben cumplirse de manera simultánea o acumulativa, aduciendo para el efecto que el abogado se limitó a lanzar *"juicios peyorativos y sin sustentar sus argumentos bajo normas legales o constitucionales, pues obsérvese que no hace ni el intento de sopesar sus*

argumentos con fundamentos legales o jurisprudenciales."[16].

Bajo tal argumentación el *A quo* negó la pretensión de la defensa y la libertad inmediata deprecada por éste.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En desacuerdo con la decisión el DR. CMGP, defensor del procesado, aclaró que bajo ninguna circunstancia quiso acometer a la autoridad judicial, pero sí cuestionar la decisión al considerarla que va en desmedro de las garantías y derechos constitucionales de su cliente.

Aseguró que el auto que dispuso la detención preventiva del oficial es del 13 de febrero de 2019, al cual se le fijó la constancia de ejecutoria el 1° de marzo de la misma anualidad, razón por la cual no entiende por qué el funcionario en la providencia censurada hace alusión al proveído del 23 de febrero y en la boleta de detención del 26 de junio hizo referencia al interlocutorio del 10 de mayo. Añadió que tampoco entendió por qué hasta el 26 de junio el juez resolvió hacer efectiva la privación de libertad por el delito de concusión que cursa en contra de su defendido dentro del proceso 166-2018 *"pese a que ese procedimiento había iniciado el 19 de junio de 2018 y por parte del despacho se obvió interpretar la existencia de un factor de conexidad teniendo en cuenta que los presuntos hechos guardaban relación en tiempo y lugar,*

[16] Ver folio 231 del C.C.2.

máxime cuando a criterio del juzgado los hechos tanto para el Sumario No. 145 como para el Sumario No. 166 se consumaron cuando mi cliente fungía como comandante del Distrito Militar No. 52."[17].

Puntualizó que su procurado se encuentra detenido desde el 26 de febrero de 2019 y nunca le fue notificado personalmente -como lo indica la norma- el auto del 13 de febrero proferido dentro del sumario No. 166-2018, aclarando, además, que la boleta de detención de data 26 de junio del mismo año contiene información imprecisa e inexistente, perdiendo validez entonces la notificación mencionada.

Fue enfático el defensor en esgrimir que su prohijado nunca fue notificado del auto que decretó medida de aseguramiento en su contra de data 13 de febrero de 2019, y que él abordó su actuar como defensor a partir del 10 de mayo del año que avanza, fecha en la cual presentó poder al juez primario, momento a partir del cual no se le ha notificado decisión alguna que haya sido proferida por esa célula judicial, logrando determinarse a través de un hábeas corpus que interpuso para lograr la libertad de su defendido, que el auto de 10 de mayo de 2019 no existió, contrario a lo que aseguró el funcionario judicial.

Reprochó que el juez adelante dos trámites por separado, refiriéndose a las medidas de aseguramiento impuestas al CT. DFMB. En su sentir no era viable esperar hasta el 26 de junio de 2019 para materializar

[17] Ver el dorso del folio 257 del C.C. 2.

la medida cautelar ordenada dentro del plexo No. 166-2018; argumentó que el *"detenido está sufriendo las consecuencias de la flexibilidad que el procedimiento penal y penitenciario permito* (sic) *a los funcionarios judiciales, porque si bien la ley adjetiva le permite al operador judicial emitir boleta de detención en distintos trámites y momentos, no menos cierto es que eso le faculte para convertirlo en una estrategia judicial para garantizar en caso de un vencimiento de términos (como ocurrió en el Sumario No. 145-2017) lo que convertiría la detención en un haz bajo la manga para mantener prolongada la privación de la libertad del investigado, tal como hoy le ocurre al señor DFMB".*[18].

Sostuvo que la sentencia C-471 de la Corte Constitucional, mantuvo exequible el primer inciso y parágrafo del artículo 51 de la Ley 906 de 2004 *"que establecen que el fiscal, al formular acusación, y la defensa, en audiencia preparatoria, podrán solicitar que se decrete la conexidad procesal cuando se presente alguna de las causales establecidas en los literales del mencionado artículo, por lo que haciendo uso del principio de integración normativa resulta aplicable al procedimiento penal militar, de suerte que si en su momento el Juzgado 69 de IPM no lo dispuso, se proceda a petición de esta defensa a decretarlo."*[19]; transliteró apartes de la sentencia 35691 del 23 de noviembre de 2016 de la citada Corporación para soportar su pretensión.

Bajo estos argumentos deprecó del Colegiado dar prevalencia a los parámetros constitucionales y

[18] Ver folio 258 *ídem*.
[19] *Ídem*.

legales y permitirle la posibilidad al procesado de suscribir acta de compromiso para efectos de prestar caución juratoria o prendaria.

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El DR. CAVD, Procurador 05 Judicial II Penal, consideró pertinente recordar jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que hace referencia a la protección del derecho a la libertad[20]. Transcribió subsiguientemente el artículo 341 de la Ley 522 de 1999, para indicar que la decisión objeto de debate fue debidamente notificada, aclarando que los cambios de profesionales del Derecho en la defensa en nada invalidan las notificaciones realizadas anteriormente; en igual sentido aludió el canon 530 y 534 de la obra en cita, para clarificar el cómputo de la detención preventiva en dos procesos penales. Finalmente sostuvo, tal y como lo indicó el artejo 361 de la Ley 600/2000, que el término de detención preventiva se computa desde el momento de la privación efectiva de la libertad.

Lo anterior para esgrimir que las medidas de aseguramiento no pueden cumplirse en forma simultánea o acumulativa, dando el censor una lectura equivocada a la norma aplicable al caso en concreto, argumentos

[20] Refirió la sentencia del 24 de noviembre de 2011, caso familia Barrios Vs. Venezuela proferida por la CIDH, ver folio 270 del C. C.2; sentencia del 29 de noviembre de 2012, caso Garcia y familiares Vs. Guatemala, ver folio 271 *ídem*; sentencia del 26 de agosto de 2011, caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina, ver folio 272 *ídem*; sentencia del 06 de mayo de 2008, caso Yvon Neptune Vs. Haití, ver folio 273 *ídem*; sentencia del 30 de octubre de 2008, caso Bayarri Vs. Argentina, ver folio 274 *ídem*; sentencia del 20 de noviembre de 2014, caso Espinosa González Vs. Perú, ver folio 275 *ídem*; sentencia del 24 de junio de 2005, caso Espinosa González Vs. Perú, *ídem*.

con los cuales solicitó del Colegiado confirmar la decisión bajo estudio.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año[21], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Penal Militar de 2010, mismo que resulta aplicable al presente caso -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de

[21] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, autos de mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737; noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a esta Sala de Decisión conocer del recurso vertical interpuesto por la defensa del procesado, para entrar a definir si procede o no conceder la libertad provisional al CT. DFMB, atendiendo que mediante proveído del 13 de febrero de 2019[22] el Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar profirió en contra del mencionado oficial medida de aseguramiento de detención preventiva por la presunta comisión del delito de concusión, la cual se materializó el día 26 de junio de 2019[23].

Bajo este panorama la Sala abordará los argumentos planteados por el apelante, en consideración a que mediante decisión del 27 de junio del año que avanza[24] el instructor negó la libertad del procesado.

Consecuente con lo anterior, se precisa que el censor para sustentar su pretensión de libertad provisional la gravitó básicamente en dos aspectos, a saber: *i)* no se notificó personalmente al procesado la decisión del 13 de febrero de 2019, a través del cual se le resolvió situación jurídica imponiendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, tal y como lo dispone el artículo 341 de la Ley 522 de 1999 y, *ii)* que las medidas cautelares de privación de

[22] Ver folio 87 y ss., del C.C. 1.
[23] Tal y como se aprecia en auto de sustanciación de la citada fecha, visible a folio 219 del C.C. 2.
[24] Ver folio 226 y ss., del C.C. 2.

libertad impuestas tanto en el proceso 145-2017 como en el 166-2018, debían cumplirse simultáneamente atendiendo el principio de integración normativa al presentarse un factor de conexidad.

8.1 De la notificación del auto que decretó la medida de aseguramiento al procesado.

Argumentó el apelante que el procesado no fue notificado personalmente del auto de data 13 de febrero de 2019[25], a través del cual el Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar resolvió la situación jurídica dentro del paginario No. 166-2018 con medida de aseguramiento, a pesar que el oficial se encontraba privado de la libertad desde el 26 de febrero del año que avanza. Aseguró que el funcionario judicial presentó una serie de inconsistencias e imprecisiones en lo que refiere a las fechas de varios autos obrantes en las fojas, *verbi gratia,* en la boleta de detención[26] hizo alusión a que la medida cautelar se dispuso en auto del 10 de mayo de 2019; en sentir del impugnante el consignar información equivocada hace que pierde validez la detención.

La Sala entiende que el inconformismo del censor tiene que ver con que su defendido nunca fue notificado del auto del 13 de febrero de 2019, a través del cual se decretó en su contra medida de aseguramiento dentro del proceso No. 166-2018, argumento que riñe con la realidad procesal en tanto auscultado el velamen se

[25] Ver folio 87 y ss., del C.C. 1.
[26] Vista a folio 220 del C.C. 2.

determina cristalinamente que el CT. DFMB fue notificado en forma personal por el titular de ese estrado judicial, tal y como quedó plasmado en constancia suscrita por el mencionado funcionario cuando plasmó: *"NOTIFICACION PERSONAL. En Bogotá DC,* (sic) *hoy veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve, el suscrito juez notificó personalmente al señor CT. DFMB, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9774397 expedida en Armenia Quindío, el contenido de la providencia emitida por el Juzgado sesenta y nueve (69) de Instrucción Penal Militar radicado No. 166-2018, mediante la cual se resolvió la situación jurídica provisional; El despacho deja constancia que se le puso de presente la decisión, que se le leyó, que le hizo entrega de una opia* (sic) *y que fue firmada una vez vista y aprobada en todas sus partes*"[27].

Luego, no es cierto el argumento del defensor al esgrimir que a su procurado no se le notificó ninguna decisión, especialmente la del 13 de febrero del año que avanza, asegurando que los derechos constitucionales de su defendido fueron vulnerados con ello, pues, se itera, sí le fue dada a conocer la decisión en comento y su detención tan solo se vino a materializar en este sumario el 26 de junio del año que avanza; *per se* naufragó en su intento, pues no resulta válido que asevere circunstancias procesales que de tajo no son verdad.

Lo que si causa extrañeza es que explorado el paginario se pudo establecer que el Juez 69 de Instrucción Penal Militar adelantó simultáneamente dos

[27] Ver folio 111A del C.C. 1.

procesos en contra del plurimencionado DFMB, uno radicado con el número 145-17 (por los delitos de falsedad ideológica en documento privado, daño informático, violación de datos personales, prevaricato por acción y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública)[28] y otro bajo el número 166-18 (por el reato de concusión)[29], resolviendo en este último la situación jurídica provisional el 13 de febrero de 2019, la cual le fue notificada personalmente al oficial el 20 del mismo mes y año, tal y como se expresó en acápite anterior, olvidando el operador de justicia que el artículo 531 de la Ley 522 de 1999 establece la ritualidad que se debe surtir para hacer efectivo el auto de detención, concretamente que transcurridos cinco (5) días desde la fecha en que se solicita la suspensión de funciones del militar se debe materializar la privación de la libertad, lo cual no hizo, como tampoco se ofició al Comando del Ejército Nacional requiriendo la suspensión en ejercicio de funciones y atribuciones del mentado militar –pese a que fue previamente ordenado[30]-, pues no obra soporte documental que así lo corrobore, siendo capturado el día 26 de febrero[31], según lo reportan los infolios, pero con ocasión de la medida de aseguramiento dispuesta dentro del expediente 145-2017.

---

[28] Ver folio 155 y ss., *ídem*.
[29] Ver folio 87 y ss., *ídem*.
[30] Tal y como se aprecia en la parte resolutiva del proveído del 13 de febrero de 2019 en su numeral 3°, visible a folio 103 del C.C. 1.
[31] Conforme se abstrae del acta de los derechos del capturado que obran en el plexo -ver folio 200 del C.C. 1-, junto con los anexos que aportó el defensor a la acción de tutela presentada ante el Juzgado 3° Penal del Circuito con función de Conocimiento, tal y como se aprecia a folio 138 y ss., *ídem*.

A pesar de los dislates del juez instructor, en punto de lo aquí referido o de equivocaciones en las fechas de los autos, no se puede aseverar que conlleven la invalidación de lo actuado, como lo solicita el censor, puesto que no tienen la entidad suficiente para ello, aunado a que la decisión del 13 de febrero de 2019 fue debidamente notificada y frente a la misma no se interpuso recurso alguno, cobrando ejecutoria formal y con ello garantizando la seguridad jurídica del incriminado y el respeto por sus derechos constitucionales.

No obstante, debe esta Colegiatura hacer un llamado de atención al funcionario judicial por su falta de cuidado con el discurrir procesal, pues aunado a lo expuesto, en el auto del 27 de junio de 2019, objeto de alzada, hizo referencia a que el apelante asumió la defensa el 10 de mayo de 2019 cuando ya se encontraba ejecutoriado el auto del *"23 de febrero de 2019"*[32], al que para su notificación no asistió el defensor ni el procesado[33] debiéndose surtir la notificación supletoria, cuando el expediente nos demuestra que fue el mismo juez quien notificó personalmente al CT. DFMB [34].

8.2 Del cómputo simultaneo que debe realizarse frente a las dos medidas de aseguramiento de detención impuestas al procesado.

[32] Fecha que al parecer se consignó equivocadamente porque el auto que resolvió la situación jurídica del procesado corresponde al 13 de febrero de 2019, ver folio 228 del C.C. 2.
[33] Cfr. Folio 229 del C.C. 2, primer párrafo.
[34] Como se advierte en folio 111 del C.C. 1.

Sostuvo el apelante que *"reprocha de injusta la decisión del despacho de considerar dos trámites por separado y esperar hasta el 26 de Junio* (sic) *de 2019 para hacer efectiva la detención por la medida de aseguramiento ordenada dentro del Sumario No. 166-2018"*[35], y citó el artículo 308 de la Ley 906 de 2004[36] para hacer alusión a la integración normativa por favorabilidad.

Este argumento fue controvertido por el operador judicial, quien le recalcó al apelante su falta de conocimiento jurídico al erradamente creer que las medidas de aseguramiento debían cumplirse en conjunto. Le citó algunos artículos -18, 530, 534 y 361- de la Ley 522 de 1999, jurisprudencia de este Tribunal Castrense y de la Corte suprema de Justicia, todo ello para sostener la falacia jurídica del defensor, razones más que suficientes, a su juicio, para negar la libertad del procesado.

Resulta imperioso para la Primera Sala de Decisión, aclarar que la normatividad esgrimida por el apelante como fundamento para increpar *"integración normativa por favorabilidad"*[37] hace referencia a los requisitos establecidos por la Ley 906 de 2004 para imponer medida de aseguramiento, tema que no es punto de debate en esta instancia dado que el auto interlocutorio que resolvió la situación jurídica del oficial DFMB –del 13 de febrero de 2019- fue debidamente notificado a las partes sin que se presentara recurso alguno en su contra.

[35] Ver folio 528 del C.C.2.
[36] Normatividad que hace referencia a los requisitos para decretar medida de aseguramiento.
[37] Ver folio 258 del C.C.2.

Posteriormente presentó memorial solicitando libertad provisional del plurimencionado militar[38], enraizando su libelo en los presupuestos para la imposición de la medida cautelar impuesta, tema que no fue debatido en el auto atacado y por lo tanto el *A quo* mediante decisión del 27 de junio de 2019[39] negó la pretensión.

Converge entonces, que el apelante debió exponer las razones por las cuales no compartió las consideraciones del juez primario expuestas en el auto impugnado, no en uno que no era objeto de análisis, en orden a que este Juez Plural confronte los fundamentos de la decisión censurada con los argumentos que sustentan la inconformidad del apelante[40], en tanto ha sido reiterativo este Tribunal insistiendo que el recurso de alzada se encuentra establecido para que el afectado con una decisión judicial le formule reparos, inconformidades o cuestionamientos, lo que conlleva a que la parte que lo interponga dirija su sustentación hacia esos específicos aspecto, sin dirigir su esfuerzo de revocatoria a temas no tratados en la providencia objeto del recurso. Se trata de aportar argumentos en contra de los fundamentos de la decisión apelada, los cuales constituyen la base de estudio en segundo grado, de manera que al no visualizar ello en punto de la argumentación traída a colación, relevara a la Sala de pronunciarse sobre tal pretensión, por reñir con la sistemática que debe gobernar el recurso.

---

[38] Visto a folio 222 y ss., del C.C. 2.
[39] Visible a folio 226 y ss., del C.C.2.
[40] Radicado 38137 del 19 de septiembre 2012, MP. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Aclarado el asunto, también sostuvo el apelante como eje principal para la pretensión de libertad del Capitán DFMB, que al haber sido detenido el 26 de febrero de 2019 dentro del proceso No. 145-17 que se le impulsa por la comisión de los delitos de falsedad en documento privado y otros, dicha privación de libertad debió computarse simultáneamente con la medida de aseguramiento impuesta mediante auto del 13 de febrero de 2019 en el *dossier* No. 166-2018, razón por la cual él, en ejercicio de su defensa técnica, ha utilizado sendas herramientas jurídicas como tutelas y hábeas corpus para lograr la libertad del citado militar, lo cual resultó infructuoso.

Al respecto destaca la Sala, que la detención preventiva se le ha dado el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal adjudicándosele, por una parte, la función de aseguramiento del imputado, a manera de garantía de comparecencia al juicio y cumplimiento de una eventual condena, y por otra, el fin de mantener la seguridad del proceso a través de la conservación de los medios de prueba, en tanto se trata de precaver los riesgos de fuga y obstrucción probatoria, los cuales, incuestionablemente, conspiran contra el legítimo propósito de realizar debidamente el proceso penal como inexorable vía del ejercicio de la pretensión punitiva estatal. Así mismo, se le han asignado finalidades de protección a la comunidad, en especial a las víctimas; por su propia naturaleza, la detención preventiva, tiene entonces una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, no está dirigida a resocializar, a

prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su propósito es puramente procesal y tiende a asegurar el resultado exitoso del proceso o cumplimiento de la sentencia.

Bajo esa óptica, el legislador goza de libertad de configuración para determinar el término máximo de duración de las medidas de aseguramiento, al margen de las causales de libertad por vencimiento de términos, según el cumplimiento de las diversas etapas procesales, lapsos que se cumplen de manera independiente cuando en contra del mismo sumariado se adelanta uno o más procesos.

Es indiscutible para la Corporación que contra el CT. DFMB se adelantan de modo simultáneo dos procesos penales, en los cuales se le indagó por conductas punibles diferentes y se decretó medida de aseguramiento privativa de la libertad en cada uno de ellos, concediéndose libertad provisional en el primero de ellos, que no es la presente causa, por haber cumplido en detención preventiva el tiempo necesario para obtener su libertad.

Obsérvese que conforme al exiguo material probatorio que reporta el proceso No. 145-2017 dentro de este sumario -166-2018-, se abstrae que la libertad provisional del oficial le fue concedida el 26 de junio de 2019[41] por vencimiento de términos, en tanto transcurrieron 120 días efectivos para que se calificara el mérito del sumario y ello no ocurrió,

[41] Ver folio 224 del C.C. 2.

más no porque fuera absuelto o se le hubiere decretado cesación de procedimiento, presupuestos que son los únicos por los cuales la norma[42] permite computar el término de detención sufrida dentro de una actuación en otra adelantada de modo simultáneo para efectos de punibilidad, por ende, no es posible homologar esas hipótesis, como lo pretende el censor, precisamente porque el reconocimiento de este derecho implica que el proceso dentro del cual se produjo la restricción se haya culminado a su favor, lo cual no ha ocurrido en ninguno de los procesos adelantados contra el CT. DFMB, pues, hasta donde se conoce, en el expediente en el que estuvo detenido jurídica y materialmente, aún no se ha proferido fallo definitivo y terminación anticipada del proceso.

Frente al tema, la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

> *"Por eso, no es producto del capricho o de la arbitrariedad del tribunal, contabilizar el término de privación efectiva de la libertad por cuenta de este proceso, desde el momento en que RIMA fue puesta a disposición suya por pesar en su contra medida de detención preventiva, esto es, desde el 26 de febrero del año que avanza.*
>
> *Del mismo modo, se observa que con acierto encontró que no se consolida la causal de libertad aducida, porque desde esa fecha hasta el momento de resolver la petición, ni hasta ahora, han*

[42] Ley 522 de 1999. Artículo 534. "Cómputo de la detención preventiva en otro proceso penal. Cuando simultáneamente se sigan dos o más procesos penales contra una misma persona, el tiempo de detención preventiva cumplido en uno de ellos y en el que se hubiere absuelto o decretado cesación de procedimiento, se tendrá como parte de la pena cumplida en cualquiera de los otros procesos en que se le condene a pena privativa de libertad."

corrido las tres quintas partes de la pena que a la procesada le puede corresponder en caso de un fallo adverso, la cual se proyectó, en principio de modo adecuado, en 48 meses de prisión, es decir, no ha permanecido a órdenes de este proceso el lapso necesario para estimarse que aquí cumplió la pena en régimen de detención.

Lo anterior, desde luego, no es obstáculo para sostener que si RIMA llegare a ser absuelta de la imputación formulada en su contra en la otra actuación, se compute el tiempo que allí permaneció en efectiva detención para efectos de tenerlo como parte cumplida de la pena si dentro de ésta se profiere condena, según los parámetros del artículo 361, inciso 2°, de la Ley 600 de 2000, por haber sido adelantadas las dos cuerdas procesales de modo simultáneo.

Por último, resta por acotar que el hecho de que en este proceso obrara en contra de la imputada medida de detención desde cuando se le resolvió situación jurídica (19 de junio de 2001), no significa que físicamente estuviera a disposición del presente diligenciamiento, toda vez que desde el 29 de enero de 2001 había sido capturada por efectos de la medida de detención que se había impartido en el otro proceso, circunstancia que permitió reconocer que dentro del mismo ya habría purgado la pena de llegar a ser condenada.

Expresado de otro modo, lo que permite la contabilización del término a que se refiere la causal invocada, no es la imposición de la medida de detención, sino la física privación de la

libertad por virtud de esa concreta determinación y no de otra obrante en actuación distinta."[43].

En otra decisión puntualizó:

"(…) Está vigente en su contra en el presente proceso la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, aunque su ejecutabilidad material propiamente dicha se encuentra suspendida. Esto sucedió a partir del momento en el cual fue dejado a disposición del proceso 8.664, para descontar la pena de prisión de 42 meses que le impuso la Corte por el delito de prevaricato por acción.

Cierto que ninguna providencia declaró suspendidos los efectos de la medida de aseguramiento. Pero ello no era necesario en consideración a que de hecho y de pleno derecho eso fue lo que sucedió al ser trasladado a la Cárcel Las Villas para el cumplimiento de la pena anotada. De todas formas, lo sucedido quedó explícito en la constancia secretarial del folio 322 del c.o. #4. En el proceso 8.664 se ordenó su reclusión en un establecimiento carcelario y el hecho se produjo el 23 de abril de 1998, día a partir del cual dejó obviamente de estar a disposición del presente proceso.

Pretender –como lo hace el solicitante—que simultáneamente paga pena en una cárcel y que se está materializando su detención domiciliaria es una necedad. Al quedar a disposición del proceso en el cual fue condenado y ser trasladado al

[43] Proceso 22315 del 12 de mayo de 2004, MP. DR. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

establecimiento carcelario, quedaron automáticamente suspendidos los efectos de la medida de aseguramiento hasta el día en el cual se declare que cumplió la pena o se le conceda la libertad condicional, si llegaren para ese momento a coincidir las circunstancias procesales con las actuales. Esto significa que puesto en libertad RUME en el proceso 8.664 debe ser dejado a disposición del 7.026.

Basta lo dicho para concluir, entonces, que es completamente improcedente la solicitud de revocatoria de la detención domiciliaria. Y aparte de lo ilógico que resulta dicha demanda y la simultánea de libertad provisional, en atención a que la procedencia de ésta supone como presupuesto la detención, resulta evidente que la petición de excarcelación no es susceptible de examen en la presente providencia. Simplemente porque con sustento en la misma causal 5ª del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal el defensor del procesado efectuó en pasada oportunidad una petición de libertad provisional, siendo negada la misma en forma mayoritaria por la Sala mediante providencia del 19 de noviembre de 1999. Esta se mantuvo al resolverse el recurso de reposición interpuesto contra la misma, por lo que debe estarse a lo decidido en dichas determinaciones.(…)"[44].

Consonante con lo que viene de expresarse, debe precisarse que el Código Penal Militar, caracterizado por el principio de especialidad, consagra una

[44] Proceso 7026 del 14 de enero de 2000, MP. DR. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

regulación autónoma atendiendo los principios fundamentales consagrados en la propia Constitución Política, con un régimen completo que responde por consiguiente a los principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, pero diferenciado del mismo por las individuales condiciones para las cuales está previsto, sin que esta diferencia se derive en detrimento de los derechos y garantías consagradas en la Carta Magna.

Huelga remembrar, que las causales de libertad provisional se encuentran taxativamente descritas en el artículo 539 de la Ley 522 de 1999[45], preceptos que gobiernan, en lo pertinente, el estudio que se debe agotar para determinar si al procesado le asiste o no derecho a beneficiarse de la libertad provisional; mandatos que no aplican al *sub lite*, por cuanto no se avizora el cumplimiento de ninguno de los mismos para la concesión del instituto anotado.

Conforme con lo expuesto a lo largo de estas consideraciones, la Sala encuentra respaldo probatorio suficiente para confirmar la decisión objeto de estudio, atendiendo que la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al Capitán DFMB dentro del presente proceso se encuentra ejecutoriada y debe

[45] Ley 522 de 1999. Artículo 539. *"CAUSALES DE LA LIBERTAD PROVISIONAL. Además de lo establecido en otras disposiciones, el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria para asegurar su eventual comparecencia al proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella: 1. (…) 2. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, de conformidad con la calificación provisional que debe dársele a los hechos. Se considerará que ha cumplido la pena el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla. (…)."* (subrayado fuera del texto).

materializarse como en efecto ocurrió, sin que pueda computarse simultáneamente el lapso que permaneció privado de la libertad dentro del proceso 145-2017 como se explicó párrafos atrás, por tanto, se despachará de manera desfavorable las pretensiones del apelante y bajo este entendido se confirmará la decisión apelada mediante la cual el Juez 69 de Instrucción Penal Militar negó conceder la libertad provisional del oficial por el delito de concusión.

Finalmente, resulta menester para la Sala iterar el llamado de atención ya anunciado al funcionario titular de primera instancia, toda vez al estudiar el paginario se advierte que hay una serie de imprecisiones en punto de las fechas de las decisiones, tal y como lo advirtió el apelante, por citar algunas: *i)* en la boleta de detención[46] proferida en contra del CT. DFMB, informó al Director de la Cárcel y Penitenciaria para Miembros de la Fuerza Pública que el oficial quedaba detenido por disposición del auto del 10 de mayo de 2019 –cuando el proveído corresponde realmente al 13 de febrero de la misma anualidad-; *ii)* en oficio 0262 del 14 de febrero[47] del año avante, se informó al Comandante Operativo de Estabilización y Consolidación Apolo que sobre el oficial DFMB pesaba medida de aseguramiento por el delito de "*daño informático*" –no por el de concusión que fue el reato por el cual se le vinculó-; *iii)* en el oficio 0915 del 16 de mayo de 2019[48] dio contestación al traslado de tutela que interpuso el

[46] Ver folio 220 del C.C. 2.
[47] Visible a folio 108 del C.C. 1.
[48] Visto a folio 203 del C.C. 2.

defensor del procesado e informó al Juez 3° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento que en contra del oficial se adelantaban dos investigaciones la número 166-2018 y la *"145-2018"*, abiertas la primera de ellas el *"19 de junio de 2019"* y la otra el 26 de diciembre de 2017 –corroborándose en el velamen que el proceso 145 no se aperturó en el 2018 sino en el 2017 y que el sumario 166 se abrió no junio de 2019 sino en el año 2018-; anomalías que dejan entrever la falta de cuidado del Juez 69 de Instrucción Penal Militar, errores que si bien no tienen un efecto decisivo o determinante en el proveído hoy censurado ni afectan los derechos fundamentales del procesado, no pueden conllevar a olvidar que el procedimiento estriba en el respeto por la importancia del proceso judicial, en tanto las etapas, recursos y procedimientos que conforman el sumario son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los vinculados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías del debido proceso, siendo en este sentido que la sentencia C-543/92 de la Corte Constitucional puntualizó que: *"tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes"*; por tanto, no es admisible que el juez, quien es el director del proceso, por falta de cuidado, diligencia y probidad, adelante la instrucción con equivocaciones como las ya reseñadas, razón por la cual el Colegiado lo exhorta para que en adelante cumpla su labor a cabalidad y en debida forma con el fin de asegurar la eficiencia y transparencia en la administración de justicia.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el interlocutorio del 27 de junio de 2019 proferido por el Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar, a través de la cual negó conceder la libertad provisional del CT. DFMB por el delito de concusión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COMISIONAR al Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar, para que notifique personalmente esta decisión al CT. DFMB, actualmente privado de la libertad en la Cárcel y Penitenciaria para Miembros de la Fuerza Pública de alta y mediana seguridad en la ciudad de Bogotá D.C.

TERCERO: DEVÚELVASE el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo, una vez surtidas las actuaciones a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE. -

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 159010.
Procedencia: Juzgado Trece de Brigada
Procesado: SLR. FJM
Delito: Deserción
Motivo: Apelación sentencia absolutoria
Decisión: Revoca y condena.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO POR RESOLVER

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía 17 Penal Militar de Brigada y la Procuraduría 283 Judicial Penal I contra la sentencia de calenda 28 de agosto de 2018[1], por medio de la cual el Juzgado Trece de Brigada del Ejército Nacional absolvió al SLR. FJM del delito de deserción, por el cual fue llamado a responder ante una corte marcial.

II. HECHOS

[1] Ver folio 250 y ss., del C.O.2.

La investigación da cuenta que el SLR. FJM -orgánico del Pelotón Corcel 4 adscrito al Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 del Ejército Nacional-, el día 15 de agosto de 2016 le informó al CT. MFVB -Comandante del Escuadrón Corcel- que tenía una calamidad familiar dado que su hermana había fallecido, razón por la cual el oficial se comunicó con el comandante del GMMAZ quien autorizó un permiso para el soldado de nueve (09) días, debiendo hacer presentación el 25 de agosto de 2016 a la iniciación del servicio, situación que nunca ocurrió porque el soldado no retornó a continuar prestando el servicio militar; se procedió a llamar a los números celulares que reportó pero no fue posible su localización[2].

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

3.1 Con auto del 10 de octubre de 2016[3] el Juzgado 36 de Instrucción Penal Militar inició formal investigación en contra del SLR. FJM por la comisión del delito de deserción; se practicaron pruebas y luego de citar al procesado para ser escuchado en diligencia de indagatoria -sin ser posible su localización- fue declarado persona ausente[4], resolviéndosele su situación jurídica el 17 de julio de 2017[5] con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra.

[2] Ver informe visible a folio 2 del C.O. 1.
[3] Ver folio 20 C.O.1.
[4] Mediante auto del 12 de julio de 2017, ver folio 111 del C.O.1.
[5] Ver folio 114 y ss., *ídem*.

3.2 Posteriormente, mediante auto del 08 de agosto de 2017[6], el expediente fue enviado a la Fiscalía 17 Penal Militar[7], despacho éste que ordenó la devolución del plexo al instructor para la práctica de pruebas en aras de perfeccionar la investigación. El 28 de mayo de 2018[8] se allegó nuevamente el proceso a la Fiscalía, la que declaró el cierre de la misma[9] y luego, con providencia del 15 de junio del mismo año[10], profirió resolución de acusación en contra del SLR. FJM por el delito de deserción.

3.3 La etapa del juicio estuvo a cargo del Juzgado Trece de Brigada del Ejército Nacional[11]. Allí se celebró la audiencia de acusación y aceptación de cargos el día 21 de agosto de 2018[12], en la cual el procesado fue declarado persona ausente, y el 28 del mismo mes y año[13] el fallador emitió sentencia absolutoria en favor del SLR. FJM, decisión contra la cual la Fiscal 17 Penal Militar y la Procuradora 283 Judicial Penal I, interpusieron recurso vertical que ahora ocupan la atención de esta Sala de Decisión.

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

Luego de realizar una síntesis de los hechos relevantes, identificar al procesado y realizar un

---

[6] Ver folio 127 y 128 *ídem.*
[7] El 04 de agosto de 2017, mediante oficio 1724 visible a folio 125 *ídem.*
[8] Mediante oficio 821-5508 visible a folio 161 *ídem*.
[9] Con auto del 30 de mayo de 2018 visible a folio 163 *ídem*.
[10] Ver folio 181 y ss., *ídem*.
[11] A donde se envió el proceso mediante oficio 211 del 29 de junio de 2018, visible a folio 202 del C.O. 2.
[12] Ver folio 241 y ss., *ídem*.
[13] Ver folio 250 y ss., *ídem*.

resumen de las intervenciones de los sujetos procesales, el *A quo* indicó que al procesado se le endilgó la comisión del delito de deserción, el cual se ha clasificado como una infracción al deber de presencia en las filas de quien se encuentra incorporado prestando servicio militar. Adujo que este delito es de acción y de peligro abstracto, que se contrae al incumplimiento de la obligación frente al servicio, deber jurídico que es exigible a partir de la incorporación a las filas dada la investidura que se adquiere, y de peligro por la afectación del desempeño operacional ante la disminución de efectivos de la unidad táctica lo que restringe el cumplimiento del fin último que justifica la existencia de la Fuerza Pública.

Expuso que se acreditó por parte del jefe de recursos humanos del Grupo de Caballería No. 5 del Ejército Nacional, que el procesado se encontraba incorporado al servicio militar dentro del octavo contingente de 2015; igualmente sostuvo que mediante la orden del día No. 0085 del 11 de mayo de 2015 fue dado de alta, cumpliendo los requisitos exigidos para la prestación del servicio militar contemplados en la Ley 48 de 1993.

Puntualizó el fallador, que no obstante el enjuiciado ser sujeto activo del ilícito endilgado debía entrar a considerar si de las pruebas acopiadas emergía la certeza del hecho, la responsabilidad del procesado o, por el contrario, se avizoraba alguna causal de

ausencia de responsabilidad justificando la conducta a él atribuida.

En esa medida relacionó la prueba documental para colegir que el acusado se sustrajo de la prestación del servicio militar desde el día 25 de agosto de 2016, fecha en la que debía presentarse del permiso concedido por calamidad doméstica ante el fallecimiento de su hermana, de modo que la conducta punible de deserción se materializó el 31 del mismo mes y año, adecuándose así su comportamiento a lo descrito en el artículo 109 numeral 2° del Código Penal Militar en tanto su ausencia se extendió por más de cinco (05) días, todo lo cual demuestra la responsabilidad objetiva del militar más no las razones que lo llevaron a no retornar a su unidad, generándole duda -al juez primario- que usó en beneficio del encausado para proferir en su favor sentencia absolutoria.

Aquilató el *A quo* que, conforme a la prueba testimonial, se tiene que al acusado se le concedió permiso para asistir a las honras fúnebres de su hermana y posteriormente al novenario, que se trataba de un militar que no había tenido inconveniente alguno hasta ese momento ya que presentaba buen comportamiento y era cumplidor de las órdenes de sus superiores, es decir, no se avizoraba en el SLR. FJM que abandonaría el servicio militar, que lo hubiera planeado o que su intención fuera la de desatender la obligación constitucional y legal, luego, saltaba la duda si podría estar cobijado por alguna causal de

ausencia de responsabilidad de las que trata el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, al no haberse podido escuchar el testimonio de sus familiares para conocer los motivos que generaron su ausencia.

Esgrimió que la Fiscalía 17 Penal Militar sustentó su solicitud de condena argumentando que el acusado tuvo conocimiento de la existencia del proceso y no se presentó a brindar las explicaciones del caso, sumado a que no le figuraban hijos inscritos, ello conforme a las constancias secretariales que obran a folios 139 y 167 del paginario, pero que lo cierto era que el SLR. FJM tan solo conoció de la existencia de la investigación un año y nueve meses luego de la ocurrencia de los hechos, circunstancia que a su juicio no despeja la duda sobre la existencia de una causal de justificación.

Para el juez de conocimiento no hay certeza sobre la responsabilidad subjetiva del procesado, no se conoce que pudo haber ocurrido aquel 25 de agosto de 2016 para que el SLR. FJM no regresara a las filas; no basta con que no le aparezcan hijos registrados, máxime cuando se conoce que la secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Tibú aseguró que no fue posible notificarlo ni a sus familiares por situaciones de orden público, ello en tanto es de público conocimiento que en la región del Catatumbo confluyen agentes generadores de violencia esto es, integrantes del ELN, EPL, FARC, paramilitares, contrabando y narcotráfico, por lo que *"sería del caso preguntarnos si ese señor soldado de la patria no pudo haber sido*

amenazado, coaccionado u obligado para que no retornara a las filas castrenses"[14]; se desconoce de igual manera la situación familiar que afrontan luego del fallecimiento de su hermana, por tanto, consideró, su presunción de inocencia continua incólume.

Coligió que hay serias dudas en torno a la posible existencia de una causal de ausencia de responsabilidad en cabeza del procesado, pues no se demostró las razones que pudo tener para proceder como lo hizo, emergiendo dudas imposibles de eliminar hasta este momento; luego, atendiendo lo dispuesto en el artículo 396 de la Ley 522 de 1999, no se cuenta con la certeza de lo ocurrido ni de la responsabilidad del acusado para proferir sentencia condenatoria en su contra, procediendo conforme a ello a absolverlo.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1. DEL RECURSO VERTICAL PRESENTADO POR LA FISCAL 17 PENAL MILITAR.

La sentencia de primer grado fue recurrida por la acusadora, quien adujo discrepar de la decisión por ser jurídicamente improcedente en tanto obran en el paginario elementos probatorios que de manera contundente y con certeza conducen a que se profiera sentencia condenatoria en contra del procesado por el delito de deserción.

[14] Ver folio 275 del C.O. 2.

Para la recurrente se encuentra probado que el SLR. FJM no efectuó presentación el 25 de agosto de 2016 en la unidad táctica a donde pertenecía, luego del vencimiento de un permiso que le fue otorgado por calamidad familiar, y desde esa fecha se encuentra ausente de las filas; se conoce que reside en Campo Dos –Tibú- (Norte de Santander), que conoció la existencia del proceso y a pesar de ello no compareció para manifestar el motivo que tuvo para no regresar, aunado a que su defensor no presentó pruebas de descargo que llevaran a exonerarlo de responsabilidad o que hubiera causal alguna que justificara su comportamiento.

Disintió de los argumentos del fallador en cuanto a que se trataba de un caso de responsabilidad objetiva, ya que probado estaba que el enjuiciado consciente y voluntariamente abandonó las filas militares desde el 25 de agosto de 2016 -fecha en la que debió retornar-, pues llevaba en ese momento más de un (1) año prestando servicio, es decir, conocía que debía regresar y que no debía incurrir en la comisión del delito de deserción, lo cual hizo al asumir un comportamiento omisivo, pues no desplegó acción alguna directa ni por interpuesta persona para explicar el porqué de su abandono de las huestes, a pesar de las varias diligencias adelantadas por las autoridades de la justicia especializada como de la ordinaria para lograr su paradero.

Aseguró que tanto el instructor como la fiscalía indagaron sobre las circunstancias favorables como

desfavorables al procesado, sin que se haya obtenido prueba o indicio que condujera a establecer la presencia de una causal de ausencia de responsabilidad, lográndose finalmente comunicación telefónica con el acusado el 31 de mayo de 2018 a quien se le solicitó su comparecencia al igual que su dirección residencial, manifestando luego de veintiún (21) meses de ausencia que residía en Campo Dos jurisdicción de Tibú (Norte de Santander), que trabajaba en Pacheli, corregimiento de Las Mercedes del mismo municipio, no contando con dirección exacta pero comprometiéndose a presentarse al despacho judicial, compromiso que no cumplió como tampoco se le pudo volver a ubicar de ningún modo, pese a que aportó un número celular -32223059568- el cual nunca respondió.

Aunque la defensa manifestó a los sujetos procesales, antes de iniciarse la audiencia de corte marcial, que había tomado contacto con la familia del procesado y que dijeron que éste no asistiría a la vista pública porque se encontraba trabajando ya que desde la muerte de su hermana había asumido el cuidado y manutención de sus padres y que se comprometían a entregar al abogado pruebas que respaldarían su dicho, lo cierto fue que llegado el día de la diligencia nada se aportó.

Sostuvo que no estamos frente a una responsabilidad objetiva, pues el sindicado sabia de la existencia del proceso no propiamente desde la llamada telefónica sino desde el momento en que se desertó en agosto de

2016, que tuvo más de dos años para presentar las exculpaciones que justificaran su comportamiento, pedir o aportar pruebas que lo llevaran a la exoneración de responsabilidad, pero pese a ello ni él ni su abogado lo hicieron; tampoco obra dato alguno que permita colegir con certeza que efectivamente su hermana falleció, motivo que alegó para la consecución del permiso que culminó con la ausencia final del enjuiciado a las filas, lo que de ser cierto hubiera conllevado a que aquél aportara por lo menos el nombre para realizar el seguimiento a través del registro civil de defunción.

Aseguró la opugnadora, que conforme lo afirmado por el defensor antes de la corte marcial, cuando expuso haber hablado con la familia del aquí procesado, se tiene con certeza que FJM está vivo, no fue secuestrado, ni amenazado, que no obra denuncia alguna por desaparición, que ni él ni sus padres se registran como personas víctimas de la violencia, ni ha sido afectado por la situación de orden público en la región del Catatumbo (Norte de Santander), así que el acusado ha podido comparecer ante la justicia pero nunca quiso presentarse.

Puntualizó la impugnante que, si en gracia de discusión el procesado FJM tuviera un hijo y compañera permanente o esposa, se trataría de una situación ocurrida con posterioridad a la fecha de su deserción, en tanto probatoriamente está demostrado que no registra hijos a su nombre al momento de incorporarse al servicio militar.

Aseveró que el juez de conocimiento dio por hecho la muerte de la hermana del enjuiciado cuando no obra prueba documental soportando dicha afirmación; agregó que no existe probanza alguna que conduzca a justificar el comportamiento del procesado ni causal de ausencia de responsabilidad o de justificación, por el contrario, el enjuiciado hizo caso omiso a los requerimientos realizados por parte de la autoridad castrense.

Recalcó que dentro del paginario se ha garantizado una investigación integral y se han respetado los derechos constitucionales del investigado, por tanto, discrepó de la tesis del juez de conocimiento cuando aseguró que se está frente a una responsabilidad objetiva, pues está probado en autos que el SLR. FJM no ha querido comparecer al proceso, sumado a que dolosamente abandonó las filas, de donde dedujo que la conducta que cometió es típica, antijurídica y culpable, siendo merecedora de un juicio de reproche penal al encontrarse reunidos los requisitos consagrados en el artículo 396 de la Ley 522 de 1999 para proferir en su contra sentencia condenatoria, pues en infolios se cuenta con elementos de juicio suficientes que demuestran no sólo la materialidad de la infracción sino la responsabilidad penal que le asiste al procesado.

Sostuvo que el *A quo* fundó su absolución aduciendo la existencia de dudas que en su sentir no pueden ser eliminadas y para ello recurrió a una serie de

suposiciones que carecen de asidero. Agregó que ante la ausencia del acusado surge un universo de posibilidades como las dudas expuestas por el juez de conocimiento, pero que precisamente el proceso tiene como fin investigar con igual esmero no sólo los hechos y circunstancias que establezcan la responsabilidad del procesado sino además las que lo eximan de ella o atenúen y las que puedan dar lugar a la extinción o cesación de la acción; justamente todo ello se cumplió, pues las pruebas arrojan la inexistencia de una causal de ausencia de responsabilidad a favor de FJM quien actuó de manera consciente, libre, voluntaria, dolosa e injustificadamente, dirigiendo y determinando su conducta a cometer la infracción penal que se le atribuyó –deserción- por los hechos ocurridos el 31 de agosto de 2016.

La impugnante consideró que generaría impunidad aplicar la regla de absolver por duda a todo procesado ausente, alegando el fallador una serie de suposiciones subjetivas de lo que pudo haber ocurrido.

Concluyó argumentando que el acusado ha contado con todas las garantías judiciales para presentar las exculpaciones de manera directa o a través de su defensor pero no lo hizo, ni se aportó prueba que permitiera justipreciar la presencia de una causal de ausencia de responsabilidad, tanto así que en el escrito de acusación por ella presentado -el cual se argumentó fáctica, jurídica y probatoriamente-, se desvirtuó el principio de presunción de inocencia al

encontrarse probado que el SLR. FJM para el 31 de agosto de 2016 incurrió en el delito de deserción; argumentos que en su sentir consideró suficientes para deprecar del Colegiado se revoque la decisión del *A quo* y se condene al procesado por el delito de deserción.

5.2 DEL RECURSO IMPETRADO POR EL PROCURADOR 283 EN LO JUDICIAL PENAL I.

El DR. EERL en su calidad de representante de la sociedad, difirió de la decisión hoy censurada argumentando que existen en el plenario elementos probatorios suficientes que conducen a la certeza del hecho para proferir sentencia condenatoria, en tanto el acusado incurrió injustificada y dolosamente en la comisión del reato de deserción.

Expuso que al investigado se le otorgó un permiso por una presunta calamidad familiar, continuando a la fecha aún ausente de las filas castrenses a pesar de conocerse que reside en Campo Tibú (Norte de Santander) lo que no sólo quedó demostrado en las evidencias del paginario sino además con las afirmaciones del defensor en sede de corte marcial, quien dijo haber contactado a la familia del SLR. FJM para lograr la comparecencia del militar, su hermana y su señora madre, pero a ello no accedió el juez, razón por la cual el togado hizo una exposición argumentativa y viable pero carente de soporte probatorio.

Adujo que el enjuiciado conoció de la existencia de un proceso en su contra y simplemente se sustrajo de comparecer sin alegar un motivo justificado para ello, aunado a que no existe en el velamen prueba que conduzca a la adecuación de causal alguna de ausencia de responsabilidad.

Señaló que disiente de la tesis del *A quo* cuando afirmó que estamos frente a un caso de responsabilidad objetiva, en tanto se probó que el incriminado *i)* de manera consciente y voluntaria abandonó las huestes, *ii)* conocía los términos del permiso, *iii)* sabía la fecha en que debía retornar a las filas, *iv)* llevaba más de un (1) año prestando el servicio militar; *v)* conocía su deber de regresar y no incurrir en el delito de deserción, *vi)* recibió instrucción sobre las conductas prohibidas por el Código Penal Militar y sus consecuencias y, *vii)* al no reintegrarse actuó con dolo, por lo cual su conducta es antijurídica, pues era consciente de la ilicitud de su comportamiento y por tanto debió obrar dentro del marco de la ley.

Refirió que esta justicia especializada adelantó las diligencias necesarias para localizarlo y aunque no se logró dentro del marco razonable, prudente y posible, ello no desdice que no supiera o estuviera enterado de la actuación, como quiera que se obtuvo comunicación telefónica con el procesado el 31 de mayo de 2018 requiriéndose su presencia y la dirección de residencia, aunque no fuera exacta, pero una vez iniciado el juicio el soldado no compareció ni se pudo volver a ubicar.

Esgrimió que la defensa del militar antes de la iniciación de la vista pública indicó que su procurado se encontraba trabajando desde la muerte de su hermana para proveer por la subsistencia de sus padres, situación que no fue probada dentro del *dossier.*

Afirmó que la investigación ha sido integral, pues se allegó lo favorable como lo desfavorable para el procesado, pero de cierto se tiene que existen limitaciones a esa carga probatoria demandando sin duda alguna del enjuiciado y su defensor adelantar su propia tarea demostrativa para desvirtuar y controvertir el prisma probatorio, en seguimiento del principio de carga dinámica de la prueba.

Aquilató que no estamos exclusivamente frente a una responsabilidad objetiva sino subjetiva, se sabe que el SLR. FJM no está secuestrado, ni amenazado, no registra denuncia por desaparición, ni él ni sus padres se registran como víctimas de la violencia, ni la situación de orden público en la región del Catatumbo le ha impedido comparecer ante la justicia, en tanto se sabe por la propia voz del sumariado que vive y trabaja en ese municipio, que tiene al parecer una mujer y un hijo y pudiendo presentarse no lo hizo, ni se advirtió de su parte ni del defensor prueba alguna que demuestre la presencia de una causal que justifique su comportamiento.

Bajo estos argumentos solicitó se revoque la decisión de primer grado para en su lugar condenar al acusado

"sin perjuicio de la declaración de nulidad pro (sic) *violación de garantías fundamentales, si es que así se interpretan los argumentos de instancia, pues si adolece de prueba la actuación por ausencia de investigación integral se violó el debido proceso"*[15].

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La DRA. GPVG, Procuradora 7 Judicial Penal II, en primer lugar, hizo alusión al principio de investigación integral aseverando que el SLR. FJM fue vinculado al paginario como persona ausente no siendo posible establecer las razones que tuvo el militar para no retornar a las filas, vislumbrándose que el instructor hizo todo lo posible y necesario para lograr su comparecencia al proceso y establecer las situaciones que pudieran favorecerlo, registrando las actuaciones del comandante directo del soldado, del secretario del Juzgado 36 de Instrucción Penal Militar y hasta del Juzgado Promiscuo Municipal de Tibú (Norte de Santander).

Del mismo modo, reseñó que el juez primario en la etapa instructiva se dio a la tarea de investigar si el sumariado figuraba como desaparecido, o si él y sus padres aparecían en el registro único de víctimas, todo ello con resultados negativos; advirtió que el Fiscal 17 Penal Militar en pro de perfeccionar la investigación devolvió en comisión el expediente al juez para la práctica de nuevas pruebas, labores investigativas que desarrollaron todos los

[15] Ver folio 309 del C.O.2.

funcionarios judiciales que tuvieron a su cargo el paginario, en tanto llegó el plexo al juez de conocimiento, donde nuevamente se efectuaron llamadas telefónicas a distintos abonados tendientes a localizar al procesado sin resultados favorables.

Así las cosas, infirió la representante de la Procuraduría General de la Nación que le asiste razón a los apelantes cuando afirmaron que no se vulneró el principio de investigación integral, pues fueron bastantes las actividades investigativas llevadas a cabo por la Justicia Penal Militar, incluso por la Fiscalía General de la Nación, quien pretendió materializar la orden de captura al SLR. FJM, garantizándose de esta manera el derecho a la defensa del enjuiciado.

Respecto del principio del *in dubio pro reo*, expuso que es una regla de valoración probatoria según la cual mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado debe ser absuelto, pero en su sentir contraría lo afirmado por el *A quo* en la sentencia objeto de impugnación, pues no emergió la duda por él advertida.

Explicó que el hecho de no contar con la presencia del procesado para que otorgara una explicación acerca de lo sucedido no puede conllevar a afirmar que "*(…) nada se demostró en torno a las razones, causas o motivos que pudieron llevar al SLR. FJM a no presentarse en su unidad al término del permiso ya referenciado (…)*"[16].

[16] Ver folio 328 del C.O. 2.

Concluyó que la situación de orden público no le generó amenazas o coacciones que le impidieron retornar a las filas, no pasó de ser suposiciones del juez carentes de soporte probatorio, sin que ello implique desconocer la realidad de muchas regiones del país; que pese a no haberse logrado la comparecencia del procesado para que explicara el porqué de su comportamiento, ello no significaba que existieran dudas sobre la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, compartiendo en tal sentido a cabalidad los asertos de la fiscal recurrente, al señalar que esa postura conduce a la impunidad.

Bajo estos argumentos deprecó revocar la decisión impugnada y proferir en su lugar sentencia condenatoria en contra del SLR. FJM.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de ese año[17], como de los ocurridos con posterioridad a la

[17] Autos según radicado 36412 de mayo de 2011; radicado 36737 del 22 de junio de 2011; radicado 37797 del 08 de noviembre de 2011; y radicado 38401 del 07 de marzo de 2012, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Penal Militar de 2010, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice*, dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación, en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Analizados los planteamientos esgrimidos en la sentencia de primer grado, así como la argumentación de los recurrentes y el concepto del representante del Ministerio Público ante este Tribunal, surge el siguiente problema jurídico a resolver, ¿es deber dar aplicación al principio de *in dubio pro reo* y, en consecuencia, absolver al encausado, cuando no se cuenta con la versión de éste, por haberse investigado y juzgado como ausente, ni con la prueba de haber actuado amparado por una causal de ausencia de responsabilidad?

Para resolverlo, metodológicamente se desarrollarán los siguientes puntos: *i)* concepto y aplicación del *in dubio pro reo* en materia penal, *ii)* demostración del dolo, como ingrediente del delito de deserción; *iii)* enjuiciamiento del ausente y, *iv)* resolución del caso concreto, dentro del cual nos referiremos al principio de investigación integral.

8.1.- Iniciaremos recordando que en los términos de los artículos 396 y 401 de la Ley 522 de 1999, para condenar se requiere que de la apreciación en conjunto de las pruebas sea posible arribar a la certeza racional sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

En el presente asunto consideran los recurrentes y la agente del Ministerio Público ante esta instancia que tales presupuestos se encuentran suficientemente acreditados, dado que las evidencias procesales dan cuenta que se configuran los elementos constitutivos del reato militar de deserción y por esto el acusado debe hacerse acreedor de un juicio de responsabilidad que conlleve la imposición de una pena, ello en contraposición a lo decidido por el Juez 13 de Brigada del Ejército Nacional, quién procedió a emitir fallo absolutorio en favor del SLR. FJM, aplicando para ello el principio de duda razonable.

Pues bien, es menester reafirmar que la noción de certeza requerida para condenar debe ser objetiva, la que se ha concebido como un conocimiento seguro, claro

y evidente de las cosas; a contrario, de no existir ese nivel de discernimiento, de convicción, lo que opera es el surgimiento de la duda en favor del procesado.

Sobre este aspecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

> *"(…) Para llegar a una declaración de duda, el juzgador no puede recurrir a la suposición propia o simplemente emanada de su subjetividad, ni tampoco lo puede hacer a través del eco arbitrario a una expresión aislada, mentirosa y oportunista del procesado. Como las pruebas deben recaudarse por medio del rito legal, después el funcionario judicial le otorgará a cada ítem informativo el valor que le corresponde, y finalmente se aquilatarán todos los medios de información integrados (en conjunto); además será la prueba la que conduzca a la certeza o al estado de duda sobre el hecho punible y la responsabilidad del acusado, de conformidad con los artículos 246 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la convicción en uno u otro sentido debe surgir de un proceso de racionalización basado en los datos de información y no en la conjetura del juzgador. Por ello, tanto de la certeza como del in dubio pro reo se pregona que no pueden reposar en una pura subjetividad ni se compadecen meramente con la íntima convicción del juez, sino que habrán de derivarse de la racional y objetiva valoración de*

las constancias procesales (…)"[18]. (Subrayado de la Sala).

En efecto, la tradición jurídica impone al juzgador el deber de resolver las dudas existentes en beneficio del sujeto pasivo de la acción penal, sin embargo, tal mandato es condicionado, toda vez ello debe hacerse siempre y cuando la incertidumbre sea insalvable, esto es, que no haya modo de eliminarla, tal como lo establece el artículo 209 de la Ley 522 de 1999[19] y se infiere del artículo 178 de la Ley 1407 de 2010[20], dejando claro que aunque esta última codificación no regló ese condicionamiento, en modo alguno comporta que el mismo no sea aplicable. Por el contrario, esa carga deriva incontrastable de los mandatos superiores que el juez imparta justicia, lo que le exige que encamine su actividad a establecer la verdad de los hechos, en tanto sólo así hay lugar a un fallo equitativo, dándole a cada quien lo que le corresponda.

Bajo tal entendimiento es que si el juzgador cuenta con oportunidades y elementos para dilucidar la incertidumbre debe aprovecharlas, pues, en últimas, la absolución por duda en estricto sentido no equivale a justicia, dado que ello impide conocer lo realmente acaecido y, por tanto, únicamente debe ser aplicada

---

[18] Radicado 9526 del 05 de agosto de 1997, MP. DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[19] Ley 522 de 1999, artículo 209. *"In dubio pro reo. Toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla."*.
[20] Ley 1407 de 2010, artículo 178. *"Presunción de inocencia e in dubio pro reo. (…) En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. (…)"*.

como remedio extremo, último, en la medida que ni la víctima ni el procesado pueden quedar plenamente satisfechos, ya que la declaración así hecha no se fundamenta en la certeza, en la plena convicción.

En suma, la duda como fundamento de la absolución es admisible única y exclusivamente cuando al juez le es imposible dilucidar probatoriamente lo realmente acaecido, siendo en consecuencia importante resaltar que tal exoneración de responsabilidad -el Estado no pudo probarla- no equivale, en sentido estricto, a la declaración de inocencia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho:

> *"4. No está de más recordar que no es lo mismo la absolución que se fundamenta en la certeza que aquella que es producto de la duda, como recientemente lo señaló esta Corporación y ahora se reitera:*
>
> > *"Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del in dubio pro reo en el sentido de que toda duda debe resolverse en favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equiparársele con la declaratoria de INOCENCIA,*

habida cuenta que si la DUDA se entiende como CARENCIA DE CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino LA IMPOSIBILIDAD PROBATORIA para que se dictara sentencia condenatoria.

"No puede entonces tener similar alcance la sentencia absolutoria como consecuencia de la aplicación del in dubio pro reo, que aquella fundamentada en la ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA INVESTIGADA, pues en la primera, subyace la sensación de que al Estado le faltó la diligencia necesaria para recaudar los elementos de juicio suficientes para condenar, quedando el absuelto frente a la sociedad con un halo de reprochabilidad difícilmente olvidable en el tiempo; mientras que en la segunda ningún estigma puede quedar, por la potísima razón de reconocerse que el comportamiento desplegado por el sindicado no desbordó los linderos de la ley.

"Lo argumentado encuentra consolidación con añejo pronunciamiento de esta misma corporación en el que se deja entrever el estigma con que queda el procesado que es absuelto en aplicación del principio al que se ha hecho alusión:

> *"Ante esa falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia, ha de acudirse al amparo del apotegma in dubio pro reo, expresamente consagrado en nuestro ordenamiento procesal por el art. 216 (artículo 7° del Código de Procedimiento Penal vigente), para*

> *soslayar el peligroso riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora menos grave que el de absolver a un eventual responsable; la justicia es humana y, por lo mismo, falible; por eso el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria" (Providencia de mayo 15 de 1984, M. P., Dr. Alfonso Reyes Echandía)*[21]*"*[22]*.*

Concluyendo, es factible pregonar el principio de duda a favor del procesado cuando, de una parte, la actividad probatoria demuestra la ocurrencia de los sucesos y el eventual compromiso del sindicado en los mismos, pero de otro lado, existen pruebas que pueden llegar a desvirtuarlo[23]. El yerro, en consecuencia, se da cuando el *A quo* fundamenta el argumento de absolución en criterios subjetivos, al reconocer valor suasorio al dicho de los sujetos procesales –defensa en este asunto- a partir de criterios personales, esto es, acoge, para arribar a la conclusión de duda a la que llega, un fundamento que adopta como empírico,

[21] Sentencia de segunda instancia 17.866, del 15 de julio de 2003, MP. DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[22] Sentencia de casación radicado 15.834 del 26 de enero de 2005.
[23] SP18022-2017, radicado 48679 del 01 de noviembre de 2017, MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA; AP4617-2017, radicado 48548 del 18 de julio de 2017, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA; SP2184-2017, radicado 47348 del 15 de febrero de 2017, MP. DR. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER; AP5759-2016, radicado 47019 del 31 de agosto de 2018, MP. DR. JOSE LUIS BARCELO CAMACHO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

pero que no está soportado en pruebas[24], tal como sucedió en el presente caso.

No obstante lo expuesto y que el juez de instancia tuvo la oportunidad de valorar las pruebas recaudadas a lo largo de la investigación, llama la atención de la Sala que sin existir elementos de juicio haya planteado la duda respecto de si la conducta del procesado pudo estar amparada por una causal indeterminada de ausencia de responsabilidad, lo que aunado al hecho que fue investigado, acusado y enjuiciado como persona ausente lo llevó a poner en vilo el dolo requerido para la estructuración del reato.

Y se dice que llama la atención de esta Sala el planteamiento del juez, quien a partir de razonamientos como que *"no se logró escuchar al procesado, no se logró escuchar a ninguno de sus familiares"*[25], ultimó que *"no hay certeza sobre la responsabilidad subjetiva del acusado"*[26], que por vivir en una zona de orden público como lo es la región del Catatumbo, donde *"confluyen todos los agentes generadores de violencia, esto es, integrantes del ELN, del EPL, de las FARC, de los paramilitares, contrabando, narcotráfico, en fin, sería del caso preguntarnos si ese señor soldado de la patria no pudo haber sido amenazado, coaccionado u*

---

[24] *"(…) los hechos impeditivos, referidos en precedencia (como causales de ausencia de responsabilidad), no son susceptibles de ser reconocidos en favor del procesado bajo el postulado de la duda, ya que éstos sólo se superan y acreditan con la existencia de plena prueba que con vocación de certeza demuestren la causal que se pretende (…)".* Radicado 156985 del 18 de Julio de 2011, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Tribunal Superior Militar.
[25] Folio 274 C.O. 2.
[26] *Ídem.*

obligado para que no retornara a las filas castrenses"[27], o que *"Tampoco se sabe qué situación familiar le tocó afrontar luego del fallecimiento de su hermana, sencillamente nada se sabe al respecto, su presunción de inocencia continua incólume(…)"*, todo ello para concluir que *"(…) para este Despacho quedan serias dudas en torno a la posible existencia de alguna causal de justificación o de ausencia de responsabilidad en cabeza del procesado, pues no se logró demostrar, como se viene pregonando, las razones que le pudieron haber asistido para proceder de la manera conocida. Quedando aún de manera nítida e incólume la presunción de inocencia que le asiste al SLR. FJM, emergiendo así dudas que no son posible eliminarlas en este momento."*[28].

Es evidente que el *A quo* para absolver no tuvo en cuenta que el principio de *in dubio pro reo* es aplicable cuando al valorar las pruebas legalmente recolectadas encuentra que con igual peso persuasivo cuenta, de una parte, con algunas que conducen a afirmar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del incriminado, en tanto que, de otra, con pruebas que desvirtúan tales presupuestos, debiendo en consecuencia optar por elegir el camino favorable al procesado. En este evento brilla por su ausencia esa bifurcación de caminos probatorios y en cambio se vislumbra la preponderancia a la subjetividad del juez, llevándolo a establecer dudas sobre el dolo con el que actuó el soldado para ausentarse del servicio militar y sobre la existencia de causales que desdibujarían su responsabilidad

[27] Folio 275 *ídem*.
[28] Folios 275 y 276 *ídem*.

penal[29], cuando, como ya se ha dicho, nada de lo probado llevaba a tales raciocinios.

No cabe duda que a partir de la constitucionalización de la presunción de inocencia en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, los alcances de esa institución procesal no pueden ser limitados por vía de interpretación, razón por la cual, en todos los casos, no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado, según la fórmula legal del Código Penal de 1999 (artículo 396), por manera que no puede prohijarse la idea de que la duda sobre la antijuridicidad de la conducta es igual a la certeza exigida para condenar, en otras palabras, que no sea posible reconocer una causal de ausencia de responsabilidad por duda probatoria.

Sin embargo, habrá de precisarse, que para aplicarse el principio enunciado -duda a favor del sindicado- a partir de la presunción de inocencia, no basta que el procesado o el juez aleguen una causal de irresponsabilidad penal, sino que es menester que de un análisis serio y ponderado de los medios de prueba se pueda concluir la posible estructuración de una de ellas, tal como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, veamos:

[29] Nos referimos a los planteamientos realizados por el juez tratando de establecer la configuración de causales indeterminadas de ausencia de responsabilidad de las contempladas en el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010.

"Un tal principio corresponde no únicamente a un imperativo constitucional y legal, sino precisamente, a uno de los postulados máximos que gobiernan la valoración probatoria y en general el proceso penal.

Pero, claro está, que el reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación, desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la jurisdicción es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha de aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual esta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero, acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando intrascendente la sola afirmación de certeza o

duda, según el caso, pues lo que importa es su demostración.

Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad,

que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo"[30].

En el mismo sentido recuérdese que ninguna providencia podrá fundarse en suposiciones ni en el conocimiento privado del juez[31], sino que es menester que las decisiones que contenga sean el producto de la valoración sopesada e imparcial de los pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, principio que dejó de lado el juez al emitir la sentencia objeto de apelación.

8.2.- Ahora bien, de forma reiterada y pacífica esta Corporación ha dicho que en tratándose del delito de deserción es necesario demostrar -dentro de la tipicidad subjetiva- que la conducta fue realizada con dolo. Esta modalidad conductual está conformada por dos componentes, el cognitivo-intelectivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos

[30] Radicado 15.884, sentencia de única instancia del 4 de septiembre de 2002, M.P. Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[31] Radicado 17.855, sentencia del 18 de febrero de 2004, MP. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

objetivos del tipo penal y, el volitivo, que implica querer realizarlo; por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización (CSJ AP1862-2016).

Así entonces, debe diferenciarse entre el móvil de la criminalidad y el dolo como elemento dogmático del delito que, de acuerdo con el contenido del artículo 24 del Código Penal Militar de 2010 –modificado por el artículo 98 de la Ley 1765 de 2015-, se acredita al demostrarse que el sujeto agente tuvo conocimiento abstracto de la ilicitud de su proceder y se orienta libremente a ejecutarla, al margen de que obre en el plenario prueba del motivo que lo determinó a actuar, porque el tipo penal de que se trata no exige finalidad especial, razón por la cual se ha dicho que a partir de los factores demostrados, generalmente objetivos, debe deducirse la intención, dada la dificultad que existe para obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo referido a la esfera intangible del ser humano, bastando en consecuencia tan sólo acreditar, se itera, que el sujeto agente haya tenido conocimiento que ejecutaba una conducta objetivamente ilícita y que se orientó con libertad a su ejecución.

En esas condiciones, se ha enfatizado, que para la determinación procesal del dolo se ha de partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar un bien jurídico (dolo) o la representación de un resultado ajeno al querido por el agente y su asunción

al no hacer nada para evitarlo (culpa), al ser aspectos del fuero interno de la persona, se han de deducir de los elementos objetivos que arrojan las demás probanzas (CSJ SP3334-2016).

De tener como ciertas las condiciones sugeridas por el *A quo* en esta causa penal, que el dolo no podía colegirse desde las situaciones objetivas demostradas a través de las pruebas allegadas sino exclusivamente con las exculpaciones del procesado, se avizoraría sin mayor dificultad la inconsistencia del discurso al no existir tarifa legal que determine el modo en el que debe acreditarse dicha categoría jurídico dogmática, por cuanto rige el método de libre formación del convencimiento, amén que todas las investigaciones penales seguidas contra personas ausentes tendrían que culminar con una absolución por duda, lo cual no sólo reñiría con la lógica jurídica sino con el derrotero constitucional de justicia, marcado para quienes desarrollamos estas lides.

Reitérese que son las circunstancias exteriorizadas en actos específicos las que permiten escudriñar el querer subjetivo que orientó en el fuero interno del individuo la consecución de su comportamiento, lo que incluye evaluar conductas anteriores, concomitantes o posteriores a los sucesos materia de investigación y juzgamiento que sean indicativas de su conocimiento y voluntad (CSJ AP 7619-2014, CSJ AP 199-2015), siendo en algunos casos tan evidente la confluencia de los elementos cognoscitivo y volitivo, por razón de ese

tipo de señales, que se hace inane la referencia textual a tal clase de factores (CSJ AP 4289-2014).

Conclúyase que la prueba del dolo se deduce por regla general de datos objetivos de los cuales se puede inferir que alguien incurrió voluntariamente en un injusto pese a conocer la prohibición de realizarlo, según lo ha ensañado el máximo órgano de cierre en lo penal en las referencias que vienen de hacerse y textualmente al indicar lo siguiente:

> *"Sobre este particular la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que para la determinación procesal del dolo, ha de partirse del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar un bien jurídico o la representación de un resultado ajeno al querido por el agente y su asunción al no hacer nada para evitarlo, en cuanto obedece a aspectos del fuero interno de la persona, se deben deducir de los elementos objetivos que arrojan las prueba aportadas al proceso."*[32].

8.3.- Dígase también, que la sistemática procesal contemplada en la Ley 522 de 1999, la cual rige actualmente la jurisdicción especializada, prevé tres excepciones a la regla general de no adelantar investigaciones y/o juicios en ausencia, a saber: *i)* la declaratoria de persona ausente, cuando se hayan agotado los mecanismos de búsqueda y citación

[32] Radicado 32669, del 26 de octubre de 2011, MP. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado y ésta no ha sido posible[33]; *ii)* la rebeldía o contumacia a comparecer al proceso y, *iii)* la renuncia a hallarse presente durante la audiencia de juicio[34].

En efecto, en Colombia es constitucional y legalmente factible realizar juicios en ausencia, como ocurrió en el presente caso, por cuanto le permiten a la administración de justicia continuar un proceso penal pese a la rebeldía o la ausencia real del sindicado, ello en tanto: *i)* el Estado haya agotado todos los medios idóneos necesarios para informarle a la persona sobre el inicio de un proceso penal en su contra, *ii)* exista una identificación plena o suficiente del imputado, no bastando la constatación de su identidad física y, *iii)* exista evidencia de su renuencia[35].

Al revisar la presente investigación se tiene que el juez instructor realizó todos los actos de investigación y diligencias requeridas para lograr comunicarle al SLR. FJM sobre la apertura del proceso en su contra.

También se observa, a través del informe base de actuación, certificado de la calidad militar y los documentos de incorporación[36], que se logró identificar plenamente al acusado en las presentes diligencias.

---

[33] Artículos 493 y 568 de la Ley 522 de 1999.
[34] Artículo 569 de la Ley 522 de 1999.
[35] Sentencia C-591 del 09 de junio de 2005, MP. DRA. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Corte Constitucional.
[36] Folio 1-19 C.O. 1.

Así mismo, que mediante constancia el secretario del juzgado 36 de Instrucción Penal Militar dio fe que intentó comunicarse con el SLR FJM y sus familiares llamando a los abonados telefónicos reportados en los informes y documentos a estos allegados, sin lograr resultados positivos[37].

Igualmente, y con el objeto de obtener datos del uniformado, el juez instructor ofició al Centro de Información sobre Actividades Delictivas –CISAD-, a la SIJIN MECUC, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, al Departamento Nacional de Planeación, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Seccional Norte de Santander-, a las empresas de telefonía celular CLARO, MOVISTAR, TIGO[38]; y con el mismo propósito elevó solicitud a la emisora Colombia Estéreo –Trigésima Brigada- informando a FJM, JPJ y ROM, que deberían presentarse ante ese despacho a rendir diligencia judicial[39], ello sin dejar de lado que envió despacho comisorio ante el Juez Promiscuo de Tibú –Norte de Santander- para llevar a cabo las diligencias judiciales pertinentes[40], todo ello con resultados negativos[41].

Posteriormente, mediante auto del 3 de febrero de 2017 y ante la imposibilidad de obtener la presentación del indiciado, el juez libró orden de captura en su contra

[37] Folio 22 *ídem*.
[38] Folio 26-34 *ídem*.
[39] Folio 35 *ídem*.
[40] Folio 36-42; 73-74 *ídem*.
[41] Folio 43-69; 79-85 *ídem*.

a los organismos de Policía Judicial[42] la cual no tuvo éxito[43], debiendo en consecuencia emplazarlo[44], declararlo persona ausente[45], y nombrarle y posesionar al abogado defensor con el que se continuaría adelantado la investigación[46].

Profusas citaciones, llamadas telefónicas, despachos comisorios y difusión de mensajes radiales fueron realizados por la Fiscalía 17 Penal Militar[47] y por el juzgado de instancia[48] para obtener la comparecencia del acusado con infructuosas consecuencias, pero lo cierto es que finalmente FJM atendió una de las llamadas telefónicas realizadas por el secretario de la fiscalía, momento en el que se le dio a conocer su situación jurídica procesal y la necesidad de contar con su presencia, ante lo cual se comprometió a presentarse[49] sin que así lo haya hecho, es decir, que se comprobó su rebeldía frente a la administración de justicia, actitud que de lejos puede ser visto como una talanquera para inferir su posible responsabilidad en el asunto que concierne la atención de este sumario.

8.4.- Como bien lo expresó la fiscal y el procurador recurrente y el Ministerio Publico ante esta Corporación, se observa *ab initio* algunas falencias de índole argumentativo por parte del juez al momento de

---

[42] Folio 96-97 *ídem*.
[43] Folio 104-106 *ídem*.
[44] Folio 109-110 *ídem*.
[45] Folio 111 *ídem*. La declaratoria de persona ausente fue comunicada a través de la emisora del Ejército Nacional, folio 113 del C.O. 1.
[46] Folio 112 *ídem*.
[47] Véase folio 165, 166,167, 169,193, 195, 196 del C.O. 1 y 204 del C.O. 2.
[48] Confróntese en los folios 206, 209 a 211, 219,226, 229 a 240 del C.O. 2.
[49] Folio 167 del C.O. 1.

emitir la sentencia absolutoria en favor del SLR. FJM por el delito de deserción, para darle cuenta a las partes, en forma suficiente, sobre las razones y los motivos que la llevaron a tomar una decisión en ese sentido.

Recuérdese que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 334 de la Ley 522 de 1999, los requisitos mínimos que debe tener en cuenta todo juez al momento de pronunciarse de fondo son los siguientes:

> *"(…) 3. Un resumen de los alegatos presentados por las partes con el correspondiente análisis valorativo.*
> *4. Análisis y valoración jurídica de las pruebas que sirven de fundamento a la decisión.*
> *5. Los fundamentos jurídicos de la imputación que se haga al procesado o a cada uno de los procesados.*
> *6. Los fundamentos jurídicos del fallo absolutorio, en su caso. (…)".*

Tales obligaciones sustanciales fueron débilmente respetadas por el Juez Trece Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional en la decisión del 28 de agosto de 2018[50], pues entre otros desatinos no realizó mayores esfuerzos por analizar y valorar jurídica y fácticamente las pruebas obrantes en el plenario, al extremo que efectuó someros juicios sobre lo que consideró podía llegar a constituir *"la posible*

[50] Por medio de la cual absolvió al acusado del delito de deserción.

existencia de alguna causal de justificación o de ausencia de responsabilidad"[51] y una duda razonable.

En tal sentido, valga rememorar que Colombia ha adoptado la sana crítica como sistema de valoración de la prueba, caracterizada por la ausencia de reglas abstractas de apreciación que exige una decisión sustentada en los elementos de convicción y la consecuente motivación sobre su mérito probatorio, conforme a las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de la experiencia.

Bajo este método las pruebas deben ser apreciadas y valoradas en forma singular y luego en conjunto, es decir, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencias allegados al proceso, permitiendo asignar a tales elementos de juicio un determinado mérito persuasivo, una específica fuerza demostrativa, para arribar a la verdad material en cada caso particular.

Ahora bien, al realizar tal labor el juez no está exento de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria, que pueden generarse como consecuencia de: *i)* una omisión judicial, cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido; *ii)* por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de

[51] Folio 275 del C.O. 2.

lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, *verbi gratia*, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto y, *iii)* por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

Estos defectos fácticos en la contemplación probatoria conllevan la vulneración sustancial del derecho al debido proceso, en tanto, como ya se dijo, el funcionario judicial niega, las valora arbitraria, irracional o caprichosamente, o bien pretermite su valoración para identificar la veracidad de los hechos analizados[52], y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[53], dando lugar a la doctrinalmente llamada motivación sofística, aparente o falsa, entendida como aquella que no encuentra respaldo en la verdad probada a través del proceso.

Se trata de un vicio *in iudicando*[54] que se explica en tanto el operador de justicia supone o desconoce las pruebas al cercenar o adicionar su contenido demostrativo o al tergiversar lo que objetivamente señalan, apartándose de esta forma de la verdad probada y arribando a una conclusión jurídica diversa de la realmente correcta, falencia de motivación judicial que debe tener como efecto la revocatoria de

[52] Sentencia T-086 de 2007.
[53] Ver Sentencias T-576 de 1993 y T-442 de 1994.
[54] Ver sentencias radicadas con los números 24011 y 23331 del 12 de diciembre de 2005 y del 07 de febrero de 2007, respectivamente, entre otras, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

la providencia y el dictar la decisión de reemplazo[55], como al efecto se hará en el presente caso.

A través de la prueba documental se tiene claro que el SLR. FJM hacía parte del octavo contingente de 2015 y para la fecha de los hechos era orgánico del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 *"GR. Hermógenes Maza"*[56] del Ejército Nacional, concretamente orgánico del pelotón Corcel 4[57], lo cual es suficiente para demostrar la condición del encausado de miembro activo de la Fuerza Pública para la fecha de los acontecimientos indagados, tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia al aseverar que "*(…) es suficiente prueba para demostrar la calidad de incorporado o de militar del procesado, porque en su contenido quedan concretados y supuestos todos los pasos que la ley dispone para llegar a tal condición, entre los que se incluye la práctica de un examen médico legal*"[58].

A partir de ello, se debe abstraer que el SLR. FJM asumió tanto formal como materialmente, a través del acto de incorporación a la Fuerza Pública, cada uno de los derechos y obligaciones que la investidura militar le otorgó y exigió, por lo tanto no era factible exonerarlo de sus responsabilidades mientras estuvo en

---

[55] Radicado 158470 del 12 de julio de 2017, MP. CN. (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA, Tribunal Superior Militar y Policial.
[56] Según certificación de calidad militar suscrita por el suboficial de personal del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5, visible a folio 4 del C.O. 1.
[57] Según lo que reportó en su informe de novedad el CT. MFVB, ver folio 2 C. O. 1.
[58] Radicado 17080 del 24 de enero de 2001, MP. DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

el ejercicio de la condición de militar que voluntariamente aceptó[59].

A partir de allí, está claro para la Sala que el procesado no retornó al servicio militar luego de la culminación del permiso que por nueve (9) días le fue concedido el 15 de agosto de 2016 por el Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 del Ejército Nacional, al parecer por el fallecimiento de su hermana, debiendo regresar el 25 del mismo mes y año, cosa que no ocurrió; sumado a que durante el discurrir procesal no hizo el más mínimo esfuerzo en aportar al plexo prueba alguna que demostrara las razones que tuvo para no regresar a su unidad, ni acreditar que se encontraba inmerso en alguna causal excluyente de responsabilidad –descritas en el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010-.

Véase que el *A quo* para soportar la decisión objeto de estudio expresó: *"(…) En este caso y salvo mejor criterio, está demostrada simplemente la responsabilidad objetiva, toda vez que nada se demostró en torno a las razones, causas o motivos que pudieron llevar al SLR. FJM a no presentarse en su unidad al término del permiso ya referenciado. Pues bien, esta sería una de las dudas que asaltan a este Juzgado para proferir sentencia absolutoria y que desde ya se procede a anunciar. No obstante, y adentrándonos en el análisis del material probatorio y más concretamente de los testimonios del personal militar asomado al plenario, todos indican que en efecto al bajo banderas se le autorizó permiso para asistir a las honras*

[59] En este sentido véase, proceso 9921 decisión del 14 de marzo de 2002, MP. DR. CARLOS AUGUSTO GALVIS ARGOTE, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

fúnebres de su hermana y a su posterior novenario, que se trataba de un soldado que no había tenido problema alguno, tenía buen comportamiento y cumplía las órdenes de sus superiores. Aunado a ello, llevaba más de un año de prestación continua del servicio militar sin contratiempo o problema alguno, es decir, no se avizora que la conducta del SLR. JMF, al abandonar el servicio militar, haya sido planeada, premeditada o con la única intención de desatender esa obligación constitucional y legal. Así mismo, no se logró vincularlo al proceso (sic) *ni asomar en calidad de testigo a alguno de sus familiares, es decir, nada se logró establecer en torno a las causas o motivos de su deserción, en definitiva, no se sabe si pudo estar bajo el amparo de alguna de las causales de ausencia de responsabilidad de que trata el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010."*[60], contrario a lo que demuestran los medios probatorios a través de los cuales quedó expresada la voluntad y el querer del procesado de transgredir la norma penal militar, sin que se pueda abstraer de ellos, ni siquiera sumariamente, que haya mediado causal de justificación alguna en el comportamiento asumido por JMF al momento de abandonar el deber con el servicio militar.

Oportuno resulta, para ahondar en razones, tener en cuenta las constancias que plasmaron los secretarios de justicia al sostener: *"El suscrito deja constancia que en la fecha se marcó al número celular 3168642262 registrado en la presente investigación, allí contestó una señora quien dijo llamarse Lucia quien al preguntarle por el SLR. JMF indicó que ella era quien lo había criado desde muy pequeño y que podía llamarlo al número celular*

[60] Ver folio 272 y 273 del C.O. 2.

3102367447 que era de la señora Rosa madre del citado Soldado. Acto seguido siendo las 11:53 am procedí a llamar a la señora Rosa donde contesta una muchacha y señala que en el momento no se encuentra, a las 11:57 am la señora Rosa se comunica con el despacho y se le informa que este Estrado Judicial requiere la presentación CARÁCTER URGENTE de su hijo Flaminio fin adelantar diligencia judicial y se le explica el motivo de la llamada quien indica que él se encuentra en Pacheli y que tiene mujer e hijo. Siendo las 14:26 horas tomé contacto telefónico con el bajo banderas a través del número 3216252932 (número de un hermano) se le informa la situación de la investigación y que se requiere la presentación a la mayor brevedad posible fin notificarle el cierre de la investigación, informando que actualmente trabaja en Pacheli que es un corregimiento de las Mercedes y que reside en Campo Dos jurisdicción de Tibú (N.S.), se solicitó una dirección exacta para citarlo a lo que respondió que no tenía, que se haría presente ante este Despacho y que podía ser ubicado a través del número celular 3223059568.”[61].

A su turno la secretaria del Juzgado 13 de Brigada del Ejército Nacional plasmó*:*

> *“(…)2. Se marcó al señor SLR. (R) JMF a los siguientes números:*
>
> - *Celular 3219583205 (folio 2), 3123529949 (folio 2), 3187202388 (folio 3), 3203146669 (folio 11), 3137644938 (folio 140), 3216252932 (folio 167), al marcar se van directo al sistema correo de voz.*

[61] Constancia secretarial del 31 de mayo de 2018 visible a folio 167 del C.O. 1, suscrita por el SJ. PMV secretario de la Fiscalía 17 Penal Militar.

- *Celular 3219987112 (folio 11) la pantalla indica que el número marcado no está en uso.*
- *Celular 3204456492 (folio 3) contesta un hombre quien manifiesta que no conoce al Sindicado.*
- *Celular 3186724525 (folio 11) contesta una mujer quien manifiesta que no conoce al Sindicado.*
- *Celular 3168642262 (folio 11), 3163340231 (folio 11), 3123329949 (folio 22), 3102367447 (folio 167) al marcar timbra varias veces sin que nadie conteste y se va a sistema correo de voz. A estos números se envió mensajes de texto con la información de la audiencia.*
- *Celular 3223059568 (folio 167) contesta la señora MAJ quien manifestó ser hermana del sindicado e indica que vive en Pacheli (Tibú-Norte de Santander) que su hermano está en una zona en Pacheli que no tiene señal, que no tiene celular y que cuando ella lo vea le dará la información. Manifiesta que no hay una dirección a la cual se le pueda remitir una citación porque eso es una vereda. Al indagarle sobre los señores MAM y CAM indica que son primos de ellos, pero que no sabe dónde viven porque con ellos no tiene comunicación. Se le dio la información de fecha y hora de la audiencia.*

3. Se marcó a los señores MAM y CAM a los números 3187202388 y 3137644938 Y se van directo a sistema correo de voz. (…)"[62]

De igual forma resaltar lo expresado por la defensa en la diligencia de corte marcial al puntualizar:

[62] Ver constancia visible a folio 206 del C.O. 2., suscrita por DPSQ secretaria del Juzgado 13 de Brigada del Ejército Nacional.

"(…) los informes son contestes en afirmar que hubo una calamidad familiar y en este proceso pues por el tiempo, y, no se pudo allegar porque esta Defensa apenas contó con dos días para comunicarme con ellos y según los familiares su señoría, falleció es la hermana que tenía la carga de mantener a la mamá porque adolece una enfermedad terminal, la señora ROM era la que mantenía a la señora y al señor ya que son de edad, la señora está ahorita en estos momentos con una enfermedad grave que le impide movilizarse, cuidado al que estaba la hermana de FJMa cargo de ella, al ocurrir este deceso, mi defendido tomó la decisión de asumir toda la carga de manutención de la mamá y darse al trabajo, también estaba la señora embarazada en estos momentos, decidió él trabajar para lograr sostener el hogar que tenía con su compañera permanente y mantener a la señora madre, diligencias o mejor dicho material probatorio que esperaba la Defensa asomar en esta diligencia pero que los familiares desconozco el motivo, no se comunicaron conmigo el día domingo y el día de ayer tampoco, pero puede resultar prueba sobreviniente al respecto que da cuenta de ello, lo que quiere la Defensa resaltar su señoría, es que aquí no asoma el elemento de antijuridicidad o por lo menos no hay prueba que le indique al despacho fehacientemente que efectivamente el bien jurídico tutelado se vulneró sin causa alguna, para la Defensa queda esa duda su señoría, y por lo cual la decisión de fondo debe ser ABSOLUTORIA (…)."[63].

[63] Ver folio 246 del C.O. 2.

Nótese claramente que el SLR. FJM sí tuvo conocimiento que en su contra se surtía un proceso por el delito de deserción, que hasta la misma defensa pudo comunicarse con la familia del enjuiciado a quienes les puso en conocimiento la situación jurídica de su defendido, pero pese a todos los esfuerzos tanto de la justicia como del togado no se arrimó prueba alguna soportando las razones que tuvo el hoy incriminado para actuar como lo hizo, si su situación familiar configuraba una causal de ausencia de responsabilidad.

Si en gracia de discusión se admitiera que el SLR. FJM actuó amparado en un estado de necesidad, por la condición familiar que atravesaba y que puso en conocimiento el defensor en la vista pública, ésta debe cumplir unos requisitos objetivos y subjetivos para que se reconozca como justificación de la conducta en controversia, elementos que fueron recientemente abordados por esta Corporación en proveído que recoge el criterio doctrinal actualizado que más se aviene con ese instituto, por ello es importante citar *in extenso* algunos apartes de la referida decisión para dar luces a la solución del asunto bajo estudio:

> *"(…) en primer lugar, respecto a la existencia del peligro para el bien jurídico ha de tenerse en cuenta que debe tratarse de una circunstancia que se prolonga en el tiempo y puede concluir en un daño nocivo contra este*[64]*. Así mismo, el peligro puede tener diversos orígenes como por ejemplo los*

[64] ROXIN CLAUSS, Derecho penal parte general, Tomo I, Editorial Civitas, Segunda Edición reimpresa 2008, página 680.

fenómenos naturales, los accidentes, el actuar de los seres humanos y también como consecuencia de los contextos sociales.

Como segundo presupuesto, ha de constatarse la actualidad o inminencia del peligro que puede darse en situaciones donde el daño es tan próximo para el bien jurídico que en forma posterior se tornaría imposible conjurarlo o que implicaría asumir riesgos mayores si se permite que se siga prolongando en el tiempo, se trata de un acontecer que:"…conforme a la experiencia pone de manifiesto que, si continúa evolucionando de modo natural, será con seguridad inminente la producción del daño en caso de que no se intervenga para impedirlo"[65]*.*

Adicionalmente, el mal o el daño no debe ser evitable por un procedimiento menos perjudicial, es decir, que el sujeto no cuente con otros medios lícitos que le permitan evitar el riesgo al que se expone el bien jurídico que pretende proteger.

En cuarto lugar, respecto a la intensidad del daño causado a los bienes jurídicos involucrados, un sector de la doctrina ha señalado que este presupuesto implica un ejercicio de ponderación a partir de las siguientes proposiciones: "los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; y la protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior

[65] *Ibídem*, página 680.

incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales"[66]*. Bajo ese entendido, queda en evidencia la jerarquización de los bienes jurídicos en juego, donde por ejemplo la vida tiene prevalencia sobre el patrimonio económico.*

Asimismo, el necesitado no debe tener el deber jurídico de afrontar el daño o mal, puesto que tiene la obligación de asumir ese riesgo como consecuencia del ejercicio de una profesión, la ley, un contrato, acuerdo y también por la asunción voluntaria del riesgo[67]*. En otras palabras, la acción de quien alega la justificante pierde eficacia cuando esa persona en cuya ayuda acude está obligada a sacrificarse, por cuanto aquellas personas tienen deber jurídico por su especial condición para contrarrestar el peligro.*

Por último, el mal menor no puede ser la consecuencia de un acto doloso o imprudente de aquél que invoca la justificante para beneficiarse de ella, puesto que debe constarse que la intencionalidad del sujeto esté dirigida a la protección del bien jurídico o de un derecho."[68]*.*

Al revisar el expediente se avizora la inexistencia de prueba soportando que el enjuiciado podría haber estado amparado por dicha causal, es más, al verificar las afirmaciones expuestas por el defensor encuentra la Sala que nada hizo el profesional del derecho para

[66] *Ibídem*, página 684.
[67] VELÁSQUEZ FERNANDO, Manual de Derecho Penal parte general, ediciones jurídicas ANDRÉS MORALES, cuarta edición 2010, página 505.
[68] Radicado 158945 del 05 de diciembre de 2018, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tribunal Superior Militar y Policial.

insistir al procesado y a su familia a fin de arrimar al paginario prueba que permitiera colegir que el enjuiciado actuó amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, sin que sea justificación la simple manifestación que no tuvo tiempo para ello, cuando tuvo seis (6) días antes de la audiencia de corte marcial para conseguir las pruebas que considerara necesarias en defensa de su procurado, o bien pudo haberlas solicitado en la vista pública, lo cual no hizo[69] porque simplemente no contaba con estas.

Basta este recorrido para dejar por sentado que al procesado se le han respetado todas y cada una de las garantías constitucionales y legales en el discurrir procesal.

En este contexto, razón le asiste a los apelantes cuando manifestaron en sus escritos verticales que el procesado llevaba más de un año prestando el servicio militar y dada la instrucción recibida y el tiempo en las filas era plenamente conocedor que al no presentarse a la finalización de un permiso incurría en la comisión del delito de deserción; que tuvo conocimiento que en su contra se seguía un proceso penal por estos hechos y no hizo ningún esfuerzo por comparecer ante los diferentes estrados judiciales que lo citaron a rendir las explicaciones del caso, ni solicitó o aportó pruebas directamente o a través de su defensor que condujeran a exonerarlo de responsabilidad o predicar en su favor alguna causal de ausencia de responsabilidad.

[69] Ver acta de Corte Marcial, folio 241 del C.O. 2.

Se advierte entonces, que de las pruebas obrantes en el *dossier* está plenamente demostrado que para la fecha de los hechos el enjuiciado no mantenía unión marital de hecho ni era casado, tampoco tenía hijos, según lo reportó bajo la gravedad del juramento en el freno extralegal que suscribió al momento de su incorporación[70], y si bien pudo adquirir tales obligaciones como lo manifestó su progenitora[71], es decir, tener una compañera permanente y un hijo, no obra prueba de ello en el paginario, ni mucho menos que tal condición le haya impedido continuar prestando el servicio militar.

Según lo reportado por la Directora de Registro y Gestión de la Información[72] el acusado o su familia no hacían parte de víctimas de la violencia o desplazados, además la Dirección Seccional de Medicina Legal de San José de Cúcuta certificó que FJM no figuraba como desaparecido[73], información que aunada a lo manifestado por el SLR. FJM al secretario de la Fiscalía 17 Penal Militar[74], en el sentido que se encontraba trabajando en Pacheli, corregimiento de las Mercedes –Tibú- (Norte de Santander), hace naufragar los argumentos expuestos por el *A quo* en la decisión censurada cuando sostuvo que "*(…) Por todos es conocido que prácticamente toda la región del Catatumbo permanece con el orden público alterado, allí confluyen todos los agentes generadores de violencia, esto es, integrantes del*

[70] Ver folio 7 del C.O. 1.
[71] Según se plasmó en la constancia visible a folio 167 del C.O. 1.
[72] Ver folio 66 del C.O. 1.
[73] Ver folio 62 *ídem*.
[74] Como se afirmó en la constancia visible a folio 167 del C.O. 1.

ELN, del EPL, de las FARC, de los paramilitares, contrabando, narcotráfico, en fin, sería del caso preguntarnos si ese señor soldado de la patria no pudo haber sido amenazado, coaccionado u obligado para que no retornara a las filas castrenses (…).”[75]. Nótese que ninguna circunstancia de las planteadas por el fallador son predicables en el caso concreto, pues resáltese que fue el mismo procesado quien adujo trabajar justamente en la zona, es decir, que se encuentra en condiciones estables y que de haber sido amenazado o coaccionado para no retornar a las filas lo hubiera manifestado al despacho judicial justamente cuando se comunicaron telefónicamente con él.

Así mismo, se determinó que el acusado no registra historia clínica por tanto nunca fue atendido por sanidad militar, ni remitido a red externa contratada por ese establecimiento de salud[76], luego no podría pensarse que el SLR. FJM presentó algún quebranto de salud o que se encontraba enfermó para no retornar, todo lo cual deja sin asidero lo argumentado por el fallador cuando expresó: *“(…) quedan serias dudas en torno a la posible existencia de alguna causal de justificación o de ausencia de responsabilidad en cabeza del procesado, pues no se logró demostrar, como se viene pregonando, las razones que le pudieron haber asistido para proceder de la manera conocida. Quedando aún de manera nítida e incólume la presunción de inocencia que le asiste al SLR. FJM, emergiendo así dudas que no son posible eliminarlas en este momento (…).”*[77].

[75] Folio 275 del C.O. 2.
[76] Conforme se reportó en oficio 001789 del 06 de septiembre de 2017, visto a folio 141 del C.O. 1
[77] Ver folio 276 del C.O. 2.

En suma, lo que surge del plexo es que los funcionarios que tuvieron a su cargo la investigación adelantaron las labores investigativas necesarias, tendientes a lograr la comparecencia de FJM y su familia, apreciándose en todo momento su renuencia para acudir ante la justicia, presencia que le era exigible desde todo punto de vista.

Ahora bien, deja entrever el *A quo* que no hubo una investigación integral cuando afirmó que "*(…) no se logró escuchar al procesado, no se logró escuchar a ninguno de sus familiares, no hay certeza sobre la responsabilidad subjetiva del acusado. En conclusión, no se conoce que pudo haber ocurrido aquel 25 de agosto de 2016 para que el SLR. JMF no se hubiera presentado a sus superiores. (…)*"[78] y con base en ello estructura la duda para absolver al procesado, al considerar que no se logró demostrar las razones que le asistieron a FJM para proceder de la manera conocida.

Cuando nos referimos a la investigación integral aludimos al principio del debido proceso previsto en el artículo 469 de la Ley 522 de 1999, consistente en una garantía que la ley reconoce en favor del procesado y que le impone al servidor judicial la obligación de decretar y practicar las pruebas que se ofrezcan razonablemente indispensables en orden a verificar las citas y las afirmaciones que en ejercicio de su derecho material de defensa realice el sindicado en sus intervenciones procesales, así como

[78] Ver folio 274 del C.O. 2.

disponer aquellas que solicita aquél y/o el defensor que lo asista, siempre que resulten conducentes y procedentes para demostrar el fundamento de sus explicaciones, tiendan a demostrar su inocencia o atenuar su responsabilidad penal.

De esta manera cuando se reclama el quebrantamiento del principio de investigación integral, se debe indicar con suficiencia cuáles fueron los medios de convicción que se dejaron de practicar, su fuente, la pertinencia, conducencia, utilidad y trascendencia, lo cual necesariamente debe emanar de su confrontación lógica con el restante acervo probatorio recaudado, al punto de demostrar que de haberse practicado su sentido habría sido favorable al acusado, puesto que la no práctica de determinada diligencia no puede calificarse de entrada como desconocedora de ese principio, en tanto el funcionario judicial dentro de la órbita de sus atribuciones y conjugando los criterios de economía, celeridad y racionalidad, está facultado para decretar, bien de oficio, ora a petición de los sujetos procesales, solamente la práctica de las pruebas que sean de interés para la investigación, procurando siempre el mejor conocimiento de la verdad[79].

En estas condiciones, para que un juez de instancia pregone la violación al deber de investigación integral, no basta enlistar la omisión probatoria en sí misma considerada bajo juicios inciertos e hipotéticos, tal cual sucedió, sino su relevancia real

[79] Radicado 25.260, del 23 mayo 2006, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

frente a los hechos establecidos a lo largo de la investigación a través de los elementos de convicción allegados al plenario, con miras a afectar la lógica argumentativa y conclusiones elaboradas por el ente acusador, pues sólo así se podrá evidenciar la trascendencia de la omisión probatoria y su idoneidad para traer al expediente un conocimiento más real sobre los hechos[80].

Bajo los presupuestos expuestos, no encuentra la Sala que el juez haya acometido un análisis serio y profundo que lo llevará a concluir que era factible aplicar el *in dubio pro reo,* que no era posible inferir el dolo en el actuar del procesado, que se podía estructurar una causal de ausencia de responsabilidad a favor del encartado, o que se vislumbraba una verdadera ausencia de investigación integral en este asunto, razones por las cuáles se entrará a proferir la sentencia de reemplazo, como ya se había advertido, en tanto, conforme a los planteamientos de los recurrentes y el agente del Ministerio Público ante esta instancia, se dan los presupuestos anunciados *ut supra* para ello.

Así entonces, se observa en el plenario que la Fiscalía 17 Penal Militar con resolución del 15 de junio de 2018[81] acusó al SLR. FJM como autor del delito de deserción, conducta sobre la que versó el juicio y que ahora concita la atención de esta Sala de Decisión para resolver el recurso de alzada.

---

[80] Radicado 41192, del 20 noviembre de 2013; radicado 44334, del 20 agosto de 2014, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[81] Ver folio 181 y ss., del C.O. 1.

El reato en comento tutela el bien jurídico del Servicio, el cual es definido a las voces del artículo 109 numeral 2° de la Ley 1407 de 2010[82], así:

> *"DESERCIÓN. Incurrirá en arresto de ocho (8) meses a dos (2) años, quien estando incorporado al Servicio militar realice alguna de las siguientes conductas:*
>
> *1. No se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado.".*

Respecto del punible en comento, vale recordar que este Colegiado en múltiples oportunidades se ha pronunciado sobre su naturaleza y características, precisando que corresponde a un tipo penal compuesto de carácter especial, en la medida que describe una pluralidad de comportamientos que contienen ingredientes normativos particulares y autónomos que los identifican.

Esta conducta punible registra la presencia de un sujeto activo calificado, que no simplemente corresponde al militar o policial en servicio activo, sino que además, éste debe estar prestando el servicio militar y en virtud de ello ostentar la calidad de soldado o infante de marina regular, bachiller o

[82] Norma vigente para la fecha de los hechos materia de investigación.

campesino, auxiliar de policía o auxiliar bachiller, conforme a lo establecido en el artículo 216 de la Carta Política y la Ley 48 de 1993[83] -norma por la cual fue incorporado al Ejército Nacional-.

El tipo penal en referencia está diseñado para proteger el bien jurídico del Servicio, describiendo un comportamiento que se agota con la acción del autor que no requiere la producción de un resultado, actuar omisivo y eminentemente doloso que se concreta en el incumplimiento del deber de presencia y permanencia que le asiste al uniformado en observancia del mandato constitucional y legal encomendado; tipo penal en el que objetivamente incurrió el hoy enjuiciado, pues superó el margen de los cinco (5) días que demanda el numeral segundo del artículo en cita, en tanto se ausentó sin permiso de sus superiores desde el 25 de agosto de 2016 sin que luego de ello haya regresado a culminar con el servicio militar.

Tal ausencia fue advertida por el Comandante del Escuadrón Corcel, CT. MFVB, al informar que el SLR. FJM no retornó luego de un permiso de nueve (9) días que por calamidad doméstica le fuera concedido por parte del Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5, sin que fuera posible comunicación

[83] El artículo 13 de la Ley 48 de 1993, estableció: "*MODALIDADES PRESTACIÓN SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.*
Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:
a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses.
b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.
c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.
d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.".

alguna a través de los abonados telefónicos reportados por aquél al momento de su incorporación[84].

Este oficial en declaración rendida al juzgado instructor indicó bajo la gravedad del juramento que se ratificaba del informe base de esta investigación. Agregó que el soldado se encontraba en el área de operaciones y al comentar que su hermana había fallecido se procedió a solicitar permiso al comando del grupo para extraerlo y darle el permiso correspondiente; arguyó que se contactó con la familia para verificar la muerte de su colactánea y en el mismo momento se les informó la fecha en que FJM debería hacer presentación nuevamente en la unidad[85].

Como se analizó *ut supra* el enjuiciado reunía la calidad de sujeto activo de la conducta[86], aprovechó el permiso que se le concedió por la calamidad familiar que se le presentó sin que a partir de allí regresara a continuar prestando el servicio militar al que accedió voluntariamente en aras de cumplir con lo mandado por el artículo 216 constitucional, es decir, ejecutó la conducta con voluntad y sin existir ningún antecedente en filas que lo llevara a tomar esa decisión, según lo dio a conocer el CT. MFVB.

Además, de las pruebas testimoniales[87] y algunas documentales[88] allegadas a la investigación, se

[84] Informe de novedad suscrito por el CT. MFVB, folio 2 del C.O. 1.
[85] Declaración rendida por el CT. MFVB, folio 99 Y SS., *ídem*.
[86] Folio 4 al 19 *ídem*.
[87] Declaración rendida por el SS. JASM visible a folio 70 del C.O. 1; CT. MFVB, vista a folio 99 *ídem*; y testimonio del SLR. CARV, folio 102 *ídem*.

evidencia sin dubitaciones que en su etapa de formación castrense venia recibiendo capacitación sobre los delitos militares que podía incurrir en su condición de soldado del Ejército Nacional, con lo cual se demostró su conocimiento acerca de que su proceder se podía adecuar a una infracción penal.

Es evidente que la conducta adoptada por el SLR. FJM pugna con el ordenamiento jurídico en su conjunto, pues no solamente abandonó sus deberes como soldado del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 del Ejército Nacional, sino que, conjuntamente, con ello menguó materialmente la capacidad operacional de la unidad afectando así el normal cumplimiento de las misiones asignadas en el área de confluencia para lo cual lo venían preparando, en tanto sus superiores debieron sacarlo del área y reemplazarlo con otro uniformado que cumpliera con las tareas destinadas para él, en otras palabras, hubo una real perturbación a uno de los pilares de la Fuerza Pública, el Servicio, bien jurídico supraindividual cuya titularidad le pertenece a toda la colectividad, sin que se vislumbre la estructuración de causal alguna de justificación para su conducta.

Lejos de poderse plantear causal alguna de ausencia de responsabilidad a su favor, como ya se analizó, encuentra ésta Sala de Decisión que el encausado durante la prestación del servicio siempre se mostró como una persona cumplidora de sus deberes como lo

[88] Informe de novedad suscrito por el CT. MFVB, folio 2 *ídem*; oficio 8694 del 28 de septiembre de 2016 suscrito por el TC. WLFL, Comandante del Grupo de Caballería No. 5, ver folio 1 *ídem*.

mencionó su superior inmediato[89], al igual que como lo indicó el fallador en la sentencia, llevaba más de un año prestando el servicio militar de manera continua sin problema alguno, tenía buen comportamiento y no presentaba antecedentes judiciales, sin embargo estas circunstancias no son óbice para que de ello se pueda colegir que no abandonaría las huestes militares tal y como lo hizo.

En igual sentido el SLR. CARV[90], aunque dijo no conocer las razones por las cuáles su compañero abandonó el servicio militar, aseguró que FJM tenía pleno conocimiento de la fecha en que debía volver a la unidad y aseguró que él no tenía problemas con los demás miembros del grupo ni con los superiores.

Finalmente, del material probatorio reseñado se infiere que el procesado obró con culpabilidad[91] respecto del injusto típico de deserción normado en el artículo 109.2 del Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010-, es decir, consumó la conducta conscientemente, dando lugar a un juicio de reproche en cuanto actuó en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente[92].

---

[89] Así lo afirmó el SS. JASM, ver folio 71 del C.O. 1.
[90] Diligencia de declaración vista a folio 102 *ídem*.
[91] "*Es claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.*" Sentencia C-370 de 2002.
[92] REYES ECHANDÍA, La culpabilidad. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1982.

Sin lugar a dudas el encausado contaba con la capacidad de conducta –exigibilidad sistemática- en tanto podía comprender y determinarse conforme a ello. Se trataba de un joven de 20 años de edad[93], con nivel educativo de primaria[94], sin que para la fecha de los hechos se haya probado que presentara trastorno mental o inmadurez psicológica, ni diversidad sociocultural o estados similares que obnubilaran su intelecto.

Tenía conciencia de la antijuridicidad de su actuar, pues como ya se explicó había recibido capacitación en Justicia Penal Militar y por ende sabía que abandonar el servicio le acarrearía consecuencias penales, no obstante, aprovechó el permiso que le fue otorgado por el fallecimiento de su hermana para no regresar a la unidad, ni brindó las explicaciones del caso, pese a tener conocimiento que se seguía un proceso en su contra por esos hechos.

Mírese cómo su conducta no le mereció arrepentimiento alguno, en tanto al momento en que el secretario de la Fiscalía 17 Penal Militar tomó contacto con él, simplemente se limitó a indicar que trabajaba en el corregimiento Pacheli de Tibú (Norte de Santander), sin dar mayor importancia a lo que se le estaba informando, pues a partir de allí se perdió todo rastro con él y nunca se volvió a localizar en los sendos números de celular que le figuraban, sumado a que no le importó asistir a la corte marcial programada y a él comunicada por parte del defensor,

[93] Teniendo en cuenta la fecha de los hechos y la de nacimiento del investigado –de acuerdo a la contraseña de la cedula de ciudanía aportada al proceso a folio 65, C.O.1.
[94] Folio 6, C.O.1.

esto es, que si en gracia de discusión se predicara que para el momento de los hechos no sabía que su conducta era ilegal, posteriormente tuvo la oportunidad de rendir las exculpaciones necesarias lo cual no hizo, demostrando con ello su estado de conciencia respecto del ilícito aquí investigado.

De contera, dado los aspectos ya analizados, le era exigible actuar de otra manera y conforme a derecho, lo cual no hizo; en cambio sí, decidió a *motu proprio* abandonar el servicio aprovechando el permiso que se le otorgó.

En síntesis, los presupuestos procesales para dictar sentencia condenatoria se encuentran satisfechos, como así se pronunciará la Sala en la parte resolutiva al revocar la decisión absolutoria proferida por el *A quo* que fuere objeto de impugnación, accediendo así a las pretensiones de los apelantes en tanto aflora más allá de la duda razonable que acogió el fallador de instancia, que el procesado debe ser declarado penalmente responsable por la conducta endilgada, de acuerdo a los elementos de juicio valorados adecuadamente en este proveído, y bajo este contexto se asentirá con lo solicitado por el agente del Ministerio Público ante esta instancia.

En cuanto al proceso de individualización judicial de la pena se deben fijar primero los límites mínimos y máximos de los delitos, lo que condiciona el ámbito de movilidad punitiva; luego se determinan los factores de atenuación y agravación y se selecciona aquel en

que deba atemperarse la sanción, la que se concretará con sujeción a los criterios de daño real y fines de la pena, que incumben de modo directo a este asunto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, se han de fijar los límites de la pena única de privación de libertad para el delito de deserción contemplado en el artículo 109 del Código Penal Militar[95], sanción que oscila de ocho (8) a veinticuatro (24) meses de prisión, lo cual conlleva a establecer que cada cuarto es de cuatro (4) meses, siendo esta la deducción:

Primero: de 8 a 12 meses. (*Cuarto mínimo*)
Segundo: de 12 meses y 01 día a 16 meses. (*Cuarto medio*)
Tercero: de 16 meses y 01 día a 20 meses. (*Cuarto medio*)
Cuarto: de 20 meses y 01 día a 24 meses. (*Cuarto máximo*)

Como no se argumentaron circunstancias de mayor punibilidad en la resolución de acusación, la pena principal para este delito se atempera al cuarto mínimo aludido, debiendo ser la de ocho (8) meses de prisión, como autor responsable del punible de deserción.

La ejecución de la pena se hace necesaria en tanto con ella se buscan los siguientes fines, a saber: *i)* preventivo, que se cumple esencialmente al imponer la sanción, frente a la amenaza que representa la violación de las prohibiciones; *ii)* retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial

[95] Ley 1407 de 2010.

de la pena y, *iii)* resocializador, que orienta el cumplimiento de la misma de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional acogidas[96].

Baste lo anterior para señalar que el enjuiciado debe responder por un comportamiento que trasgredió la órbita del derecho penal, mediante el cumplimiento de la sanción asignada que resulta justa y proporcional con la conducta desplegada por éste, compatible con los derechos humanos en la medida que la sanción tiende a la resocialización del condenado, esto es, a su incorporación a la sociedad con lo cual, además, se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia militar.

No se le impondrá la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, ni la interdicción de derechos y funciones públicas por mandato expreso del

---

96 Sobre el particular baste recordar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-647 de 2001, MP. DR. ALFREDO BELTRÁN SIERRA: "*(…) Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por la ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal (…)*".

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural (…).
La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma (…)".

artículo 51 de la Ley 1407 de 2010[97]. Tampoco se le otorgará el mecanismo de suspensión condicional de la ejecución de la pena, por expresa prohibición del numeral 3° del artículo 63 de la obra en cita[98], pena que deberá ser ejecutada por el Juzgado Trece de Brigada del Ejército Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 584 de la Ley 522 de 1999.

Consonante con lo anterior el Juez Trece de Brigada del Ejército Nacional, actuando como juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, deberá librar las correspondientes ordenes de captura en contra del SLR. FJM y una vez capturado determinará el lugar de reclusión para el condenado; en todo caso deberá garantizar que no eluda la acción de la justicia y que cumpla la pena impuesta.

Finalmente, sea procedente aclarar que contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional[99], con miras a obtener de la Corte Suprema de Justicia su pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar

---

[97] *"Artículo 51. Penas accesorias a la de prisión. La pena de prisión impuesta a los miembros de la Fuerza Pública, implica las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal, salvo en delitos contra con el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión.*
Cuando se trate de delitos culposos sancionados con prisión, no habrá lugar a la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública.
Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en este Código, sobre criterios para fijar la pena.".

[98] *"Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos: (…) 3. Que no se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, el honor, la seguridad de la Fuerza Pública, la Administración Pública, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, salvo los delitos culposos.".*

[99] En tanto el delito por el cual se condenó al procesado no conlleva una pena cuyo máximo excede 8 años de pena privativa de la libertad.

posturas conceptuales, actualizar la doctrina o para abordar un tópico aún no desarrollado, ora para asegurar la garantía de derechos fundamentales[100], recurso que de interponerse se guiará por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal de 2000 –Ley 600 de ese año-, de conformidad con lo ordenado recientemente por el máximo órgano de cierre en lo penal dentro de los procesos 49522(15-11-17), MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA; AP6766-2017, radicado No. 49808(11-09-17), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA; AP6540–2016, radicado No. 48713 (28-09-16), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA[101].

En mérito de lo expuesto la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: ATENDER los argumentos de los apelantes, y por ello revocar la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Trece Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, de data 28 de agosto de 2018, conforme a las consideraciones esbozadas en esta providencia.

---

[100] Artículo 205 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 368 de la Ley 522 de 1999.
[101] Cfr. con los radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

SEGUNDO: CONDENAR, en consecuencia, al **SLR. FJM**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.005.044.132 expedida en Tibú (Norte de Santander), como autor responsable del delito de deserción contemplado en el numeral 2° del artículo 109, capítulo III, título II del Código penal Militar -Ley 1407 de 2010-, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: IMPONER, por consiguiente, al **SLR. FJM** la pena principal de ocho (8) meses de prisión, de acuerdo a los argumentos plasmados en esta sentencia.

CUARTO: ABSTENERSE de imponer las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas, por mandato expreso del artículo 51 de la Ley 1407 de 2010.

QUINTO: NEGAR el otorgamiento del mecanismo de suspensión condicional de la ejecución de la pena, por expresa prohibición del numeral 3° del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010.

SEXTO: DISPONER que el Juez Trece de Brigada del Ejército Nacional actuando como el funcionario a quien le corresponde ejecutar las penas y medidas de seguridad, al tenor de lo consagrado en el artículo 584 de la Ley 522 de 1999, libre las correspondientes ordenes de captura en contra del SLR. FJM y una vez capturado determine el lugar de reclusión para el condenado, garantizando que no eluda la acción de la

justicia y que cumpla la pena impuesta, tal como se determinó en este proveído.

SEPTIMO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación discrecional, que podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	158978.
Procedencia:	Juzgado Once de Brigada
Procesado:	SLR. CASV
Delito:	Del centinela en concurso heterogéneo con lesiones personales culposas y tentativa de homicidio
Motivo de alzada:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión:	Modifica decisión

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). -

I. ASUNTO A RESOLVER

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 18 de junio de 2018[1] proferida por el Juzgado Once Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, con sede en Bogotá D.C., por medio de la cual condenó al SLR. (R) CASV como autor responsable del delito del centinela en concurso heterogéneo con lesiones personales culposas y tentativa de homicidio, a la pena principal de 117,6 meses de prisión y multa de 6.932 salarios mínimos

[1] Ver folio 292 y ss., del C.O. 2.

legales mensuales vigentes, así como a las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública, interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un término de tres (3) años, sin beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Fueron precisados en la resolución de acusación, de la siguiente manera:

> *"El día 30-jul-14, el SLR. CASV, a las 10.30 horas, habiendo sido nombrado para prestar el servicio de centinela, dejó el puesto que ya había recibido, para dirigirse al rancho de la unidad.*
>
> *Una vez en el rancho de tropa o cocina del lugar, amenazó con disparar a la humanidad del SLR. MPH, colocándole el fusil – que se hallaba cargado-, a la altura de su abdomen, quien se defendió quitando el arma de su cuerpo, en el mismo instante en que el agresor accionó el disparador del arma, siendo herido de manera grave en su humanidad el también SLR. CNN, quien se hallaba en el mismo recinto."*[2]

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 Por los hechos que se vienen de referir el Juzgado 96 de Instrucción Penal Militar el 31 de julio de 2014[3] inició indagación preliminar contra el SLR. CASV, delito por establecer, con base en la cual

[2] Folios 200 a 201 del C.O 2.
[3] Folios 48 a 49 del C.O 1.

el 1° de octubre siguiente[4] abrió formal investigación contra el mismo militar por el delito de lesiones personales, a quien vinculó mediante indagatoria el 18 de noviembre del mismo año[5] y resolvió su situación jurídica provisional el 17 de diciembre posterior[6], absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento por los injustos del centinela, tentativa de homicidio y lesiones personales.

3.2 Perfeccionada la instrucción, el proceso fue enviado a la Fiscalía 29 Penal Militar, la que el 17 de junio de 2015[7] declaró el cierre de la investigación y el 21 de septiembre siguiente[8] calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra del SLR. CASV por los punibles del centinela, en concurso heterogéneo con lesiones personales culposas y homicidio en el grado de tentativa.

3.3 Agotada la fase calificatoria, el expediente se remitió al Juzgado Once de Brigada del Ejército Nacional, despacho que el 20 de octubre de 2017[9] realizó el control de legalidad, corrió traslado para las solicitudes probatorias y más adelante fijó fecha para la celebración de la audiencia de corte marcial que tuvo lugar el 16 de mayo de 2018[10]; concluido el debate probatorio, el 18 de junio de la misma

[4] Folios 63 a 64 del C.O 1.
[5] Folios 95 a 99 del C.O 1.
[6] Folios 115 a 134 del C.O 1.
[7] Folio 175 del C.O 1.
[8] Folios 200 a 227 del C.O 2.
[9] Folio 238 del C.O 2.
[10] Folios 266 a 277 del C.O 2.

anualidad profirió decisión de fondo[11], en la que condenó al acusado por los delitos y a la pena precedentemente anotada, decisión contra la que la defensa, inconforme, presentó recurso de apelación[12] que hoy ocupa la vista de este Juez Colegiado.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El *A quo* empezó diciendo que para el momento de los hechos el procesado se encontraba realizando una función propia del servicio, en su condición de soldado regular; dado de alta mediante acto administrativo, con apariencia de total legalidad, dentro del sexto contingente de 2013 y asignado al Batallón de Alta Montaña No. 1 del Ejército Nacional con sede en Fusagasugá (Cundinamarca).

Aclaró que para el día del suceso el uniformado había sido nombrado para realizar el segundo núcleo en el turno de centinela de 10:00 a 12:00 horas, conforme a la orden del día No. 020 del Comando del Pelotón Diamante No. 4; que del puesto asignado decidió apartarse y dirigirse al rancho de tropa, tal como se desprende de la prueba testimonial y principalmente del mismo dicho del justiciado, por lo que su comportamiento se adecúo en el tipo penal del centinela.

Manifestó, con relación al delito de lesiones personales, que la prueba es indicativa que el procesado creó un riesgo jurídicamente desaprobado, al

[11] Folios 292 y ss., del C.O 2.
[12] Folios 347 a 350 del C.O 2.

desatender las medidas de seguridad impartidas por sus superiores en el manejo de las armas de fuego al retirar de la recámara del fusil el cartucho de la vida, lo que se concretó en el resultado dañoso.

Aseguró que: *"(…) el procesado advierte en su injurada que tenía el arma cargada y por ende no tenía el cartucho de la vida y al estar "chanceándose" con el SLR. MPH, como lo indica en su indagatoria fue que se produjo el disparo, lo que denota que antes de manipular el arma no verificó su estado y la accionó sin constar la dirección del proyectil que finalmente detonó en el cuerpo de su compañero de armas SLR. CNN (…).la infracción al deber objetivo de cuidado imputado se refleje en la inadecuada selección y utilización de los medios para llevar a cabo la manipulación como comportamiento final y en haber accionado el arma sin existir un peligro inminente que comprometiera su vida o la de sus compañeros de fuerza."*[13].

Completó que: *"(…) el arma al momento de ser manipulada estaba con el proveedor puesto, un proyectil en la recámara y sin el cartucho de la vida, igualmente dirigida a un objetivo al que no se pensaba disparar y sin que se verificara antes de oprimir el disparador la dirección que seguiría el proyectil, hecho que genera el nexo de determinación, pues la vulneración de las medidas de cuidado generaron* (sic) *el resultado, esto es, la lesión al SLR. CNN realizada dentro del ámbito prohibido."*[14].

Sostuvo: *"(…) no se advierte probatoriamente la existencia de causales de ausencia de responsabilidad penal, menos aún la referida por el defensor en la Corte*

[13] Folios 320 a 321 del C.O. 2.
[14] Folio 322 del C.O. 2.

Marcial como caso fortuito o fuerza mayor, pues el hecho pese a que era irresistible era totalmente previsible como se dejó entrever, elemento estructural para que se configure la causal invocada(…)"[15].

Dijo que: *"el SLR. CASV, era consiente que manipuló el arma de dotación sin verificar la existencia de proyectiles en su recámara y sin observar la dirección que seguiría el proyectil, cuando conocía la orden de seguridad para el manejo del arma de fuego que lo prohibía."*[16].

Frente al reato de tentativa de homicidio aseguró que los testimonios vertidos por el SS. MEAN y por los Soldados MPH, JFUC, CNN, OENV y BOM, permiten confirmar la tesis que el procesado *"(…) realizó actos idóneos para atentar contra la vida del soldado MPH, actos idóneos dado que encontró un instrumento letal para afectar a la humanidad como lo era su arma de dotación y realizó todos los actos consecutivos para el empleo de dicha arma en tal propósito como fue desasegurarla y accionarlo, quedando en tentativa porque no se ve el resultado debido a una acción ajena a él."*[17].

Subrayó que el resultado no se dio debido a la acción del SLR. MPH, quien instintivamente le corrió la trompetilla del fusil con el que le apuntó CASV, siendo ahí cuando se causaron las lesiones al Soldado CNN que le ameritaron una incapacidad definitiva de cincuenta (50) días, con una deformidad de carácter permanente y una perturbación funcional en el brazo izquierdo.

[15] Folio 324 del C.O. 2.
[16] Folio 325 del C.O. 2.
[17] Folio 327 del C.O. 2.

Refirió que la prueba es indicativa acerca de que CASV cuando abandonó su puesto de servicio y se dirigió al rancho golpeó con la culata de su fusil al SLR. MPH y *"(…) que ante el reclamo de este dirige su arma de dotación, fusil, contra el pecho del SLR. MPH y lo hace consciente…si se verifica la actuación, la amenaza, hacia donde dirige un elemento que puede generar la muerte y lo dirige contra un sitio vital de la persona, podemos hablar que hay una clara intención de causa un resultado en la humanidad de MPH la cual era la muerte."*[18].

Expresó que: *"(…) CASV a motu proprio dio iniciación a la ejecución del hecho punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, hasta el punto de apuntar y disparar el fusil a su compañero MPH, pero impactó al SLR. CNN (…) asumió con plena conciencia una actitud que bien hubiera podido acabar con la vida del SLR. MPH ante su proceder doloso (…)"*[19].

Destacó *"(…) CASV actuó cuando tenía el fusil cargado, es decir, con un cartucho alojado en la recámara, siendo conocedor de ello, pues se trataba de su propia arma, a la cual ninguna persona tenía acceso, pues era su propia e indelegable responsabilidad (…) El fusil estaba desasegurado, la ubicación del seguro del arma que requiere el acto cognitivo de querer situar el arma en una posición apta para efectuar el disparo, movimiento que hizo el procesado antes o simultáneamente al instante del disparo (…) En el momento de los hechos el arma estaba en sus manos y el sindicado tuvo el dedo sobre el disparador, lo que equivale a tener la plena intención alimentada por*

[18] Folios 327 a 328 del C.O. 2.
[19] Folios 330 a 328 del C.O. 2.

el elemento anterior (…) Efectivamente CASV efectuó el disparo con el pleno convencimiento que impactaría a MPH, solo que este en oportuna maniobra previsiva, desvió el arma para que no tocara su humanidad (…).”[20].

Con el anterior sustento, al encontrar acreditadas las exigencias del canon 396, condenó al acusado a la pena y por los delitos precedentemente anotados.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa inició por manifestar que no pretende que se decrete la ilegalidad de la incorporación de su cliente a la prestación del servicio miliar, sino que se reconozca que éste estaba exento para ello por su condición de desplazado mucho antes que fuera incorporado a las filas del Ejército Nacional.

Seguidamente, con relación a la tentativa, aseguró que su representado nunca tuvo “*(…) la intención dañosa de lesionar a su compañero CNN u/o* (sic) *atentar contra la vida del SLR. PHM. Su intención de desplazamiento al rancho era el de reclamar una arepa, según su dicho no había desayunado. Si su fusil no tenía el cartucho de seguridad no era con el propósito de entrar a agredir a alguien, menos a sus compañeros, fue por total imprudencia en la aplicación del manejo del decálogo de las armas. De igual manera no está probado que momentos antes o en ese instante hubiese desasegurado el fusil para accionarlo en la humanidad de su compañero MPH.”*[21].

[20] Folios 329 a 330 del C.O. 2.
[21] Folio 348 y ss., del C.O. 2.

Dijo que: *"Hay total equivocación por parte del ente fallador al firmar "que CSAV ya había desasegurado el arma y montado antes de llegar al rancho para solo accionarla haciendo que el proyectil impactara en la humanidad de CNN". Lo que nos daría a entender que el SLR. CASV HABÍA premeditado los hechos. Al respecto no se sabe con exactitud cuánto tiempo hacía que tenía el fusil desasegurado. Me pregunto: ¿Acaso había un motivo previo, de peso como para que CASV entrara con la intención de lesionar a sus compañeros? Al respecto, el señor MPH dice que no había tenido ningún problema con anterioridad con CASV ni con CNN."*[22].

Agregó: *"Lo que sí argumenta el declarante es que el soldado CASV desde la instrucción era mal soldado, le llamaban la atención, no colaboraba y consumía sustancias alucinógenas, lo que le pudo haber alterado su siquis. MPH acepta que el día anterior si les pidieron estar alerta. (Fl. 53 al 57)"*[23].

Y, añadió: *"En la providencia recurrida se habla de actos idóneos, dado que usó un instrumento letal para afectar la integridad de sus compañeros como lo era el arma de dotación. No. En ningún momento. El señor CASV tenía el fusil como arma de dotación porque estaba de servicio en el momento, sí tuvo una aptitud* (sic) *imprudente frente al debido manejo de las armas infringiendo la aplicación del decálogo de las mismas. Pero nunca fue su intención de lesionar a sus compañeros. Todo se debió a la imprudencia y como lo dice el mismo encausado por una "chanza o broma" con el resultado ya conocido."*[24].

[22] Folio 349 del C.O. 2.
[23] Folio 349 del C.O. 2.
[24] Folio 349 del C.O. 2.

Con base en los anteriores argumentos pidió revocar el fallo apelado y absolver a su procurado judicial de punible de tentativa de homicidio.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 7 Judicial II Penal, solicitó confirmar la sentencia condenatoria en relación con el delito del centinela y absolver al enjuiciado frente al punible de homicidio en grado de tentativa.

En efecto, dijo que la condición de víctima del conflicto armado del procesado "*(…) no se constituye en causal excluyente de responsabilidad respecto del delito del centinela, pues esa circunstancia no tiene relación alguna con las razones que le llevaron a desatender el turno de centinela que debía cumplir de 10:00 a 12:00 el día 20 de abril de 2014, cuando decidió "separarse de su puesto", para dirigirse al rancho en busca de comida. Independiente de su condición de víctima de la violencia, una vez en las filas del Ejército Nacional, el encartado debía cumplir las directrices y órdenes impartidas por sus superiores (…)."*[25].

Con relación al punible de homicidio en el grado de tentativa, expresó que aunque la defensa en su escrito no apuntaló su argumento con el análisis de las pruebas, sí es lo cierto que al analizar éstas la razón se pone de su lado, en tanto que a partir de las pruebas no aparece acreditado el elemento subjetivo o de intencionalidad que se demanda para la estructuración del comportamiento, pues "*(…) la razón*

[25] Folio 358 del C.O. 2.

que llevó al encartado a dirigirse al rancho, no fue otra que buscar lo que había quedado del desayuno para "repelar". Su motivación no fue buscar a su compañero MPH para acabar con su vida."[26].

Refirió que los testimonios de los soldados regulares MPH, JFUC, CNN, OENV, son contestes en indicar que se trató de un acto imprudente y no intencional, al dirigirse al rancho con el fusil desasegurado, desatendiendo las instrucciones impartidas, a buscar algo de comer, que estando allí le pegó en la espalda al SLR. MPH con la culata del arma y en el instante en que éste le pidió tener más cuidado fue cuando CASV le apuntó con el fusil y en ese instante se produjo el resultado, sin que el hecho de que el justiciado haya manifestado previamente que no *"busque que lo estopine"*, signifique por sí sólo que haya tenido la finalidad de causar la muerte, pues entre CASV y MPH no existía enemistad.

Agregó que *"(…) en lo que respecta al aspecto objetivo, es decir, si el soldado llevó a cabo los actos necesarios e idóneos para cegar la vida de su compañero, se reitera que la idoneidad se predica de la conducta, no de los medios utilizados, y aunque un fusil sin duda alguna resulta apto para producir la muerte de una persona, en nuestro criterio la juez de primer grado confundió la idoneidad del medio para lograr el resultado, con la idoneidad del comportamiento para lograr el fin pretendido, pues se reitera, el fin no era producir la muerte de MPH."*[27].

[26] Folio 359 del C.O. 2.
[27] Folio 364 del C.O. 2.

Y añadió finalmente que: "*(…) no es una situación irrelevante que el fusil no tuviera el cartucho de seguridad, sin embargo, se itera, esa conducta es demostrativa de la imprudencia y falta de acatamiento a las instrucciones impartidas sobre el manejo de armas, pero no tiene la virtualidad de demostrar el elemento volitivo dirigido a acabar con la vida de un compañero.*"[28].

VII. DE LA COMPETENCIA:

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la Ley 1407 de 2010[29], normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de ese año[30], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010 -Ley 1407-, aplicable al caso *sub judice* en aspectos sustanciales dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

---

[28] Folio 364 del C.O. 2.
[29] Nuevo Código Penal Militar.
[30] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797 y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999, en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Inicialmente se debe precisar que no se comprende la razón por la cual la defensa en su escrito postuló la necesidad de reconocer que su cliente para el momento de los hechos estaba exento de la prestación del servicio militar por virtud de su condición de desplazado, cuando paralelamente y con acierto reconoció que la legalidad o no de la vinculación de su representado a las filas militares es un asunto que corresponde decretar a la jurisdicción contencioso administrativo; pero además, porque es conocido, como lo hizo saber el *A quo* en su decisión, que una irregularidad en la incorporación del sujeto no genera atipicidad de la conducta, dado que el comportamiento se realiza bajo la presunción de una regular incorporación y en el ejercicio real de esa condición.

La anterior fue la premisa que sentó la Corte Suprema de Justicia cuando resolvió, por vía de casación, un negocio en el que se planteó la atipicidad de la conducta por una irregular incorporación del sujeto activo del comportamiento, miremos:

> *"2.8 (…) 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 el 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."*[31] (Subrayado nuestro).

Aclarado lo anterior, lo consiguiente será revisar el segundo y principal reparo que hizo la apelante al fallo condenatorio, cuya tesis fue acogida por la Delegada del Ministerio Público ante esta Instancia a través de un razonado estudio de la prueba, y que fundamentalmente apunta a pregonar que el procesado nunca tuvo la intención de causar la muerte al SLR. MPH, pero, además, que no es cierto, como se sostuvo en la sentencia, que éste ejecutó actos idóneos por el sólo hecho de haber usado el fusil de dotación; estos fueron sus argumentos:

[31] Radicado 17080 del 24 de enero de 2001, MP. DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

> *"El señor CASV nunca entró al rancho con la intención dañosa de lesionar a su compañero CNN u/o* (sic) *atentar contra la vida del SLR. MPH. Su intención de desplazamiento al rancho era el de reclamar una arepa, según su dicho no había desayunado. Si su fusil no tenía el cartucho de seguridad no era con el propósito de entrar a agredir a alguien, menos a sus compañeros, fue por total imprudencia en la aplicación del manejo del decálogo de las armas. De igual manera no está probado que momentos antes o en ese instante hubiese desasegurado el fusil para accionarlo en la humanidad de su compañero MPH."*[32].

Añadió que:

> *"Hay total equivocación por parte del ente fallador al firmar "que CASV ya había desasegurado el arma y montado antes de llegar al rancho para solo accionarla haciendo que el proyectil impactara en la humanidad de CNN". Lo que nos daría a entender que el SLR. CASV HABÍA premeditado los hechos. Al respecto no se sabe con exactitud cuánto tiempo hacía que tenía el fusil desasegurado. Me pregunto: "Acaso había un motivo previo, de peso como para que CASV entrara con la intención de lesionar a sus compañeros? Al respecto, el señor MPH dice que no había tenido ningún problema con anterioridad con CASV ni con CNN."*[33].

Agregó:

---

[32] Folio 349 del C.O. 2.
[33] *Ídem.*

> *"Lo que sí argumenta el declarante es que el soldado CASV desde la instrucción era mal soldado, le llamaban la atención, no colaboraba y consumía sustancias alucinógenas, lo que le pudo haber alterado su siquis. MPH acepta que el día anterior si les pidieron estar alerta. (Fl. 53 al 57)"*[34].

Y, finalmente, manifestó que:

> *"En la providencia recurrida se habla de actos idóneos, dado que usó un instrumento letal para afectar la integridad de sus compañeros como lo era el arma de dotación. No. En ningún momento. El señor CASV tenía el fusil como arma de dotación porque estaba de servicio en el momento, sí tuvo una aptitud (sic) imprudente frente al debido manejo de las armas infringiendo la aplicación del decálogo de las mismas. Pero nunca fue su intención de lesionar a sus compañeros. Todo se debió a la imprudencia y como lo dice el mismo encausado por una "chanza o broma" con el resultado ya conocido."*[35].

Como se aprecia, la tesis jurídica que origina la discrepancia con el fallo de primer grado gravita fundamentalmente alrededor de la faceta subjetiva del delito, esto es, la inexistencia de intencionalidad en el comportamiento del enjuiciado y por consiguiente en la no realización de actos idóneos para la ejecución del resultado que dio origen a este proceso.

---

[34] *Ídem.*
[35] Folio 349 del C.O. 2.

Pues bien, para resolver lo pertinente se hace menester rememorar los argumentos judiciales con los cuales se le endosó responsabilidad penal al SLR. CASV, para determinar entonces, de cara a los planteamientos defensivos, de parte de quién se pone la razón en este asunto.

Las siguientes fueron las razones fácticas y jurídico-probatorias, sobre las cuales se estructuró la imputación jurídica del resultado:

> *"(…) como se resalta los testigos dan a conocer que efectivamente el procesado realizó actos idóneos para atentar contra la vida del soldado MPH, actos idóneos dado que* ***encontró un instrumento letal*** *para afectar a la humanidad como lo era su arma de dotación y* ***realizó todos los actos consecutivos para el empleo de dicha arma*** *en tal propósito como fue desasegurarla y accionarla, quedando en tentativa porque no se ve el resultado debido a una acción ajena a él."*[36] (Negrillas de la Sala).
>
> *"La acción emprendida por el procesado la proyectaba hacia la realización del tipo objetivo del delito de HOMICIDIO, no obstante coetáneamente, también le permitía a él no aceptar su realización previéndola como susceptible, opción que no adoptó finalmente, produciéndose los resultados materia de la actuación procesal."*[37]

[36] Folio 327 del C.O. 2.
[37] Folio 331 del C.O. 2.

> *"Sin duda alguna el procesado* ***actuó bajo el dolo indirecto*** *si se considera que CASV, conocedor del manejo y cuidado, de la seguridad con las armas de fuego previó el resultado solo como posible y aceptó el riesgo de su producción, por lo tanto, debe responder por la causación que se le hace a título de autor de la tentativa de homicidio."* (Negrillas de la Sala).

Como se aprecia de la reseña que se acaba de hacer, el criterio de imputación utilizado por el *A quo* en su decisión contra el acusado fue el de autor en grado de tentativa del punible de homicidio y bajo la modalidad de dolo eventual, aspecto este que se asoma de bulto, como el origen de la discrepancia, y que se yergue sin ambages en la complejidad conceptual que ofrece la categoría dogmática empleada.

Iniciemos por remembrar que no ha sido pacífica la doctrina[38] en reconocer la compatibilidad de la

[38] **Doctrina que no admite el dolo eventual en la tentativa**: Carrara, Francesco "Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito", pág. 73, 77/79, Traducción y notas de Vicente Romero Girón, Radamillanas SRL. - "el elemento moral del conato requiere una prueba específica, sin que valga decir: este acto podía causar tal efecto, luego su ejecutor tenía la intención de producirlo...La tentativa exige intención directa. Y es tanto más imposible que la tentativa culpable deba seriamente admitirse en Derecho penal, cuanto que se tiene ya por cierto en la doctrina común de los criminalistas, que tampoco se admite en los hechos de dolo indeterminado (dolus indeterminatus, determinatur ab exitu)."; Manigot, Marcelo A., Código Penal, Anotado y Comentado, Tomo I, pág. 216/217, Ed. Abeledo - Perrot, 4ª edición - Marcelo Manigot, quien sostiene que "...cuando la intención no es conocida se reputa indeterminada y debe juzgarse por el resultado -v. gr. lesiones-: "dolus indeterminatus, determinatus eventum". La tentativa de homicidio debe ser descartada toda vez que no está probada categóricamente la intención de matar, ya que para que se dé la tentativa de un delito se requiere la exigencia subjetiva del fin o intención de cometerlo, a título de dolo directo, quedando excluido en la tentativa el indeterminado y el eventual."· **Doctrina que admite el dolo eventual en la tentativa**: Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, pág. 262, 11ª edición, Ed. Jurídica de Chile, 1970, "la tentativa es la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de delito. En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado. Si, por eso, para la consumación es suficiente el dolo

tentativa con el dolo eventual, que fue, como se destacó, el criterio de imputación subjetivo empleado por el juez primario en el fallo atacado.

El desacuerdo surge porque quienes propugnan por la compatibilidad del dolo eventual con la tentativa sostienen que no es necesaria para la imputación la acreditación del elemento intencional, sino que es suficiente la demostración del conocimiento, y quienes aseguran que no existe tal compatibilidad, lo hacen bajo la premisa que ésta solo opera frente al dolo directo, en cuyo caso prepondera el elemento intencional.

La Ley 599 de 2000 reguló en el artículo 27 la figura de la tentativa, en los siguientes términos:

> *"El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente* ***dirigidos a*** *su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la*

---

eventual, entonces también es suficiente para la tentativa."; Jakobs, Günther, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Gonzalez de Murillo (Universidad de Extremadura), pág. 866, 2ª edición, corregida, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997, "el tipo objetivo no está completo en la tentativa; el tipo subjetivo, por el contrario, debe darse plenamente, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición por el delito doloso consumado. Si para la consumación basta el dolo eventual, también lo será así para la tentativa. La ley no llama dolo al aspecto subjetivo, sino representación, porque para determinar el comienzo de la tentativa no hay que atender sólo a que el autor entienda que el tipo se va a realizar, sino también a cómo va a llevarse a cabo. La premeditación, la reflexión o la planificación no hacen falta para la tentativa. Para dejarlo bien en claro, en la ley se evitó conscientemente emplear el concepto de "plan de hecho"; así, puede intentarse un hecho en estado de arrebato pasional."

señalada para la conducta punible consumada. (Negrillas de la Sala).

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla."[39].

De la lectura de la norma ciertamente se comprende como requisito para la estructuración de la figura que los actos ejecutivos no sólo sean idóneos, sino además inequívocamente dirigidos a la consumación del injusto penal, lo que supone conciencia y voluntad; sin embargo, no olvidemos que el dolo eventual es una modalidad del dolo y, por tanto, conforme a la jurisprudencia, compatible con la tentativa.

La modalidad de dolo eventual fue consagrada en el artículo 22 de la obra ibídem, en los siguientes términos: "*(…) También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal* ***ha sido prevista como probable*** *y su no producción se deja* ***librada al azar.***" (Destacado de la Sala).

Como se puede apreciar de la disposición comentada, la estructuración de la forma eventual del dolo no presupone en sí misma una voluntad directa, dirigida a la concreción de un daño antijurídico como ocurre con el dolo directo, sino que existe una especial

[39] Artículo 27 de la Ley 599 de 2000.

preponderancia de su faceta cognitiva como quiera que el sujeto debe representarse, por su conocimiento, el resultado dañoso como probable y a pesar de ello decidir dejarlo librado al azar.

Se sigue entonces, de lo dicho, que la representación, que es el elemento cognitivo de la conducta, está estrechamente ligado a la probabilidad de producción del resultado típico[40], de allí que aquélla recaiga sobre la conducta capaz de producir el daño y no sobre el resultado, como así lo ha entendido la jurisprudencia del máximo Órgano de cierre en lo penal, a partir de la expedición de la Ley 599 de 2000:

Repasemos lo que sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> *"La norma penal vigente exige para la configuración de dolo eventual la confluencia de dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar.*
>
> *En la doctrina existe consenso en cuanto a que la representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo debe darse en el plano de lo*

[40] Corte Suprema de Justicia, Sentencia 20860 del 15 de septiembre de 2004, MP. DR. HERMÁN GALÁN CASTELLANOS: *"El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la* ***probabilidad****, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así* ***lo cognitivo que es prevalente****. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual, su diferencia con la culpa consciente sería ninguna o muy sutil, salvo que en ésta, el sujeto* ***confía*** *en que no se producirá y bajo esa persuasión actúa, no así en el dolo eventual ante el cual,* ***el sujeto está conforme con la realización del injusto típico,*** *porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo*." (Destacado de la Sala).

concreto, es decir, frente a la situación de riesgo específica, y no en lo abstracto. Y que la probabilidad de realización del peligro, o de producción del riesgo, debe ser igualmente seria e inmediata, por contraposición a lo infundado y remoto.

Dejar la no producción del resultado al azar implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta indiferencia por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera.

Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina.

La voluntad de evitación y la confianza en la evitación son conceptos que tienen la virtualidad de excluir o reafirmar una u otra modalidad de imputación subjetiva, según concurran o no en el caso específico. El primero implica un actuar. El segundo, la convicción racional de que el

resultado probable no se producirá. Si existe voluntad de evitación, se excluye el dolo eventual, pero no la culpa con representación. Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual.

Las dificultades que suscita la comprobación directa de los componentes internos del dolo eventual (cognitivo y volitivo), han obligado a que su determinación deba hacerse a través de razonamientos inferenciales, con fundamento en hechos externos debidamente demostrados, y en constantes derivadas de la aplicación de reglas de la experiencia, como el mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de la conducta, o mayor o menor contenido de peligro de la situación de riesgo, o la calidad objetiva del riesgo creado o advertido."[41].

Pues bien, al aterrizar las anteriores premisas al caso concreto, vemos que tanto la defensa como la procuradora delegada para esta Instancia pasaron por alto que el juicio de imputación jurídica que le hizo la judicatura al procesado, en su fase subjetiva, fue en la modalidad de dolo eventual y no en la de dolo directo, como se entendió.

Lo anterior se expresa así, en razón a que toda la argumentación defensiva y las reflexiones jurídico probatorias que también planteó la delegada social,

[41] Radicado 32964 del 25 de agosto de 2010, MP. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

hicieron especial hincapié en la falta de acreditación y certeza en punto de la intención dañina del procesado, derivada, al parecer, en el fallo censurado, lo que resulta ser un desacierto cuando se intenta derribar la autoría del enjuiciado en la comisión del delito de tentativa de homicidio en la modalidad de dolo eventual, por la explicaciones ofrecidas en líneas precedentes.

A pesar de ello los fundamentos de la defensa no se desecharán y serán objeto de análisis por la Colegiatura al tener ellos, en últimas, una íntima conexión con el objeto principal de la pretensión, aunque una acomodación dentro de una estructura jurídica distinta, que finalmente impacta el elemento subjetivo de la modalidad imputada.

En efecto, en este asunto vemos que para la juez primaria el hecho de que el SLR. CASV haya usado su fusil de dotación, lo haya desasegurado y accionado, lo que calificó como actos idóneos, sin que se haya producido el resultado por la intervención del SLR. MPH, permite adecuar el comportamiento del enjuiciado en la modalidad eventual del dolo.

Pues bien, para esta Célula Judicial una conclusión como esas, en este caso concreto, no sólo es desconocedora de algunos elementos especiales y característicos de esa figura dogmática, sino además contraria al imperativo contenido en el canon 401 de la Ley 522 de 1999, que demanda valorar todas las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la

sana crítica, tal como en este sentido lo destacó la delegada del Ministerio Público ante la Colegiatura.

Al respecto destáquese que el *A quo* no valoró, para una adecuada imputación del tipo, la conducta del procesado *ex ante,* esto es, las circunstancias que precedieron el suceso y que fueron expresadas con espontaneidad y coherencia por el enjuiciado no sólo en su versión libre sino fundamentalmente en su indagatoria, para poder así determinar con contundencia que éste quiso crear un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico y, una vez determinado ello, en una valoración *ex post,* establecer si dichas fuentes de riesgo pusieron efectivamente en peligro, en mayor o menor intensidad, por tratarse del grado de tentativa, el bien objeto de protección penal.

Nótese, en primer lugar, que ninguna importancia tuvo para el despacho el dicho del procesado, según el cual llegó al rancho, donde se presentó el hecho, con el único propósito de "repelar" o mejor desayunar, ya que cuando recibió el turno de centinela no tuvo oportunidad de hacerlo y temía que lo dejaran sin él: *"El día anterior, por la noche yo acompañé al ranchero BOM a llevar unas arepas a la base de arriba, entonces les quitamos el cartucho de seguridad a los fusiles para ir porque había una información de que en el sector nos estaban haciendo inteligencia. Cuando bajamos metí el fusil al cambuche hice unas llamadas y me fui a descansar, al otro día temprano mi sargento MEAN me dijo que recibía de centinela, me coloqué el chaleco y el fusil, no recordaba que le había quitado el cartucho de seguridad,*

fui por el desayuno *y por chancear le coloqué el fusil en el estómago al soldado MPH él me lo corrió para un lado y me dijo cuidado que eso está cargado, y fue cuando se me disparó el fusil y resultó herido CNN (…) yo me coloqué el armamento* ***y fui por el desayuno****…y fui a reclamarlo porque a uno nadie se lo lleva, sino me quedaba sin desayuno (…) yo no había desayunado porque uno se levanta tarde y apenas estaban haciendo el desayuno.”*[42]. (Negrillas de la Sala).

Esa versión fue roborada no sólo con los testimonios de los soldados regulares JFUC, quien contó que: *“En ese momento* ***él estaba esperando para repelar*** *desayuno con otros soldados, de lo que sobra se vuelve a repetir.”*[43], y OENV, quien narró que: *“(…) al rato cuando mi sargento se fue,* ***él volvió al rancho por una arepa*** *que le iban a regalar (…)”*[44], sino principalmente con la declaración del SLR. CNN, quien resultó lesionado con el disparo que realizó CASV, y quien aseguró que: *“(…) yo estaba esperando el repelo, el soldado CASV estaba de centinela, él recibió como a las 10 am, él entró al rancho no tenía chaleco, pero sí tenía el fusil cargado,* ***él entró al rancho también a repelar (****…).”*[45]. (Destacado nuestro).

De las referencias testimoniales, por demás coherentes, contestes y por tanto merecedoras de credibilidad, se infiere que el comportamiento inicial del joven soldado bien puede catalogarse como extra típico en el campo de la regulación de las conductas ordinarias; en palabras más exactas, haber ido a

[42] Folios 95 a 99 de C.O. 1.
[43] Folio 61 del C.O. 1.
[44] Folio 89 del C.O. 1.
[45] Folio 81 del C.O. 1.

desayunar, no en la vida militar sino en la vida ordinaria no representa una conducta penalmente desaprobada, pero fue en ese contexto dentro del cual se ejecutó posteriormente el comportamiento.

En segundo lugar, tampoco valoró, a pesar de lo fundamental, que el procesado contó que el día anterior al suceso habían recibido una información de parte del Sargento MEAN según la cual existía una señora que les estaba haciendo inteligencia, lo que fue confirmado por el dicho de los demás conscriptos, y que fue esa la razón por la que decidió quitarle el cartucho de seguridad al fusil y dejarlo cargado, muy a pesar que sabía que estaba prohibido, pero que por miedo e instinto de protección así lo hizo.

En tercer lugar, no valoró que el sumariado explicó que él pasó al descanso la noche anterior al episodio con el fusil sin el cartucho de seguridad y montado, y con ese olvido se dirigió a recibir el día del suceso su puesto de centinela.

Al respecto, resulta importante subrayar que la instrucción en nada se ocupó, a pesar que era un imperativo, conforme al artículo 499 de la Ley 522 de 1999, verificar las citas que el indagado hizo a efectos de comprobar sus aseveraciones, esto es, si fue cierto que CASV desde la noche anterior al episodio, a raíz de la información que recibieron de su superior MEAN, le quitó el cartucho de seguridad al fusil y pasó al descanso con el arma en esas condiciones; si cuando recibió el puesto de centinela el día del suceso lo hizo entonces con el fusil en las

mismas circunstancias que lo tenía la noche anterior, esto es, sin el cartucho de seguridad y montado.

Tales verificaciones debieron ser de objeto de especial interés para la judicatura, en tanto que, de haberse indagado sobre ello, la lectura del contexto que rodeó el hecho podría ser distinta, pero no ocurrió.

Es cierto que existe la declaración del SS. MEAN, según la cual a las 10:30 horas de ese día le pasó revista al SLR. CASV, entre otras, corroborando que tuviera el cartucho de seguridad, pero también encontramos la versión de éste, que por demás resulta ser espontánea, coherente y conteste con otros medios de convicción y por ello persuasiva, diciendo que ese día no le pasaron revista de ese elemento, una versión que conservó desde su primera salida procesal que tuvo lugar al siguiente día de los hechos.

Véase que la información procesal nos indica que el SLR. CASV recibió su puesto de servicio dentro de una absoluta informalidad, esto es, sin que se hiciera previamente una revista de verificación de las condiciones personales y materiales en que recibiría el puesto, así lo expresó no solo el procesado, sino también su compañero BOM, quien contó: *"Yo estaba en el rancho, yo estaba cocinando el desayuno, CASV estaba ahí conmigo él me estaba ayudando, me estaba ayudando a traer el agua, en ese momento llegó mi sargento MEAN y le dijo a CASV que le tocaba prestar de centinela y lo mandó a prestar (…)."*[46].

[46] Folio 169 del C.O. 1

No se puede desconocer tampoco que dentro del proceso obra la declaración de SLR. JFUC[47], que confirma que el SS. MEAN 15 minutos antes del hecho le pasó revista a CASV, pero también es cierto que él no sabe de qué le pasó revista.

De la misma manera, para la Sala es claro que al margen de ello, ciertamente era una obligación conocida por el justiciado de mantener siempre puesto el cartucho de seguridad en el fusil, pero no lo hizo, lo cual no es indicativo por sí mismo, por la carencia investigativa que se anotó, que lo haya hecho ese mismo día, previamente a dirigirse al rancho, o lo haya realizado desde el día anterior al suceso a raíz del pánico que le generó la noticia que les dio el SS. MEAN acerca de que estaban siendo objeto de acciones de inteligencia por una particular.

Sin lugar a dudas vemos que el acriminado omitió los deberes de seguridad que tenía en el manejo de las armas de fuego, dado que a pesar que sabía que no podía, porque así estaba ordenado, decidió quitarle el cartucho de seguridad a su fusil y apuntarlo a un objetivo al que, según él, no pensaba disparar, desconociendo el decálogo de seguridad de las armas de fuego, con lo cual ciertamente creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

La pregunta que ahora surge es si, de cara a ese contexto fáctico, puntualmente frente a la creación de ese riesgo desaprobado, pudo el procesado

[47] Folio 61 del C.O. 1.

representarse, en grado de probabilidad, la producción del resultado antijurídico, tal como en este sentido lo tiene entendido la jurisprudencia penal, que ha indicado que la producción del riesgo para el bien jurídico debe ser seria, inmediata y concreta, pero además seguida de la absoluta indiferencia del sujeto frente al resultado que se pueda producir en aquel, miremos:

> *"En la doctrina existe consenso en cuanto a que la representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo debe darse en el plano de lo concreto, es decir, frente a la situación de riesgo específica, y no en lo abstracto. Y que la probabilidad de realización del peligro, o de producción del riesgo, debe ser igualmente seria e inmediata, por contraposición a lo infundado y remoto."*[48].

Tenemos entonces, sin vacilación, que el procesado conocía la fuente de riesgo que manejaba, como el uso del fusil, pues para ello recibió capacitación y órdenes concretas, como ya se mencionó, de mantener el cartucho de seguridad puesto y no apuntar a objetivos no previstos; sin embargo, las circunstancias referidas atrás, esto es, que desde la noche anterior durante la prestación de su turno, por temor, a raíz de la información recibida de parte de su superior el SS. MEAN, decidió quitar el elemento de seguridad del fusil y habiendo olvidado retomar las medidas de seguridad conocidas se dirigió al rancho a buscar

[48] Radicado 32964 del 25 de agosto de 2010, MP. DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

desayuno, son las que impiden afirmar que existe certeza razonada de que el procesado tuvo la oportunidad de representarse como probable la realización del tipo objetivo, en la medida en que no solo no existió proximidad entre la creación del riesgo y la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido, sino que además medió una convicción equivocada del hecho.

Nótese que el joven encausado, de siempre, sostuvo haber olvidado que le había quitado el cartucho de seguridad a su fusil, pues así lo hizo desde la noche anterior y en esas mismas condiciones se dirigió a recibir su turno de centinela sin que sobre tal elemento se le hubiera pasado revista, por lo que creyó que lo tenía puesto y con esa creencia se dirigió al rancho de tropa sin ninguna otra previsión e intención más que la de desayunar, en una acción, como atrás se expresó, absolutamente extra-típica en punto del atentado contra la vida del otro militar.

Es entonces, por lo remoto de la probabilidad de concreción del daño o de puesta en efectivo peligro del bien objeto de tutela, con relación a la fuente creadora del riesgo jurídicamente desaprobado, que la Sala encuentra que no puede acomodarse la conducta del justiciado en la categoría de dolo eventual, frente al punible de homicidio en el grado de tentativa.

En palabras más exactas, era necesario que una vez desatendido por el procesado el riesgo jurídicamente permitido, éste pudiera representarse, por virtud de su conocimiento en el manejo de las armas de fuego y

de lo que a partir de allí enseña la razón, las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, que era probable que su comportamiento produjera, en un plano de lo concreto, un resultado antijurídico para ese específico bien protegido, esto es, la vida de su homólogo de armas, el SLR. MPH, y a pesar de ello continuara actuando con total desprecio por el resultado, dejándolo librado al azar.

Pero sucedió aquí, se insiste, que la elevación del riesgo permitido ocurrió desde la noche anterior al suceso cuando el procesado decidió quitarle el cartucho de seguridad a su fusil y dejarlo montado, momento a partir del cual si bien, se infiere, el justiciado pudo representarse la posibilidad que ocurriera un resultado dañoso, no frente a un bien jurídico concreto sino en abstracto, pues sabía por sus conocimientos en el manejo de las armas de fuego y formación militar que en el mundo de las posibilidades esas acciones elevaban del riesgo que le era permitido y podían desencadenar un resultado dañino, confío en tener dominio de su curso causal, tanto que por eso pasó al descanso sin ejecutar acciones concretas que permitieran exteriorizar un daño antijurídico real o ponerlo en peligro efectivo.

Como se desprende de la realidad probatoria analizada en conjunto y de las acreditadas circunstancias que rodearon el hecho, es palmario que la Sala no puede acoger la tesis judicial de imputación en tanto que ella no se adecúa a la adscripción del dolo eventual, pues las mismas se corresponden, como con acierto lo

determinó la juez frente al punible de lesiones personales, a la imputación subjetiva de culpa con representación, máxime cuando en este asunto se conoce, además de lo dicho, que la acción ejecutada por el procesado se dio en un contexto extra-típico[49], por las explicaciones atrás ofrecidas, como fue ir a buscar el desayuno.

En punto de la diferencia de una y otra modalidad subjetiva la jurisprudencia ha dicho esto:

> *"El criterio para determinar si se está ante un delito cometido con dolo eventual o con culpa con representación, conforme lo ha expresado la Sala a partir de la* ***teoría de la representación****, según viene de recordarse,* ***es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor****, así que si éste se representa una gran probabilidad de que se producirá y deja su no realización librada al azar, se estará ante lo primero y,* ***si la posibilidad admitida es lejana*** *y se confía, racionalmente, en su evitación, se estará ante lo último.*
>
> *Para predicar que un delito se ha cometido con dolo eventual, en síntesis es necesario evidenciar que el autor se ha representado o conoce de la*

[49] *"En la conducta dolosa el autor se figura o representa mentalmente el fin, luego selecciona los medios y después ejecuta el comportamiento. En la conducta culposa el agente inicia una acción extratípica (sin relevancia para el derecho penal) en cuyo desarrollo infringe el deber objetivo de cuidado que se concreta en el resultado lesivo y relevante. Desde este punto de vista la propuesta del impugnante, según la cual los homicidios y las lesiones personales consecuenciales al delito de incendio han debido imputársele al partícipe a título de culpa con representación es inaceptable, pues para hacerlo habría que admitir que el acusado no creó un riesgo concreto contra el bien jurídico de la seguridad pública con el primer acto (incendio) y como si éste fuera indiferente para el derecho penal (extratípico)." Corte Suprema de Justicia, radicado 46263 del 9 de mayo de 2018, MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA*

concreta probabilidad de la producción del resultado antijurídico en razón de su conducta y no obstante prosigue en ella con desprecio del bien jurídico puesto en peligro."[50].

Para la Colegiatura, se insiste, el tiempo transcurrido entre el momento en que se elevó el riesgo jurídicamente permitido y el momento en que se puso en efectivo peligro el bien jurídico, por el que se le procesó a CASV, seguido del olvido que el uniformado tuvo de retomar las medidas de seguridad, como era ponerle el cartucho de seguridad al fusil, son las circunstancias que impiden colegir que éste se representó en grado de probabilidad que su conducta causaría un daño real o riesgo efectivo para un bien jurídico concreto.

De esta manera, guiados por las anteriores reflexiones la Sala no ve alternativa distinta que acoger la pretensión principal de la apelante, en total acuerdo con el concepto de la Delegada del Ministerio Público para esta Instancia y, en consecuencia, modificar el fallo apelado de la fecha atrás indicada en lo que respecta a la responsabilidad penal que se le endosó al justiciado por el reato de tentativa de homicidio y a la pena a imponer, por contera absolverlo de toda responsabilidad penal por el comentado injusto, como más adelante se consignará.

Antes de concluir debe decirse que es un contrasentido -rayando en la ambivalencia- que para la funcionaria

[50] Radicado 45008 de 16 de diciembre de 2015, MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

judicial una sola acción finalísticamente valorada haya sido acomodada en dos modalidades subjetivas distintas, esto es, culpa y dolo eventual, la primera frente a las lesiones y la segunda en punto de la tentativa de homicidio, sobre la estimación de los mismos supuestos fácticos.

En palabras más exactas, si se trataba de una sola acción, ¿cómo pudo escindir que haberle quitado el cartucho de seguridad al fusil, haber desatendido el decálogo de seguridad para las armas de fuego y las órdenes que sobre el particular existían, y haber apuntado a un objetivo no querido, pueda considerarse una acción culposa con relación a las lesiones personales, pero también dolosas en la especie de eventual frente a la tentativa?; revisemos lo consignado en el fallo:

> *"Y es precisamente la desatención de estas medidas de seguridad, las que determinaron el parámetro de referencia para la creación del riesgo en contra de la integridad física del SLR. CNN.*
>
> *Nótese cómo el procesado advierte en su injurada que tenía el arma cargada y por ende no tenía el cartucho de la vida y al estar "chanceándose" con el SLR. MPH, como lo indica en su indagatoria fue que se produjo el disparo, lo que denota que antes de manipular el arma no verificó su estado y la accionó sin constatar la dirección del proyectil que finalmente detonó en el cuerpo de su compañero de armas SLR. CNN.*

Significa lo anterior que la detonación del arma de fuego no se derivó del mal estado o del deterioro y por el contrario, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado le es imputable al procesado por manipularla sin atender las órdenes de seguridad para las armas asignadas que advirtió conocer en su injurada (…) lo que se le reprocha al acusado no es la actividad peligrosa de portar el arma, pues es una acción permitida por el Estado para el cumplimiento de la misión constitucional, sino, con miras a la protección de bienes jurídicos, de no encontrarse en estado de alerta cuando lo realizó, de ahí que la infracción al deber objetivo de cuidado imputado se refleje en la inadecuada selección y utilización de los medios para llevar a cabo la manipulación como comportamiento final y en haber accionado el arma sin existir un peligro inminente que comprometiera su vida o la de sus compañeros de fuerza.

Es decir, que el arma al momento de ser manipulada estaba con el proveedor puesto, un proyectil en la recámara y sin el cartucho de la vida, igualmente dirigida a un objetivo al que no pensaba disparar y sin que se verificara antes de oprimir el disparador la dirección que seguiría el proyectil, hecho que genera el nexo de determinación, pues la vulneración de las medidas de cuidado generaron el resultado, esto es, la lesión al SLR. CNN realizada dentro del ámbito de lo prohibido.”[51].

Sin equívoco, y por las razones expresadas en pasajes anteriores, la Sala considera que fue acertada la

[51] Folio 292 C.O 2.

adecuación que hizo la juez primaria del comportamiento del procesado en la modalidad culposa, no así en la de dolo eventual.

IX. REDOSIFICACIÓN PUNITIVA

Teniendo en cuenta que al SLR. CASV en esta decisión se le revocó la condena impuesta por el delito de tentativa de homicidio, la Sala pasará a redosificar la pena a imponer respecto de los punibles del centinela y lesiones personales culposas, por los cuales fue hallado penalmente responsable.

9.1. Con relación al reato del centinela[52] vemos que el legislador fijó una pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, respecto de la cual habrá que precisarse cuál es en últimas la pena a imponer; para ello es mandado acudir a lo reglado en el canon 61[53] de la Ley 1407 2010, que prevé que se debe dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, para luego sí determinar cuál es la pena a irrogar, según los criterios contenidos en la misma disposición.

---

[52] Ley 1407 de 2010, "*ARTÍCULO 112. DELITO DEL CENTINELA. El centinela que se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefaciente o psicotrópicas, o falte a las consignas especiales que haya recibido, o se separe de su puesto, o se deje relevar por quien no esté legítimamente autorizado, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*"

[53] "*FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.*
El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.
Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto."

Al efecto se procederá así: Al límite máximo le restamos el mínimo: 1080 días, que corresponde a 3 años, le restamos 360 días, 1 año (1080-360= 720) lo cual nos da 720 días, que se dividirá en 4 (720/4=180) arrojando un resultado de 180 días, como límite de movilidad de la pena de prisión.

Así las cosas, el cuarto mínimo de la pena de prisión, respecto del delito de centinela, se alinda de 360 a 540 días; el primer cuarto medio de 540 a 720; el segundo cuarto medio de 720 a 900 y el cuarto máximo va de 900 a 1080 días de prisión.

CUARTO MÍNIMO	**PRIMER CUARTO MEDIO**	**SEGUNDO CUARTO MEDIO**	**CUARTO MÁXIMO**
Ni atenuantes, ni agravantes. Sólo atenuación punitiva	Concurre agravación y atenuación punitiva	Concurre agravación atenuación punitiva	Únicamente circunstancias de agravación punitiva

360 540 720 900 1080

Establecidos los cuartos de movilidad se pasará entonces a la individualización en concreto de la pena a imponer con relación a este injusto -Del centinela-, para ello, y en consideración a que contra el acusado no fueron aducidas circunstancias genéricas de mayor punibilidad y a su favor obra la de menor punibilidad descrita en el numeral 2° del artículo 56 de la Ley 1407 de 2010, la sanción se fijará en el primer cuarto de movilidad punitiva, por lo tanto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 61 *ibídem*, se establecerá en el límite mínimo del primer cuarto, esto es, **360** días de prisión.

9.2 Determinada la pena que le corresponde al procesado respecto del delito del centinela, será necesario ahora hacer la individualización de la que le toca frente al punible de lesiones personales culposas.

Al respecto, habrá de indicarse que las lesiones causadas en la humanidad de SLR. CNN ameritaron, según dictamen médico legal visible a folio 138 del C.O. 1, una incapacidad definitiva de cincuenta (50) días, con secuela médico legal de deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente y perturbación funcional del miembro superior izquierdo de carácter permanente. El legislador para ellas consagró las siguientes penas:

> *"**Artículo 111. Lesiones.** El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.*
>
> ***Artículo 112. Incapacidad para trabajar o enfermedad.** Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> ***Artículo 113. Deformidad.** (…) Si fuere permanente, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

> ***Artículo 114. Perturbación funcional.*** *(…) Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a ocho (8) años de prisión y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> ***Artículo 120. Lesiones culposas.*** *El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.*
>
> *Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego se impondrá igualmente la pena de privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de uno (1) a tres (3) años."*[54].

Como fueron varios los resultados causados, es mandado acudir a lo dispuesto en el canon 117[55] de la obra comentada, con miras a determinar la pena que se debe aplicar.

Sin lugar a equívocos, la pena más grave frente a los resultados ocasionados es la señalada para el delito de lesiones personales con perturbación funcional de carácter permanente, que tiene prevista una sanción de entre tres (3) y ocho (8) años de prisión y multa de

[54] Ley 599 de 2000.
[55] Artículo 117. *Unidad punitiva*. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad.

veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sin embargo, como la conducta imputada es culposa, es obligado remitirnos a lo dispuesto en el artejo 120 *ibídem*, de manera que, al operar la disminución de las dos proporciones -cuatro quintas (4/5) a las tres cuartas (3/4) partes-, para determinar con precisión el máximo de la pena a imponer frente al reato de lesiones personales culposas es inexorable remitirnos a lo reglado en el artículo 60 de la Ley 1407 de 2010, que en su numeral 5 estableció: *"5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica."*

Así las cosas, como al mínimo de la pena establecida para la anotada conducta punible –tres (3) años- se le debe aplicar la máxima proporción -4/5 partes- y al máximo de la pena –ocho (8) años- la mínima proporción -3/4 partes-, el resultado aritmético es el siguiente:

- 4/5 partes de 1080 días (3 años) = 864 días, entonces: 1080 días - 864 días = **216** días de prisión, que correspondería a la pena mínima a imponer.

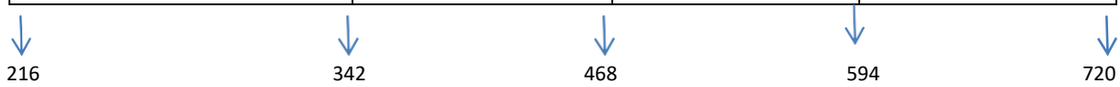
- 3/4 partes de 2880 días (8 años) = 2160 días, entonces 2880 días – 2160 días = **720** días de prisión, que correspondería a la pena máxima a imponer.

Establecido el ámbito punitivo de movilidad, lo consiguiente será precisar cuál es en concreto la

pena que se habrá de imponer frente a dicho injusto; para tal efecto, seguiremos la regulación contenida en el artículo 61[56] de la Ley 1407 de 2010, que prevé que dicho ámbito se deberá dividir en cuartos; para ello, entonces, al límite máximo le restamos el mínimo: 720 días – 216 días = 504 días, el cual se dividirá en 4: 504/4 = 126 días, que será el límite de movilidad de la pena de prisión.

Así las cosas, el cuarto mínimo de la pena de prisión se alinda de 216 a 342 días; el primer cuarto medio de 342 a 468; el segundo cuarto medio de 468 a 594 y el cuarto máximo va de 594 a 720 días.

CUARTO MÍNIMO	**PRIMER CUARTO MEDIO**	**SEGUNDO CUARTO MEDIO**	**CUARTO MÁXIMO**
Ni atenuantes, ni agravantes. Sólo atenuación punitiva	Concurre agravación y atenuación punitiva	Concurre agravación atenuación punitiva	Únicamente circunstancias de agravación punitiva



En relación con la multa se hará el mismo procedimiento. A la pena mínima se le disminuirá las 4/5 partes y a la máxima las 3/5 partes, así:

---

[56] *"FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.*
El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.
Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto."

- 4/5 partes de 26 = 20.8, entonces: 26 – 20.8 = **5.2** salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, que correspondería a la pena mínima a imponer.

- 3/4 partes de 36 = 27, entonces 36 – 27 = **9** salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, que correspondería a la pena máxima a imponer.

Al realizar el procedimiento de los cuartos que prevé el artículo 61[57] de la Ley 1407 de 2010, nos arrojaría el siguiente resultado, bajo un límite de movilidad de 0.95, (9-5.2 =3,8/4=0.95):

CUARTO MÍNIMO	**PRIMER CUARTO MEDIO**	**SEGUNDO CUARTO MEDIO**	**CUARTO MÁXIMO**
Ni atenuantes, ni agravantes. Sólo atenuación punitiva	Concurre agravación y atenuación punitiva	Concurre agravación y atenuación punitiva	Únicamente circunstancias de agravación punitiva

5,2 **6.15** **7.1** **8.05** **9**

Establecidos los cuartos de movilidad, se pasará entonces a la individualización en concreto de la pena a imponer frente al delito de lesiones personales

[57] "*FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.*
El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.
Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto."

culposas, para ello, y en consideración a que contra el acusado no fueron aducidas circunstancias genéricas de mayor punibilidad y a su favor obra la de menor punibilidad descrita en el numeral 2° del artículo 56 de la Ley 1407 de 2010, la sanción se fijará en el primer cuarto de movilidad punitiva, la que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 61 *ibídem* se establecerá en el límite mínimo del primer cuarto, esto es, pena de prisión de **216** días y multa de **5,2** S.M.L.M.V.

9.3 Superada la primera fase del proceso dosimétrico, esto es, la individualización de la pena por cada uno de los delitos, y como quiera que se trata de un concurso de conductas deberá la Colegiatura, a efectos de declarar la pena que le corresponde al justiciado, establecer previamente cuál de los delitos que concursan tiene la pena más grave, pues a esta quedará sometido el procesado, aumentada hasta en otro tanto, sin que, en todo caso "*(…) fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.*"[58], ni mayor al doble de la pena en concreto del delito más grave, como tampoco superar los 60 años[59].

Sin asomo de duda se aprecia que la pena más grave es la correspondiente al delito del centinela, no solo por el *quantum* punitivo establecido en concreto, sino por la modalidad de la conducta.

[58] Artículo 32 de la Ley 1407 de 2010.
[59] Radicación 41350 - SP5420-2014, 30 de abril de 2014, Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, quiere esto significar que si la suma de las penas de prisión individualizadas arrojan como resultado 576 días: (360+216= 576), el aumento por el concurso de delitos no podrá superar este último límite, entonces frente a tal panorama la Sala de Decisión impone en definitiva una pena de prisión de **570** días (19 meses) y una multa de **5,2** salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, así como la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma por un lapso de **360** días (12 meses), en consideración al daño real que se causó en la humanidad del SLR. CNN, la culpa con representación concurrente y la necesidad de una retribución justa.

No hay lugar a la imposición de las penas accesorias de que trata el artículo 51 de la Ley 1407 de 2010, en razón a que el enjuiciamiento lo fue no sólo por un delito contra el servicio, sino además por uno de naturaleza culposa, además que la pena finalmente irrogada no superó los dos (2) años de prisión.

X.MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

10.1 Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Atendiendo las previsiones contenidas en el artículo 63[60] de la Ley 1407 de 2010, esta Corporación no le concederá al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por concurrir en este caso la causal impeditiva del numeral 3°, en tanto que el juicio de responsabilidad penal versó sobre un delito contra el servicio.

10.2 Libertad condicional.

Tampoco se concederá el beneficio de la libertad condicional, como quiera que procesalmente se sabe que el acriminado no ha estado privado de su libertad, por tanto, al no reunir el presupuesto objetivo de que trata el canon 64 *ibídem*, no se hace acreedor al mecanismo sustitutivo.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

---

[60] ARTÍCULO 63. *SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:*
1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.
La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible. Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.
El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.
3. ***Que no se trate de delitos que atenten contra*** *la disciplina,* ***el servicio****, el honor, la seguridad de la Fuerza Pública, la Administración Pública, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, salvo los delitos culposos."* (Negrillas de la Sala).

XI. RESUELVE:

PRIMERO: ACOGER la pretensión fundamental de la recurrente y, en consecuencia, **REVOCAR** el numeral primero del fallo apelado, en lo que corresponde a la declaratoria de responsabilidad penal decretada contra el SLR. CASV frente al delito de tentativa de homicidio, por contera, confirmar el juicio de responsabilidad únicamente con relación a los punibles del centinela en concurso con lesiones personales culposas, de conformidad con las explicaciones atrás ofrecidas.

SEGUNDO: ABSOLVER, como efecto derivado de la anterior decisión, al SLR. CASV de toda responsabilidad penal frente al punible de tentativa de homicidio.

TERCERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada, en lo tocante a las penas impuestas al SLR. CASV, debiéndose imponerle quinientos setenta (570) días -19 meses- de prisión, multa de cinco punto dos (5,2) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, así como la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma por un lapso de trescientos sesenta (360) días -12 meses-, por virtud de su responsabilidad penal en la comisión de los injustos del centinela y lesiones personales culposas, acorde con las elucidaciones expresadas en pasajes anteriores.

CUARTO: CONFIRMAR los numerales 3°, 4° y 5° del fallo atacado, en atención a las razones plasmadas en líneas que anteceden.

QUINTO: PROCEDE contra la presente decisión el recurso de casación, que podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta providencia, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[61].

SEXTO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

[61] Sentencia AP6540-2016 Radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia Cfr. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), 48713 (28-09-16) *Ídem.*

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	159079
Procedencia	:	Juzgado Tercero de Brigadas
Procesado	:	SLR. MASR
Delitos	:	Deserción
Motivo de alzada	:	Apelación sentencia absolutoria
Decisión	:	Revoca y condena

Bogotá D.C., octubre quince (15) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponde en relación con el recurso de apelación impetrado por el doctor ERM, Procurador 266 Judicial Penal, en contra de la providencia adiada 06 de febrero de 2019 por medio de la cual el Juzgado Tercero de Brigadas del Ejército Nacional sito en la ciudad de Santiago de Cali (Valle del Cauca) absolvió de toda responsabilidad al SLR. MASR, ello dentro de

la presente causa adelantada en su contra por la presunta comisión del reato de deserción.

II. HECHOS

Da cuenta la urdimbre procesal que el 20 de diciembre del año 2016 el SLR. MASR, orgánico del Batallón de Ingenieros No. 52 de Construcción "*General Francisco Tamayo Cortes*" del Ejército Nacional, acantonado en Buenavista - Barbacoas (Nariño), e integrante del cuarto contingente de 2016, no se presentó ante sus superiores al término de un permiso que le había sido concedido por la finalización del ciclo CODE, permaneciendo ausente por más de cinco (05) días consecutivos, volviéndose a tener noticia de su paradero solo hasta el 06 de enero de 2019 al ser aprehendido por personal policial adscrito al Departamento de Policía Valle en cumplimiento de la orden de captura librada dentro de la presente causa.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Como consecuencia del episodio fáctico compendiado, el 03 de enero de 2017[1] el Juez 9° de Instrucción Penal Militar dispuso el inicio de formal investigación en contra del SLR. MASR por la presunta comisión del delito de deserción; con el propósito de obtener su vinculación procesal se libraron citaciones a las

[1] Folio 15 C.O.1.

direcciones registradas[2], citaciones también efectuadas vía radial[3] y se remitieron despachos comisorios a los Juzgados 50[4] y 102[5] de Instrucción Penal Militar a fin que se escuchara en indagatoria al referido soldado y en testimonio a sus progenitores.

Mediante auto del 24 de marzo de 2017[6] el aludido despacho, vista la improsperidad de las anteriores acciones, dispuso librar orden de captura en contra del precitado uniformado, respecto de la cual se recibió el 26 de octubre siguiente[7] informe de investigador de campo procedente de la Seccional de Policía Judicial de la ciudad de Pasto (Nariño) en el que se indicó:

> "*(…) en búsqueda de este ciudadano se logró ubicar por medio vía telefónico No. 3104506951 al señor SLR. MASR logrando tomar contacto con esta persona a la cual manifiesta que en contra del* [sic] *reposa orden de captura No. 1276 por el delito de Deserción* [sic]*, manifestando que él está de acuerdo a presentarse ante el juzgado una vez se cite a la nomenclatura que aporta Cra 72 W 2 No. 27-47 barrio Omar Torrigo – Cuatro Esquinas, Cali – Valle. Así mismo informa que se encuentra viviendo con la señora SVPM.*"

De otra parte, el 14 de noviembre de igual calenda, se recibió informe de investigador de campo procedente del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía

---

[2] Folios 17, 43, 44, 77, 78, 79, 80 *Ibídem.*
[3] Folios 106 y 108 *Ibídem.*
[4] Folios 122 al 128 y 155 al 165 *Ibídem.*
[5] Folios 98 al 103, 129 al 154 *Ibídem* y 258 al 265 C.O. 2.
[6] Folio 42 C.O. 1.
[7] Folios 110 al 118 *Ibídem.*

General de la Nación de la ciudad de Buenaventura (Valle del Cauca)[8] en el que se refirió:

> "*(…) se procede a marcar los números de contacto plasmados en el oficio remitido por esa Dependencia, es así como se llama a los abonados móvil* ***3105465070*** *y* ***3104506951,*** *en el primer número se estableció que éste se encontraba fuera de servicio y en el segundo respondió la tía del señor MASR, de nombre Leidy, quién manifestó inicialmente que el requerido no se encontraba en la ciudad y posteriormente señalo* [sic] *que él no se había presentado nuevamente al cantón militar porque no tenía dinero para devolverse, al solicitarle información adicional sobre donde ubicar al señor MASR, éste paso al teléfono e indico* [sic] *que no se iba a presentar y que sí querían capturarlo tenían que buscarlo en el barrio Lleras de esta ciudad y colgó (…).*"

Mediante auto adiado 21 de febrero de 2018[9] el señor Juez 9° de Instrucción Penal Militar, atendiendo que a la fecha no se había logrado la comparecencia del procesado, dispuso el emplazamiento del SLR. MASR y su declaratoria de persona ausente en el evento de no comparecer al proceso, emplazamiento llevado a cabo mediante edicto fijado el 22 de febrero de 2018[10] y desfijado el 28 de dichos mes y año.

La declaratoria de persona ausente se surtió el 06 de marzo de 2018[11], notificándose de ello personalmente en la misma fecha al defensor de oficio designado para los efectos de ley y a la representante del Ministerio Público.

---

[8] Folios 119 al 121 *Ibídem.*
[9] Folio 171 *ibídem.*
[10] Folio 172 *ibídem.*
[11] Folios 186 al 188 *ibídem.*

La orden de captura previamente librada fue debidamente cancelada el 22 de marzo siguiente[12].

La situación jurídica del sumariado fue resuelta provisionalmente el 23 de marzo de la misma anualidad[13], ello en el sentido de imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva por las razones allí decantadas, acto procesal de jurisdicción en el que a la vez se ordenó librar órdenes de captura para materializar la medida restrictiva de libertad.

Estimado perfeccionado el ciclo instructivo por parte del juez instructor, el sumario fue remitido el 18 de abril de 2018[14] a la Fiscalía ante Escuelas de Formación de la Fuerza Aérea Colombiana, despacho que cerró el ciclo instructivo a través de auto del 21 de mayo de la misma anualidad[15].

El mérito sumarial fue calificado el 23 de octubre de 2018[16], ello en el sentido de proferir resolución de acusación en contra del SLR. MASR por el punible de deserción.

Ejecutoriada la resolución de acusación el 09 de noviembre de 2018[17], el 13 de dichos mes y año se remitió el plenario al Juzgado Tercero de Brigadas del

---

[12] Folios 205 al 207 C.O. 2.
[13] Folios 208 al 232 *ibídem*.
[14] Folio 273 *ibídem*.
[15] Folio 275 *ibídem*.
[16] Folios 319 al 328 *ibídem*.
[17] Folio 340 *ibídem*.

Ejército Nacional sito en Santiago de Cali (Valle del Cauca)[18].

El SLR. MASR fue capturado el 06 de enero de 2019[19], ello en cumplimiento de la orden de captura librada en precedencia, haciéndose efectiva la medida de aseguramiento impuesta al día siguiente[20] quedando privado de la libertad en la Cárcel y Penitenciaría para Miembros de la Fuerza Pública de alta y mediana seguridad "*CPAMSEJECA*" ubicada en las instalaciones del Batallón de Policía Militar No. 03 del Cantón Militar "*Nápoles*" del Ejército Nacional de la ciudad de Santiago de Cali (Valle del Cauca).

El aludido despacho de instancia, vía auto del 21 de enero de 2019[21], fijó fecha y hora para la realización de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, misma que se llevó a cabo el 05 de febrero siguiente[22] y en la que se escuchó la versión del acusado, esto luego de responder negativamente a la pregunta de la juez de instancia de si había llegado a un "*acuerdo*" con el ente acusador, circunstancia que determinó se siguiere el rito propio de la Corte Marcial.

Mediante sentencia del 06 de febrero del año en curso[23], la señora Teniente Coronel DIANA MARCELA ARISTIZABAL HOYOS, Juez Tercera de Brigada del Ejército Nacional, profirió sentencia absolutoria a

---

[18] Folio 341 *ibídem*.
[19] Folios 343 y 344 *ibídem*.
[20] Folios 345 al 348 *ibídem*.
[21] Folio 352 *Ibídem*.
[22] Folios 353 al 361 *Ibídem*.
[23] Folios 363 as 378 *Ibídem*.

favor del SLR. MASR por la comisión del reato de deserción, en consecuencia dispuso su libertad inmediata[24].

Inconforme con tal determinación el doctor ERM, Procurador 266 Judicial Penal de la ciudad de Cali, el 08 de febrero siguiente interpuso y sustentó recurso de apelación[25], mismo cuya resolución concita la atención de esta Tercera Sala de Decisión en esta oportunidad.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Juez Tercera de Brigada del Ejército Nacional, Teniente Coronel DIANA MARCELA ARISTIZABAL HOYOS, luego de establecer el acontecer fáctico, la identificación e individualización del procesado y la actuación procesal relevante, entre ella la intervención de los sujetos procesales en la audiencia de la Corte Marcial, indicó que al SLR. MASR, orgánico para la época de los hechos del Batallón de Ingenieros de Construcción No. 52 "*GENERAL FRANCISCO TAMAYO CORTES"* del Ejército Nacional, se le imputó la comisión del reato de deserción contemplado en el numeral 2° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010.

Señaló que se logró establecer que el enjuiciado para el momento de los hechos tenía la condición de miembro activo del Ejército Nacional en el grado de Soldado

[24] Folio 379 *Ibídem*.
[25] Folios 380 a 383 *ibídem*.

Regular, habiendo sido dado de alta entre de los efectivos de la referida unidad mediante orden del día No. 101 del 19 de mayo de 2016.

Afirmó que igualmente se encuentra probado que el SLR. MASR no regresó a la unidad el 20 de diciembre de 2016 al término del permiso del ciclo CODE, ni lo hizo dentro de los cinco (05) días siguientes, "*configurándose*" [sic] el delito referido.

En torno a la antijuridicidad indicó que durante el interrogatorio rendido por el procesado en el desarrollo de la audiencia de "*Corte Marcial*" éste adujo que no regresó a la unidad al término del citado permiso porque no tenía dinero para el pasaje de regreso de Buenaventura (Valle del Cauca) a Tumaco (Nariño), además que le tocó ponerse a trabajar en construcción para responder por los gastos de su hijo MASB, añadiendo que cuando fue incorporado manifestó que tenía un hijo y que sus superiores le dijeron que más adelante le solucionaban para que se pusiera a trabajar.

Destacó que la anterior versión fue confirmada por los Soldados Regulares JPPG y EAPI.

Estimó que la decisión del acriminado de no continuar con su servicio militar estuvo directamente relacionada con la necesidad de ayudar a su hijo, por quien debía responder, aunado a que no contaba con los recursos económicos para regresar a la unidad, por lo que su voluntad estaba encaminada a la solución de

dichos problemas y no al abandono de sus deberes como soldado regular.

Concluyó que el actuar del procesado estuvo amparado por la causal de ausencia de responsabilidad descrita en el numeral 7° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, misma que excluye la antijuridicidad de la conducta al hallarse incurso en un estado de necesidad "*y su ilicitud radica en la primacía de un interés sobre otro con el cual entra en conflicto*".

Luego de citar doctrina y decisiones de la Corte Suprema de Justicia[26] y de esta Corporación[27] referidas al estado de necesidad, manifestó que "*se encuentran presentes no solo los elementos objetivos situación de peligro actual o inminente y un mal causado de menor valor- sino además los subjetivos animo o voluntad de evitar un mal ajeno que configuran un estado de necesidad como causal de justificación, y por tanto no queda otro camino que la exoneración de la responsabilidad Penal del procesado.*"

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Como argumentos de su inconformismo ante la sentencia absolutoria confutada y luego de hacer una síntesis de los hechos objeto de acción penal, de las pruebas recaudadas y de la providencia confutada, el doctor ERM, Procurador 266 Judicial Penal, señaló que los argumentos esgrimidos por el SLR. MASR podrían ser de

[26] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 15313 del 17 de agosto de 2000, M.P. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO.
[27] Tribunal Superior Militar, radicado 157846 del 21 de abril de 2014, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA.

recibo sino fuera porque aquel acepta que cuando se incorporó a las filas y mientras permaneció prestando el servicio militar, su hijo estuvo a cargo y bajo la responsabilidad de su abuela quien se encargaba de suministrarle lo necesario para su subsistencia, dado que esta posee los recursos económicos necesarios al ser jubilada por la extinta empresa Puertos de Colombia.

Consideró que el menor MASB no se encontraba en situación de abandono y desamparo, pues estaba bajo el cuidado de su abuela paterna.

Destacó que no se entiende la razón por la cual el acriminado al ser contactado por el SS. JFDP le respondió que tan pronto consiguiera dinero para el pasaje retornaría a la base, además que no se iba a perder las fiestas navideñas, por lo que no fue precisamente el hijo quien detenía su regreso a la unidad militar.

En punto a la justificación consistente en que el enjuiciado no contaba con recursos económicos para regresar, se pregunta el representante del Ministerio Público impugnante *"¿acaso este soldado no contaba con familiares o amigos a quien pedirle dinero prestado, como por ejemplo su abuela quien disfruta de una pensión?"*, además que el Sargento JFDP le indicó que consiguiera el dinero porque en el batallón ya iban a cancelar la prima más el pago mensual, pero la respuesta del acusado fue que no se iba a perder las fiestas navideñas.

De lo anterior infirió la clara y firme voluntad del SLR. MASR de abandonar las filas militares, sin que haya podido lograr demostrar la causal de ausencia de responsabilidad alegada, evidenciando un alto grado de irresponsabilidad que no puede ser premiada.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El doctor CARD, Procurador 16 Judicial II Penal ante esta instancia, en su concepto de rigor, contrario a lo deprecado por el apelante - su homólogo ante la primera instancia-, solicitó confirmar la sentencia absolutoria confutada, argumentando al efecto que es un hecho incontrovertible que el SLR. MASR tiene un hijo menor de edad, correspondiéndole velar por su protección, manutención y estudio, además que haber reconocido que su hijo se encontraba bajo el cuidado de su abuela mientras prestaba el servicio, no lo exonera de dicha responsabilidad y debía asumirla cuando se viera en peligro de desamparo, máxime cuando se trataba de un niño de tan solo un año al momento de los hechos.

Refirió que si bien es cierto dentro de los documentos de incorporación no existe ninguna referencia sobre la existencia del menor MASB, se le debe dar credibilidad respecto a que el procesado manifestó dicha situación en el momento de su incorporación en razón a que no se encuentra una razón de peso para haberlo ocultado, más

cuando el comandante y sus compañeros sabían de esa condición particular del uniformado.

Añadió que "*no podemos olvidar que el soldado MASR cursó hasta 5 de primaria, quien pudo haber actuado amparado con la creencia errónea que le generaron los oficiales que lo incorporaron al ejército, quienes le señalaron que no existía ningún inconveniente por su hijo, porque más adelante le darían las condiciones para trabajar.*"

Consideró que "*la razón del apelante no puede ser de recibo que la manutención y protección de su hijo le correspondía asumirla a su abuela, pues si eso sucedió al inicio del prestar el servicio militar, no es una circunstancia que exonere de la obligación de los padres hacia los hijos menores*" [sic].

Estimó que no existe certeza respecto a la real circunstancia por la que el acriminado no retornó a la prestación del servicio militar obligatorio el 20 de diciembre de 2016, duda que debe absolverse a favor de aquel.

Destacó que no existe material probatorio que permita afirmar que el menor no estaba en estado de desamparo, por lo que se debe confirmar la providencia apelada reconociendo la "*causal de justificación de estado de necesidad*".

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de este año[28], como de los ocurridos con posterioridad a la misma -no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial- mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

[28] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

Precisado lo anterior y con miras a la resolución en Derecho del bastión de alzada, mismo que concita la atención de la Sala, se seguirá el siguiente derrotero metodológico a título de carta de navegación: *i)* se rememorarán cuáles son los errores de valoración probatoria en que puede incurrir el operador judicial y cuál es su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales, señalando los efectos que ello genera; *ii)* se elucubrará en punto a la real dimensión dogmática del estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad; y *iii)* se edificará la decisión que en últimas zanjará la controversia sometida a conocimiento de esta Colegiatura.

i) **Los errores de valoración probatoria al interior del proceso penal, su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales y los efectos que ello genera.**

Al respecto sea lo primero rememorar que en materia penal el método de contemplación de las pruebas en nuestro país es el denominado de la persuasión racional o sana crítica, según el cual, aquellas deben ser apreciadas y valoradas primero en forma singular y luego en conjunto, es decir, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencias allegadas al proceso, esto de conformidad con las reglas de la lógica, de la ciencia, de la experiencia y del sentido común, método que permite asignar a tales elementos de juicio un determinado mérito persuasivo, una específica fuerza demostrativa, franqueando así el

arribar a la verdad material aneja a cada caso en particular.

Una valoración así efectuada, supone necesariamente, añade la Sala, echar mano de criterios objetivos, racionales, serios y responsables, sin caer en valoraciones arbitrarias, irracionales o caprichosas de los elementos suasorios sometidos al conocimiento del administrador de justicia.

No empece, una labor tal, que por obvias razones involucra el intelecto y la capacidad de discernimiento de cada dispensador de justicia, no está exenta de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria, mismos que pueden generarse como consecuencia de: *(a)* una omisión judicial, como sucede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o no practica y aduce al *dossier* las pruebas conducentes al *tema probandum*; *(b)* por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto; o *(c)* por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, esto es, de las reglas de la lógica y de la ciencia y de las máximas de la experiencia.

Estas insuficiencias probatorias, o errores en la contemplación probatoria como también las denomina la jurisprudencia nacional, son las que dan origen a lo que se ha denominado defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso, defecto que se traduce en vulneración sustancial del derecho al debido proceso y que tiene lugar cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba la niega, la valora arbitraria, irracional o caprichosamente, o pretermite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados[29], lo que conlleva a que sin razón valedera dé por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[30] o *contrario sensu*, agrega esta Sala, repute probado esta o aquel sin que así lo señale en realidad el elemento probatorio o el arsenal suasorio objetos de escrutinio racional.

Lo anterior, por razones más que obvias, tiene directa incidencia en la motivación de las decisiones judiciales, dando lugar a la denominada motivación *sofística, aparente* o *falsa*, que es aquella que no encuentra respaldo en la verdad probada a través del proceso; vicio *in iudicando*[31] que se explica en tanto el error lo comete el administrador de justicia bien al apreciar las pruebas –al aprehender lo que objetivamente dicen sin atribuirles ningún valor persuasivo-, ora al valorarlas– esto es al asignarles

[29] Sentencia T-086 de 2007.
[30] Ver Sentencias T-576 de 1993 y T-442 de 1994.
[31] Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 12 de diciembre de 2005 y del 7 de febrero de 2007, radicaciones números 24011 y 23331, respectivamente, entre otras.

valor probatorio, credibilidad-, pues al suponer o desconocer las mismas, al cercenar o adicionar su contenido demostrativo o al tergiversar lo que objetivamente señalan, se aparta flagrantemente de la verdad probada arribando a una conclusión jurídica diversa de la realmente correcta.

Este vicio de motivación de las decisiones judiciales con claro origen en la errada contemplación probatoria, se itera, tiene como inexorable efecto el que se deba revocar la decisión que adolece del mismo y dictar la determinación de reemplazo, a diferencia del efecto propio de los otros vicios que en materia de argumentación judicial se pueden dar –*v.gr.* ausencia total de motivación, motivación dilógica o ambivalente o motivación incompleta-, los que de acaecer conllevan a la nulidad de la decisión en que ellos tienen ocurrencia.

Ahora bien, la revocatoria de la decisión afectada del primero de estos vicios y el proferimiento de la que deba reemplazarla, también se habrá de acotar, no se produce *ipso facto* con el sólo señalamiento del defecto, pues quien enarbole el mismo debe correr con la carga procesal de demostrar qué dice la prueba que en su concepto resultó omitida, supuesta o distorsionada, cuál era su real contenido material y cuál fue el que le atribuyó el juzgador y, lo que es más importante, la manera como el defecto incidió en la decisión cuestionada, ello en tanto el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser flagrante, manifiesto, trascendente y con incidencia directa en

la decisión, de manera tal que ninguna repercusión tendrán los yerros que no se ajusten a unas características tales.

ii) **El estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad.**

Al efecto rememórese como primera medida que el numeral 5° del artículo 34 de la Ley 522 de 1999, al igual que lo hace el numeral 7° del artejo 33 de la Ley 1407 de 2010, referente a la enarbolada causal de justificación, o si se quiere causal de ausencia de responsabilidad, preceptúan, respectivamente, que el hecho se justifica y que no habrá lugar a responsabilidad penal "*Cuando se actúa* [*"se obra"* reza la segunda de estas normas acota la Sala] *por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar."*

Sobre una causal eximente de responsabilidad penal tal, la doctrina nacional ha dicho se trata de "*un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber*"[32], refiriéndola adicionalmente como "*la situación de conflicto entre dos*

[32] PUENTE SEGURA, LEOPOLDO. Circunstancias Eximentes, Atenuantes y Agravantes de la Responsabilidad Criminal. Imprenta Universitaria de Bogotá. 2003. P. 197.

bienes en la que la salvación de uno exige el sacrificio del otro"[33]*.*

Esta Corporación Castrense, por su parte, en torno al causal objeto de estudio, en pretérita oportunidad aquilató con suficiencia diamantina:

> *"Para efectos de dar mayor claridad sobre el tema, la Sala consideró necesario rememorar que el estado de necesidad en términos generales se concibió como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos en la que por proteger uno de ellos, necesariamente el de mayor jerarquía, se debe optar por sacrificar el otro -estado de necesidad justificante-, o cuando el agente realiza una conducta típica con el objeto de salvaguardar o proteger un derecho propio o ajeno de una amenaza o daño real actual o inminente, en el que se produce un daño de menor gravedad a los bienes jurídicos, siempre que no pueda evitarse de manera distinta -estado de necesidad excluyente de la culpabilidad-.*
>
> *Hechas las precisiones anteriores, se debe apuntalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia*[34] *han venido decantando que para estructurar el estado de necesidad habrá de cumplirse los siguientes presupuestos, a saber:* ***i)*** *debe existir un riesgo, un daño o peligro;* ***ii)*** *ese riesgo, daño o peligro debe ser actual o inminente;* ***iii)*** *la conducta ejecutada debe tener como único propósito proteger un derecho propio o ajeno, es decir, la finalidad debe ser la protección del bien;* ***iv)*** *el daño o peligro no puede evitarse de otra forma, procedimiento o por otro actuar;* ***v)*** *el daño causado debe ser de menor entidad o gravedad;* ***vi)*** *el daño o peligro que se pretende*

---

[33] VELÁSQUEZ V., FERNANDO. Manual de Derecho Penal Parte General. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Cuarta Edición. P. 499.

[34] Cfr. Sentencias: radicado 43033 del 05 de marzo de 2014, MP. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, radicado 32614 del 17 de agosto de 2011 MP. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, radicado 8523 del 17 de agosto de 1993 MP. DR. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ, Corte Suprema de Justicia y Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006 MP. DR. JAIME ARAUJO RENTERIA Corte Constitucional; entre otros.

> *evitar no debe ser causado por el agente de manera intencional o por imprudencia y,* ***vii)*** *el agente no debe tener el deber jurídico de afrontar ese peligro*[35]*."*[36]

A lo previamente referido habrá de agregarse que el riesgo aludido debe ser real, debiéndose comprobar con claridad la existencia del mismo, pues si el agente obra en la creencia de que ello sucede cuando en realidad no es así, no puede invocar esta específica causal[37], pues se estaría, precisa la Sala, ante un "*estado de necesidad excluyente de la culpabilidad putativo*"[38] susceptible de ser argüido pero al amparo de la causal de inculpabilidad regulada en el numeral 3° del artejo 35 del *códex* castrense de 1999, misma que haya enlistada como circunstancia generadora de error de prohibición en el numeral 10° del canon 33 de la Ley 1407 de 2010 en donde es tratada como error de tipo por razones de política criminal, siendo bajo la égida de esta última normatividad, habida cuenta del esquema dogmático propio de la teoría del delito imperante en nuestro país, que debe resolverse toda cuestión atinente a la operancia, o inoperancia, de las eximentes de responsabilidad penal reguladas en el ordenamiento jurídico patrio.

iii) **Del asunto sometido a conocimiento de esta colegiatura.**

---

[35] Derecho Penal, parte general, ALFONSO REYES ECHANDIA, Editorial Temis S.A., Bogotá –Colombia- 1987 –decima primera edición-.
[36] Tribunal Superior Militar y Policial, radicado 158858 mayo 11 de 2018, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ.
[37] VELÁSQUEZ V., FERNANDO. Manual de Derecho Penal Parte General. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Cuarta Edición. P. 502.
[38] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia agosto 17 de 201, ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, radicación No 32614.

Precisado lo anterior, y cernido el argumento enarbolado por el accionante por el tamiz que ofrecen los referentes conceptuales y jurisprudenciales traídos a colación *ut supra*, desde ya habrá de anunciar la Sala que la sentencia adiada 06 de febrero de 2019 por medio de la cual el Juzgado Tercero de Brigada del Ejército Nacional absolvió de toda responsabilidad SLR. MASR por la presunta comisión del reato de deserción, será revocada convergiendo con lo deprecado por el recurrente, para en su lugar proferir sentencia condenatoria en contra del encartado por el reato de deserción, ello por las potísimas razones que se indicarán acto seguido.

El estudio de la presente causa penal y el análisis crítico racional del entramado probatorio anejo a la misma, de cara a lo decantado con antelación, lleva a esta Sala de Decisión a la ineluctable conclusión de la existencia de errores en la valoración probatoria llevada a cabo por la titular del referido despacho, ello en la medida que apreció y valoró las pruebas recaudadas en el devenir investigativo de manera equivocada y derivó de las mismas un contenido diverso y distorsionado del aquel que objetivamente señalan, infiriendo inexplicablemente la eventual ocurrencia de "*la causal de ausencia de responsabilidad que excluye la antijuridicidad de la conducta, no es otra que el estado de necesidad*", ello al estimar que "*la voluntad del SLR. MASR, estaba encaminada a la solución de un problema de alimentos con su menor hijo y no al abandono de sus deberes como Soldado Regular*", premisa argumentativa esta última que, por un lado, en manera alguna

sustenta la presunta causal excluyente de antijuridicidad alegada por la funcionaria en comento y, por otro, guarda más afinidad con un tema de atipicidad de la conducta que con aquella en tanto -desde una perspectiva finalista del delito bien entendida- toca con la voluntad final de acción del infractor, no con los elementos propios de la figura del estado de necesidad, amén que no hizo el más mínimo esfuerzo retórico por precisar si en su juicio se trató de un estado de necesidad justificante o exculpante.

No empece lo anterior, lo que sí hizo la juez de conocimiento en cuestión fue postular la tipicidad de la conducta del sumariado, raciocinio judicial que, contrario a lo anterior, resulta acertado en tanto los elementos suasorios recaudados palmarmente dan cuenta de que el comportamiento desplegado por el SLR. MASR encuadra de manera objetiva en el tipo penal de deserción consagrado en el numeral 2° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, normatividad vigente para la época de los hechos, ello en la medida que *(i)* resulta innegable su calidad de miembro activo de la Fuerza Pública derivada de su previa y regular incorporación a las filas del Ejército Nacional como Soldado Regular orgánico del Batallón de Ingenieros No. 52 de Construcción "*General Francisco Tamayo Cortés*" ubicado en Buenavista en el municipio de Barabacoas (Nariño), *(ii)* que el 27 de noviembre de 2016 salió de permiso a raíz de la terminación del ciclo CODE debiendo regresar del mismo el 20 de diciembre de igual año a las 18:00 horas y *(iii)* que no retornó a su unidad

orgánica al término del citado permiso permaneciendo ausente del servicio y del cumplimiento de su deber constitucional por más de los cinco (05) días consecutivos regulados en el referido artículo.

Conducta de ausencia que el SLR. MASR desplegó no obstante ser sabedor que con su actuar agotaba la acción constitutiva del reato típicamente militar de deserción y se hacía acreedor a las consecuencias que de ello derivaban, conocimiento que le permitía comprender que con su conducta materializaba la acción típica aneja al injusto militar de deserción, ello en tanto había recibido instrucción en materia de justicia penal militar y sobre los delitos pasibles de ser cometidos durante la prestación de su servicio militar[39], pero no le impidió obrar *contra legem* pretendiendo justificar esto posteriormente en sede indagatorial con los argumentos que, aceptados sin reparo alguno por la falladora de primer grado, condujeron a esta a la adopción de la decisión objeto de disenso.

Amén de ello, incuestionable también se patentiza que con su actuar el procesado vulneró efectivamente el bien jurídico tutelado por el legislador de *"el servicio"*, tanto en su aspecto formal como en el material, sin que se evidencie que haya actuado al amparo de alguna causal de ausencia de responsabilidad que trocara en justificado aquel proceder como erradamente lo infirió la juez de conocimiento, con

[39] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP6540, auto septiembre 28 de 2016, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

mayor razón cuando no son de recibo las exculpaciones aducidas por aquel en la diligencia de indagatoria, como pasa a verse.

El acriminado indicó en dicho acto procesal que uno de los motivos para abandonar el servicio militar fue que "*no tenía para el pasaje*", sin embargo aceptando en gracia de discusión que ello hubiere sido así, esto en tanto no se tiene certeza de su real ocurrencia pues de la concurrencia de tal circunstancia sólo se tiene el decir injurado del acriminado, ello por manera alguna puede estimarse como constitutivo de causal alguna de ausencia de responsabilidad, al punto que la mencionada funcionaria no logró encuadrarla en ninguna de las circunstancias de hecho y de Derecho que el legislador previó como tales, resultando sólo ser un paliativo con el que pretendió disfrazar el verdadero motivo para su no retorno a su unidad orgánica, motivo que se colige sin mayor esfuerzo racional de lo atestado por el SS. JFDP, deponente éste que señaló que en comunicación telefónica sostenida con el procesado, éste:

> "*(…) me contestó una sola vez y me dijo que él no tenía dinero para regresarse y que cuando lo consiguiera se regresaba, lo cual le dije que se los consiguiera que en el batallón ya le iban a pagar la prima más el pago y que con eso se le giraba para que se viniera,* ***el soldado dice que de una u otra forma él no iba a perder las fiestas navideñas*** *(…)"*[40]. [Negrillas de la Sala]

[40] Folio 89 *ídem.*

Evidenciándose así que la falta de recursos económicos para trasladarse a la unidad militar en que prestaba el servicio militar obligatorio no fue el factor determinante para que el SLR. MASR abandonara su deber constitucional y patrio, cabe afirmar que aún de haber tenido ello factico acontecer, una circunstancia tal por manera alguna estructura el estado de necesidad postulado en la sentencia de primera instancia recurrida, en tanto palmar se advierte que su razón de ser nunca fue la de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente y que dicha protección sólo fuere viable de dispensar a través de la lesión del bien jurídico del Servicio, por sólo mencionar algunos de los presupuestos que tornan plausible pregonar la concurrencia de la precita causal de ausencia de responsabilidad.

Asertos a lo que ha de agregarse, en punto a lo argüido por el SLR. MASR en el sentido de que "*(…) estaba pendiente de mi hijo MASB, que tenía como cuatro o cinco meses de nacido y la mamá de él no trabaja, a mí me tocó ponerme a trabajar para ayudar a mi hijo. Yo trabajaba en construcción para los gastos de mi hijo*", que amén que estas afirmaciones carecen de asidero probatorio en el paginario, no obstante reposar en el mismo el registro civil de nacimiento del menor MASB[41] que fija la ocurrencia de un naturalístico evento tal en el día 10 de marzo de 2015, las mismas se contraponen a lo también aseverado por el procesado en su versión judicial en el sentido de que cuando se incorporó a las filas castrenses y mientras permaneció

[41] Folio 268 C.O. 2.

prestando el servicio militar, su hijo estuvo a cargo y bajo la responsabilidad de su abuela quien le proveía su congrua subsistencia al poseer suficientes recursos económicos para ello.

Inferencia racional apalancada en lo que objetivamente refiere el arsenal probatorio propio de la presente causa penal, a la que se suma que en el expediente no milita prueba alguna, ni el sumariado o su defensa técnica la aportaron[42], como tampoco se avizora acto procesal de parte alguno tendiente a conjurar una hipotética precariedad probatoria que permee el proceso investigativo[43], que indique que para la fecha de consumación del injusto típico espetado al acriminado -26 de diciembre de 2016- su menor hijo se hallare en un estado de riesgo o peligro que demandara su paternal protección o que el SLR. MASR, haciendo efectivo su deber parental, llevó a cabo la conducta

---

[42] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias abril 09 de 2008, radicado No. 23754 y mayo 13 de 2009, radicado No. 31147. En estas decisiones enseña esta Alta Corporación que el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer. Así si se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, es al procesado o su defensor a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan.

[43] *"(…) debe precisarse que conforme a los criterios que orientan la anulación de la actuación, quien postula tal efecto o lo insinúa, por desconocimiento del principio de investigación integral, está obligado a demostrar que no ha dado lugar con su postura procesal a que se genere el motivo invalidante, de suerte que si se alegó que hubo cercenamiento al derecho de defensa por omisión probatoria, el impugnante debe acreditar que el procesado no contó con la posibilidad de defenderse, que la defensa técnica representada por el abogado que lo asistió en el trámite, tuvo vedados o limitados los mecanismos para solicitar pruebas, controvertir las que se adujeron en su contra e impugnar las decisiones de fondo que valoraron esos elementos, nada de lo cual ocurrió en el presente evento".* Corte Suprema de Justicia, sentencia de única instancia 24 de julio de 2013, radicado No. 31244.

de ausencia que dan cuentas las fojas con el único fin de proteger a su vástago de un actual o inminente daño sólo conjurable mediante la efectiva lesión del bien jurídico objeto de protección legal en tratándose del reato de deserción, siendo de resaltar que al respecto el SLR. EAPI atestó que el SLR. MASR le decía "*que él quería estar con el hijo*"[44], natural sentimiento paterno que para nada se encuadra, salvo mejor y válida opinión en sentido diverso, en ninguno de los presupuestos dogmáticos de la pretendida causal de justificación de la conducta.

Contrario sensu, lo que enseña la prueba testifical obrante en el *dossier* es que el único motivo argüido por el mencionado bajo banderas a sus superiores fue el no contar con recursos económicos para retornar a la ciudad en que se hallaba acantonada su unidad orgánica, superiores a quienes igualmente manifestara que no iba a perderse las fiestas navideñas[45], manifestación esta última que, habrá de señalar la Sala, se converge plenamente con el tiempo del hecho punible y con el momento consumativo del injusto típico cobrando credibilidad como motivo determinante de la defección objeto de escrutinio judicial.

Voluntad de ausencia que incluso se vio confirmada al interior de la presente actuación, contrario a lo que sostuviere la *Iudex A quo*, con lo vertido en el informe de investigador de campo procedente del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de

[44] Folio 40, C.O.1.
[45] *Cfr.* Folio 89, C.O.1.

la Nación de la ciudad de Buenaventura (Valle del Cauca)[46], en el que se refirió que habiéndose llamado a los abonados de telefonía celular que obraban en el sumario como relacionados con el encartado, éste "*paso* [sic] *al teléfono e indico* [sic] *que no se iba a presentar y que sí querían capturarlo tenían que buscarlo en el barrio Lleras de esta ciudad y colgó (…)"*.

Es la contemplación de aquellos elementos de convicción, aunada a la de las demás pruebas arrimadas, excepción hecha, se aclara, de la entrevista en tanto no puede reputarse prueba para efectos de responsabilidad penal[47] y su autor no fue escuchado en atestación de verdad, todo ello bajo la égida de las reglas de la sana crítica, lo que lleva a esta Sala de Decisión a la íntima convicción de que en el presente evento no se cumplen los requisitos *sine qua nom* para que se estructure la causal de ausencia de responsabilidad postulada por la juez de conocimiento, en tanto meridiano resulta, se itera, que no emerge admisible la imprescindible necesidad del SLR. SOLIS RUIZ de actuar *contra legem*, de obrar en la forma que lo hizo –abandonando su deber social y patrio y lesionado el pluricitado bien jurídico-, como tampoco que estuviere efectivamente en la situación extrema condicionante de preservar los derechos de su menor hijo ante situación de riesgo o peligro de éste

[46] *Vid.* Nota 8.

[47] El artículo 314 de la Ley 600 de 2000, aplicable por vía de integración, preceptúa "*Labores previas de verificación. La policía judicial podrá antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible. Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación."*

como fue decantado *ut supra* y menos que en realidad de verdad aquel hubiere hecho propios sus deberes parentales.

Circunstancia esta última que debe haber tenido lugar, añade la Sala, pondría en palmar evidencia la confusión dogmática en que incurrió también la *Iudex A quo*, pues un deber asistencial tal no se correspondería con la causal de ausencia de responsabilidad por ella enarbolada en su providencia, sino con otra diferente, cual es el estricto cumplimiento de un deber legal, dislate que, no empece conllevar *per se* la infirmación de la presunción de acierto de la sentencia confutada, su revocatoria y reemplazo, no es óbice para que la Colegiatura advierta un *erroris in iudicando* tal.

Precisado lo anterior, habrá de apuntalarse en lo que respecta a la culpabilidad, entendida esta como *"el juicio de exigibilidad en virtud del que se le imputa al agente la realización de un injusto penal"*[48], que resulta innegable que el SLR. MASR, agente de la conducta típica y antijurídica, tenía capacidad para comprender, para discernir, sobre la ilicitud de la misma y para autodeterminarse de acuerdo a esa comprensión; podía y debía encausar su actuar dentro de la legalidad como le era exigible en su calidad de incorporado al servicio militar obligatorio; y le era vedado comportarse de manera contraria a ello, no obstante lo cual, optó por obrar en contravía a ello,

[48] Manual de Derecho Penal, Fernando Velásquez Velásquez, Sexta edición, Año 2014, Bogotá, Editorial "Ediciones Jurídicas Andrés Morales", Página 526.

aparejando lo anterior una doble valoración negativa, el desvalor sobre el hecho o injusto y el desvalor sobre el autor o culpabilidad ante la lesión injustificada del bien jurídico (desvalor del resultado) y por razón de la trasgresión de los valores ético sociales en tanto aquella afectación resulta contraria a lo que le era exigible (desvalor de la acción); conjunción que torna su conducta en acreedora de reproche y en pasible de la imposición de una pena en tanto pudiendo y debiendo actuar conforme a Derecho, actuó en sentido contrario.

Así las cosas, irrefragable resulta que el raciocinio judicial al que arribó la juzgadora de primer grado fue abstracto, subjetivo y producto de un error en la valoración probatoria –esto en la medida que, como quedó acrisolado, existió valoración arbitraria, irracional o caprichosa de la prueba obrante en el *dossier*-, prueba que, *contrario sensu*, conlleva a la persuasión racional sobre la existencia de la conducta y la responsabilidad del procesado, dando cuenta en grado de certeza racional de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad del comportamiento enrostrado en autos al antes citado SLR. MASR, certeza racional que conduce a esta Corporación a estimar como desacertado, se itera, el que la falladora primaria hubiere postulado la concurrencia de un estado de necesidad en el actuar del acriminado y, consecuencialmente, a revocar la sentencia absolutoria, como fuere pregonado en los albores del presente pronunciamiento, profiriendo la sentencia de reemplazo que corresponde, decisión esta

que no impide acotar que a la misma convicción hubiere arribado la mencionada funcionaria de haber reparado en lo que real y objetivamente enseñan los elementos de convicción propios de la presente causa penal y de haberles asignado el real mérito demostrativo que ameritan de cara a los presupuestos dogmáticos de la causal de ausencia de responsabilidad por ella proclamada en su proveído.

Bajo las anteriores consideraciones, proferirá esta Corporación sentencia condenatoria en contra del SLR. MASR por la comisión del delito de deserción contemplado en el numeral 2° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, al emerger con certeza la existencia del hecho punible a él imputado, así como su compromiso penal en ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 396 de la Ley 522 de 1999.

En cuanto a la pena imponible se ha de tener en cuenta que para el punible de deserción el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010 contempla la privativa de la libertad consistente en prisión de ocho (8) meses a dos (2) años, por lo que atendiendo a las reglas de dosimetría punitiva reguladas en el artículo 60 de la misma normativa, canon de plena aplicabilidad al rito al que actualmente se sujetan los procesos penales militares que se surten en esta jurisdicción, como pacífica y uniformemente ha señalado esta Corporación, para el presente reato se establecen los siguientes cuartos de movilidad:

Cuarto mínimo	Primer cuarto	Segundo cuarto	Cuarto máximo

	medio	medio	
08 meses a 12 meses	12 meses y 01 día a 16 meses	16 meses y 01 día a 20 meses	20 meses y 01 día a 24 meses

Ahora bien, en razón a que no obran circunstancias de mayor punibilidad la tasación de la pena se hará dentro del cuarto mínimo de movilidad, esto es, de ocho (08) a doce (12) meses, por lo que atendiendo a los criterios plasmados en el artículo 61 *ídem*, es decir, la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo concurrente y la necesidad de la pena como proceso comunicacional del mantenimiento de la vigencia de la norma quebrantada, se le impondrá al SLR. MASR una pena equivalente a nueve (09) meses de prisión, *quantum* que resulta proporcional al daño social causado en tanto indiscutible que, durante el tiempo de ausencia del precitado, el Ejército Nacional vio mermado su pie de fuerza en un efectivo, amén de la repulsa que respecto de su deber social y patrio aparejó durante igual lapso la conducta desertora del mismo.

No se concederá el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por estricta prohibición legal contenida en el artículo 63 de la referida codificación penal castrense, ello al tratarse de un delito que atenta contra el servicio.

La naturaleza y sentido de la presente decisión no es óbice -dado el oficioso planteamiento realizado por el

bien apreciado colaborador del Ministerio Público ante esta instancia en punto a la concurrencia de duda sobre la real circunstancia por la cual el acriminado no retornó a la prestación del servicio militar obligatorio, con lo cual amplió el espectro argumentativo de la decisión confutada cuya confirmación depreca, introduciendo así una petición subsidiaria que se contrapone al principio de limitación que le es de imperiosa observación[49]-, para recordar, como en otras oportunidades ha hecho este Tribunal[50], que para que la duda franquee la puerta en orden al proferimiento de una decisión en *favor rei*, ha de ser de tal naturaleza que imposibilite al poder punitivo del Estado la materialización de una declaratoria de responsabilidad penal y por ende una condena, razón por la cual las circunstancias que la germinan *i)* han de obedecer a hechos objetivos no susceptibles de sortear con la diligencia que ha de caracterizar la labor judicial; *ii)* no han de ser producto de apreciaciones subjetivas e hipotéticas sin sustento real en la urdimbre procesal y probatoria; *iii)* no han de radicar en la simple contradicción entre dos versiones o entre dos hipótesis; y *iv)* tampoco pueden versar sobre aspectos ajenos a la materialidad del delito o a la responsabilidad penal

[49] Cfr. radicados Nos. 12821, auto enero 24 de 2001: 19960, auto marzo 20 de 2003; y 18428, noviembre 10 de 2004, entre otros, en los que Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sentado pacífica posición en punto a que, salvo eventos en que ha de evidenciar violaciones ostensibles de las garantías fundamentales de los sujetos procesales, al Ministerio Público le aplica igualmente el principio de limitación, siéndole vedado formular sus propios cargos o suplir a la parte actora en la formulación de los cargos que sustentan el recurso, realizando su propio alegato, o entrar a subsanar las deficiencias técnicas o argumentativas del recurso, complementando o enmendando el libelo objeto de concepto, pues se estaría atribuyendo la calidad de impugnante de la que carece y desnaturalizando la razón de ser del traslado.

[50] *Cfr.* sentencia segunda instancia noviembre 28 de 2018, radicado No. 158935, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.

del acusado, razón esta última por la cual, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia[51], unas circunstancias tales han de tener entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre aquellos aspectos, mismos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles.

Imposibilidad que el evento *sub judice* no tiene material concreción, como quiera que, como quedó decantado en los párrafos precedentes, la contemplación y la valoración del material probatorio aupado en el devenir investigativo franquea el arribar a una verdad aproximativa o relativo-objetiva sobre la materialidad y existencia de la conducta punible investigada y sobre la responsabilidad penal que incumbe al desertor aquí procesado en punto a la comisión de la misma, esto es, a la certeza racional que demanda el proferimiento de sentencia condenatoria en su contra, sin que para esta Colegiatura exista incertidumbre o hesitación alguna al respecto.

Finalmente, sea procedente aclarar que contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional con miras a obtener de la Corte Suprema de Justicia un pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar posturas conceptuales, actualizar la doctrina o abordar un tópico aún no desarrollado, ora para asegurar la

[51] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32863, sentencia febrero 03 de 2010, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMUS.

garantía de derechos fundamentales, recurso que de interponerse se guiará por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal de 2000 –Ley 600 de ese año-, de conformidad con lo aquilatado recientemente por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción especializada[52].

Adicionalmente, dada la naturaleza de la decisión que se adoptará, habrá de precisarse que al procesado aquí condenado le asiste el derecho a la impugnación especial a que ha hecho referencia el órgano de cierre de esta jurisdicción foral[53], misma que podrá interponer y sustentar directamente o por conducto de apoderado, impugnación respecto de la cual, de proponerse, habrá de correrse traslado por la secretaria común de éste Tribunal a los no recurrentes para que se pronuncien respecto de la misma.

Adicionalmente se dispondrá que, en caso de que no se interponga ningún recurso en contra de la presente decisión, se proceda por la secretaria común la devolución del presente sumario al Juzgado Tercero de Brigada del Ejército Nacional con asiento en la ciudad de Santiago de Cali, para que una vez aprehendido allí nuevamente su conocimiento, se proceda de conformidad con lo dispuesto adoptando las acciones tendientes a su materialización.

---

[52] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados Nos. 48713, AP6540-2016, septiembre 28 de 2016, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA; 49522, noviembre 15 de 2017, M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA; y 49808, AP6766-2017, septiembre 11 de 2017, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

[53] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones SP650-2017, radicado No. 48377; SP3764-2017, radicado No. 48544; SP11437-2017, radicado No. 48952; SP15773-2017, radicado No. 49013 y SP587-2017, radicado No. 49615; y AP1263-2019, radicado No. 54215.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

IX. RESUELVE

PRIMERO: ATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia del 06 de febrero de 2019, a través de la cual la Juez Tercero de Brigada del Ejército Nacional absolvió de toda responsabilidad al SLR. MASR, para en su lugar condenarlo a la pena principal de nueve (09) meses de prisión al hallarlo responsable de la comisión del delito de deserción, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de esta decisión judicial.

SEGUNDO: NO CONDECER al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, conforme se indicara en la presente providencia, por la razón vertida en sus considerandos.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional que podrá interponerse, previa precisión de ello[54], dentro de los quince (15) días siguientes a la última

[54] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 23701, auto junio 22 de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[55].

CUARTO: CONTRA la presente decisión procede la impugnación especial a que se hizo referencia en la *obiter dictum* del presente pronunciamiento, misma que podrá interponer y sustentar directamente el procesado aquí condenado o por conducto de apoderado, impugnación respecto de la cual, de proponerse, habrá de correrse traslado por la secretaria común de éste Tribunal a los no recurrentes para que se pronuncien respecto de la misma.

QUINTO: ORDENAR, en caso de que no se interponga ningún recurso, la devolución del presente sumario al Juzgado Tercero de Brigada del Ejército Nacional con asiento en la ciudad de Santiago de Cali (Valle del Cauca), para que una vez aprehendido allí nuevamente su conocimiento, se proceda de conformidad con lo dispuesto en la presente decisión, adoptándose las acciones tendientes a su materialización.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

[55] Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	***Segunda de Decisión***
Magistrado Ponente:	***TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ***
Radicación:	***159060Procedencia: Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Atlántico***
Procesado:	***AP. (R) RJHM***
Delito:	***Deserción***
Motivo de alzada:	***Apelación sentencia condenatoria***
Decisión:	***Confirma condena.***

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

I.- VISTOS.-

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a pronunciarse frente los recursos de apelación interpuestos por el procesado, AP. **RJHM**, y la defensora de oficio, **RSGD**, en contra de la sentencia condenatoria fechada 9 de noviembre de 2018, por medio de la cual el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Atlántico lo condenó como autor responsable del delito de deserción, imponiéndole la pena principal

de ocho (08) meses de prisión y negando al penado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

II.- HECHOS.

Datan del 30 de diciembre de 2016, siendo aproximadamente las 14:30 horas, cuando en la plaza de armas de la Escuela de Policía Antonio Nariño ubicada en la ciudad de Barranquilla (Atlántico), en desarrollo de una formación el AP. (R) **RJHM** adscrito a la Compañía *"Antonio Ricaurte Lozano"*, tomó la decisión de ausentarse de las instalaciones policiales, permaneciendo ausente por un tiempo superior a 5 días.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Con fundamento en el informe de novedad del 5 de enero de 2017 suscrito por el IT. **HRO**, Comandante de la Cuarta Sección de la Compañía *"Antonio Ricaurte Lozano"* de la Escuela de Policía "Antonio Nariño", y documentos anexos (Fols.1-51), el Juzgado 174 de Instrucción Penal Militar en auto de impulso que data del 31 de enero de 2017 (Fols.53-54), declaró formalmente abierta la instrucción en contra del AP. (R) **RJHM** por el presunto delito de deserción.

Posteriormente, ante la imposibilidad de hacer comparecer al AP. (R) **RJHM** y habiéndolo emplazado mediante edicto del 2 de mayo de 2017 (Fol.112), este fue vinculado a la instrucción el 11 de mayo de 2017 a través de la declaratoria de persona ausente (Fols.113-114), resolviendo su situación jurídica provisional con interlocutorio fechado el 15 de junio de 2017 en el que se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en su contra.

3.2- Finalizada la instrucción fueron enviadas las diligencias a la Fiscalía 161 Penal Militar, despacho que el 30 de abril de 2018 ordenó el cierre del ciclo instructivo (Fol.283), calificando el mérito sumarial el 18 de julio de 2018 con resolución de acusación en contra del AP. (R) **RJHM** como presunto autor del delito de deserción (Fols.297-311).

3.3- En firme la acusación, fue remitido el sumario para conocimiento del Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Atlántico, que avocó competencia mediante auto fechado el 13 de septiembre de 2018 (Fol.325), llevando a cabo audiencia de corte marcial el 24 de octubre del mismo año (Fols.343-355), profiriendo sentencia el 9 de noviembre de 2018 (Fols.364-400), mediante la cual condenó al AP. (R) **RJHM** como autor responsable del delito de deserción, imponiéndole la pena principal

de ocho (08) meses de prisión y negando al penado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El referido fallo fue apelado por el condenado AP. (R) **RJHM** (Fols.411-426) y por la abogada **RSGD** quien funge como defensora de oficio del encausado (Fols.427-436), recursos que fueron concedidos por el fallador ante esta instancia en el efecto suspensivo mediante auto de trámite del 21 de enero de 2019 (Fol.457).

IV.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El Juez de Departamento de Policía Atlántico abordó los argumentos de la decisión precisando, a partir de los elementos materiales probatorios obrantes en la foliatura, que el AP. (R) **RJHM** fue incorporado al servicio militar mediante Resolución No. 065 del 11 de octubre de 2016, quien que para el día 30 de diciembre de 2016 se ausentó de las instalaciones de la Escuela de Policía *"Antonio Nariño"* con el propósito de no continuar prestando el servicio militar, quedando con ello configurada la tipicidad objetiva del delito de deserción.

Discrepó de lo manifestado por la defensa al plantear que el proceder del AP. (R) **RJHM** se encontraba amparado por la causal de ausencia de

responsabilidad denominada *"estado de necesidad"*, agregando que el procesado se encontraba exento de prestar el servicio militar obligatorio, argumentos que en criterio del juez primario no fueron acreditados probatoriamente.

Recordó que la señora **BMG**, madre del enjuiciado, manifestó estar convaleciente para la época de los hechos por lo que requería el acompañamiento de su hijo para su manutención y cuidado, agregando que cuando su hijo regresó al Batallón sus compañeros le manifestaron que lo enviarían al área donde operaba la guerrilla y por ello no volvió, circunstancias que el *A quo* consideró que no fueron probadas puesto que, si bien es cierto la deponente aportó copia de la historia clínica, ello no demuestra que el inculpado estuviera amparado por una causal eximente de responsabilidad.

Dicha postura la cimentó en lo afirmado por el mismo AP. (R) **RJHM**, quien refirió en la vista pública que ni previo a su deserción, ni posterior a ella convivió con su progenitora, infiriendo de tal afirmación que no existió razón física ni psicológica que le impidiera continuar prestando el servicio militar, puesto que en momento alguno acompañó la enfermedad de su señora madre.

Reseñó que en el plenario obran los documentos de incorporación del AP. (R) **RJHM** que dan cuenta de la elección voluntaria del mismo para la prestación del servicio militar, añadiendo que al momento de consumar el hecho punible este no presentaba inmadurez psicológica o trastorno mental que le impidiera entender la ilicitud de su actuar y por ende no puede ser considerado inimputable y mucho menos estimar que estaba inmerso en una de las causales de exoneración del servicio militar.

Agregó, que el AP. (R) **RJHM** recibió capacitación respecto del Código Penal Militar, tal como consta en acta No. 1469 del 12 de octubre de 2016, siendo por ende conocedor de la ilicitud en que incurrió de manera dolosa.

El juez primario consideró que el procesado tenía conocimiento de la antijuridicidad de su conducta con la que lesionó el bien jurídico del servicio, puesto que no logró justificar su actuar omisivo al incumplir el deber de presencia en la Escuela de Policía.

Con fundamento en lo expuesto, el *A quo* consideró que el AP. (R) **RJHM** era penalmente responsable del delito de deserción, razón por la cual era acreedor a la sanción mínima establecida en el artículo 109

de la Ley 1407 de 2010 por cuanto no cuenta con antecedentes penales, imponiendo en su contra la pena principal de ocho (08) meses de prisión, negando el subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición legal.

V.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.-

5.1.- Recurso de apelación interpuesto por el AP. (R) RJHM.

El enjuiciado fundó su inconformidad con la sentencia de primer grado señalando que la enfermedad, mala situación económica y desprotección de su señora madre, quien estaba a su cuidado, lo puso ante una circunstancia apremiante que se estructuró como un estado de necesidad que lo obligó a desertar, agregando que además estaba al cuidado de sus hermanas menores de 13 y 7 años de edad.

Invocó la causal de ausencia de responsabilidad de estado de necesidad (Ley 522,1999 art.34.5) (Ley 1407,2010 art.33.7), argumentando que pese a ser conocedor que su conducta constituía una infracción a la Ley Penal Militar, debió asumir el cuidado de su núcleo familiar como era su obligación (Código Civil Colombiano art.251), habida cuenta que su madre y hermanas se

encontraban en una situación de peligro inminente, lo que manifestó demostrar con los testimonios recepcionados.

Hizo referencia a que era la única persona que podía proveer ayuda a su progenitora, anteponiendo los derechos a la salud, vida e integridad personal de su señora madre, amparado en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, por sobre la prestación del servicio militar.

Señaló que, el autor del punible de deserción no está exento de encontrarse bajo un estado de necesidad, invocando para ello precedentes del Tribunal Superior Militar (TSM. Rad.156049 y Rad.153517), que reconocen a la luz de la Carta Política la protección a la familia, manifestando frente a ello que él tenía la posición de garante frente a su núcleo familiar.

Por otro lado, hizo alusión a que durante el decurso procesal no conoció que requería de la asistencia de un abogado ni tuvo contacto con su representante judicial hasta el día de la corte marcial, considerando que se le vulneró el derecho a una defensa letrada, idónea y a la contradicción.

Al respecto arguyó que careció de defensa técnica desde la etapa de instrucción, puesto que su representante judicial nunca lo buscó para

respaldarlo en su injurada o para que pudiera intervenir de manera activa durante el debate probatorio, invocando el apelante pronunciamientos de la Corte Constitucional (C.Const. Rad.C-617,1996 y Rad. T-395,2010), que señalan que el derecho a la defensa se vulnera cuando el papel del defensor es meramente formal como considera ocurrió en el *sub judice*, solicitando en consecuencia la nulidad de lo actuado.

5.2.- Recurso de apelación interpuesto por la defensora de oficio, abogada RSGD.

La defensora de oficio abordó la sustentación del recurso vertical solicitando la revocatoria de la sentencia adiada 9 de noviembre de 2018, señalando con dicho propósito que si se hubiere otorgado al AP. (R) **RJHM** el permiso que solicitó a sus superiores para atender la enfermedad de su progenitora, seguramente este hubiera continuado con la prestación del servicio militar, aclarando que cuando se evadió y regresó a la unidad sus compañeros lo atemorizaron diciéndole que lo enviarían lejos donde estaba la guerrilla y ello provocó que el enjuiciado desertara definitivamente.

Afirmó que el AP. (R) **RJHM** se encuentra amparado por la causal de ausencia de responsabilidad distinguida como estado de necesidad (Ley 1407,2010 art.33.7), e invocando precedente de esta Corporación (TSM.

Rad.153517, 2007), estimó que el mismo se configuró frente al deber de cuidado que tenía respecto de su familia a la que sostenía, especialmente de su progenitora que presentaba quebrantos de salud.

La impugnante enunció uno a uno los requisitos para la configuración del estado de necesidad que invoca, los que describió como: i) el peligro para la persona, ii) gravedad, inminencia e inevitabilidad del peligro, iii) la obra propia, iv) la obligación profesional, y v) la adecuación, sin establecer la forma en que se configuraba cada uno de ellos dentro del contexto del acaecer fáctico que nos ocupa.

Refirió que, encontrándose enfrentados el bien jurídico del Servicio y el derecho a la salud de la progenitora del encausado, este optó por atender el segundo de ellos que en su sentir ostenta mayor relevancia, argumentando que en procura de dicho amparo solicitó permiso a sus superiores, pero ante la negativa de otorgárselo decidió evadirse. Añadió, que el procesado es cabeza de su núcleo familiar que, además de su señora madre está integrado por dos hermanas menores de edad.

Aludió que el proceso de incorporación del AP. (R) **RJHM** no cumplió con las exigencias de la Ley 48 de 1993, por cuanto no se le realizó ni segundo ni tercer examen de aptitud psicofísica, infiriendo de

ello que el auxiliar no se hallaba correctamente incorporado.

Finalmente, solicitando la revocatoria de la sentencia condenatoria, señaló que de no ser ello posible se le conceda al enjuiciado el beneficio de la condena de ejecución condicional, habida cuenta que este no cuenta con otras investigaciones penales, que no ha obstruido la investigación y que el *quantum* la pena impuesta lo permite.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador 13 Judicial II Penal conceptuó que no hay duda que la conducta del AP. (R) **RJHM** encaja en el tipo penal objetivo y subjetivo de deserción, de conformidad con las pruebas legalmente incorporadas al plenario, estimando que la decisión apelada debe ser confirmada.

Expresó que la señora **BMG**, madre del enjuiciado, adujo dos situaciones contradictorias por las cuales su hijo decidió abandonar el servicio militar, una porque requería la atención económica y personal de su hijo ante sus quebrantos de salud y, otra, que ella lo hizo regresar a la unidad policial, pero el mismo se sustrajo a cumplir su deber por temor a las

represalias que se tomaran por cuenta de su primera evasión.

Con relación a ello, consideró que la enfermedad de la señora **BMG** no comprometió la vida y la salud de su progenitora y, en ese orden de ideas, no era indispensable la compañía de su hijo, habida cuenta que fue ella misma quien le ordenó regresar a la prestación de su servicio militar.

Señaló que la segunda razón por la que se evadió no se enmarcó en un estado de necesidad justificante, sino en el miedo a un eventual traslado por cuenta de su primera evasión, conducta que evidencia que prevaleció el interés personal del encausado por encima del bien jurídico del servicio que efectivamente resultó afectado.

En relación con el estado de necesidad, aseveró que no se demostró la existencia de algún derecho en peligro, tampoco la colisión con el bien jurídico sacrificado, ni el propósito de salvación del agente. Observó que el encausado acudió a la mendacidad manifestando que debía cuidar a su progenitora cuando en realidad este se fue a la ciudad de Cartagena con expectativas laborales, al punto que cuando abandonó el servicio expresó que asumiría las consecuencias de su acto.

Se apartó igualmente del argumento del procesado en lo relacionado con su reclamo a la falta de defensa técnica, en primer lugar porque el censor no demostró las deficiencias de aquella y, aunado a ello, porque esta sí existió, al punto que en desarrollo de la corte marcial la representante judicial invocó una causal de justificación en favor de su defendido, con un estudio minucioso del material probatorio que respaldara su teoría, con lo que afirmó que este nunca estuvo desprovisto de defensa.

Finalmente, insistió en la confirmación de la sentencia condenatoria en contra del AP. (R) **RJHM** como autor penalmente responsable del delito de deserción.

VII.- DE LA COMPETENCIA.-

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia (CSJ.SP.Rad.44046 jun.2015)[1], no obstante los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado

[1] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (17 de junio de 2015) Rad. 44046 [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero].*

por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999.

Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por el procesado AP. (R) **RJHM** y la defensora de oficio **RSGD**, en contra de la sentencia condenatoria fechada 9 de noviembre de 2018, por medio de la cual el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Atlántico lo condenó como autor responsable del delito de deserción, imponiéndole la pena principal de ocho (08) meses de prisión y negando al condenado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Sea lo primero recordar que, frente a la apelación ésta se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los inherentes a ésta que se puedan visualizar en la investigación objeto de estudio.

El día 9 de noviembre de 2018, el Juzgado de Instancia del Departamento de Policía Atlántico profirió la sentencia por medio de la cual declaró la responsabilidad penal del AP. (R) **RJHM** como autor del delito de deserción (Fols.3640-400), condena que fue impugnada tanto por el procesado, como por la defensora de oficio **RSGD.**

Los argumentos de censura de los impugnantes se concretan así, i) son coincidentes en manifestar que en el *sub judice* concurre la causal de ausencia de responsabilidad estado de necesidad, teniendo en cuenta que el procesado se vio obligado a optar por atender el derecho a la salud y la vida de su progenitora, por sobre el bien jurídico tutelado del servicio, ii) el encausado solicitó la nulidad de la causa considerando que careció de defensa técnica en el trámite procesal, y iii) la abogada defensora requirió que, de no ser posible la revocatoria del fallo de condena, se le conceda al enjuiciado el beneficio de la condena de ejecución condicional, habida cuenta que este no tiene registros de antecedentes penales y la sanción impuesta permite su concesión.

8.1.- Los apelantes arguyen de manera sincrónica la concurrencia del estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad, al considerar que la

evasión del AP. (R) **RJHM** se debió al problema que lo aquejaba, cual era acompañar y velar por su progenitora **BMG** de quien se afirmó se encontraba convaleciente de una cirugía, condición que le impedía mantener el hogar integrado además por dos hermanas menores de edad, y por cuenta de ello el llamado a su protección y apoyo era el AP. (R) **RJHM.**

A este respecto, el AP. (R) **RJHM** manifestó en el libelo de su recurso que, ante la situación apremiante que padecía su progenitora optó por anteponer los derechos a la salud, vida e integridad personal de la misma, por sobre la prestación del servicio militar obligatorio, así lo señaló:

> *"En fin, todo lo que aquejó y afectó la vida del AP.* ***RJHM****, situación muy lamentable por demás, que se configura como una verdadera situación apremiante, un estado de necesidad, en la que se encontraba la señora madre del AP.* ***RJHM****, quien requería de la ayuda tal y como la recibieron en todos los aspectos de su hijo el joven AP.* ***RJHM****, quien era y fue el único que le podía proveer y ayudarla como así lo hizo pues es madre cabeza de familia y aunque cuenta con dos hijas más, ellas son menores de edad y estaba bajo su cuidado, para lograr la satisfacción de sus necesidades básicas, y fue el AP.* ***RJHM*** *en cumplimiento de su deber Constitucional y Legal como hijo, de atender el cuidado, sostenimiento y atención de su señora madre en estado de necesidad, y decide aquel ponderar a favor de los derechos a la salud, la vida e integridad personal, derecho a la alimentación de su señora madre, sobre el deber de continuar prestando el servicio militar, situación por demás más que comprensible y que tiene tutela por*

parte de nuestro ordenamiento jurídico" (Fol.419).

En ese mismo sentido, la defensora de oficio expresó en su censura que el estado de necesidad se generó a partir del conflicto entre el derecho a la salud de la progenitora del AP. (R) **RJHM** y el bien jurídico tutelado del servicio, primero de ellos por el que se inclinó el sumariado, señalando:

> *"Esta defensa considera que en presente caso se debe analizar en términos generales el estado de necesidad, mírese que el conflicto entre estos dos bienes: salud de su progenitora y servicio, es la de proteger la salud de su Señora madre, ya que el bien del servicio, sería de menor gravedad, encontrándonos así, ante un estado de necesidad excluyente de culpabilidad; y es así, como el auxiliar RJHM, decide irse para proteger a su Señora madre en su salud, y sentirse tranquilo (…) si observamos los criterios de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad, y si sometiéramos este último a la balanza de la justicia, por un lado se tiene el servicio militar, y por el otro lado se tiene la salud de su PROGENITORA, y en el presente caso la balanza de la Justicia debe inclinarse a la salud de la progenitora del mismo" (Fols.434-435).*

Prudente resulta precisar que el estado de necesidad previsto en Código Penal Militar (Ley 1407,2010 art.33.7)[2], será excluyente de responsabilidad penal en la medida que el mismo afecte la antijuridicidad del injusto y para ello es preciso que cumpla con

[2] *Artículo 33.7 [Titulo II]. Código Penal Militar. [Ley 1407 de 2010] "Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar."*

ciertos requisitos de orden sustancial, como corresponde a la existencia de un peligro para un bien jurídico del cual se pregone su actualidad y, a la vez, que sea inminente e inevitable; al respecto la Corte Suprema de Justicia enseñó:

> *"La jurisprudencia siempre ha sostenido que no basta que la persona llegue a condiciones precarias para invocar a su favor el estado de necesidad, como dirimente de la antijuridicidad, pues del precepto legal se infieren requisitos sustanciales y precisos como el peligro actual o inminente de un derecho propio o ajeno; la inevitabilidad del daño a un tercero inocente; y la proporcionalidad entre el mal que se precave y el que se ocasiona, entre otros, de tal manera que el sujeto activo está obligado a escoger, en situaciones que se lo permitan, el medio menos nocivo a los terceros extraños y no el más rentable para su propio interés"* (CSJ,Rad.15313,2000)[3]

Expresa la doctrina que dicho instituto *"puede entenderse como la situación de conflicto entre dos bienes en la que la salvación de uno exige el sacrificio de otro"* (Velásquez,2014)[4], tal como lo sugieren los apelantes de manera coincidente cuando afirman que el AP. (R) **RJHM** tuvo que anteponer el derecho a la salud de su progenitora por sobre el bien jurídico del servicio.

Sin embargo, el estado de necesidad implica una situación de peligro para un bien jurídico que solo

[3] *Corte Suprema de Justicia, (18 de agosto de 2000). Rad. 15313 [M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego]*

[4] *Velásquez, Fernando. (2014). Manual de Derecho Penal parte general (p.503) Bogotá Ediciones Jurídicas Andrés Morales.*

puede conjurarse mediante la violación o lesión a otro bien jurídico, condición cuya existencia el Colegiado no advierte en el *sub judice*, puesto que no existe evidencia que determine la concreta amenaza a la salud de la progenitora del inculpado, señora **BMG**, puesto que aunque se documentó en la foliatura que la misma se encontraba enferma, esta situación no comprometía de manera grave la salud o la vida de la paciente y por ende no constituía un peligro inmediato.

Veamos como la copia de la Historia Clínica del Hospital Universitario *"Erazmo Meoz"* adiada 5 de enero de 2017, da cuenta que la cirugía realizada a la señora **BMG** se llevó a cabo en el mes de mayo del año 2016 (Fol.106)[5], es decir siete meses antes de la ocurrencia de los hechos que aquí nos ocupan, incluso de manera previa a la incorporación del AP. (R) **RJHM** a la prestación del servicio militar obligatorio (Fol.33)[6], circunstancia indicativa que no existió el peligro actual o inminente que la norma impone como requisito sustancial para la estructuración de la causal excluyente de responsabilidad y, por ende, no era apremiante la

[5] *Hospital Universitario "Erasmo Meoz" Historia Clínica BMG (5 de enero de 2017) (Fol. 106) "paciente quien refiere que en mayo/16 le realizaron tiroidectomía total…"*

[6] *Resolución No. 065 del 11 de octubre de 2016 "Por la cual se causa el nombramiento como auxiliares de policía, de la Escuela de Policía Antonio Nariño, Curso 054 de auxiliares de policía" (Fol.33)*

presencia del policial en su hogar ante la inexistencia de la convalecencia de su progenitora.

La anterior afirmación encuentra respaldo en el hecho que cuando el AP. (R) **RJHM** se evadió de la unidad policial, ni si quiera se dirigió a su casa a empoderarse de la situación precaria de su señora madre y hermanas, como pretenden hacerlo ver los apelantes en sus respectivos argumentos de censura, puesto que como lo evidencio el *A quo* en sus considerandos (Fol.390), fue el mismo procesado quien en desarrollo de la corte marcial aseguró que salió directamente para la ciudad de Cartagena a trabajar en una finca (Fol.344)[7], lo que armoniza con las aseveraciones de su progenitora, quien afirmó que él vive solo y que ella no cuenta con los datos de contacto de su hijo, con quien se comunica solo cuando él la llama (Fol.99)[8].

Aunado a ello, la configuración del estado de necesidad requiere que la vulneración a un bien jurídico para proteger otro sea "*inevitable de otra manera*" (Ley 1407,2010 art.33.7), es decir, que no existan otros medios que permitan anular la amenaza del bien

[7] *Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Atlántico (24 de octubre de 2018) corte marcial (Fol.344) "yo me dirigí a la terminal de la terminal de Barranquilla y de ahí me dirigí a Cartagena de ahí me fui para una finca donde yo estoy trabajando y donde me están ayudando"*

[8] *BMG (15 de marzo de 2017) testimonio (Fol.99) "NO EL NO TIENE ESPOSA EL VIVE SOLO (…) EL TRABAJA EN CARTAGENA PERO POR MIEDO A LO QUE ESTA PASANDO EL NO ME DICE DONDE VIVE NI ME DA EL NUMERO PARA LLAMARLO, EL ES EL QUE ME LLAMA…"*

jurídico en riesgo, que a la luz del planteamiento defensivo sería la salud de la señora **RJHM.** Sin embargo, acudiendo a los medios de conocimiento que obran en el plenario encontramos que la progenitora del enjuiciado para la época de los hechos contaba con una edad de 46 años (Fol.106)[9], periodo del ser humano totalmente productivo, aunado a que no se evidencia que su enfermedad, ya controlada con un procedimiento quirúrgico de meses atrás, fuera incapacitante.

Contrario a ello, el Colegiado infiere, conforme las probanzas obrantes en la foliatura, que fueron otras las razones que motivaron la deserción del AP. (R) **RJHM** aquel 30 de diciembre de 2016, entre otras, una deuda que tenía (Fol.345)[10] y el miedo que le generaba la posibilidad que lo enviaran donde se encontraba la guerrilla, circunstancia que pese a ser enunciada por el procesado en la vista pública (Fol.346)[11] y por su progenitora en el testimonio (Fol.98)[12], no pasó de

[9] *Hospital Universitario "Erasmo Meoz" Historia Clínica BMG (5 de enero de 2017) (Fol. 106)*

[10] *Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Atlántico (24 de octubre de 2018) corte marcial (Fol.345) "… me ausenté fue por trabajar, por ayudarle a mi mamá, yo tenía una deuda, casi de dos millones, de un juego de cuarto que yo saqué, tenía esa deuda, me tenía azotado…"*

[11] *Ibídem, (Fol.346) "… los compañeros me decían que los intendentes estaban diciendo que cuando yo volviera me iban a mandar lejos, me iban a mandar por allá por donde estaba la guerrilla, me iban a matar, entonces en ese momento yo me sentí muy presionado y por eso me salí nuevamente (…) a mi ningún intendente me dijo eso, pero los compañeros si me lo aseguraban, todos me decían lo mismo, los nervios me atacaron, yo soy muy nervioso y por eso me salí".*

[12] *BMG (15 de marzo de 2017) testimonio (Fol.98) "YO LO HICE REGRESAR, LO HICE REGRESAR EL SEIS DE ENERO PARA QUE SE PRESENTARA ALLA Y LOS COMPANEROS EMPEZARON A DECIRLE QUE POR HABERSE DEMORADO LO IBAN A MANDAR AL MONTE DONDE ESTABA LA GUERRILLA, PARA LOS LUGARES MAS HORRIBLES Y ESO TRAUMATIZO A MI HIJO Y VOLVIO Y SE FUE DE LA ESCUELA, A MI ME LLAMO EL PATRULLERO PEREZ O GONZALEZ PARA HACERME SABER QUE EL*

ser una especulación de sus compañeros de fila que no se acreditó probatoriamente, eventualidad que no registra las condiciones de actualidad e inminencia requeridas para la configuración de la causal exculpativa alegada y mucho menos para erigirse autónomamente como una excluyente de responsabilidad penal. Razones por las cuales, el *Ad quem* confirmará la posición del fallador de primera instancia frente a la inexistencia del estado de necesidad que invoca la defensa.

8.1.1. Dentro del desarrollo de este mismo argumento defensivo, la representante judicial, **RSGD**, sugiere que el policial **RJHM** al momento de los hechos no se hallaba correctamente incorporado, señalando para ello que dentro de la foliatura no se documentó que al mismo se le hubieran practicado el segundo y tercer examen que certificaran si era apto para la prestación del servicio militar obligatorio.

Frente a dicha premisa, la Sala recuerda a la impugnante que el acto administrativo de incorporación al servicio militar obligatorio le impone al policial todos los derechos y deberes para con la institución (TSM.Rad.156545 nov.2010)[13], haciéndolo

SE HABIA VUELTO A IR Y YO LE DIJE QUE CLARO QUE CON ESE MALTRATO PSICOLOGICO QUE LE HACIAN ALLA COMO SE IBA A QUEDAR ALLA (…) EL ES MUY NERVIOSO, O SEA COMO LE DIGO YO, EL NO ES UNA PERSONA COMO PARA PRESTAR EL SERVICIO…"

[13] *Tribunal Superior Militar (2 de noviembre de 2010) Rad.156545 [M.P. TC. Camilo Andres Suarez Aldana] "Resulta oportuno señalar que: "los actos administrativos tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir*

objeto de la ley disciplinaria y penal militar, teniendo en cuenta que el mismo goza de presunción de legalidad hasta que sea revocado por la autoridad administrativa que lo profirió o por la autoridad administrativa judicial correspondiente (Ley 1437,2011 art.88)[14].

Bajo ese entendido, no compete a esta jurisdicción especializada dilucidar la legalidad de un determinado acto administrativo, en tanto, la competencia para declarar su validez o nulidad radica en la jurisdicción contenciosa administrativa (Rad. 158385 mar.2016)[15] y, en consecuencia, la Resolución No. 065 del 11 de octubre de 2016 expedida por el Director de la Escuela de Policía *"Antonio Nariño"* (Fols.33-37 r/v)[16], a través del cual se incorporó como auxiliar de policía al ciudadano **RJHM**, goza de

una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permiten aplicar a esta una situación jurídica objetiva"[13]*. Son precisamente estos los efectos que acontecen cuando un militar o policial es dado de alta o retirado del servicio, por licenciamiento, concepto jurídico o sanidad, mediante una orden administrativa de personal, lo que nos permite afirmar que la condición de militar o policial en servicio activo se mantiene desde que es dado de alta o ingresa al escalafón, hasta cuando se produce la comunicación del acto administrativo que le retira del servicio activo".*

[14] *Artículo 88 [Titulo III] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011] "Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar."*

[15] *Tribunal Superior Militar (17 de marzo de 2016) Rad.158385 [M.P. TC. Noris Tolosa Gonzalez]* "*Con mayor razón, habrá que destacarse, si se toma en cuenta que los yerros presentados en la incorporación de un individuo a la prestación del servicio militar obligatorio no generan por sí mismo una situación de atipicidad, como lo intenta la defensa, dado que el acto administrativo de nombramiento, y todo el trámite que le precede, goza de una presunción de acierto y legalidad, solo posible de derruirse por los mecanismos judiciales y ante las autoridades jurisdiccionales que corresponda, y que escapan a la competencia de la justicia penal militar*"

[16] *Resolución No. 065 del 11 de octubre de 2016 "Por la cual se causa el nombramiento como auxiliares de policía, de la Escuela de Policía Antonio Nariño, Curso 054 de auxiliares de policía" (Fol.33)*

presunción de legalidad habida cuenta que no se tiene noticia que la misma haya sido declarada nula por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así las cosas, es claro que, a partir de la expedición de la resolución de incorporación a la Fuerza Pública antes citada, el AP. (R) **RJHM** asumió los derechos y obligaciones que la calidad de militar le otorgaba, así como también, las responsabilidades tanto disciplinarias, administrativas y penales que le demandaba su condición de auxiliar de policía, lo que obra como razón suficiente para que el mismo pueda ser enjuiciado dentro de la presente causa.

8.2. Ahora bien, el AP. (R) **RJHM** solicitó la nulidad de la causa considerando que careció de defensa técnica en el trámite procesal, argumento de censura que llama la atención de la Sala cuando afirma que quien funge como su defensora nunca hizo un esfuerzo por contactarlo, ni siquiera para *"… dar sustento a la tesis defensiva expuesta en mi injurada durante el curso de la citada diligencia…"* (Fol.424), indagatoria que nunca se llevó a cabo puesto que pese a los esfuerzos del juez de instrucción a través de la policía judicial no se logró la comparecencia del sindicado, quien luego de ser emplazado (Fol.112) fue vinculado a la causa el 11 de mayo de 2017 a través

de declaratoria de persona ausente (Fol.113).

Ahora bien, la Sala habrá de recordar que el procedimiento penal militar establece que la oportunidad procesal para invocar las nulidades originadas en la etapa de instrucción -como lo hizo el recurrente quien reclama la falta de defensa en la "indagatoria" e igualmente en el periodo probatorio (Fol.424)- solo puede hacerse hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación, termino procesalmente superado y que impide a esta instancia atender tal petición.

A pesar de ello, la Sala estima pertinente aclarar que la defensora de oficio, quien se posesionó el 15 de mayo de 2017 (Fol.117), estuvo atenta al trámite del proceso y se notificó de manera personal de las principales decisiones, esto es, del auto que resolvió la situación jurídica provisional del AP. (R) **RJHM** (Fol.137), de la resolución de acusación (Fol.315), y de la sentencia (Fol.400/v), abogada que participó activamente en la corte marcial (Fols.363-364) e incluso acudió al recurso vertical en busca de la absolución de su prohijado (Fols.427-436), lo que permite concluir la existencia material de defensa técnica.

8.3. Por su parte, la abogada defensora elevó como

petición adicional la concesión de la condena de ejecución condicional a su prohijado AP. (R) **RJHM,** fundamentada en que este *"no tiene otras investigaciones penales, ni es una persona que ha obstruido la investigación y máxime que el mínimo del cuantum de la pena da mérito para ello"* (Fol.436).

Revisada la decisión apelada, encuentra la Sala que el Juez de Instancia del Departamento de Policía Atlántico al momento de emitir el fallo de condena en contra del AP. (R) **RJHM,** argumentó que el penado no tenía derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición del Código Penal Militar (Ley 1407,2010 art.63.3), señalando frente a ello:

> *"Este subrogado exige que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 63 del actual Código penal Militar, que son en primer término de carácter objetivo, referente a que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) anos, y no se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, el honor, la seguridad de la fuerza pública, la administración pública, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, salvo los delitos culposos y el segundo eminentemente subjetivo, que obliga a ponderar aspectos como la personalidad del sentenciado, sus antecedentes personales, sociales y familiares, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.*
>
> *Para el caso en estudio, el ahora Auxiliar de Policía (R) RJHM, NO es acreedor a disfrutar del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena,*

> *en virtud a que NO concurren la totalidad de las circunstancias previstas en la norma referida, dado que el delito por el que se le condena atentó contra el bien jurídico -El Servicio-, aspectos de los que se deduce que requiere tratamiento penitenciario…"* (Fol.398).

Posición acertada puesto que, si bien es cierto en el *sub judice* se estructura el factor objetivo consagrado en el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, habida cuenta que el *quantum* de la pena impuesta al condenado es de ocho (08) meses de prisión y no supera el límite establecido en el numeral primero de la norma en cita correspondiente a tres (03) años de prisión (Ley 1407,2010 art.63.1), no ocurre lo mismo con lo estipulado en el numeral tercero de la referida norma, que señala que la suspensión condicional de ejecución de la pena está taxativamente confinada para delitos que atenten contra el bien jurídico del Servicio.

Así las cosas, teniendo en cuenta que en el *sub júdice* el AP. (R) **RJHM** fue condenado como autor responsable del punible de deserción consagrado en el Estatuto Penal Militar dentro del Título III contentivo de los delitos contra el Servicio, resulta improcedente conceder al condenado el subrogado que hoy invoca la defensa.

Así mismo, resulta innecesario entrar a estudiar si

los demás requisitos se estructuran, habida cuenta que la norma que regula dicho instituto proclama que los mismos deben concurrir (Ley 1407,2010 art.63)[17], y al no encontrarse cumplidas las condiciones de carácter objetivo, vano resulta analizar si el condenado carecía de antecedentes penales como lo enunció la defensa. Con relación a ello, la Corte Suprema de Justicia ensenó:

> *"De manera que con la inobservancia del primer requisito establecido en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, resultaba innecesario que el juzgador de primera instancia prosiguiera con el análisis de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible, por cuanto la norma comentada instituye como un imperativo la* ***concurrencia*** *de los dos presupuestos ya mencionados".*[18]

Con fundamento en lo expuesto, la Sala estima que le asiste razón al juez primario cuando con amparo en

[17] *Artículo 63 [Titulo III]. Código Penal Militar. [Ley 1407 de 2010]. "SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.

2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.
La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible. Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.
El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.

3. Que no se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, el honor, la seguridad de la Fuerza Pública, la Administración Pública, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, salvo los delitos culposos."

[18] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (30 de agosto de 2017) Rad. 50174 [M.P. patricia Salazar Cuellar]*

la prohibición expresa de la Ley Penal Militar, en tratándose de un delito contra el bien jurídico tutelado del Servicio, negó al penado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

8.4. En suma, teniendo claro que el AP. (R **RJHM** luego de evadirse de la Escuela de Policía *"Antonio Nariño"* el 30 de diciembre de 2016 permaneció ausente del servicio por un término superior a cinco (05) días, incurriendo con su conducta el delito militar de deserción y que pese a las hipótesis defensivas tanto del enjuiciado como de su defensora de oficio, esta Colegiatura determinó que no se estructura en el *sub judice* el estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad, la Sala despachará desfavorablemente las pretensiones de los impugnantes, quienes pretenden la revocatoria de la sentencia apelada y, en consecuencia, confirmará la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Atlántico el 9 de noviembre de 2018.

Igualmente, la Sala desatenderá la petición de la defensa de conceder al penado el subrogado de la condena de ejecución condicional que negó el juez de instancia y, consecuente con ello, confirmará lo resuelto en la sentencia apelada de manera íntegra.

En mérito de lo expuesto, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

X.- RESUELVE.-

PRIMERO: DESATENDER las pretensiones de los impugnantes y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia calendada nueve (09) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual el Juzgado de Instancia del Departamento de Policía Atlántico condenó al AP. (R) **RJHM**, como autor responsable del delito de deserción, imponiéndole la pena principal de ocho (08) meses de prisión y negando al penado el subrogado de la condena de ejecución condicional, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

TERCERO: ENVÍESE la actuación al Juzgado de origen una vez ejecutoriada la presente decisión y surtidos los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ
Magistrado

Capitan de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	158981.
Procedencia:	Juzgado de Primera Instancia MEVAL
Procesado:	PT. JFJP
Delito:	Abandono del puesto
Motivo de alzada:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma decisión

Bogotá D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). -

I. ASUNTO A RESOLVER

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 15 de mayo de 2018[1], proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, con sede en Medellín –Antioquia-, por medio de la cual condenó al PT. JFJP como autor responsable del delito de abandono del puesto, a la pena principal de doce (12) meses de prisión sin beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

---

[1] Vista a folio 303 y ss., del C.O 2.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Fueron precisados en la sentencia apelada, así:

> *"Son puestos en conocimiento de la Justicia Penal Militar, por el señor Capitán JFRC Comandante para la época de la Estación de Policía Envigado de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, mediante informe calendado 15 de diciembre de 2014, en el cual afirma, que al pasarle revista a eso de las 05:10 horas de la mañana de la fecha indicada al servicio policial denominado "Puesto de Información Escobero" localizado en jurisdicción del CAI "Las Cometas", encontró dormido al señor Patrullero JFJP quien era el encargado de ese servicio, el cual estaba profundamente dormido al interior de la carpa descuidando su armamento, que tomó el Oficial y dejó guardado en consigna en el armerillo de la estación de Policía Envigado."*[2]

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 Por los hechos que se vienen de referir el Juzgado 153 de Instrucción Penal Militar, el 03 de febrero de 2015[3], abrió formal investigación contra el Patrullero JFJP por el delito de abandono del puesto, a quien vinculó mediante indagatoria, el 19 de octubre siguiente[4], y resolvió la situación jurídica

[2] Folio 303 del C.O 2.
[3] Folio 24 a 25 del C.O 2.
[4] Folios 115 a 120 del C.O 1.

provisional, el 25 de enero de 2016[5], con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación por el anotado reato.

3.2 Perfeccionada la instrucción, el proceso fue enviado a la Fiscalía 148 Penal Militar, que el 28 de junio de 2016[6] declaró el cierre de la investigación y el 10 de octubre posterior[7], calificó su mérito con resolución de acusación en contra del PT. JFJP por el punible de abandono del puesto.

3.3 Agotada la fase calificatoria, el expediente se remitió al Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá que, el 30 de abril de 2018[8], realizó el control de legalidad y fijó fecha para la celebración de la audiencia de acusación y aceptación de cargos que tuvo lugar el 10 de mayo siguiente[9] -sin resultados positivos-, llevándose a cabo la corte marcial y el 15 del mismo mes profirió decisión de fondo[10], en la que condenó al acusado por el delito y a la pena precedentemente anotada, decisión contra la que la defensa, inconforme, presentó recurso de apelación[11] que hoy ocupa la vista de este Juez Colegiado.

[5] Folios 159 a 176 del C.O 2.
[6] Folio 235 del C.O 1.
[7] Folios 245 a 255 del C.O 2.
[8] Folio 279 del C.O 2.
[9] Folios 288 a 302 del C.O 2.
[10] Folios 303 a 325 del C.O 2.
[11] Folios 346 a 357 del C.O 2.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La juez de conocimiento empezó por reconocer que se presentaron irregularidades en la aducción de la fotografía que presentó el CT. JFCR al despacho instructor, por lo que decidió excluirla del conjunto de medios a valorar al momento de adoptar su determinación, aclarando que dicho elemento de prueba en nada compromete las demás pesquisas allegadas al expediente, *"(…) sólo las fotocopias relacionadas que muestran una fotografía que no fue tratada con la debida cadena de custodia (…)."*[12].

Dicho lo anterior, y luego de analizar el restante material probatorio aseguró que *"(…) la prueba documental –informe suscrito por los hechos- y testimonial aportada por el Oficial, permiten demostrar sin lugar a dudas que el Patrullero JFJP, se acostó a dormir estando en la prestación de su servicio, abandonando la actividad policial que debía desplegar en el "Puesto de Información Escobedo" de la Estación de Policía Envigado e igual abandonó su arma de dotación oficial, la cual fue tomada por el Oficial JFCR y dejada en custodia en el Armerillo de la Estación de Policía Envigado (…)."*[13].

Agregó que pese a que existe el testimonio del PT. DAAM, con el cual se quiere justificar el actuar del procesado bajo el supuesto de que para el momento de los hechos éste se encontraba en el baño porque tenía daño de estómago, tal argumentación no encuentra la acreditación suficiente dado que no se comprende cómo

[12] Folio 313 del C.O 2.
[13] Folio 317 del C.O 2.

si el justiciado tenía radio de comunicaciones no informó de su situación a los superiores para que adoptaran las medidas del caso.

Destacó que la declaración del CT. JFCR es plenamente creíble y su versión encuentra apoyo en el testimonio del PT. JEVR, quien era su conductor, y quien pese a contar que no presenció directamente los hechos *"(…) porque el Oficial ingresó solo a la carpa, sí afirma, que cuando este regresó, le dijo que había encontrado dormido al Patrullero JFJP y traía consigo el arma de dotación de este policial (folios 198 al 200), lo que igualmente se puede inferir de los testimonios de los Patrulleros JGPA (folios 217 y 223) y YPA (folios 206 al 207)(…) quienes al unísono afirman, que el Oficial* (sic) *les dijo que había encontrado dormido al Patrullero JFJP."*[14]

Añadió que *"(…) Para incrementar la credibilidad del dicho del señor Capitán JFCR, aflora el informe que para el día 15 de diciembre de 2014 rindió el Patrullero JFJP mediante el cual da a conocer la pérdida o extravío de su arma de dotación oficial, en la cual y contrario a lo manifestado en su injurada, en un documento público que tiene carácter de auténtico y fidedigno rendido el mismo día de los hechos y donde tácita y espontáneamente renuncia a su derecho a la no autoincriminación, dice expresamente, que a las 05:15 horas de la fecha indicada, cuando prestaba el cuarto y primer turno de vigilancia como Auxiliar de Información en el CAI Escobero, se dispuso a descansar dejando el cinturón con su arma de dotación al lado quedándose dormido, para posteriormente percatarse que el arma se le perdió y no se encontraba en el lugar donde la había dejado (folio 3), coligiéndose en*

[14] Folio 318 del C.O 2.

este evento y en grado de certeza, que el enjuiciado JFJP, efectivamente como lo dice el señor Capitán JFCR, se durmió encontrándose prestando su servicio policial en el puesto de Información Escobedo de la Estación de Policía Envigado."[15].

Reiteró que de haber sido cierto que el PT. JFJP presentaba algún problema de salud, debió haber informado a sus superiores para que le dieran permiso de ausentarse del lugar de facción, pero no lo hizo, amén que tampoco quiso responder a los llamados radiales que le hicieron antes que el oficial JFCR decidiera dirigirse al lugar.

Argumentó que JFJP a más de abandonar su lugar de facción *"(…) concomitantemente abandonó las funciones policiales que tenía asignadas para el cuarto y primer turno (…)"*[16] y con ello lesionó de forma grave y aleve el Servicio, sin que mediara justificación alguna.

Con el anterior sustento, al encontrar acreditadas las exigencias del canon 396 del Código Penal Militar, condenó al acusado a la pena y por el delito precedentemente anotado.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente solicitó revocar el fallo atacado y en su lugar emitir uno absolutorio. Para ello empezó por requerir la exclusión del caudal probatorio del informe de novedad, de la misma manera y por las

[15] Folios 318 a 319 del C.O 2.
[16] Folio 320 del C.O 2.

mismas razones que se descartaron las fotografías que se aportaron a dicho informe, pues tal documento debió conservar la cadena de custodia; lo mismo, manifestó, debe ocurrir "*con el cinturón multipropósito y sus accesorios, la ratificación del mencionado informe y demás juradas, que hacen parte del proceso teniendo en cuenta que en todas hacen mención a las mencionadas fotografías que fueron excluidas del proceso, por violación al debido proceso, tal como se solicitó en la corte marcial, por cuanto hacía parte de la supuesta comisión de un delito y el señor oficial no lo dejó a disposición de autoridad competente, como tampoco actúo de conformidad a lo señalado en la ley, al encontrarse con un supuesto delito de flagrancia, y no dejó a disposición a quien lo cometió (…).*"[17].

Así mismo, sostuvo que el *A quo* vulneró los derechos fundamentales de su cliente al soportar la decisión judicial en un informe, como el que se reputó elaboró el mismo PT. JFJP, que conculcaba la garantía contenida en el canon 29 Superior, en tanto que dicho documento entrañaba una autoincriminación y por ello no debió ser valorado ni mucho menos la base de la determinación condenatoria, sino excluido amén que, expresó, dicho documento no fue elaborado por su representado judicial como se ha dicho, sino por el secretario del oficial JFCR. Su argumento lo soportó en la sentencia C-258 de 2011, cuyos apartes pertinentes transliteró.

Reiteró que "*(…) el señor JFJP fue compelido a que manifestara en contra de su voluntad haberse quedado*

[17] Folio 348 del C.O 2.

dormido para que le fuera entregado su cinturón multipropósito, y su arma de fuego, y la agencia fiscal y el sentenciador de primer grado tuvieron como piedra angular para imputar un delito y condenar al señor JFJP, un informe donde se autoincriminaba, situación que es violatoria de la Constitución Nacional, y el proceso debido, y sobre ella no debe basarse ningún fallo condenatorio (…)"[18].

Aclaró que su cliente fue coaccionado por el oficial JFCR a rendir dicho informe a condición de serle devuelto los elementos del servicio, "*(…)lo cierto es que fue coaccionado por el oficial con el único fin que se autoincriminara y así poder decirle el paradero de los elementos del servicio, en gracia de discusión si el señor JFJP se hubiese quedado dormido, el mencionado informe aún es autoincriminatorio, toda vez que no se puede renunciar a ese derecho de manera tácita, como cita el sentenciador de primer grado, es un derecho que tiene todo investigado de guardar silencio, empero mi representado fue coaccionado que si no manifestaba por escrito que se había quedado dormido, no le manifestaban el paradero de sus elementos de servicio."*[19].

Refutó que ni el IJ. RDPP, ni otro declarante haya contado, como lo dijo el *A quo* en el fallo, que su cliente hubiera reconocido quedarse dormido, por lo que, afirmó, no existe prueba que conduzca a la certeza para que se profiera en contra de su apoderado sentencia condenatoria, pues lo único que existen son dudas.

[18] Folio 350 del C.O 2.
[19] Folios 350 a 351 del C.O 2.

Antes por el contrario, manifestó, de lo que sí no hay duda es que su prohijado, a raíz del daño de estómago que sufría, tuvo que, en una reacción involuntaria, ir al baño a realizar su necesidad fisiológica, lo cual no le dio espera siquiera para informarle a su superior, quien llegó al lugar donde su procurado debía prestar el turno y no lo encontró, justamente porque estaba en otro sitio haciendo la necesidad dado que en el puesto no había baño, circunstancias por las cuales el proceder de su representado se ubica en "*(…) un estado de necesidad, que anula la tipicidad de la conducta punible, al encontrarnos ante la necesidad inminente, irresistible, lo que conlleva a una exclusión de responsabilidad penal consagrada en el código penal militar (…)*"[20], tesis apoyada en una decisión vertida en el radicado 158429 de 2016, con ponencia de quien hoy cumple la misma condición.

Por último, afirmó que "*(…) el despacho solo confrontó la antijuridicidad formal, por cuanto la material señala que mi representado abandonó el puesto, no por su querer sino por situaciones, inminentes e irresistibles, involuntario del cuerpo, que conllevan a que no exista el elemento doloso de la culpabilidad, quedando así desprovista la conducta típica de elemento subjetivo para la conducta penal, al igual que de antijuridicidad material.*"[21].

Con los anteriores argumentos reclamó revocar el fallo apelado y absolver a su procurado judicial.

[20] Folio 356 del C.O 2
[21] Folio 357 del C.O 2.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 11 Judicial II Penal empezó por referirse a cada uno de los planteamientos contenidos en el recurso, el primero de ellos, el de la solicitud de exclusión probatoria, tema sobre el cual dijo que no estaba llamado a prosperar como quiera que el procedimiento que rige este asunto es el disciplinado por la Ley 522 de 1999, de tendencia mixta, dentro del cual no se contempló el uso del procedimiento de cadena de custodia para la recolección, embalaje y conservación de elementos materiales probatorios o evidencia física, el cual debe regirse por lo dispuesto en el artículo 407 del instrumento procesal comentado.

Manifestó que las fotografías que tomó el CT. JFCR hicieron parte del informe que éste rindió, por lo que no era necesario que el celular desde el cual se tomaron fuera sometido a cadena de custodia; así mismo, que tales imágenes tienen una utilidad probatoria limitada, pues sirven para ilustrar la versión de los hechos *"(…) por lo tanto no constituyen un elemento material probatorio propiamente dicho, se insiste, tales tomas fotográficas hacen parte de un documento y deben ser valoradas como parte de su testimonio en la medida que pretenden explicar los hechos conocidos por el mencionado oficial."*[22].

Afirmó que tampoco tiene acogida el pedido de exclusión probatoria por extensión de los testimonios

[22] Folio 369 del C.O 2.

en los que se hizo referencia a las fotografías que tomó el CT. JFCR, pues en el actuar del oficial no se advierte irregularidad o vulneración al debido proceso, como tampoco tiene viabilidad la exclusión de los demás elementos que recogió el prenombrado capitán al no ser aplicable el procedimiento de cadena de custodia en nuestro sistema de procesamiento.

El segundo, el de la exclusión del informe que rindió el procesado el día de los hechos al CT. JFCR, aseguró que tal medio de convicción no debe ser valorado por no haberse producido de acuerdo con las garantías y formalidades legales, es decir, que está viciado de ilegalidad por vulnerar la garantía constitucional de no autoincriminación, pues la solicitud del oficial al patrullero para que rindiera el informe de lo sucedido, dentro de la línea de mando, se asemeja a una orden, "*En consecuencia, al ser dicha petición de informe una solicitud u orden ilegal, su resultado, esto es, el informe producido no puede ser tenido como una prueba lícita, en la medida que su origen se encuentra al margen del ordenamiento jurídico (…)*"[23].

Frente al tercer aspecto del ataque, esto es, el de la valoración probatoria, argumentó que la decisión judicial no se soportó exclusivamente en las fotografías que tomó el CT. JFCR, ni en el informe que sobre los hechos rindió el procesado, sino en un cúmulo de pruebas tanto documentales como testimoniales vertidas por los policiales JGPA, jefe

[23] Folio 370 del C.O 2.

de información, y YPA, encargado del armerillo, entre otras, a partir de las cuales se conoce que el policial justiciado se dispuso, estando de turno, a dormir, tanto así que fue encontrado acostado sobre una estera, con cobija y bufanda y no se percató de la llegada del oficial quien le quitó el fusil que tenía para el servicio y lo llevó de regreso a la estación donde lo entregó al armerillo de la unidad.

Añadió que las fotografías tomadas poco o nada aportan sobre la presencia de una persona o de su identidad, pero las mismas cobran entendimiento cuando son contrastadas con el testimonio de quien las tomó "*(…) debidamente circunstanciado y conteste con los demás medios probatorios que respaldan cada uno de los actos posteriores que éste desplegó luego de haber encontrado dormido al patrullero JFJP en su puesto de vigilancia, así como la manera en que este último dispuso lo necesario para entregarse a estar en aquél reposo que consiste en la inacción o suspensión de los sentidos y de todo movimiento voluntario, que es lo que significa dormir -a voces del diccionario-, configura la decisión voluntaria del procesado que estructura la conducta típica, antijurídica y culpable por la que fue emitida sentencia condenatoria en su contra.*"[24].

Dijo que la afirmación defensiva pregonando que el sumariado se dedicó a una necesidad fisiológica y que por ello dejó su arma de dotación en el sitio asignado, no encuentra respaldo en los medios de convicción aportados, de una parte, porque no se explica cómo un policial deja su fusil en un sitio de

[24] Folio 372 del C.O 2.

las condiciones en las que estaba, esto es, solitario, semi-rural, donde se presentaban casos de delincuencia ocasional; de la otra, porque los patrulleros que conformaban la patrulla del sector, es decir, DAAM y OAOG, narraron que pasaron varias veces revista al lugar donde estaba el ahora sentenciado y siempre lo vieron en disposición para el servicio, y a pesar de que DAAM dijera que JFJP ciertamente le contó que tenía daño de estómago, no recuerda la hora en que se lo dijo, pero al margen de ello tal circunstancia no desvirtúa la contundencia de la versión de lo sucedido y que ofreció el oficial JFCR.

Recordó que los testimonios de DAAM y OAOG no refieren que la pérdida del arma se haya dado cuando JFJP se fue al baño, como tampoco así se desprende del dicho del IJ. RDPP, a quien JFJP solo se limitó a contarle que se había quedado dormido.

Con base en los anteriores argumentos el delegado del Ministerio Público pidió confirmar la sentencia apelada, pues"*(…) la versión de los hechos entregada por el procesado JFJP, de encontrarse atendiendo una urgencia corporal para el momento en que pasó revista a su sitio de vigilancia el oficial JFCR no encuentra respaldo probatorio, como tampoco se advierte que en el plenario existan las dudas que de manera genérica anuncia el apelante y que impedirían emitir el fallo en sentido condenatorio.*"[25].

VI. DE LA COMPETENCIA

[25] Folio 373 del C.O 2.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la Ley 1407 de 2010[26], normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de ese año[27], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010 -Ley 1407-, aplicable al caso *sub judice* en aspectos sustanciales dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999, en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

[26] Nuevo Código Penal Militar.
[27] Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797 y marzo 07 de 2012, radicado 38401, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Varios fueron los ataques que la defensa presentó contra al fallo apelado, encaminados a pedir, finalmente, la revocatoria de la sentencia condenatoria y la emisión de una absolutoria.

En esa dirección, su primera intención es que se excluya del capital probatorio a valorar el informe de novedad que suscribió el CT. JFCR, también el que elaboró el mismo procesado, así como "*el cinturón multipropósitos y sus accesorios, la ratificación del mencionado informe y demás juradas, que hacen parte del proceso teniendo en cuenta que en todas hacen mención a las mencionadas fotografías que fueron excluidas del proceso, por violación al debido proceso, tal como se solicitó en la corte marcial, por cuanto hacía parte de la supuesta comisión de un delito y el señor oficial no lo dejó a disposición de autoridad competente, como tampoco actúo de conformidad a lo señalado en la ley, al encontrarse con un supuesto delito de flagrancia, y no dejó a disposición a quien lo cometió (…)*"[28].

A partir de allí, su segundo propósito es sostener que la única verdad procesal que queda es la que pregonó su representado judicial, esto es, que no fue encontrado dormido, como lo manifestó el CT. JFCR, sino que no fue hallado en el lugar donde debía cumplir las funciones, debido a que estaba buscando un baño para hacer sus necesidades fisiológicas por tener daño de estómago.

Y, sobre tal supuesto fáctico, su pretensión final es que se reconozca que su apoderado judicial actuó al

[28] Folio 348 del C.O 2

amparo de un estado de necesidad, situación que, señaló, no fue valorada por el *A quo*, veamos: "*(…) el despacho solo confrontó la antijuridicidad formal, por cuanto la material señala que mi representado abandonó el puesto, no por su querer sino por situaciones, inminentes e irresistibles, involuntario del cuerpo, que conllevan a que no exista el elemento doloso de la culpabilidad, quedando así desprovista la conducta típica de elemento subjetivo para la conducta penal, al igual que de antijuridicidad material.*"[29].

Para resolver el asunto es imperioso iniciar por aclarar que la investigación se originó con el informe 688/DISP7-ESENV 29.57 del 15 de diciembre de 2014[30] suscrito el CT. JFCR, Comandante de la Estación de Policía Envigado, según el cual ese día[31], a eso de las 05:10 horas, cuando desempeñaba las funciones de oficial de inspección del Distrito Siete de Policía, encontró al PT. JFJP, quien realizaba cuarto-primer turno en el puesto de información del *"Escobero"*, durmiendo, arropado de pies a cabeza y a su lado el cinturón multipropósito en el que tenía la pistola de dotación con número de serie 24B028580 y dos proveedores cargados con 15 cartuchos, los cuales tomó y se llevó, sin que el uniformado se percatara.

Lo anterior era del caso precisarlo, porque en este asunto la Sala nota que aun cuando la instrucción se direccionó a la constatación de dicha hipótesis fáctica, la misma por la que al procesado se le

[29] Folio 357 del C.O 2
[30] Visto a folio 1 del C.O. 1.
[31] Es decir, el 15 de diciembre de 2014.

vinculó mediante indagatoria, se le resolvió su situación jurídica provisional y además se le calificó el mérito sumarial, residenciándolo en juicio por virtud de la resolución de acusación que se profirió en su contra, hoy la defensa intenta plantear y abrir discusiones alrededor de una hipótesis diversa de la que fue objeto del decurso procesal y sobre la cual quiere plantear sustanciales circunstancias exonerantes de responsabilidad penal.

Aclarado el panorama procesal y el eje conceptual sobre el cual se abrirá el primer análisis jurídico de la Sala, es obligado empezar por destacar que fue un error de la judicatura aplicarle la cláusula de exclusión probatoria a las fotografías que fueron acompañadas al informe de novedad, por las razones que se pasan a exponer.

Sin lugar a dudas los argumentos del despacho de primera instancia para excluir del capital probatorio las fotografías, así como los que ahora tiene la defensa para solicitar también la exclusión de otras probanzas, se vincula estrechamente con el llamado debido proceso probatorio fundado en el inciso final del artículo 29 Superior, que "*(…) atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba, siendo que, entre los primeros, cuenta el respeto a las garantías fundamentales. Así que ésta debe sujetarse a los principios de ordenación, aducción, aportación, práctica y apreciación.*"[32].

[32] Radicado 48965 del 18 de abril de 2017, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

De allí, entonces, la razón por la que nuestro legislador de 1999 estableció como norma de garantía e imperativo judicial, a través del canon 395, que: *"Toda decisión debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso."*, y complementó que la prueba sería legal, sólo si la misma ha *"(…) sido ordenada, admitida o producida de acuerdo con las formalidades legales."*[33].

Ya habíamos referido cómo el artículo 29 Constitucional introdujo al ordenamiento jurídico el derecho-garantía no sólo a un debido proceso en sentido general, sino también a uno más específico llamado debido proceso probatorio, cuya vulneración genera nulidad de pleno derecho o inexistencia de la prueba, tal como se entiende de la lectura del inciso final de la previsión comentada que expresamente regla: *"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."*

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la cláusula de exclusión que opera frente a la prueba ilícita y la ilegal tiene diferencias, pues mientras la primera opera cuando la prueba ha sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del individuo, la segunda, por el contrario, se concreta cuando se desatienden, en forma trascendente, las reglas establecidas por el legislador para el recaudo, aducción o aporte al proceso, esto es, cuando se pretermite el principio

[33] Artículo 394 de la Ley 522 de 1999.

de legalidad de la prueba, del que atrás se hizo mención.

Así mismo, ha reconocido que las consecuencias jurídicas de una y otra también son diversas, pues mientras respecto de la primera, esto es, la ilícita opera la exclusión de pleno Derecho del caudal probatorio, con relación a la segunda, es decir, la irregular o ilegal, se impone el deber por parte del funcionario judicial, antes de determinar su exclusión, de analizar si el requisito legal pasado por alto es fundamental o no, pues de no serlo la prueba no debe ser excluida y por contera deberá ser tenida en cuenta y valorada; así lo ha irradiado la jurisprudencia penal:

> *"El principio de legalidad de la prueba tiene rango constitucional, toda vez que el inciso final del artículo 29 del Estatuto Superior establece que "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Esta Sala admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal, pero existen diferencias entre ambas.*
>
> *En efecto, ha dicho esta Corporación[34]:*
>
> > *"Pues aquella —la prueba ilícita— es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc.,*

[34] Auto radicado 31500 del 14 de septiembre de 2009, Corte Suprema de Justicia.

mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.

En uno u otro caso, las consecuencias jurídicas son diversas[35] *Invariablemente la prueba ilícita debe ser excluida del conjunto de medios de convicción obrantes en el proceso, sin que puedan exponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad.*

Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión."."[36].

Sobre el anterior marco conceptual, la pregunta que ahora surge es si, como lo plantea el recurrente, la pretermisión de la cadena de custodia sobre las fotografías aportadas por el denunciante en su oficio de novedad, así como los testimonios en los que se puso de presente dichas imágenes, estarían viciados por ilícitos o ilegales y por tanto sobre ellas debería reconocerse la cláusula de exclusión, como él lo intenta.

[35] Cfr. Radicado 18103 del 02 de marzo de 2005; radicado 31073 del 1° de julio de 2009; radicado 43691 del 05 de agosto de 2014, Corte Suprema de Justicia.
[36] Radicado 48965 del 18 de abril de 2017, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, Corte Suprema de Justicia.

Para resolver el cuestionamiento se estima recordar previamente, que en nuestro instrumento adjetivo se consagró una regulación puntual en materia de pruebas, particularmente en lo que tiene que ver con los documentos, vemos cómo en el Título Séptimo, Capítulo IV, artículo 428, se estableció que: *"Quien tenga en su poder documentos que se requieran en una investigación penal, tiene la obligación de entregarlos o permitir su conocimiento al juez que lo solicite, salvo las excepciones legales."*, además de ello en el canon 429 *ibídem*, se señaló que: *"Se presumen auténticos los documentos escritos, las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas, las fotocopias, los documentos remitidos por télex o telefax y, en general cualquier otra declaración o representación mecánica o técnica de hechos o cosas, siempre que el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifieste su inconformidad con los hechos o las cosas que en ellos se expresan antes de que el proceso entre al despacho para dictar sentencia."*

Al aterrizar la anterior normatividad a la realidad procesal, vemos que nada contrario a su deber legal hizo el CT. JFCR en el marco del sistema de procesamiento que rige en nuestra jurisdicción especial, al entregar junto con el informe de novedad las fotocopias contentivas de las imágenes que tomó y en las que fijó el hecho que denunció ante el Juzgado de Instrucción Penal Militar que estaba de reparto para el momento del suceso, las cuales fueron

debidamente admitidas por el funcionario mediante auto del 03 de febrero de 2015[37].

Dígase que nada más acertado al mandato legal hizo el funcionario de instrucción al admitir como parte del sumario las fotografías antes descritas, como quiera que las mismas no fueron obtenidas con violación de los derechos y garantías fundamentales, como tampoco con pretermisión de disposición alguna, pues nótese que se tomó en un sitio frente al cual no había restricción, dado que se trataba de un espacio donde se debía cumplir una función pública por parte de un servidor del Estado.

Así las cosas, al no estar afectada la prueba por ilicitud o ilegalidad su admisión al proceso se dio por los cauces de la legalidad, amén que su contenido, como atrás se anotó, estaba cobijado por una presunción de autenticidad.

Como se viene de ver, un análisis sistémico de las disposiciones que gobiernan el tema de pruebas en nuestra jurisdicción, innegablemente conduce a pregonar que la juez erró al aplicarle la cláusula de exclusión a las fotografías que aportó al informe de novedad el CT JFCR, pues, se repite, las mismas no adolecen de ilicitud o ilegalidad por las explicaciones que preceden.

Ahora, que se haya pretermitido la cadena de custodia sobre las fotografías que aportó el oficial JFCR

[37] Folios 24 a 25 del C.O. 1.

tampoco tiene incidencia en su legalidad, conforme lo entiende la jurisprudencia, sino en su aptitud demostrativa, pues *"(…) el principio de legalidad de la prueba tiene que ver con el acatamiento de las condiciones que la ley ordena cumplir en el proceso de formación, producción o incorporación del medio, para que adquiera validez jurídica, mientras que el cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos para su protección o conservación, a partir de su descubrimiento o recaudo, guarda relación con un concepto distinto, cual es el de la autenticidad (artículos 276 y 277 de la Ley 906 de 2004), la cual se trata de preservar con los procedimientos y mecanismos de la cadena de custodia, con miras a asegurar su aptitud demostrativa."*[38].

Evóquese que sobre la cadena de custodia la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

> *"(…) es el conjunto de procedimientos encaminados a asegurar y demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Está conformada, entonces, por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso; se inicia con la autoridad que recolecta los medios de prueba desde el momento en que se conoce la conducta punible, y finaliza con el juez de la causa y los diferentes servidores judiciales. Así, al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del*

[38] Radicado 34867 del 27 de junio de 2012, Corte Suprema de Justicia.

hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la manera de atacar en sede de casación las falencias en la cadena de custodia, la Corte mantuvo en el pasado posiciones encontradas, pues mientras en unas ocasiones señaló que esa clase de anomalías deben orientarse a través del error de derecho por falso juicio de legalidad[39], en otras oportunidades ha dicho que la ruta correcta es el error de hecho[40],

---

[39] Auto del 23 de abril de 2008, radicación No. 29416, reiterada el 14 de abril de 2010, radicado 33691, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia*: "Atendiendo a la dogmática que rige los errores que se debaten en la violación indirecta de la ley sustancial, es preciso afirmar que las irregularidades -las falencias procedimentales comprobadas en la cadena de custodia- tienen como vía expedita de impugnación el error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no la censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derruir su credibilidad y ausencia de poder de convicción.".*

[40] Sentencia del 21 de febrero de 2004, radicación No. 25920, reiterada el 19 y 05 de agosto de 2009, radicados 30598 y 31898, Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia: "*La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan -como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad.*

Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio.

En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enfilar la crítica la parte contra la cual se aduce."

tesis que ha sido corroborada en las providencias más recientes[41] *y que hoy reitera.*

En efecto, la Corte ha señalado e insistido en que los vicios en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de los elementos materiales de prueba o evidencia física no afectan su legalidad, sino que tienen incidencia en la eficacia, credibilidad o asignación del mérito probatorio, de ahí que su postulación en casación no puede orientarse como un cuestionamiento a su validez, sino a su apreciación, a fin de derruir su poder de convicción.

Lo anterior encuentra explicación en que el principio de legalidad de la prueba tiene que ver con el acatamiento de las condiciones que la ley ordena cumplir en el proceso de formación, producción o incorporación del medio, para que adquiera validez jurídica, mientras que el cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos para su protección o conservación, a partir de su descubrimiento o recaudo, guarda relación con un concepto distinto, cual es el de la autenticidad (artículos 276 y 277 de la Ley 906 de 2004), la cual se trata de preservar con los procedimientos y mecanismos de la cadena de custodia, con miras a asegurar su aptitud demostrativa.

Dígase que la cadena de custodia es, entonces, un medio a través del cual se demuestra la autenticidad del elemento material probatorio, no

[41]Autos del 15 de febrero, 08 de agosto y 27 de junio de 2012, radicaciones 37943, 38800 y 34867, respectivamente, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

siendo el único, pues la propia ley establece la posibilidad de hacerlo en forma distinta cuando no se ha cumplido, o cuando lo ha sido irregularmente. En tal caso, la anomalía en la cadena de custodia tendría incidencia en la idoneidad demostrativa del medio de convicción, más no la aplicación de la regla de exclusión.

Puede decirse, entonces, que la ventaja que se deriva del cumplimiento del protocolo de cadena de custodia es que releva a la parte que presenta el elemento probatorio o la evidencia física del deber de demostrar su autenticidad, pues cuando ello ocurre la ley presume que son auténticos. Y la desventaja de no hacerlo es que traslada la carga de la acreditación de la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física a quien la presente, lo que, insiste la Sala, no acarrea como sanción la exclusión del medio de convicción.[42]

Por eso, en uno y otro evento, varían los efectos de no observar los procedimientos legalmente establecidos, pues si se incumplen los primeros, esto es, el debido proceso probatorio, la solución ha de ser la exclusión del elemento, pero si se pretermiten los mecanismos y procedimientos de cadena de custodia lo que se afecta es su aptitud demostrativa[43]*. De ahí que, como lo tiene dicho la jurisprudencia de tiempo atrás, "en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de*

[42] *Ibídem* Radicado 34867.
[43] *Ibídem* Radicado 38800.

cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad".[44]

"Así las cosas, el ataque que en sede de casación se emprende contra las irregularidades en la cadena de custodia, le impone al demandante la carga de probar, no sólo que aquella no se cumplió, o que se cumplió defectuosamente, sino que la autenticidad del elemento material probatorio o de la evidencia física no logró establecerse por otros medios, y que existen fundados motivos para creer que el elemento no es genuino, o que pudo haber sido alterado, modificado o falseado en el proceso de protección o conservación."[45] (Subrayado original).

Bajo la anterior compresión es nítido que la pretensión de la defensa no está llamada al éxito, pues no existen elementos de juicio que permitan excluir del recaudo probatorio a valorar las pruebas de las que atrás se hizo mención, ni por vía directa, ni por extensión como lo pretende el libelista con los testimonios en los que se puso de presente el contenido de las imágenes.

No podemos olvidar, como se dijo atrás, que las fotografías aportadas por el oficial JFCR gozan de una presunción de autenticidad, al tenor de lo reglado en el canon 429 de la Ley 522 de 1999, por lo que ante la ausencia de la cadena de custodia lo obligado era, respecto de la autenticidad, que en el trámite del

[44] Sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25920, reiterada, entre otras decisiones, en sentencia del 08 de octubre de 2008, Radicado 28195, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[45] Sentencia del 17 de abril de 2013, radicación 35.127, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

proceso se manifestara la inconformidad con el contenido plasmado en las fotografías, pero ello no se hizo, no se derruyó la presunción legal de autenticidad que cobija dichas imágenes.

Nótese cómo cuando se le pusieron de presente al procesado las fotografías que tomó y aportó a la denuncia el Capitán JFCR, aquel sólo se limitó a decir que: "*(…) respecto a la persona que se observa en las dos fotografías que anexan en ese informe desconozco quién es (…) la verdad desconozco quién podrá ser (…)*"[46], pero nada refutó en cuanto a la certeza de la persona que las tomó, ni aún sobre todos los elementos o contexto que estaban contenidos en dichas imágenes, razones suficientes las que se vienen de expresar para que se aclare que las fotografías que fueron erróneamente descartadas por el *A quo* no puedan ser excluidas del capital probatorio a valorar, y por tanto tenian eficacia jurídica para los efectos pertinentes.

Puestas así las cosas, es nítido que la realidad procesal que pretende acreditar la defensa no encuentra respaldo en los medios de convicción que nutren el expediente, pues la única que aparece soportada es aquella a la que llegó la juez primaria, esto es, que el abandono del puesto se concretó cuando el policial se quedó dormido en el lugar donde debía cumplir sus funciones como auxiliar de información del CAI Escobero, revisemos:

[46] Folios 117 y 118 del C.O. 1.

Empecemos por reconocer que la versión suministrada por el CT. JFCR, tal como lo hizo saber la funcionaria de instancia, goza de credibilidad en tanto que su relato no sólo se muestra espontáneo, reflejo del ánimo demostrativo de lo que aquella madrugada presenció, sino que además en él no se devela vindicación alguna que pueda poner en duda su veracidad, tal como el mismo justiciado lo reconoció cuando aseguró que nunca ha tenido inconvenientes con el oficial y fundamentalmente resulta coherente y conteste con otros medios de convicción.

A partir de dicho testimonio encontramos también que en la foliatura existen, en fotocopia, dos imágenes que aún cuando, como lo subrayó la juez primaria, no aportan por sí mismas mayores elementos sobre la identificación del individuo que se sindica estaba allí, su confrontación con aquella versión y con la que rindió el PT. JEVR, quien era el conductor del oficial JFCR, permiten apuntalar la tesis que quien estaba en la carpa durmiendo era el enjuiciado.

Véase cómo el mismo acusado reconoció en su indagatoria que durante el turno permaneció solo, porque el servicio lo presta únicamente una persona: *"(…) la verdad desconozco quién podrá ser, pues yo como siempre estuve ese turno solo en el CAI (…)"*, a esta circunstancia, añádase que previamente a la llegada del CT. JFCR al puesto de información del Escobero, JFJP no contestó los llamados radiales que le hizo el IJ. RDPP y el mismo oficial, lo que motivó la revista por parte de éste; que cuando se realizó la inspección

el capitán encontró el puesto de información Escobero cerrado, pues se trataba de una carpa adecuada para tal propósito y dentro de esta, cuando la abrió, halló en su interior una persona arropada de pies a cabeza y a su lado un cinturón multipropósitos con una pistola y unos proveedores que decidió retirar y llevar consigo a la estación de policía, circunstancias que fueron fijadas por JFCR mediante fotografías tomadas con su celular.

Agréguese a lo anterior, que una vez el Capitán decidió retirarse del puesto de información el Escobero llevándose consigo el cinturón multipropósitos con la pistola y los dos proveedores, y dirigirse a la camioneta oficial en la que prestaba el servicio, inmediatamente le contó a su conductor que había encontrado dormido al PT. JFJP y le enseñó las fotografías que tomó; estas circunstancias fueron confirmadas por el PT. JEVR, conductor del oficial, en los siguientes términos:

> *"(…) al llegar yo estacioné la camioneta un poco antes de la carpa y mi CT. JFCR se dirigió solo a la carpa, él permaneció allí unos cuantos minutos y regresó me contó que había sorprendido dormido al PT JFJP y además traía consigo la reata, accesorios y pistola de ese policial y que no se había dado ni cuenta de que se le había traído esos elementos por estar dormido, también me mostró unas fotos en la que se veía a alguien en el suelo y arropado y al parecer dormido, pero*

también recuerdo que no se lograba ver o identificar quién era esa persona (…).”[47].

Súmese a la anterior constatación, que si bien las fotografías no muestran quién era la persona que estaba arropada, sí dejan ver que se tomó dentro de una carpa, circunstancia que no fue reprochada ni desmentida por el procesado cuando se le pusieron de presente el contenido de las imágenes, pues sobre ellas lo único que hizo fue intentar negar que era él, pero nada refutó acerca de la persona que la tomó, del momento en que se hizo, ni del entorno que aparecía fijado en las fotografías, esto es, dentro de la carpa.

Por lo que se viene de referir es nítido que nadie más que el PT. JFJP era la persona que estaba durmiendo dentro de la carpa destinada como puesto de información el Escobero, la madrugada del 15 de diciembre de 2014, como lo denunció el CT. JFCR, por lo que no resulta cierto que para ese momento el uniformado haya estado en otro lugar haciendo una necesidad fisiológica, como lo ha querido hacer creer la defensa.

Las referencias probatorias que se vienen de exponer son suficientes para arribar a la conclusión judicial expresada en la sentencia, como quiera que ellas demuestran con claridad y certeza razonada la responsabilidad penal que le asiste al procesado frente al delito por el que se le enjuició, sin que sea valiosa o fundamental la estimación del informe

[47] Folio 199 del C.O. 1.

que sobre los hechos presentó el acriminado y que por demás no debió ser apreciado como lo argumentó la defensa, pues él subvierte la garantía contenida en el canon 33 Superior.

Sobre tal aspecto la Corporación ya tuvo oportunidad de referirse en una decisión cuya postura hoy se confirma –(Radicado 158274 del 25 de noviembre de 2015, MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA)-, en los siguientes términos:

> *"Así las cosas, la solicitud de un informe por parte de un superior a un subalterno puede concebirse como un acto propio del servicio, lo que de suyo sugiere su legitimidad*[48]*; el punto de discusión está, en si la desatención a ese requerimiento tiene la entidad suficiente para realizar el injusto contra la disciplina, lo que significa analizar si ello tiene la entidad para generar un desvalor de acción y un desvalor de resultado, de cara a lo dispuesto por el artículo 15 del Código Penal Militar. En consecuencia, se debe valorar la entidad y el nivel de contenido del informe, así como los efectos que tiene en el tráfico social de la praxis militar, esto es, en*

[48] Al respecto esta Corporación y la Corte Suprema de Justicia han insistido que las labores administrativas de Perogrullo son actos del servicio, como aconteció en el caso del ataque al inferior de un suboficial a un soldado que no cumplió la orden de llenar unos sacos de arena, y no dar unas vueltas que le ordeno; o del homicidio del soldado profesional al soldado regular que no trajo el agua para el almuerzo. Ver sentencias: Radicado 28761 del 25 de junio de 2008. MP. AUGUSTO IBÁÑEZ. Radicado 39872 del 17 de octubre de 2012 MP. FERNANDO CASTRO, cuyos hechos se contraen a: "*El Soldado Profesional Carmelo Bravo Bravo, en su calidad de Ecónomo de la Sección, subió los víveres hasta el cerro del Alto de las Cruces – donde se encontraba acantonado la Compañía 'Aniquilador' - y allí le solicitó al Soldado José Freyler Asprilla Cuestas que le llevara agua para preparar la limonada, obteniendo una respuesta inadecuada, por lo que aquél informó a su Comandante de lo ocurrido, motivo por el cual cuando el segundo de los citados arribó al lugar por el requerimiento del superior y colocó el fusil en el piso, el Soldado Bravo le disparó en varias ocasiones, produciéndole la muerte*"

el nivel estratégico, operacional, táctico, administrativo, de guarnición, etc.; y si frente a los principios de antijuridicidad material, lesividad y última ratio del derecho penal, la desatención de ese tipo de orden tiene la entidad suficiente de estructurar un injusto penal que protege la disciplina.

(…)

ii) la naturaleza jurídica de un informe y su tensión con el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia. *Resulta por demás interesante la postura del Juez primario cuando en su línea argumentativa plantea que si bien es cierto Orobio Bautista recibió la orden de un superior consistente en rendir un informe en el que explicara las razones por las cuales había utilizado un aparato electrónico durante el lapso que estuvo prestando de centinela en la madrugada de aquel 15 de octubre de 2014, también lo es, que dicho mandato no constituye una orden idónea de cumplir dentro del estamento militar, toda vez que la misma estaba encaminada a que el procesado plasmara la ocurrencia de un hecho que comprometía su responsabilidad en la presunta comisión de una falta disciplinaria o penal, como lo adujo el representante de la sociedad en la corte marcial, y lo refirió el SLA. Orobio Bautista al reconocer la prohibición establecida en el reglamento de servicio de guarnición, relacionada con el uso de elementos de este tipo cuando se está de facción. Agregó que en el requerimiento que le hiciera el AT. Molina Molina Andrés al hoy procesado, el día de los hechos investigados, se ve vulnerado el "principio del debido proceso, el derecho de*

defensa y de legalidad", así como el derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse. Al respecto ha de decirse que en el marco del estado social y democrático de derecho uno de los pilares fundamentales que sugieren garantías de los individuos contra el poder punitivo del Estado es la prohibición de la autoincriminación, lo que permite que la persona no pueda ser ***obligada*** *a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. La cláusula de garantía del articulo 30 prevé el irrestricto respeto en un sistema garantista, lo que implica que la declaración del imputado no pueda utilizarse en su contra, cuestión distinta es que el procesado haciendo uso de su mejor derecho decida confesar su culpabilidad.*

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado en sentencia C-258/11:

> ***"(…) GARANTIA DE NO AUTOINCRIMINACION***
>
> *Sobre el ámbito de aplicación de la garantía de no autoincriminación, la jurisprudencia de la Corte, inicialmente, había señalado que su contenido "solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía", pero con posterioridad puntualizó que tal principio, en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues ésta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, por lo que cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas, ya que se orienta a proteger a las personas frente a la actividad sancionatoria del Estado. En esa medida siendo el derecho disciplinario una expresión del ius*

puniendi del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas.

(…)

En cuanto al contenido de la garantía, cabría señalar que, de acuerdo con la norma constitucional, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados, aproximación ésta que ubica el asunto, en principio, en el ámbito del proceso, de la indagación, de la averiguación, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados.

(…)

Si bien la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio y a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas, pues dicha garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral, consagrándose en ese contexto un derecho a guardar silencio, del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no pueda tener repercusiones negativas en el

ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad (…)"[49].

Bajo este entendido, si el fundamento de la acusación ha de basarse sólo en el nexo causal, como erradamente los concibe el apelante, al repudiar incluso el concepto de prueba ilegal, pues mal se hace cuando desconoce los elementos subjetivos del tipo de insubordinación que se han de demostrar no sólo desde el fenómeno causal sino normativo, lo que no se logra cuando se pretende involucrar el momento de la solicitud del informe, con la aducción probatoria y la valoración como prueba en que se ha de fundamentar la responsabilidad. Cada uno de ellos puede llevar conclusiones y soluciones diferentes dependiendo del momento procesal en que se valora, pero en últimas, hay un punto de encuentro, cuando surge la cláusula de salvaguarda de prohibición de auto incriminación; que conlleva a considerar inexistente la efímera prueba, para efectos de responsabilidad."

Coherentes con la línea reflexiva que nos ha guiado, la Sala no encuentra alternativa distinta que, en total acuerdo con el pedido del delegado ministerial para esta Instancia, desatender las pretensiones del recurso y en consecuencia confirmar el fallo apelado de la fecha atrás indicada.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

[49] Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 06 de abril de 2011

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la defensa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia del 15 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Valle de Aburrá, por medio de la cual condenó al PT. JFJP como autor responsable del delito de abandono del puesto a la pena principal de doce (12) meses de prisión sin beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de conformidad con las argumentaciones esbozadas en precedencia.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación discrecional, que podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[50].

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

[50] Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	159112
Procedencia	:	Juzgado Cuarto de Instancia de Brigada
Procesados	:	TC. (R) RJGDR
Delito	:	Peculado culposo
Motivo de alzada	:	Impedimento
Decisión	:	Declara infundado el impedimento

Bogotá D.C., junio diecinueve (19) de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO A RESOLVER

Concita en esta oportunidad la atención de la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, resolver en Derecho y de plano el impedimento presentado por el señor Teniente Coronel JNLG, Juez Cuarto de Instancia de Brigada del Ejército Nacional, con afincamiento en la circunstancia prevista como tal en el artículo 231.14 de la Ley 1407 de 2010, esto es, ser inferior en antigüedad que el procesado.

II. ANTECEDENTES

Según denunció mediante oficio No. 0573 del 24 de septiembre de 2012 el señor MY. DSH, Director de la Escuela de Fuerzas Especiales Rurales del Ejército Nacional acantonada en el municipio de El Barrancón (Guaviare), el señor Teniente Coronel RJGDR, director de dicho centro militar de capacitación hasta el 28 de agosto de 2012, le comentó en marzo del mismo año que su pistola de dotación marca Pietro Beretta, calibre 9 milímetros y número serial BER537945, cuyas improntas sólo llegaron para efectos de la revista mensual de armamento hasta el mes de diciembre de 2011, se le había perdido y estaba buscando un arma para reponerla[1], hecho que fuere informado por el denunciante el 12 de septiembre de 2012 al señor General FPS, Director del Centro Nacional de Entrenamiento (CENAE).

Con fundamento en lo anterior el Juzgado 60 de Instrucción Penal Militar adelantó pesquisa preliminar radicada bajo el número 499 por el presunto delito por establecer y en contra del TC. RJGDR, misma que sirvió el 14 de octubre de 2015[2] de soporte para la apertura formal de la investigación penal en contra del referido oficial por el delito de peculado sobre bienes de dotación, a quien luego de vincular por vía indagatorial el 16 de marzo de

[1] Folio 02 C.O.1
[2] Folios 141 a 142 C.O.1

2017[3] se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento alguna mediante providencia del 15 de agosto de 2019[4], ello al estimar el juez, luego de reputar "*existen en su contra graves indicios de responsabilidad que permitirían la imposición de una medida de aseguramiento*"[5] como autor a título doloso del delito de peculado sobre bienes de dotación, que por encontrarse el sumariado privado de la libertad a órdenes de despacho de la jurisdicción ordinaria "*considera este operador judicial que no se requiere imponer medida de aseguramiento alguna teniendo en cuenta las limitaciones de locomoción y de libertad que no le permitirían fácilmente una fuga o continuar eludiendo la acción de la justicia …*"[6].

Arribada la actuación por competencia a la Fiscalía 22 Penal Militar, este despacho clausuró el ciclo instructivo a través de auto del 12 de octubre de 2018[7].

El mérito del sumario fue calificado el 08 de noviembre de 2018[8], ello en el sentido de proferir resolución de acusación en contra del TC. RJGDR, aunque variando la calificación jurídica por el punible de peculado culposo.

---

[3] Folios 789 a 791 C.O. 4.
[4] Folios 821 a 829 C.O. 5.
[5] Folio 527 *ibídem*, Juez 60 de Instrucción Penal Militar, abogado MRM.
[6] *Ídem.*
[7] Folio 851 C.O. 5.
[8] Folio 860 C.O. *Ídem.*

Ejecutoriada la anterior decisión el 20 de febrero de 2019[9], el plenario fue enviado al Juzgado Cuarto de Brigada del Ejército Nacional[10], cuyo titular, Teniente Coronel JNLG, previo a realizar el control de legalidad de la actuación profirió auto adiado 10 de abril de 2019[11] declarándose impedido para conocer del asunto sometido a su conocimiento, ello con fundamento en el artículo 231.14 de la Ley 1407 de 2010 y por considerar que "*(…) el señor* ***RJGDR*** *para el día de marras esto es el mes de marzo de 2012 ostentaba el grado de Teniente Coronel ello corroborado en su extracto de Hoja de Vida donde se indica su fecha de ascenso mediante el decreto 4489 de fecha 1 de diciembre de 2010[12]"* [sic]. De igual manera, manifestó este funcionario, obra en el expediente el decreto 4489 de 2010[13] "*donde establece el ascenso de oficiales de grado Mayor al Grado Teniente Coronel y allí parece el procesado"* [sic].

A ello agregó que tiene menor antigüedad que el procesado, "*pues en la actualidad me encuentro en el segundo año de antigüedad, lo que imposibilita que pueda llevar a cabo la etapa del juicio, en consecuencia ha de declararse «impedido» para conocer de este proceso, ordenando en consecuencia la remisión del sumario en el efecto suspensivo*" [sic] a este Tribunal.

III. CONSIDERACIONES

[9] Folio 893 C.O. ídem.
[10] Folio 894 C.O.5
[11] Folio 896 a 900 C.O. 5
[12] Folios 24 y ss CO. 1
[13] Folio 767 CO. 4

Es competente esta Corporación, de conformidad con lo señalado en el artículo 203.5 de la Ley 1407 de 2010, para conocer y resolver de plano[14] el presente impedimento, ello bajo la égida ritual delimitada por los artículos 231 a 241 *ejusdem*, normatividad aplicable al evento *sub examine* en razón a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados, 28 de agosto de 2012, y de la fecha de entrada en vigencia de dicho *códex*, como bien han decantado con suficiencia las altas cortes del país[15].

Aclaración que se hace, como es costumbre inveterada de la Sala[16], por dos razones medulares, la primera que toca con el indiscutible hecho consistente en que ambos estatutos penales militares existen en el ordenamiento jurídico nacional[17] y se hallan vigentes[18], por lo que la aplicación[19] de sus disposiciones se rige por las reglas hermenéuticas enlistadas en los artejos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887[20] según las cuales, en tratándose de tránsito de leyes o de fenómenos de coexistencia legislativa derivados de este, las fechas de ocurrencia del

---

[14] Artículo 238 Ley 1407 de 2010.
[15] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.
[16] Autos julio 17 de 2018, radicación No. 154951 y agosto 06 de 2018, radicación No.158908.
[17] La existencia de una norma hace relación a su introducción al ordenamiento jurídico una vez se han cumplido los requisitos constitucionales respectivos para su adopción; la eficacia jurídica hace relación a la producción de efectos de la norma en cuanto a su aceptación; y la vigencia al tiempo en el que genera efectos jurídicos obligatorios, a su entrada en vigor. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto mayo 04 de 2005, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.
[18] *Ídem.*
[19] *Ídem*, es sinónimo de eficacia jurídica según se lee en la providencia.
[20] Norma que desarrolla un régimen legal que señala los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal.

hecho objeto de acción penal y de entrada en vigor de una ley determinan la normatividad aplicable a aquel, siendo la regla general[21] que las disposiciones procesales –las simplemente instrumentales, no las procesales de efectos sustanciales[22] pues estas acompañan *ad infinitum* al comportamiento y a su autor- dentro de las cuales se enlistan las que regulan el instituto procesal de los impedimentos y las recusaciones, tienen efecto general inmediato, rigen hacia el futuro y regulan las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia, salvada excepción, recuerda la Sala, de aquellas normas referentes a los términos que hubiesen empezado a correr y a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, las cuales continúan rigiéndose por esta última.

La segunda razón atinente a que, no empece lo anterior y que no se trata de un evento de aplicación ultractiva de la ley por razón del principio de favorabilidad, el órgano de cierre de esta jurisdicción foral ya sentó precedente

---

[21] En materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución solo impone como límites el respeto de los derechos adquiridos, y el principio de favorabilidad y de legalidad penal. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-619/01, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

[22] Son aquellas que, si bien fijan la ritualidad de los procedimientos, derivan en el reconocimiento de obligaciones o derechos substanciales, *v.gr.* las relativas a medidas de aseguramiento, revocatoria, libertad provisional, subrogados penales, rebajas de pena por confesión y por sentencia anticipada. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-619/01, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto mayo 04 de 2005, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS y sentencia septiembre 06 de 2007, radicación No. 25099, M.M.P.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO y MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

unificador[23] de obligatoria observancia en el sentido de que en materia del trámite anejo al incidente derivado de manifestaciones de impedimento o de propuestas de recusación, se aplica el regulado en la Ley 1407 de 2010 se ello tiene lugar al interior de procesos adelantados a raíz de hechos delictivos ocurridos a partir del 17 de agosto de 2010 en que entrare en vigencia[24], lo cual significa, afirma aquella célula judicial, que si los hechos objeto de pesquisa judicial tuvieron acaecimiento antes de esa data, el procedimiento a seguir es el contemplado en la Ley 522 de 1999.

Precisado lo anterior, cabe afirmar que esta Corporación, siguiendo el derrotero trazado por el precedente jurisprudencial de las altas Cortes del país, no en pocas oportunidades ha remembrado que el instituto de los impedimentos y las recusaciones, se estatuyó con el propósito de asegurar al conglomerado social que el funcionario judicial llamado a resolver un determinado conflicto jurídico sea ajeno a cualquier interés distinto al de impartir una recta justicia, habida cuenta que a la Administración de Justicia como función pública le corresponde garantizar la independencia, autonomía, imparcialidad y soberanía del juez en la aplicación del derecho sustancial, como "*valor superior*" orientado a hacer efectivos los derechos fundamentales dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho.

---

[23] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto marzo 07 de 2012, radicado 38401, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ.
[24] *Cfr.* Sentencia C-444/11. M.P. JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

Ello explica, también se ha dicho, el cimiento teleológico del instituto procesal en comento en tanto el impedimento y la recusación se fundan en la misma razón jurídica, cual es excluir al funcionario judicial del conocimiento de determinados asuntos a él asignados[25] ante la concurrencia de ciertas circunstancias taxativamente establecidas en la ley, que en sí mismas consideradas tienen aptitud suficiente para comprometer su imparcialidad y/o independencia al influir en las decisiones de aquel, exclusión que busca el afianzamiento de una de las finalidades propias de todo trámite jurisdiccional cual es el proferimiento de una decisión imparcial, ecuánime, objetiva y recta, a partir de asegurar que los juzgadores únicamente están sujetos a la Constitución y las leyes.

Y ello es así, en tanto uno de los más importantes deberes funcionales de los jueces de la República es el de actuar de forma imparcial e independiente habida cuenta que sus decisiones solamente están sometidas al imperio de la ley de conformidad con el artículo 230 constitucional, lo que explica, por parte, el contenido ontológico de las causales de impedimento y de recusación, pues las mismas tienen como piedra basilar el garantizar la probidad del administrador de justicia al momento de adopción de las decisiones judiciales, de manera tal que ello se corresponda con uno de los principios fundamentales

[25] Corte Suprema de Justicia, radicado No. 30962 del 29 de enero de 2009, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

que orientan la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, esto es, "*…asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*"[26].

Esto indubitativamente se compagina, como también se dijere en reciente decisión[27] con ponencia de quien ahora cumple idéntico rol en el presente trámite incidental, con lo que en la materia disponen los "*Principios Básicos relativos a la independencia de la Judicatura*" aprobados por el VII Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de la Delincuencia de 1990, instrumento de *soft law* de plena aplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, y que estatuye que la imparcialidad –principio esencial de la ya referida función pública sobre el cual gravita el impedimento que concita la atención de esta Sala de Decisión- se refiere, entre otros aspectos, a que los administradores de justicia no tengan opiniones preconcebidas, ni compromisos, ni tomen partido con alguna de las partes en relación con el caso sometido a su conocimiento.

Ahora bien, esa dimensión de garantía al interior del proceso penal y las consecuencias que podrían generarse bien porque un dispensador de justicia que deba apartarse del conocimiento de un determinado asunto no lo haga, ora porque sí lo haga sin que exista motivo alguno para ello, ha conllevado a que

[26] Constitución Nacional, artículo 2°.
[27] Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, auto junio 26 de 2018, radicado No. 158942.

la Corte Suprema de Justicia haya precisado[28] que siendo las circunstancias impeditivas de orden objetivo y subjetivo, en la medida que por un lado está la disposición mental del operador judicial y por otro debe existir un vínculo juez-partes o juez-asunto a decidir, a los jueces les está vedado separarse por mera liberalidad o capricho de sus funciones jurisdiccionales y a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio la persona del juez llamado a dirimir un determinado asunto.

Pero es más, como también enseña el precedente de dicho órgano colegiado, la declaratoria de impedimento por parte del funcionario judicial se caracteriza por ser un acto unilateral, voluntario, oficioso y obligatorio[29] ante la presencia de cualquiera de los supuestos fácticos de exclusión taxativamente recogidos en las causales diseñadas por el legislador[30], sin que haya lugar, en tanto se trata de reglas de orden público, a analogías, ni interpretaciones subjetivas o pretendidos afanes protectores de esquemas por encima de las garantías esenciales de carácter constitucional[31], por lo que no todo escrúpulo,

---

[28] Auto octubre 19 de 2006, radicado No. 26246.
[29] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, radicado No. 28390, noviembre 14 de 2007, M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ, en que se dijo: "*obrar a sabiendas de estar incurso en una casual de impedimento genera traumatismos de inmensas y devastadoras dimensiones en la administración de justicia, toda vez que el funcionario judicial actúa, en esas precisas condiciones, con interés, cercenándose su capacidad objetiva, su juicio se altera; restriñéndose, de contera, el poder suasorio que debe imprimirle a los medios probatorios, los hechos y las normas aplicables al caso*".
[30] Auto de julio 19 de 2000, radicado No. 16947.
[31] Auto de julio 06 de 1999.

incomodidad o inquietud espiritual del juzgador basta para separarlo del conocimiento de un determinado asunto[32], sólo aquello que realmente tenga la potencialidad de colocar en entredicho los principios esenciales de la administración de justicia -la independencia e imparcialidad del juez[33]- y que llegue a desdecir del "*imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia*"[34] .

Esto, por obvias razones, obliga al funcionario judicial, en tratándose de la declaratoria de impedimento, a señalar con precisión, no sólo la causal en que funda su manifestación sobre la necesidad o conveniencia de separarse del asunto sometido a su conocimiento, precisando el alcance y contenido de ello, sino además porqué su concurrencia perturba la ecuanimidad de su ánimo y de su criterio al punto que es manifiesta la afectación del principio de imparcialidad y cómo ello incide en el caso concreto, esto so pena que una motivación insuficiente en tales aspectos conlleve al rechazo o desestimación de la pretensión de aquel[35], rechazo que halla explicación, ha añadido esta Sala de Decisión[36], en que el superior funcional del dispensador de justicia que se declara impedido, carecería de elementos de juicio para verificar si

---

[32] Auto de noviembre 11 de 1994.
[33] *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010 y auto 345[A] de 2016, entre otras decisiones.
[34] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto enero 26 de 2015, AP274-2015, radicación N° 45233, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.
[35] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto febrero 24 de 2010, radicado No. 33641, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.
[36] Auto agosto 06 de 2018, radicación No. 158908.

en realidad la imparcialidad de este se halla, o no, real o potencialmente comprometida.

Pero es más, en tratándose del impedimento, es menester que la manifestación del operador judicial esté soportada dentro de la buena fe y con un adecuado sustentáculo argumentativo y/o probatorio según se trate de causales subjetivas u objetivas, esto en aras de impedir que la invocación de una cualquiera de las causales de ley sea utilizada como medio para entorpecer o dilatar el transcurso del proceso penal o para sustraerse indebidamente a la obligación de decidir[37], esto y aquello en detrimento de la administración de justicia y de los intereses de los sujetos procesales y de la sociedad.

Compendiando, la solicitud por la cual un funcionario judicial se declara impedido, como igualmente ha decantado con suficiencia la Corte Suprema de Justicia[38], debe *(i)* expresar en forma clara y concreta la causal o causales que se invoca para separarse del conocimiento de un asunto so pena de comprometerse, según el caso, la independencia y/o la imparcialidad de la administración de justicia quebrantándose, de paso, el derecho fundamental de los coasociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial[39]; *(ii)* corresponderse de manera unívoca con la causal o

[37] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Auto mayo 28 de 2008, radicado No. 29738, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA y auto septiembre 30 de 2009, radicado NO. 32591, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANES.
[38] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto septiembre 30 de 2009, radicado 32591, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANES.
[39]Auto de 19 de octubre de 2006, Radicado N° 26.246.

causales diseñadas de manera taxativa y *ex profeso* por el legislador; y *(iii)* brindar las pruebas y los motivos que sustentan una petición tal, sólo así esta puede estimarse como razonada, ponderada y fundada en hechos comprobables compadeciéndose con la seriedad del instituto procesal objeto de análisis.

La Corte Constitucional, habida cuenta de la naturaleza intrínseca del derecho de todo coasociado de ser juzgado por un juez imparcial e independiente (Constitución Política, artículos 29 y 230), del correlativo deber que de ello deriva para los jueces (Constitución Política, artículos 209 y 230) y de la íntima relación de ello con el principio rector del debido proceso, de antaño viene sentando uniforme y pacífica posición en punto al instituto procesal de los impedimentos y las recusaciones, resultando procedente traer a colación la decisión en que se dijere:

> *"15. La doctrina procesal considera que la garantía de la imparcialidad, constituye no sólo un principio constitucional, sino también un derecho fundamental conexo con el derecho al debido proceso. Ello porque en un Estado Social de Derecho, la imparcialidad se convierte en la forma objetiva y neutral de obediencia al ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados conforme al Derecho, es decir, libre e independiente de cualquier circunstancia que pueda constituir una vía de hecho (C.P. Artículos 29 y 230), exige de forma correlativa el deber de imparcialidad de los jueces (C.P.*

artículos 209 y 230), ya que solamente aquél que juzga en derecho o en acatamiento pleno del ordenamiento jurídico, puede llegar a considerarse un juez en un Estado Social de Derecho.

En otras palabras, para hacer efectiva dicha garantía, es necesario que la persona que ejerza la función de juzgar, sea lo suficientemente neutral y objetiva, precisamente, con el propósito de salvaguardar la integridad del debido proceso y de los demás derechos e intereses de los asociados.

A partir de las citadas consideraciones, la doctrina procesal ha concluido que la imparcialidad requiere de la presencia de dos elementos. Un criterio subjetivo y otro objetivo. El componente subjetivo, alude al estado mental del juez, es decir, a la ausencia de cualquier preferencia, afecto o animadversión con las partes del proceso, sus representantes o apoderados. El elemento objetivo, por su parte, se refiere al vínculo que puede existir entre el juez y las partes o entre aquél y el asunto objeto de controversia - de forma tal - que se altere la confianza en su decisión, ya sea por la demostración de un marcado interés o por su previo conocimiento del asunto en conflicto que impida una visión neutral de la litis.
16. En este orden de ideas, se estima que no existe objetividad y, por ende, imparcialidad, cuando previamente el juez o servidor público ha tenido conocimiento de un asunto litigioso. En consecuencia, en tratándose de la doble instancia, la imparcialidad no sólo se expresa en la autonomía subjetiva y objetiva del juzgador para tomar la decisión, sino

también en la apreciación de los hechos, en la valoración de las pruebas y, en general, en la preparación o sustanciación jurídica del proyecto de decisión.

17. Con todo, podría estimarse que el citado argumento es aparente o ilusorio, en atención a que el juez independientemente de su previo conocimiento de la decisión y de los argumentos de las partes, es capaz intrasubjetivamente de actuar con la debida imparcialidad y, por lo tanto, alejado de cualquier interés o amor propio.

A pesar de los elementos de verdad que puede tener el citado argumento, lo cierto es que la valoración de la imparcialidad, no se realiza a partir de las posiciones morales, éticas o psicológicas de los jueces, sino a través de su postura intersubjetiva. Es decir, la apreciación de la imparcialidad del juez se concreta, en un juicio exterior derivado de la interrelación del juzgador con las partes y la comunidad en general. En efecto, el hecho de que una misma autoridad – en primera y en segunda instancia – conozca de lo actuado, conduce a que, independientemente de su actitud personal, su decisión pueda ser razonablemente considerada como carente de objetividad y neutralidad, con lo cual se produce irremediablemente la pérdida de credibilidad y legitimidad de las decisiones públicas, en perjuicio de la estabilidad del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la garantía de la imparcialidad se convierte no sólo en un elemento esencial para

preservar el derecho al debido proceso, sino también en una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de Derecho, a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática."[40]

Posición refrendada en posterior pronunciamiento en el que se aquilató:

"Los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues una de las esferas esenciales del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias. (artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con diversas disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos, tales como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos)." [41]

De cara a lo hasta aquí dicho, se habrá de remembrar que en el asunto que concita la atención del Colegiado en esta oportunidad, el Teniente Coronel JNLG, Juez Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, fincó su manifestación impeditiva en la causal que al tenor reza: "*Que el Juez de Conocimiento sea inferior en grado, o de menor antigüedad que el acusado*

[40] Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2003.
[41] Corte Constitucional, sentencia T-176 de 2008.

o procesado". Circunstancia prevista como tal en el artículo 231.14 de la Ley 1407 de 2010 y que guarda íntima relación con el principio rector consagrado en el artejo 190 de dicho códice, el cual estatuye, en idénticos términos que lo hace el canon 215 de la Ley 522 de 1999, que "*Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá juzgar a un superior en grado o antigüedad".*

Dicho mandato, ha acrisolado esta Corporación en pretéritas oportunidades[42], fue concebido por el legislador bajo el *nomen iuris de "Principio de Jerarquía*" y busca que al interior de una institución jerarquizada como la castrense, factores connaturales a la misma como el grado y la antigüedad -los que van de la mano de aspectos de trascendental importancia al interior de la Fuerza Pública como son el ejercicio del mando, el régimen disciplinario y la Justicia Penal Militar[43]-, no se erijan en elementos desestabilizadores de la

---

[42] *Cfr. a*utos agosto 06 de 2018, radicación No. 158908 y agosto 10 de 12018, radicación No. 158707 entre otros.

[43] Ley 1104 de 2006, artículo 1° que modificó el artejo 6° del Decreto Ley 1790 de 2000, quedando éste con el siguiente tenor: "*ARTICULO 6°. JERARQUIA. La jerarquía y equivalencia de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente:*
a. OFICIALES.
1. Ejército.
a) Oficiales Generales
1) General
2) Mayor General
3) Brigadier General
b) Oficiales Superiores
1) Coronel
2) Teniente Coronel
3) Mayor
c) Oficiales Subalternos
1) Capitán
2) Teniente
3) Subteniente
2. Armada. a) Oficiales de Insignia……"

imparcialidad y de la independencia que deben caracterizar al administrador de justicia al interior de esta jurisdicción, atributos –en especial la imparcialidad- que se fundan definitivamente en una disposición del ánimo y que se materializa en la objetividad y neutralidad del juzgador al momento de adoptar una decisión en Derecho, dotando a esta, así, de un innegable contenido de justicia en tanto dicha decisión resulta ajena a prejuicios, intereses, sesgos o tratos diferenciados.

Es por ello que en el *códex* castrense del año 2010 no solo se reiteró que la jerarquía era principio fundante e irradiante del proceso penal militar, sino que además se derivó de ella en forma categórica y taxativa una circunstancia inhabilitante para la adopción de decisiones judiciales que por hallarse dotadas de las anteriores características se puedan reputar sin mácula alguna, esto aún en tratándose de operadores judiciales impolutos que intrasubjetivamente se piensen capaces de actuar ajenos a la indiscutible influencia que en su ánimo pueda ejercer el ser de menor grado o antigüedad que el por juzgar, pues resulta irrefragable que independientemente de su actitud personal, la decisión que se llegare a adoptar puede ser razonablemente considerada como carente de la objetividad y neutralidad que ha de impregnar a las decisiones judiciales, ello con franco detrimento de la credibilidad de la administración de justicia.

Así las cosas, cernido el hecho objetivo planteado por el Teniente Coronel JNLG en el presente trámite incidental, por el tamiz en que se constituyen las anteriores precisiones conceptuales y dogmáticas, habrá de acotar la Sala, como primera medida, que efectivamente de la lectura de la pieza procesal militante a folio 766 y siguientes del cuaderno original No. 4 de la investigación, se extrae que el procesado, RJGDR, ascendió al grado de Teniente Coronel el 1° de diciembre de 2010 conforme lo dispuesto en el Decreto 4489 de la misma fecha.

Asimismo habrá de acotarse, respecto del Teniente Coronel JNLG, Juez Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, que no obra dentro del *dossier* ningún medio de prueba que acredite su antigüedad, solo se cuenta con su dicho, vertido en el auto del 10 de abril de 2019, en el sentido de que "*De acuerdo a lo anterior, el suscrito Juez Cuarto de Brigada tiene menor antigüedad que el procesado, pues en la actualidad me encuentro en el segundo año de antigüedad, lo que imposibilita que pueda llevar a cabo la etapa del juicio, en consecuencia ha de declararse* ***"Impedido"*** *para conocer de este proceso …*"[44] [sic].

Decir que, no empece, no extendió a identificar el acto administrativo por el cual fue ascendido al grado militar que ostenta en la fecha, como tampoco a demostrar argumentativamente hablando porqué se halla presente en su ánimo una circunstancia

[44] Folio 899 CO 5

inhabilitante para la adopción de decisiones judiciales en las que su imparcialidad se pueda reputar sin mácula alguna y porqué ello torna razonable y aconsejable, en procura de preservar la ecuanimidad y rectitud de su juicio y de las determinaciones a adoptar, separarlo del conocimiento del presente asunto.

Falencias que ya *per se* señalan el norte de la decisión que se adoptará en el presente pronunciamiento, a las que -habrá de añadir la Sala- se suma otra consistente en haber dejado de lado, como lo enseña el cartulado, que el procesado RJGDR fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional mediante resolución No. 2993 del 11 de abril de 2014.

Circunstancia esta última con suficiente entidad para dar por tierra con la pretensión impeditiva del antes citado juez de instancia -o de conocimiento si se quiere-, pues verdad de Perogrullo resulta que al hallarse retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares el aquí sumariado, el atrás explicado "*Principio de Jerarquía*" no se vería maculado por la actuación en la etapa de juicio del TC. JNLG, Juez Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, como tampoco su imparcialidad y su independencia como administrador de justicia al interior de esta jurisdicción, esto en la medida que al ya no hacer parte el TC (R) RJGDR del escalafón militar, lista de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, clasificados por Fuerza, Arma,

Cuerpo y Especialidad y colocados en orden de grado y antigüedad[45], no puede postularse válidamente la existencia de una relación jerárquica que, por razones de la subordinación y obediencia anejas al grado y la antigüedad que son -como se dijere *ut supra*- factores connaturales a aquella, se erija en elemento desestabilizador de la disposición del ánimo, la objetividad y la neutralidad del juzgador al momento de adoptar una decisión en Derecho.

Así las cosas, con la claridad conceptual y dogmática que ofrecen las consideraciones precedentes y resultando palmar la inexistencia del supuesto fáctico requerido en la ley penal militar para la estructuración de la causal impeditiva invocada por el pluricitado funcionario, le advendrá a éste impróspero su anhelo de ser separado del conocimiento de la presente causa penal, improsperidad que será objeto de declaración en la *resolutio* del presente proveído y que conlleva a disponer que una vez surtida la actuación que legal, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de esta Corporación, las presentes diligencias sean devueltas al juzgado de instancia de origen para que continúe con el pertinente trámite procesal.

En mérito de lo anterior, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

[45] Decreto Ley 1790 de 2000, artículo 27.

V. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el impedimento planteado por el Teniente Coronel JNLG, Juez Cuarto de Brigada del Ejército Nacional, dentro del presente proceso penal adelantado en disfavor del TC (R) RJGDR, por el reato de peculado culposo, de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de esta decisión judicial.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, una vez surtida la actuación que legal, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de esta Corporación, **DEVUÉLVASE** por su intermedio el expediente contentivo de la actuación penal surtida en contra del TC (R) RJGDR, al Juzgado Cuarto de Instancia de Brigada del Ejército Nacional para que, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, continúe con el trámite procesal subsiguiente.

TERCERO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

CÓPIESE, RADÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Tercera de Decisión
Magistrado ponente : CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación : 159127
Procedencia : Juzgado 190 Instrucción Penal Militar
Imputados : Averiguación de Responsables
Delito : Lesiones Personales
Motivo de alzada : Impedimento
Decisión : Declara infundado el impedimento

Bogotá D.C., julio dos (02) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Se pronuncia de plano la Sala respecto del incidente de impedimento propuesto por el Capitán de la Policía Nacional CDMC, Juez 190 de Instrucción Penal Militar, dentro de la indagación preliminar penal adelantada en averiguación de responsables por la presunta comisión del injusto penal de lesiones personales, para lo cual el funcionario judicial en cita invoca la causal regulada en el numeral 5° del artículo 231 de la Ley 1407 de 2010, ello al estimar que entre él y el

TE. SLGC, relacionado entre los uniformados que presuntamente participó en los hechos denunciados por el particular HJCM, existía amistad íntima.

II. ANTECEDENTES

Dan cuenta las diligencias procedentes de la Fiscalía 2ª Unidad Gestión Alertas y Clasificación Temprana, distinguidas con el número de noticia criminal 540016001131201507437[1], que el particular HJCM instauró denuncia penal por hechos sucedidos el 1° de diciembre de 2015 aproximadamente a las 08:00 horas, denunciando los siguientes hechos: "*ME DIRIGÍA A LA CANCHA DE TABLETAS, AL COLOCAR LA DIRECCIONAL PARA VOLTEAR A LA IZQUIERDA, ESTABAN LOS POLICÍAS, PASÓ UNA MOTOCICLETA, YO FRENE, ELLOS TAMBIÉN FRENARON, COMO NO ARRANCARON YO SEGUÍ CONDUCIENDO Y AHÍ ME ATRAVEZARON LA MOTO Y ME EMPEZARON A AGRADIR VERBALMENTE, QUE SI YO ESTABA LOCO, QUE SI ERA QUE LOS IBA A ATROPELLAR Y ME PIDIERON UNA REQUISA, ORILLE EL CARRO Y ME BAJE, ME REQUISARON EN LA PUERTA IZQUIERDA TRASERA DEL CARRO, ME PIDIERON CEDULA, LE DIJE QUE NO LA TENIA AL MOMENTO, ME EMPUJARON PARA ABRIR LA PUERTA DE ATRÁS DEL CARRO, YO LE DIJE QUE YO LE COLABORABA Y CERRE LA PUERTA, AHÍ ME TIRARON CONTRA LA REJA DE LA CASA Y ME EMPEZARON A GOLPEAR, ME TRATARON DE FRACTURAR UN DEDO, ME PISABAN LOS PIES Y ME DIERON GOLPES EN EL CUERPO, ESTABAN DICIENDO QUE YO VENÍA BORRACHO Y DROGADO, LA GENTE QUE SE DIO CUENTA LES DECIA QUE NO ME*

[1] Folio 01-15 C.O. 1.

GOLPEARAN Y ELLOS RESPONDIAN CALLENSE POBRETONES; UNO DE LOS POLICIAS ERA DE APELLIDO ORTIZ LOS OTROS NO LOS PUDE IDENTIFICAR, ERAN MIEMBROS DEL GRUPO GOES"[2] [sic]. Por razón de ello el Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar, con sede en la ciudad de Cúcuta (Norte Santander), mediante auto de trámite del 14 de octubre de 2016[3] aperturó indagación preliminar en averiguación de responsables y por presunto delito de lesiones personales.

Con auto del 29 de septiembre de 2017[4], el señor Capitán de la Policía Nacional CDMC, Juez 190 de Instrucción Penal Militar, avocó el conocimiento de la presente preliminar, de acuerdo con lo dispuesto en resolución No. 000447 del 17 de agosto de 2017 de la Dirección Ejecutiva de la Justicia penal Militar.

Por auto de fecha 15 de mayo de 2019[5] el referido funcionario, CT. CDMC, se declaró impedido para continuar conociendo de la presente pesquisa preliminar, invocando al efecto la circunstancia enlistada en el numeral 5° del artículo 231 de la Ley 1407 de 2010, ello al estimar que "*en el proceso que nos ocupa y para mi caso en particular, me encuentro inmerso en la causal de impedimento antes descrita, pues existe amistad íntima entre el*

[2] Folio 06 C.O. 1
[3] Folio 16 *ibídem*.
[4] Folio 34 C.O.1
[5] Folios 246 a 247 C.O. 2

investigado TE. SLGC y el suscrito funcionario, donde no solo hemos departido y compartido en diferentes espacios personales en compañía de nuestras familias tales como bautizos, cumpleaños de nuestros hijos y esposas, cenas familiares, celebraciones de navidad, etc., sino residimos hasta hace menos de un mes y durante casi dos años en el mismo conjunto residencial, existiendo una relación de amistad entre las dos familias".

Indicó el precitado funcionario que avocó la presente investigación "*en cumplimiento a la descongestión ordenada mediante resolución 000447 del 17 de agosto de 2017*", recibiéndola del Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar, el que la adelantaba en averiguación de responsables, no obstante, al revisar el expediente pudo evidenciar que uno de los uniformados que presuntamente participó en los hechos denunciados fue el TE. SLGC, tal como se deduce del relato del denunciante HJCM, donde refiere que "*el teniente me dio un puño en la cara*"[6], al igual que de la anotación del 1° de diciembre de 2015 hecha en el libro de población realizada por el ST. SLGC y de que dicho oficial fue relacionado en el listado de personal que remitiera el Comandante del Grupo de Operaciones Especiales de la Policía Metropolitana de Cúcuta, donde figuraba que SLGC estaba laborando para la fecha de los hechos.

[6] Folio 8 C.O. 1

Razones que, indicó, lo obligaban a declarase impedido para continuar conociendo del asunto, teniendo en cuenta la amistad íntima que a la fecha mantenía con el oficial SLGC, y que, a la luz del análisis de las pruebas, muy probablemente conllevarían a su vinculación en las presentes diligencias.

Termina afirmando que se encuentra inmerso en la causal descrita y por tal motivo debía apartarse del conocimiento de la investigación.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación, de conformidad con lo señalado en el artículo 203.5 de la Ley 1407 de 2010, para conocer y resolver de plano[7] el presente trámite incidental, ello bajo la égida ritual delimitada por los artículos 231 a 241 *ejusdem*, normatividad aplicable al evento *sub examine* en razón a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados, 1° de diciembre de 2015, y de la fecha de entrada en vigencia de dicho *códex*, como

[7] Artículo 238 Ley 1407 de 2010.

bien han decantado con suficiencia las altas cortes del país[8].

Aclaración que se hace, como igual aconteciere en recientes decisiones de esta Sala[9], por dos razones cardinales, la primera que toca con el indiscutible hecho consistente en que ambos estatutos penales militares existen en el ordenamiento jurídico nacional[10] y se hallan vigentes[11], por lo que la aplicación[12] de sus disposiciones se rige por las reglas hermenéuticas enlistadas en los artejos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887[13] según las cuales, en tratándose de tránsito de leyes o de fenómenos de coexistencia legislativa derivados de este, las fechas de ocurrencia del hecho objeto de acción penal y de entrada en vigor de una ley determinan la normatividad aplicable a aquel, siendo la regla general[14] que las disposiciones procesales –las

---

[8] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.
[9] Autos julio 17 de 2018, radicación No. 154951 y agosto 06 de 2018, radicación No.158908.
[10] La existencia de una norma hace relación a su introducción al ordenamiento jurídico una vez se han cumplido los requisitos constitucionales respectivos para su adopción; la eficacia jurídica hace relación a la producción de efectos de la norma en cuanto a su aceptación; y la vigencia al tiempo en el que genera efectos jurídicos obligatorios, a su entrada en vigor. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto mayo 04 de 2005, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.
[11] *Ídem.*
[12] *Ídem*, es sinónimo de eficacia jurídica según se lee en la providencia.
[13] Norma que desarrolla un régimen legal que señala los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal.
[14] En materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución solo impone como límites el respeto de los derechos

simplemente instrumentales, no las procesales de efectos sustanciales[15] pues estas acompañan *ad infinitum* al comportamiento y a su autor- dentro de las cuales se enlistan las que regulan el instituto procesal de los impedimentos y las recusaciones, tienen efecto general inmediato, rigen hacia el futuro y regulan las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia, salvada excepción, recuerda la Sala, de aquellas normas referentes a los términos que hubiesen empezado a correr y a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, las cuales continúan rigiéndose por esta última.

La segunda razón atinente a que, no obstante lo anterior y que no se trata de un evento de aplicación ultractiva de la ley por razón del principio de favorabilidad, el órgano de cierre de esta jurisdicción foral ya sentó precedente unificador[16] de obligatoria observancia en el sentido de que en materia del trámite anejo al incidente derivado de manifestaciones de

---

adquiridos, y el principio de favorabilidad y de legalidad penal. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-619/01, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

[15] Son aquellas que, si bien fijan la ritualidad de los procedimientos, derivan en el reconocimiento de obligaciones o derechos substanciales, *v.gr.* las relativas a medidas de aseguramiento, revocatoria, libertad provisional, subrogados penales, rebajas de pena por confesión y por sentencia anticipada. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-619/01, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto mayo 04 de 2005, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS y sentencia septiembre 06 de 2007, radicación No. 25099, M.M.P.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO y MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

[16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto marzo 07 de 2012, radicado 38401, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ.

impedimento o de propuestas de recusación, se aplica el regulado en la Ley 1407 de 2010 si ello tiene lugar al interior de procesos adelantados a raíz de hechos delictivos ocurridos a partir del 17 de agosto de 2010 en que entrare en vigencia[17], lo cual significa, afirma aquella célula judicial, que si los hechos objeto de pesquisa judicial tuvieron acaecimiento antes de esa data, el procedimiento a seguir es el contemplado en la Ley 522 de 1999.

Apuntalado lo anterior, cabe afirmar que esta Corporación, siguiendo el derrotero trazado por el precedente jurisprudencial de las altas Cortes del país, no en pocas oportunidades ha remembrado que el instituto de los impedimentos y las recusaciones, se estatuyó con el propósito de asegurar al conglomerado social que el funcionario judicial llamado a resolver un determinado conflicto jurídico sea ajeno a cualquier interés distinto al de impartir una recta justicia, habida cuenta que a la Administración de Justicia como función pública le corresponde garantizar la independencia, autonomía, imparcialidad y soberanía del juez en la aplicación del derecho sustancial, como "*valor superior*" orientado a hacer efectivos los derechos fundamentales dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho.

[17] *Cfr.* Sentencia C-444/11, M.P. JUAN CARLOS HENAO PEREZ.

Ello explica, también se ha dicho, el fundamento teleológico del instituto procesal en comento en tanto el impedimento y la recusación se fundan en la misma razón jurídica, cual es excluir al funcionario judicial del conocimiento de determinados asuntos a él asignados[18] ante la concurrencia de ciertas circunstancias taxativamente establecidas en la ley, que en sí mismas consideradas tienen aptitud suficiente para comprometer su imparcialidad y/o independencia al influir en las decisiones de aquel, exclusión que busca el afianzamiento de una de las finalidades propias de todo trámite jurisdiccional cual es el proferimiento de una decisión imparcial, ecuánime, objetiva y recta, a partir de asegurar que los juzgadores únicamente están sujetos a la Constitución y las leyes.

Y ello es así, en tanto uno de los más importantes deberes funcionales de los jueces de la República es el de actuar de forma imparcial e independiente habida cuenta que sus decisiones solamente están sometidas al imperio de la ley de conformidad con el artículo 230 constitucional, lo que explica, por parte, el contenido ontológico de las causales de impedimento y de recusación, pues las mismas tienen como piedra basilar el garantizar la probidad del administrador de justicia al momento de la adopción

[18] Corte Suprema de Justicia, radicado 30962 del 29 de enero de 2009, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

de las decisiones judiciales, de manera tal que ello se corresponda con uno de los principios fundamentales que orientan la organización del Estado Social y democrático de derecho, esto es, "*…asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*"[19].

Esto indubitativamente se compagina, como también se dijere en reciente decisión[20] con ponencia de quien ahora cumple idéntico rol, con lo que en la materia disponen los "*Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*" aprobados por el VII Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de la Delincuencia de 1990, instrumento de *soft law* de plena aplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, y que estatuye que la imparcialidad –principio esencial de la ya referida función pública sobre el cual gravita el impedimento que concita la atención de esta Sala de Decisión- se refiere, entre otros aspectos, a que los administradores de justicia no tengan opiniones preconcebidas, ni compromisos, ni tomen partido con alguna de las partes en relación con el caso sometido a su conocimiento.

[19] Constitución Nacional, artículo 2°.
[20] Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, auto junio 26 de 2018, radicado No. 158942.

Ahora bien, esa dimensión de garantía al interior del proceso penal y las consecuencias que podrían generarse bien porque un dispensador de justicia que deba apartarse del conocimiento de un determinado asunto no lo haga, ora porque sí lo haga sin que exista motivo alguno para ello, ha conllevado a que la Corte Suprema de Justicia haya precisado[21] que siendo las circunstancias impeditivas de orden objetivo y subjetivo, en la medida que por un lado está la disposición mental del operador judicial y por otro debe existir un vínculo juez-partes o juez-asunto a decidir, a los jueces les está vedado separarse por mera liberalidad o capricho de sus funciones jurisdiccionales y a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio la persona del juez llamado a dirimir un determinado asunto.

Pero es más, como también enseña el precedente de dicho órgano colegiado, la declaratoria de impedimento por parte del funcionario judicial se caracteriza por ser un acto unilateral, voluntario, oficioso y obligatorio[22] ante la presencia de cualquiera de los supuestos fácticos

---

[21] Auto octubre 19 de 2006, radicado No. 26246.
[22] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, radicado No. 28390, noviembre 14 de 2007, M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ, en que se dijo: "*obrar a sabiendas de estar incurso en una casual de impedimento genera traumatismos de inmensas y devastadoras dimensiones en la administración de justicia, toda vez que el funcionario judicial actúa, en esas precisas condiciones, con interés, cercenándose su capacidad objetiva, su juicio se altera; restriñéndose, de contera, el poder suasorio que debe imprimirle a los medios probatorios, los hechos y las normas aplicables al caso*".

de exclusión taxativamente recogidos en las causales diseñadas por el legislador[23], sin que haya lugar, en tanto se trata de reglas de orden público, a analogías, ni interpretaciones subjetivas o pretendidos afanes protectores de esquemas por encima de las garantías esenciales de carácter constitucional[24], por lo que no todo escrúpulo, incomodidad o inquietud espiritual del juzgador basta para separarlo del conocimiento de un determinado asunto[25].

Ello, por elementales razones, obliga al funcionario judicial, en tratándose de la declaratoria de impedimento, a señalar con precisión, no sólo la causal en que funda su manifestación sobre la necesidad o conveniencia de separarse del asunto sometido a su conocimiento, precisando el alcance y contenido de ello, sino además porqué su concurrencia perturba la ecuanimidad de su ánimo y de su criterio al punto que es manifiesta la afectación del principio de imparcialidad y cómo ello incide en el caso concreto, esto so pena que una motivación insuficiente en tales aspectos conlleve al rechazo o desestimación de la pretensión de aquel[26], rechazo que encuentra explicación, ha añadido esta Sala de

[23] Auto de julio 19 de 2000, radicado No. 16947.
[24] Auto de julio 06 de 1999.
[25] Auto de noviembre 11 de 1994.
[26] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto febrero 24 de 2010, radicado No. 33641, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Decisión[27], en que el superior funcional del dispensador de justicia que se declara impedido, carecería de elementos de juicio para verificar si en realidad la imparcialidad de este se halla, o no, real o potencialmente comprometida.

Pero es más, que es el tópico que demanda la atención de esta Sala de Decisión en el presente asunto, se colige de los anteriores cánones que el dispensador de justicia que estime se halla impedido para seguir conociendo de una determinada actuación procesal por razón de la concurrencia de una de las circunstancias enlistadas en el taxativo catálogo de causales confeccionado por el legislador, así deberá manifestarlo[28] tan pronto advierta dicha situación, ello mediante providencia en la que deberá exponer cuál es la causal que invoca y expresar en forma clara, concreta y fundamentada porqué la circunstancia fáctica inserta en la causal a que acude es de tal entidad que perturba su ánimo y compromete su imparcialidad –objetiva y subjetiva[29]- en la resolución del

---

[27] Auto agosto 06 de 2018, radicación No. 158908.
[28] Corte Suprema de Justicia, radicado SP 7948, noviembre 06 de 1992. "*El impedimento* ***es la manifestación expresada en forma espontánea e inequívoca del Juez o Magistrado*** *de separarse del conocimiento de un asunto que le haya sido repartido, por considerar que se da una o algunas de las causales señaladas en la ley impedientes. La recusación es la manifestación clara e inequívoca* ***de una de las partes*** *ante el silencio del funcionario frente a la causal impediente que en su sentir se da en el proceso, para separarlo de su conocimiento."* (Resaltado fuera del texto original.
[29] Corte Constitucional, sentencia T-319A/12, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. "*El aspecto objetivo de la imparcialidad judicial busca que los asuntos conocidos por el juez le sean ajenos, al punto de que no tenga interés alguno en el proceso, ni directo ni indirecto. De lo que se*

asunto sometido a su conocimiento, ejercicio retórico que deberá ir acompañado de razones ciertas, ponderadas y fundadas en hechos comprobables en tratándose de las causales subjetivas[30] y de prueba que dé cuenta de la circunstancia fáctica alegada si de causales objetivas[31] se trata.

En dicha providencia, igualmente, quien se declara impedido deberá identificar –en tanto se trate de las causales enlistadas en los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 8°, 9°, 10°, 13° y 14 del artejo 231 de la Ley 1407 de 2010- respecto de qué parte, sujeto procesal o pariente, se predica la circunstancia impediente que enarbola y, hecho ello, disponer la remisión de la actuación al funcionario –colegiado o unipersonal- en cabeza de

---

trata es de evitar que el juez haya tenido un contacto anterior con el asunto para que, desde el punto de vista funcional y orgánico, se excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.

El aspecto subjetivo de la imparcialidad judicial es distinto, pues tiene que ver con la convicción personal que puede tener el juez frente a un caso concreto. La Corte ha definido tal dimensión de la imparcialidad judicial haciendo referencia a "la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto".

[30] Corte Constitucional, sentencia C-390/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero. *"- Son subjetivas las siguientes causales: N° 1 (interés en el proceso) y 9 (enemistad grave o amistad íntima)*".

[31] Corte Constitucional, sentencia C-390/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero. *"- Son objetivas las siguientes causales: N° 2 (haber conocido del proceso), 3 (parentesco), 4 (guarda), 5 (dependiente), 6 (existir pleito), 7 (denuncia penal contra el juez), 8 (denuncia penal por el juez), 10 (acreedor o deudor), 11 (ser socio), 12 (haber emitido concepto), 13 (ser heredero o legatario) y 14 (tener pleito pendiente similar)"*.

quien el legislador entronizó la facultad para decidir si el impedimento debe o no prosperar. funcionario que mediante trámite incidental adoptará de plano la decisión que corresponda, ello en providencia interlocutoria no susceptible de recurso alguno.

Sintetizando, la solicitud por la cual un funcionario judicial se declara impedido, como igualmente ha decantado con suficiencia la Corte Suprema de Justicia[32], debe *(i)* expresar en forma clara y concreta la causal o causales que se invoca para separarse del conocimiento de un asunto so pena de comprometerse, según el caso, la independencia y/o la imparcialidad de la administración de justicia quebrantándose, de paso, el derecho fundamental de los coasociados a obtener un fallo proferido por un tribunal imparcial[33]; *(ii)* corresponderse de manera unívoca con la causal o causales diseñadas de manera taxativa y *ex profeso* por el legislador, y *(iii)* brindar las pruebas y los motivos que sustentan una petición tal, sólo así esta puede estimarse como razonada, ponderada y fundada en hechos comprobables compadeciéndose con la seriedad del instituto procesal objeto de análisis.

[32] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto septiembre 30 de 2009, radicado 32591, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANES.
[33]Auto de 19 de octubre de 2006, Radicado N° 26.246.

La Corte Constitucional, habida cuenta de la naturaleza intrínseca del derecho de todo coasociado de ser juzgado por un juez imparcial e independiente (Constitución Política, artículos 29 y 230), del correlativo deber que de ello deriva para los jueces (Constitución Política, artículos 209 y 230) y de la íntima relación de ello con el principio rector del debido proceso, de antaño viene sentando uniforme y pacífica posición en punto al instituto procesal de los impedimentos y las recusaciones, resultando procedente traer a colación la decisión en que se dijere:

> *"15. La doctrina procesal considera que la garantía de la imparcialidad, constituye no sólo un principio constitucional, sino también un derecho fundamental conexo con el derecho al debido proceso. Ello porque en un Estado Social de Derecho, la imparcialidad se convierte en la forma objetiva y neutral de obediencia al ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados conforme al Derecho, es decir, libre e independiente de cualquier circunstancia que pueda constituir una vía de hecho (C.P. Artículos 29 y 230), exige de forma correlativa el deber de imparcialidad de los jueces (C.P. artículos 209 y 230), ya que solamente aquél que juzga en derecho o en acatamiento pleno del ordenamiento jurídico, puede llegar a considerarse un juez en un Estado Social de Derecho.*

En otras palabras, para hacer efectiva dicha garantía, es necesario que la persona que ejerza la función de juzgar, sea lo suficientemente neutral y objetiva, precisamente, con el propósito de salvaguardar la integridad del debido proceso y de los demás derechos e intereses de los asociados.

A partir de las citadas consideraciones, la doctrina procesal ha concluido que la imparcialidad requiere de la presencia de dos elementos. Un criterio subjetivo y otro objetivo. El componente subjetivo, alude al estado mental del juez, es decir, a la ausencia de cualquier preferencia, afecto o animadversión con las partes del proceso, sus representantes o apoderados. El elemento objetivo, por su parte, se refiere al vínculo que puede existir entre el juez y las partes o entre aquél y el asunto objeto de controversia - de forma tal - que se altere la confianza en su decisión, ya sea por la demostración de un marcado interés o por su previo conocimiento del asunto en conflicto que impida una visión neutral de la litis.

16. En este orden de ideas, se estima que no existe objetividad y, por ende, imparcialidad, cuando previamente el juez o servidor público ha tenido conocimiento de un asunto litigioso. En consecuencia, en tratándose de la doble instancia, la imparcialidad no sólo se expresa en la autonomía subjetiva y objetiva del juzgador para tomar la

decisión, sino también en la apreciación de los hechos, en la valoración de las pruebas y, en general, en la preparación o sustanciación jurídica del proyecto de decisión.

17. Con todo, podría estimarse que el citado argumento es aparente o ilusorio, en atención a que el juez independientemente de su previo conocimiento de la decisión y de los argumentos de las partes, es capaz intrasubjetivamente de actuar con la debida imparcialidad y, por lo tanto, alejado de cualquier interés o amor propio.

A pesar de los elementos de verdad que puede tener el citado argumento, lo cierto es que la valoración de la imparcialidad, no se realiza a partir de las posiciones morales, éticas o psicológicas de los jueces, sino a través de su postura intersubjetiva. Es decir, la apreciación de la imparcialidad del juez se concreta, en un juicio exterior derivado de la interrelación del juzgador con las partes y la comunidad en general. En efecto, el hecho de que una misma autoridad - en primera y en segunda instancia - conozca de lo actuado, conduce a que, independientemente de su actitud personal, su decisión pueda ser razonablemente considerada como carente de objetividad y neutralidad, con lo cual se produce irremediablemente la pérdida de credibilidad y legitimidad de las decisiones públicas, en perjuicio de la estabilidad del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la garantía de la imparcialidad se convierte no sólo en un elemento esencial para preservar el derecho al debido proceso, sino también en una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de Derecho, a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática".[34]

Línea de pensamiento reafirmada en posterior pronunciamiento en el que se apuntaló:

"Los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues una de las esferas esenciales del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias. (artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con diversas disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos, tales como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos)[35]*.*

---

[34] Corte Constitucional. Sentencia C-095 de 2003.
[35] Corte Constitucional, sentencias T-176 de 2008.

De cara a lo hasta aquí dicho, se habrá de remembrar que en el asunto incidental que concita la atención del Colegiado en esta oportunidad, el Juez 190 de Instrucción Penal Militar, Capitán de la Policía Nacional CDMC, fincó su manifestación impeditiva en la amistad íntima que dijo tener con el TE. SLGC de quien afirmó es uno los uniformados que presuntamente participó en los hechos génesis de la pesquisa preliminar en ciernes, circunstancia fáctica que encuadró en el numeral 5° del artículo 231 de la Ley 1407 de 2010, esto es, "*Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial*", manifestación que, se anuncia desde ya, le advendrá impróspera por las potísimas razones que se detallarán a continuación.

En relación con quiénes tienen la calidad de partes o sujetos procesales en el ámbito de los juicios punitivos surtidos en esta jurisdicción foral, resulta procedente evocar que el Código Penal Militar de 1999 llamado a regir los cauces rituales de esta indagación preliminar -independiente de lo acotado *ut supra* sobre el rito a aplicar al incidente que concita la atención de la Sala, que no es otro que el reglado en la Ley 1407 de 2010 por razón de la fecha de ocurrencia de los hechos denunciados-, en su Título V, se refiere a los

sujetos procesales, sin definir tal concepto, en capítulos diferentes, enlistando como tales al Ministerio Público que será ejercido por el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados o agentes; a los fiscales penales militares, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación según se desprende del tenor el artículo 563 *ibídem*; y al procesado, que es el mismo imputado[36] cuando ha sido vinculado al proceso mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente.

A la par de ello, tanto doctrina como jurisprudencia constitucional[37] han decantado que la noción de *"partes"*, no empece ser más propia del procedimiento civil en tanto lleva implícita la idea de intereses en contienda, al interior de codificaciones como la Ley 522 de 1999 o la Ley 600 de 2000 se utiliza de manera general e indistinta para referirse a aquellas personas que intervienen regularmente dentro del trámite procesal -representando bien al Estado o bien a los diferentes intereses particulares comprometidos en la definición del mismo-, y tienen en el proceso derechos y obligaciones.

---

[36] De conformidad con lo prescrito por el artículo 293 de la Ley 522 de 1999, se denomina imputado a quien se atribuya autoría o participación en la conducta punible y ha rendido versión libre dentro de indagación preliminar, el cual adquiere la calidad de sindicado, y por lo tanto de sujeto procesal, desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente.
[37] Sentencia C-1291/01. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

A estas categorías se suman la de *"intervinientes"* y la de *"sujetos de actos procesales"*[38], siendo estos las personas que tienen una intervención esporádica, reducida a ciertos actos o diligencias procesales, *v.gr.* peritos, secuestres o testigos, y aquellos quienes no caben dentro de las categorías anteriores pero cuya intervención es notoria dentro del trámite procesal, como podría serlo el mismo juez de conocimiento en tanto las antes citadas codificaciones contienen esquemas dogmáticos procesales de tinte acusatorio en los que la exclusión del juez como sujeto procesal busca enfatizar que es un tercero imparcial frente a la acusación formulada por el fiscal.

Apuntaladas las precisiones conceptuales inmediatamente precedentes y descendiendo las mismas al caso puntual que ocupa a esta Sala de Decisión, resulta prístino que el TE. SLGC, presuntamente uno de los policiales que participó en los hechos denunciados por HJCM y respecto del cual el Juez 190 de Instrucción Penal Militar, Capitán CDMC, refirió tener actualmente una estrecha amistad personal y familiar que motivó su declaratoria de impedimento, no ha sido vinculado a la etapa pre procesal en decurso, menos a una fase procesal, por lo que mal podría esta Corporación

[38] *Ibídem.*

reputarlo como "*parte*" y, por ende, con vocación de prosperidad la propuesta impeditiva de dicho dispensador de justicia, inferencia racional que, por otra parte, tiene plena aplicabilidad al hipotético evento que el antes citado teniente pretendiere recusar con basamento en la misma causal al juez instructor, como enseña la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción[39].

La decisión anunciada de agraz determina, consecuencialmente, que en firme la presente providencia, por intermedio de la secretaría común de este Tribunal se devuelvan las presentes diligencias al juzgado instructor de origen para que allí se adopten las acciones y determinaciones de rigor de conformidad con la competencia y órbita funcional asignada por el legislador.

No haciéndose necesarias más consideraciones, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el impedimento planteado por el Capitán CDMC, Juez 190 de Instrucción Penal Militar, dentro de las presentes diligencias adelantadas en AVERIGUACIÓN DE

[39] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, auto abril 27 de 2017, radicado APL2931-2017, MP. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

RESPONSABLES por presunto delito de lesiones personales, de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de esta decisión judicial.

SEGUNDO: Una vez en firme la presente providencia, devuélvanse las presentes diligencias, por intermedio de la secretaría común de este Tribunal, al juzgado instructor de origen para que allí se adopten las acciones y determinaciones de rigor de conformidad con la competencia y órbita funcional asignada por el legislador.

TERCERO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

CÓPIESE, RADÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ
Magistrado

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	159102
Procedencia	:	Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar
Procesado	:	SS. JMAH
Delito	:	Desobediencia e Insubordinación
Motivo de alzada	:	Apelación auto que resolvió la situación jurídica
Decisión	:	Decreta nulidad auto apelado.

Bogotá D.C., mayo veintitrés (23) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponde en relación con el recurso de apelación impetrado por el abogado CJRC, defensor contractual del procesado, SS. JMAH, en contra de la providencia adiada 11 de abril de 2019 por medio de la cual el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar

impusiere al sumariado medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por los delitos de desobediencia e insubordinación.

II. HECHOS

Refiere el informe denuncia suscrito por el TC. PICO, comandante del Batallón de Infantería de Montaña No.36 "*Cazadores*" del Ejército Nacional –"*BICAZ*"-, que el día 05 de marzo de la presente anualidad ordenó que el entonces CP. JMAH, a quien previamente se había nombrado como comandante de la segunda sección del pelotón "*Bronco 2*" de dicha unidad táctica a través del artículo 0174 de la Orden del Día No. 044 emanada del comando de aquella, se alistara para ingresar al día siguiente, 06 de marzo de 2019, al área de operaciones a fin de asegurar la vía que conduce del municipio de Paujil al municipio de Cartagena del Chairá en el departamento del Caquetá, orden que fue transmitida verbalmente al suboficial por el CT. GAL, manifestando JMAH al TC. PICO que no podía recibir el armamento ya que iba a solicitar un permiso, por lo que este oficial superior le dijo que los permisos los daría él cuando hubiere trabajado en el área, reiterando el denunciado suboficial que no podía recibir armamento y que le podían abrir la investigación que quisieran, luego de lo cual se dirigió a su casa fiscal al ver que el comandante de su unidad táctica ordenó llevaran unos turnos de guardia para darle la orden frente a la tropa.

Asimismo, que al llamar al teléfono de dicha casa fiscal, contestó la esposa del entonces CP. JMAH, quien se negó a pasar a éste al auricular, escuchando el TC. PICO cuando aquel manifestó que no iba a hablar con ningún "*hijueputa Coronel*" [sic] y que nadie lo entendía, por lo que el antes citado oficial optó por cortar la comunicación.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por razón del marco fáctico antes bosquejado, la doctora LMPV, en su condición de Juez 67 de Instrucción Penal Militar, dispuso mediante auto de impulso del 11 de marzo de 2019 el inicio de formal investigación en contra del CP. JMAH por la comisión de los presuntos delitos de desobediencia e insubordinación[1], vinculándolo a la investigación mediante diligencia de indagatoria recepcionada el 11 de abril de la presente anualidad[2] y definiendo de manera provisional su situación jurídica mediante proveído interlocutorio de la misma data[3], mismo en el que le impusiere medida de aseguramiento de detención preventiva al estimar cumplidos los presupuestos para ello, a la par que negó la concesión del beneficio de libertad provisional, procediendo en la misma fecha a librar la correspondiente boleta de detención en contra del procesado por ante el Comandante del Batallón de Infantería de Montaña No.36 "*Cazadores*"

[1] Folios 24 a 26 Vto, C.C.1.
[2] Folios 134 a 144 Vto, *Ibídem*.
[3] Folios 147 a 185, *Ibídem*.

del Ejército Nacional sito en el municipio de San Vicente del Caguán (Caquetá)[4].

Inconforme con esta determinación, el defensor contractual del procesado, doctor CJRC, dentro del término legal interpuso y sustentó recurso de apelación, mismo cuya resolución en Derecho concita la atención de esta Tercera Sala de Decisión en esta oportunidad.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Juez 67 de Instrucción Penal Militar, abogada LMPV, luego de determinar la situación fáctica, la identidad del investigado, de enlistar bajo el epígrafe "*ITEM PROBATORIO*" la prueba documental recaudada y de compendiar el contenido de la prueba testifical practicada, al igual que el de la injurada del ahora Sargento Segundo JMAH, en sus consideraciones jurídicas aseguró que las pruebas acopiadas "*determinan que se ha configurado la transgresión al dispositivo penal militar en el delito de insubordinación…*"[5] cuando el "*CPT.* [sic] *GAL*"[6] el día 05 de marzo de 2019 le impartió al investigado vía celular la orden de recibir la segunda sección del pelotón "*BRONCO dos*", a lo que el suboficial "*de manera hostil y despectiva responde "Que él no va a entrar a ningún pelotón, que el [sic] necesita hablar con mi Cr.*"[7], añadiendo

[4] Folio 188, *Ibídem*.
[5] Folio 175, C.C.1.
[6] *Ibídem.*
[7] *Ibídem.*

que dicho oficial, GAL, atestó que a las 07:30 horas del 06 de marzo de 2019 se encontró de nuevo con el entonces Cabo JMAH a quien reiteró la orden "*personal y verbalmente, y la respuesta fue la misma que me dio el día anterior de manera telefónica.*"[8].

Aseveró la juez instructora que en su declaración el TC. PICO dio cuenta que fue abordado por el aquí procesado, quien le dijo que no podía recibir armamento ya que estaba pidiendo un permiso, ante lo cual aquel le respondió que el permiso se lo concedería cuando estuviera en la unidad y hubiera trabajado en el área, insistiendo el suboficial JMAH en que no podía recibir el armamento y que le podían abrir la investigación que quisieran, por lo que dicho oficial le ordenó al CT. GAL que formara dos turnos de guardia, los parara al frente de batallón para darle la orden al suboficial frente a la tropa, pero al ver esto aquel se fue para la casa fiscal y se ocultó.

Refirió la funcionaria que el TC. PICO también sostuvo que intentó tomar contacto con el suboficial vía telefónica a fin que se presentara frente al Comando, respondiéndole la esposa del mismo, a quien le pidió le pasara a su subalterno, que no iba a pasarlo al teléfono, alcanzando a la último a escuchar "*los gritos del suboficial al otro lado de la línea, decir que él no iba hablar con ningún hifueputa* [sic] *coronel, que nadie lo entiende a él,…*"[9].

---

[8] *Ibídem.*
[9] Folio 176, *CC. ibídem.*

Agregó la funcionaria de primer grado que *"Estas dos órdenes"*[10] son respaldadas por las demás declaraciones, por la Orden de Operaciones fragmentaria FUGAZ No.03, y por la Orden del Día No. 044 del 28 de febrero de 2019 que nombró al suboficial procesado como comandante de la segunda sección del pelotón "*Bronco 2*" del Batallón de Infantería de Montaña No.36 "*Cazadores*" del Ejército Nacional, misma que sirvió de base a la orden verbal emitida al SS. JMAH y "*avalada por la comprobación del estado de salud optimo* [sic] *que goza el suboficial JMAH por la junta médica 105767 del 07 de febrero de 2019, donde ha sido declarado APTO.*"[11].

Aseguró la juez de instrucción que "*Es cierto*" que el aquí investigado "*ha hecho todo lo posible para demostrar su incapacidad física y mental para no cumplir la orden, pues obra historia clínica de atenciones médicas que dice padecer, de problemas de columna, problemas de salud, problemas psicológicos y hasta decir que es psiquiátrico, pero es el modus operandi para no cumplir, nótesele* [sic] *que las fechas de consulta fueron el día 06 de marzo del presente año y 07 fecha en que debió de cumplir la referida orden militar.*"[12]

Añadió que el TC. PICO "*le ordenó ingresar y que estando allá le tramitaría la salida para cumplir la cita con Medicina Legal de Montería*", ya que estaría en un puesto sobre la vía, con acceso a transporte a diario y que él mismo lo transportaría por cuanto el "*06 de marzo el*

[10] *Ibídem.*
[11] Folio 177, *CC. ibídem.*
[12] *Ibídem.*

oficial se desplazaba hasta el municipio de Cartagena del Chaira [sic] *al puesto de mando adelantado*."[13].

De igual forma adujo que el investigado en su injurada afirmó que no le dieron orden ni verbal ni escrita, como tampoco "*fue enterrado* [sic] *el* [sic] *nombramiento como comandante de la sección segunda sección* [sic] *de la compañía BRONCO 2*"[14] y que manifestó igualmente "*para justificar el desobedecimiento a la orden*"[15], estar ajeno a la misma y que para esa fecha en horas de la mañana "*paso*"[16] [sic] revista al armamento del pelotón de la guardia de la cual decía ser el comandante, que luego en horas de la tarde se fue para unas terapias y después para su vivienda fiscal, por lo que se observa -anotó la juez instructora- "*que lo hizo fue escudarse en hacerse ver del médico general, de la fisioterapéutica* [sic] *y del psicólogo*."[17].

Continuó manifestando la juez, respecto a lo expuesto por el procesado en su injurada, que éste sostuvo que había recibido la notificación del Juzgado Segundo de Familia de la ciudad de Montería, cuya citación era para el 13 de marzo y que ello se lo hizo conocer al comando del Batallón de Infantería de Montaña No.36 "*Cazadores*" del Ejército Nacional –"*BICAZ*"-, "*el 1° de marzo*" [sic] elevando un derecho de petición para solicitar el permiso, habiéndosele concedido éste por cinco días, pero que no lo tomó por cuanto era muy poco tiempo para el desplazamiento y que no alcanzaría

[13] *Ibídem.*
[14] *Ibídem.*
[15] *Ibídem.*
[16] Folio 178, *CC. ibídem.*
[17] *Ibídem.*

a llegar, argumentando también la carencia de recursos económicos.

Así, consideró la funcionaria *A quo*, que los argumentos vertidos por el procesado "*no tienen justificación para este despacho, por cuanto lo que se ha visto a lo largo de este tiempo, desde que se enteró de que la junta médica laboral había sido declarado apto, desplegó toda la actividad mediante derechos de petición solicitudes* [sic] *inundando al batallón con el único propósito de eludir responsabilidades militares laborales militares* [sic] *de manera que él quiere realizarla no como los mandos se la ordene* [sic], *que es la de permanecer en las instalaciones del Batallón, es decir que todo gire a su acomodo* [sic] *a su interés personal y no del interés de la institución a la cual se encuentra nombrado, mezcla sus problemas familiares de tiempos atrás desde que ingreso* [sic] *hasta la fecha, cosa que le impide cumplir debidamente y como debe ser.*"[18]

Indicó también que era de "*público conocimiento y por parte de este despacho, de los actos continuos de aprovechamiento de los inferiores de su mando para ultrajarlos y utilizarlos en sus propósitos de intereses personales, por lo que obra como prueba trasladada esta versión del SL18.* [sic] *LOBE en la preliminar No.686, que logró hacerlo desertar por maltrato verbal entre otras acciones contrarias a lo que debe de dar ejemplo los integrantes del personal demando* [sic] *en especial.*" [19]

[18] Folios 178 y 179, *CC. ibídem.*
[19] Folio 178, *CC. ibídem.*

Aseguró acto seguido que por los anteriores hechos y circunstancias "*el despacho no acepta sus exculpaciones que están diseñadas al parecer desde que ingresó a las FF.MM, al promulgarse como víctima, excusándose en que padece de alteración en la salud, la junta médica laboral que obra en el proceso desvirtúa por completo sus argumentos de haber estado y de estar enfermo argumentos que ha venido ideando y llevándolo* [sic], *desde tiempos atrás, dicha junta médica concluyó que está bien, de óptimo* [sic] *para el desempeño de sus funciones militares en el lugar donde el comando lo requiera y que ha agregado* [sic] *la salud de su progenitora, mezclado* [sic] *los problemas personales que tiene todo ser humano militar* [sic] *en este caso, con su misión y sus deberes militares para sustraerse* [sic]"[20].

Agregó que "*Con base en lo dicho, el despacho lo encuentra lucidamente* [sic] *responsable de su actuar transgresor al dispositivo penal militar en los delitos* [sic] *militar de la insubordinación y desobediencia, teniendo en cuenta que estos dos tipos penales son abierto* [sic], *por que cobija a todos los grados* [sic], *la orden está demostrada legítima, cumpliendo con las formalidades legales, (primero esta* [sic] *nombrado en la orden del día, luego fue dada la orden verbal sus superiores* [sic], *esta* [sic] *ordenada en la orden fragmentaria de operaciones* etc.), *que puede ser verbal o escrita, el verbo rector violentado en este caso es rechazarla* [sic] *e incumplir la orden, las aptitudes* [sic] *son violentas cuando el referido suboficial, dice no ingresar y que hagan lo que quieran, que si quieren que lo investiguen,*

[20] Folio 179, *CC. ibídem.*

refugiándose en su casa fiscal, y al tratar el coronel con palabras groseras a la distancia, cuando escucha a través de la línea telefónica y finalmente la orden esta limpiamente demostrada en una orden del servicio, este tipo de violación es catalogado de peligrosidad abstracta, teniendo en cuenta la aptitud [sic] *violenta al recibir la orden, que en este caso no se materializó su acción, puesto que no fue de obra sino de palabra, su actuar es doloso, y por prohibición del (Art.467 ley 1407-10 numeral 1) o que es lo mismo el numeral 2°. Del Art.529 la ley* [sic] *522/99 no es procedente su excarcelación, por tratarse de delitos contra la disciplina.*"[21].

Así, consideró la funcionaria de primer grado que "*se encuentran demostrados los indicios graves de responsabilidad que trata* [sic] *los Arts. Del 447 al 450 de la ley 522/99, pues el referido suboficial se encuentra en el tiempo inmerge* [sic] *en esta conducta, es la fecha que no la ha cumplido, sustrayéndose a sus deberes y recibiendo su correspondiente contraprestación por el Estado como si estuviera laborando, se está aún violentando el bien jurídico tutelado por el Estado en este caso la disciplina militar. Por lo que es llamado a responder penalmente de manera provisional, de acuerdo al Art.529 ley 522/99 numeral 2: Dice: "La detención preventiva procede en los siguientes casos:…"Cuando se trate de delitos que atentan contra el servicio o la disciplina, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad*"…"[22].

Sostuvo que la normatividad en cita está en concordancia con el artículo 522 de la Ley 522 de 1999

[21] Folios 179 y 180, *CC. ibídem.*
[22] Folios 180 y 181, *CC. ibídem.*

que hace referencia a las medidas de aseguramiento -las cuales enuncia- y sus requisitos sustanciales, las que se aplicarán, agregó, cuando en contra del investigado resultare al menos un indicio grave de responsabilidad conforme a las pruebas que legalmente se hubieren producido en el proceso.

Consideró que lo anterior se "*entrelaza*"[23] con el contenido del artículo 355 de la Ley 600 de 2000 que hace referencia a los fines de la medida de aseguramiento, restringiendo la libertad de locomoción a una persona para garantizar "*la comparecía*" [sic] al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga, o que continúe con su actividad delictiva, o las acciones que desarrolle para ocultar, destruir o deformar los elementos de prueba importantes para la instrucción, o que entorpezca la actividad probatoria.

Bajo este contexto argumentativo, consideró que si bien el sindicado SS. JMAH ha comparecido al proceso y "*la naturaleza de los punitivos violentados no tiene* [sic] *en su estructura manera de que oculte, destruya o deforme elementos probatorios importantes para la instrucción o entorpezca para este momento procesal la actividad probatoria*", es criterio jurisprudencial a tener en cuenta lo manifestado en una decisión de esta Corporación[24] que cita *in extenso* y que versa sobre la entidad del bien jurídico de la disciplina en punto a la cohesión, la legitimidad, la integridad, la

[23] Folio 181, *CC. ibídem.*
[24] Radicado 156920, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, abril 04 de 2011.

seguridad y el interés de las Fuerzas Militares y de Policía.

Con apalancamiento en esto, aseveró que "*se sobre entiende* [sic] *que la toma* [sic] *de la restricción de locomoción del investigado es razonablemente proporcional, explicativas y justificativas* [sic], *dado su condición de sustractor del mandato constitucional de cumplir con sus deberes para lo cual esta* [sic] *nombrado y vinculado con las FF.MM., comportamiento que menoscaba la comunidad militar, al ver que injustamente no cumple lo ordenado por sus superiores jerárquicos, quedando en el ambiente, un sin sabor de injusto, de burla, pisoteando completamente la vértebra central de la disciplina castrense, lo que nos indica que el actuar del investigado constituye un peligro para la seguridad de la comunidad militar, pues en cualquier labor a desempeñar violenta* [sic] *agrede* [sic] *de diferentes maneras a los soldados y suboficiales de menor rango que el de él; el continuar delictivo en la transgresión de los dispositivos penales militares en especial el de desobediencia, puesto que se encuentra presente la sustracción a las labores militares que debe desempeñar como comandante de la sección segunda del pelotón BRONCO 2, y el incumplimiento a la orden dada, puesto que se encuentra en su casa familiar dentro del batallón; conllevando a este despacho a la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin el beneficio de excarcelación, conforme a la normatividad citada y los argumentos expuestos.*"[25].

Finalmente, luego de ordenar la práctica y/o aducción unas pruebas documentales y testimoniales *v.gr.* "*Se*

[25] Folio 183, *CC. ibídem.*

oficie al señor Psiquiátrico del dispensario del Baser-12 llegue [sic] *concepto que haya realizado al investigado*" y "*se allegue el acta de entrega de la compañía del pelotón de la guardia* [sic] *para el mes de marzo del* [sic] *en curso*"[26], decretó medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación en contra del ahora SS. JMAH, por los delitos de desobediencia e insubordinación.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El abogado CJRC, en su condición de defensor contractual del procesado SS. JMAH, luego de hacer referencia a la calificación provisional dada a la conducta investigada por el despacho de instrucción y a las consideraciones con las que sustentó la decisión confutada, dijo disentir de la misma al parecerle "*absurdo*"[27] que se tome como base para la imposición de la medida de aseguramiento "*que el actuar del investigado constituye un peligro para la seguridad de la comunidad militar*"[28] porque en cualquier labor a desempeñar violenta agrede de diversas formas a los soldados y suboficiales de menor categoría que aquél, considerando que se equivoca el despacho instructor y se aparta de los hechos reales, suponiendo que su defendido agrede al personal "*cuando esto no ha sido materia de interrogatorio ni de investigación en el presente caso*"[29].

---

[26] *Ibídem*.
[27] Folio 236, C.C.2.
[28] *Ibídem*.
[29] *Ibídem*.

Respecto a la afirmación del despacho en el sentido que su defendido continuará con el actuar delictivo, indicó que por parte de la funcionaria de instrucción no se "*afirma del [sic] cual actuar delictivo, o es que acaso tiene muchas denuncias, y del porque [sic] le priva de su libertad*"[30], estimando además que "*no justificó porque [sic] es necesaria la aplicación de la media [sic], porque [sic] es adecuada, porque [sic] es proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.*"[31].

Indicó que si se toma la injurada de su defendido, allí el mismo dio muchas razones de lo investigado, entre las que se cuenta que no le fue dada la orden de ingresar al área de operaciones; que con fecha "*1° de marzo*" [sic] solicitó un permiso al Coronel PICO a fin de ir a practicarse una prueba de ADN, donde tenía que estar el 13 de marzo; que para el 28 de febrero se encontraba nombrado como comandante de guardia por la orden del día 043, por lo que desconocía la orden 044 del 28 del citado mes y año; y que colocó la situación que se presentaba con su progenitora, indicando que aportaría varios documentos una vez finalizara su indagatoria pero el despacho instructor no se lo permitió para que hubiera valorado tales pruebas y las comparara con las que ya obraban en el expediente; esto lo lleva a considerar que se atentó "*contra el debido proceso y el derecho a la defensa, ya que no le dio la oportunidad de aportarlos, a sabiendas de que contaba*

[30] Folio 233, *ibídem*.
[31] *Ibídem*.

con diez (10) días para resolverle su situación jurídica."[32].

Indicó que, en relación a la comisión de los punibles de insubordinación y desobediencia espetados a su defendido, consideraba que si bien al parecer se encuentran acreditados en el expediente "*mucho más de los dos indicios graves de responsabilidad, exigidos por la legislación penal, para imponer en su contra medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, así mismo estudiará la posibilidad de si amerita imponerla por los fines constitutivos de la medida.*"[33].

Después de hacer referencia a los delitos investigados, a la procedencia de la detención preventiva y a las causales de libertad provisional, indicó que efectivamente a su defendido no se le podía conceder el beneficio de libertad provisional por expresa prohibición legal, a lo que adicionó que el análisis de la procedencia o no de la medida de aseguramiento, dado el comprometimiento de los derechos fundamentales, no se puede agotar en consideraciones sobre las precitadas normas del Código Penal Militar, "*sino que debe extenderse al abordaje constitucional de la necesidad de la medida de aseguramiento, …*"[34].

Después de hacer referencia a jurisprudencia constitucional que hace referencia a la función y necesidad de las medidas de aseguramiento, sostuvo que

---

[32] *Ibídem.*
[33] *Ibídem.*
[34] Folio 234, *ibídem.*

las mismas no pueden será ajenas a nuestro sistema judicial por cuanto las mismas "*son de carácter supra – legal y por ende, a ellos se encuentra sometido todo el ordenamiento jurídico*."[35].

En punto al caso específico de su defendido, sostuvo respecto a la continuidad de la actividad delictual, que aquél es un sargento segundo que ha comparecido al proceso cada vez que se le ha llamado y que si no lo hace de manera personal lo hace por intermedio de su apoderado; que tiene arraigo, trabaja dentro de la institucional y que hasta el momento no ha dado señales de quererse ir para eludir sus responsabilidades; además, que es improbable que vaya a hacer daño a las víctimas puesto que en este tipo de delitos "*no hay víctimas sino que el sujeto pasivo Es el Estado…*"[36]; también, que el cargo que actualmente ocupa "*no es mando de tropa ni tiene personal bajo su mando como para que pudiese volver a presentar* [sic] *una situación similar por parte de este oficial* [sic]."[37].

Manifestó que por lo anterior solicitaba la revocatoria de la medida intramuros y consecuentemente se decretara la libertad inmediata de su defendido, restituyéndolo en sus funciones y atribuciones por cuanto "*no es constitucional ni legalmente necesario en este caso que se cumplan los fines de la medida de aseguramiento* [sic]…"[38].

---

[35] Folio 239, *Ibídem*.
[36] Folio 241, *Ibídem*.
[37] *Ibídem*.
[38] *Ibídem*.

Indicó de igual forma que el SS. JMAH, tiene unas "*atribuciones legales, que lo eximen de una mediad* [sic] *de aseguramiento, es decir, tiene circunstancias de menor punibilidad, como lo estable* [sic] *el art. 56 del C.P.Militar,…*"[39], citando la carencia de antecedentes penales, "*Que sea proclive a cometer delitos*"[40]*;* que no tiene medida de aseguramiento vigente; no posee sentencias condenatorias; la carencia de investigación disciplinaria, administrativa o penal con excepción de la presente; que no está disfrutando de ningún subrogado penal; que se4 ha presentado voluntariamente a los requerimientos hechos por la justicia, y que hay sido asistido por su abogado únicamente en este evento.

Aseguró también que su defendido cumple "*con todos y cada uno de los requisitos del At.* [sic] *309 y 310 del Estatuto Procesal Penal*."[41].

Consideró que conforme a lo anterior su cliente es un suboficial del Ejército con 31 años de edad, con compañera permanente y con dos hijos por los que responde económicamente; que nunca había comparecido a una diligencia de carácter penal con abogado, lo que considera refleja su arraigo, siendo en la actualidad orgánico del "*batallón Bicaz 36*" y "*no lo hace merecedor a una imposición intramuros*"[42].

---

[39] *Ibídem.*
[40] *Ibídem.*
[41] Folio 242, *CC. ibídem.*
[42] *Ibídem.*

Afirmó que no se encontraban probadas circunstancias de mayor punibilidad como las previstas en el artículo 58 del C.P.P., y que al observarse la indagatoria de su defendido "*se evidencia que en su contra si* [sic] *se satisfacen las mínimas exigencias del Art.522 del C.P.M., para afectarlo con una medida de aseguramiento, por tratarse de un delito contra la disciplina, que tiene prevista una pena de prisión cuyo mínimo excede de los dos años.*"[43].

Indicó que resultaba imperativo señalar que su defendido es beneficiario de la libertad provisional conforme lo prevé el artículo 539-1 del Estatuto Punitivo Castrense, toda vez que en el caso sub examine "*están demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia, los que están taxativamente señalados en el Art.71 del C.P.M.*"[44].

Dijo que la personalidad de su defendido, la naturaleza y la modalidad del hecho punible, le permiten determinar que "*no requiere tratamiento penitenciario y así lo ha de determinar el Honorable Tribunal, en consiguiente se disponga a imponer las obligaciones a que hace referencia el Art.541 del C.P.M.*"[45]

Indicó que el poder punitivo se encuentra en cabeza DEL Estado, quien se encarga de "fraguar las medidas correctivas para los ciudadanos, no hay que dejar de un

[43] *Ibídem.*
[44] *Ibídem.*
[45] *Ibídem.*

lado que frente a esta posición del Estado, la Corte Constitucional - en una providencia cuyos apartes transcribe pero que no identifica - ha hecho referencia al principio de mínima intervención del derecho penal, asegurando que al no darse los elementos para proferir "*una sentencia*"[46], *lo que a su juicio ocurre en el presente caso es "ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA*"[47], indicando que no procede una sanción penal por lo que las conductas deberán investigarse y sancionarse disciplinariamente.

En su sentir ni el propio TC. PICO, tal y como lo dijo cuando se ratificó de su informe, le especificó en ningún momento a su cliente la fecha de ejecución de la orden ya que la unidad estaba a la espera de verificar los apoyos aéreos y terrestres para ingresar a su defendido al área, "*es decir que no había claridad en la orden*."[48]

Consideró que con lo anterior dejaba en claro a esta Corporación dos cosas, la primera que la medida intramuros no es necesaria, y la segunda, que el presente asunto es del resorte disciplinario y no penal por cuanto lo disciplinario "*no transgredió el ámbito penal*."[49].

Se refirió a las declaraciones del TC. PICO que no dejó en claro si la orden se debía cumplir y cuándo; del CT. GAL que no dejó claro si la orden semanal 004 fue leída o si se dio la orden en la formación por

[46] Folio 243, *CC. ibídem.*
[47] *Ibídem.*
[48] *Ibídem.*
[49] *Ibídem.*

cuanto su defendido contaba con otra orden de la misma fecha; del MY. FONT que no supo los motivos reales por los cuales su acudido no cumplió la orden por cuanto no se encontraba en ese momento, ni sabe si el investigado estuvo presente en la formación del 28 de marzo; y del SM. LODI que no tenía conocimiento de si la orden del día fue leída en presencia del CP. JMAH, para sostener acto seguido que no había claridad sobre el presunto actuar doloso de su asistido, también por que la mayor parte de las declaraciones no son coherentes y no estuvieron presentes.

Luego de hacer referencia a unos documentos que aportan lo que el suboficial adujo en su indagatoria, indicó que con su recurso pretende que por este Colegiado se "*revoque la medida intramuros impuesta por no estar acorde a los postulados constitucionales y legalmente ordene la libertad a mi prohijado SS. JMAH, y se ordene la cesación del procedimiento por atipicidad de la conducta, en razón a que la conducta investigada no encaja dentro del ordenamiento penal, sino que es netamente disciplinario*."[50].

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 33 Judicial II Penal, Doctor ARSE, luego de hacer referencia a los hechos investigados, a la decisión recurrida y al recurso que ocupa la atención de la Sala, sostuvo que si bien este último hace u recuento de normas de distintos regímenes, algunas ya

[50] *Ibídem.*

sin vigencia, no cuestionó los requisitos formales y de fondo para imponer la medida.

Indicó que comoquiera que el recurrente hizo girar su recurso en lo atinente a la necesitada estricta de la imposición de la medida, él "*atendiendo al principio de limitación del recurso*"[51], sólo hará mención a ese aspecto.

Luego de citar jurisprudencia constitucional en punto a que las medidas de aseguramiento no requieren de un juicio previo, se refirió a los requisitos fácticos para la imposición de la medida de detención.

Haciendo mención a los presupuestos y fines constitucionales y legales para la imposición de las medida de aseguramiento, el criterio de necesidad en su aplicación y las finalidades, expuso que si bien la Corte Constitucional hizo referencia a una disposición contenida en la Ley 906 de 2004, consideró traer la misma al caso *sub examine* por cuanto "*lo que se está afectando en la libertad personal*"[52], considerando que si bien la funcionaria de instrucción se refirió a la necesidad de la imposición de la medida detentiva, su conclusión es que ello "*no se corresponde con la realidad procesal*"[53].

Ello por cuanto la funcionaria a cargo del proceso, si bien dio cuenta que el investigado ha comparecido al

[51] Folio 319, C.C.2.
[52] Folio 320, *CC. ibídem.*
[53] *Ibídem.*

proceso y que dada la naturaleza de los tipos penales quebrantados ello no tienen la estructura para que se oculte, destruya o deforme el material probatorio, refirió que el procesado es un peligro para la seguridad de la comunidad militar porque en cualquier labor encomendada agrede a sus subalternos, sin que nada de ello esté documentado y que si ello ocurriere lo que corresponde es acreditarlo y revocar el beneficio de libertad que se pudiere conceder, y que se encontraría condicionada a que observara buena conducta, entre otras obligaciones.

Sostuvo que en su criterio no era correcto que se anticipara una situación negativa en punto a que "*no es recomendable darle la libertad porque puede agredir a sus subalternos, cuando ello no ha sido objeto de investigación*."[54]

Por último, consideró que se debía conceder la libertad del suboficial procesado a fin que siguiera cumpliendo con su deber de soldado de la patria.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la

[54] Folio 321, C.C.2.

ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del códex castrense de éste año[55], como de los ocurridos con posterioridad a la misma - no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso sub judice dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial - mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sincretizadas las actuaciones relevantes al interior de la presente actuación, al igual que compendiados de los motivos de inconformidad del defensor contractual del procesado -abogado CJRC - con la decisión confutada, como también las consideraciones plasmadas

[55] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

en su concepto por el señor agente del Ministerio Público ante esta Corporación, sería del caso que por esta Tercera Sala de Decisión se entrara a acometer el estudio y resolución de fondo de la propuesta recursal, ello bajo el espectro delimitatorio de las razones de hecho y de Derecho enarboladas a título de disconformidad con la providencia objeto de ataque y del análisis de la adecuada motivación o argumentación de ello con miras a permitir el cabal entendimiento del reparo, si no fuera porque son evidentes las irregularidades sustanciales que afectan el derecho de defensa y el debido proceso contenidas en la decisión apelada.

Irregularidades que imponen a esta Magistratura, en virtud del principio de oficiosidad y habida consideración de su innegable papel de garante del cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales anejas al debido proceso[56], adoptar la decisión invalidatoria que en Derecho corresponde a raíz de aquellas, ello con la única finalidad, misma reiterada en recientes pronunciamientos[57], de preservar bienes tan caros a la administración de justicia como las antes citadas garantías y los principios que los complementan[58], con mayor razón cuando así se garantiza

[56] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia septiembre 12 de 2007, radicado 27759, reiterada en sentencia noviembre 05 de 2008, radicado 23521, M.P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO.
[57] Autos enero 12 de 2018, radicado 158835; septiembre 18 de 2018, radicado 158913; octubre 10 de 2018, radicado 158924; noviembre 14 de 2018, radicado 158911; noviembre 16 de 2018, radicado 158963; noviembre 22 de 2018, radicado 159002; noviembre 30 de 2018, radicado 159004; diciembre 06 de 2018, radicado 159005; y febrero 13 de 2019, radicado 159055.
[58] Entre ellos el de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la asistencia profesional de un abogado, la publicidad del juicio, la celeridad del proceso sin dilaciones injustificadas, la aducción de pruebas en su favor y la posibilidad de controversia de las que se

la incolumidad de los derechos fundamentales de las partes.

Esto es acorde con lo que esta Corporación ha acrisolado en anteriores oportunidades[59] en punto a que el principio de legalidad al que se han de ceñir las decisiones de los administradores de justicia al llevar a cabo el análisis de adecuación típica propio del juicio de responsabilidad penal[60], se erige en la esencia de la protección de la libertad individual frente a la eventual arbitrariedad o yerro en que puedan incurrir los funcionarios judiciales en ejercicio de su deber funcional, garantizando de paso el principio de igualdad de las personas ante la ley y el de seguridad jurídica[61].

Conteste con un aserto tal, se ha iterado igualmente que el instituto procesal de la nulidad es el remedio procesal ante actos o actuaciones que vayan en franca contravía con lo señalado en precedencia, ello por supuesto bajo el entendido que lo que autoriza acudir a ella es la ocurrencia de situaciones en las que se

---

alleguen en contra del procesado, el derecho de impugnación de la sentencia de condena -salvo que se trate de casos de única instancia-, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho así se le dé una denominación jurídica distinta. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 03 de 2016, SP931-2016, radicación No. 43356, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

[59] Ver entre otros auto mayo 26 de 2015, radicado No. 158121, M.P. CR CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; auto abril 13 de 2016, radicado No. 158409, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA y auto agosto 22 de 2017, radicado No. 158615, M.P. CR (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.

[60] El principio de legalidad en sentido estricto se correspon con el de tipicidad o taxatividad, exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del juez se limita a la adecuación de la conducta reprochada en la descripción abstracta realizada por la norma. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2016.

[61] Sala Tercera de Decisión, sentencia julio 15 de 2015, radicado 158203, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

afectan sustancialmente los derechos fundamentales de los sujetos procesales en virtud de su interés jurídico particular en el proceso y/o la estructura del mismo, en otras palabras, cuando se lacere el derecho de contradicción, el de defensa, el principio de legalidad, el de favorabilidad, la presunción de inocencia o de manera general cualquier otro instituido en aquellos ámbitos como garantía de contenido político para regular la actividad represiva del Estado y como instrumentos de salvaguardia del ciudadano ante la omnipotencia del Estado o la arbitrariedad de sus funcionarios, sin olvidar que aquella tiene operancia en situaciones que no pueden ser corregidas de otra manera.

Ya de antaño la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, con ponencia del Honorable Magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA, se pronunciaba con respecto a la finalidad de la función pública de administrar justicia por parte del Estado, ello en los siguientes términos:

> *"Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra*

aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.

Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos".

En un contexto tal, habrá de acotarse, el proceso penal moderno se concibe como un método dialéctico que busca la aproximación a la verdad histórica y a través de su establecimiento, la aplicación del derecho sustancial, la realización de la justicia material y el

afianzamiento de un orden justo, pero ello, se precisa, no a toda costa sino dentro del mayor respeto a las garantías y derechos de quienes en él intervienen.

La búsqueda de esa verdad histórica, demanda que el operador de justicia penal procure por todos los medios a su alcance, pero siempre con respeto a las garantías fundamentales de los sujetos procesales, reconstruir de la forma más fidedigna posible el cómo, el cuándo, el dónde y el porqué de los hechos sometidos a su escrutinio, al igual que determine quién o quiénes los cometieron o participaron en su realización, y asimismo establezca las condiciones particulares, endógenas y exógenas, que influyeron en autor y partícipe en punto a la materialización de la conducta reprochada.
En otras palabras, los objetos de esclarecimiento respecto de un injusto penal en especial, deben tener como referentes la determinación acerca de quién o quiénes son los autores y partícipes, cuáles fueron los motivos y factores que influyeron en la violación de la ley sustantiva, las circunstancias modales y temporales en que ello tuvo lugar, las condiciones sociales y los daños y perjuicios y asimismo las circunstancias que pudieren explicar a la luz del derecho aquella violación e incluso las que pudieren, bajo igual espectro, avalarla.

Es por ello que la verdad que busca el proceso penal, como reiteradamente han decantado jurisprudencia y doctrina nacionales, es una verdad aproximativa o relativo-objetiva, es decir, es una verdad no caída

del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones (*nulla acusatio sine probatione*) y condicionada en sí misma, se itera, por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa (*nulla probatio sine defensione*).

Así las cosas, resulta apenas lógico que competa al juez penal –con mayor celo que a los otros jueces habida cuenta de su innegable poder de afectación de derechos fundamentales–, verificar y determinar, con estricto apego a un debido proceso justo, si el imputado o acusado de haber cometido un delito en realidad de verdad ejecutó la conducta descrita en un tipo de prohibición, y si lo hizo voluntariamente o con violación del deber objetivo de cuidado que le era propio, siéndole exigible otra conducta, al igual que –establecida la afectación real o potencial del bien jurídico objeto de salvaguarda–, asignar el grado de compromiso penal que le incumba y, dependiendo de la etapa procesal, imponer la medida de aseguramiento o la pena que corresponda mediante una decisión que ha de ajustarse a unos precisos parámetros –derivados de los principios de legalidad, de motivación y de transparencia anejos a aquellas determinaciones– con miras a proteger a los sujetos procesales frente a la eventual arbitrariedad o yerro en que puedan incurrir aquellos en el ejercicio de su rol funcional, garantizando de paso el principio de igualdad de las personas ante la ley y el de seguridad jurídica[62], decisión que en la medida que pretermita esto, puede

[62] Sala Tercera de Decisión, sentencia julio 15 de 2015, radicado 158203, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

ser impugnada a través de los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Este aserto resulta conteste con lo acrisolado por la Corte Suprema de Justicia al recordar que el debido proceso en general, por oposición del debido proceso probatorio, es la "*manifestación del principio lógico "antecedente-consecuente", se relaciona con una sucesión compuesta, escalonada y consecutiva de actos regulados en la ley procesal, cuyo objeto, en materia penal, es la verificación de una conducta punible y la consecuente responsabilidad del imputado, orientados dichos actos a obtener una decisión válida y con fuerza de cosa juzgada acerca de los mismos temas, de suerte que transgredir el proceso como es debido, significa, ni más ni menos, que pretermitir un acto procesal expresamente señalado por la ley como requisito sine qua non para la eficacia del subsiguiente.*"[63]

A la par de lo anterior, habrá de remembrarse que la verdad material, formal o histórica propia del proceso penal no opera *per se*, por el simple hecho de aupar a la actuación procesal las probanzas que en el sentir del administrador de justicia la establezcan, esto en la medida que ellas en el universo procesal no hablan por sí solas, por lo que es necesario que el operador judicial efectúe un ejercicio de inferencia racional y dialéctico argumentativo en el que sopese de forma individual y confrontados entre sí cada uno de tales elementos suasorios –de los cuales hace parte preponderante la diligencia de indagatoria- de

[63] Sala de Casación Penal, sentencia diciembre 16 de 2009, radicado No. 26177, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

conformidad con las reglas de la sana crítica, desentrañe su sentido y les asigne eficacia demostrativa -positiva o negativa-, y credibilidad, todo ello, claro está, en orden a elaborar el juicio de responsabilidad penal correspondiente, juicio que ha de abarcar, se itera, valoraciones sobre los autores y partícipes, la materialización de sus conductas, la correspondencia de las mismas con las normas de prohibición que se reputan transgredidas, el grado de responsabilidad que les incumbe a aquellos, los motivos y factores que influyeron en la violación de la ley sustantiva, las circunstancias modales y temporales en que ello tuvo lugar, la dañosidad social de los comportamientos atribuidos, la posibilidad particular de observar conductas *secundum legem* y el reproche que las conductas *contra legem* ameritan.

Es de esta manera que la verdad que logra su descubrimiento y afianzamiento en el proceso penal a través del postulado de la investigación integral y de la suficiente y adecuada valoración probatoria, logra real manifestación en el mundo jurídico y en el universo de las relaciones, siendo su vehículo, en consecuencia, la decisión judicial, decisión que, se llame auto o resolución o sentencia, se erige en expresión de verdad formal y material, a la vez que se constituye en el ejercicio probatorio, procesal y sustantivo de mayor trascendencia al interior del debido proceso y en el referente del ejercicio del derecho de defensa, derecho este que, como ha afirmado

la Corte Constitucional[64], se activa desde el mismo momento en que se tiene conocimiento de la existencia de una investigación en su contra y solo culmina cuando finalice dicho proceso.

Ello explica por qué las providencias judiciales en general y las sentencias en particular, no pueden ser una simple sumatoria de motivos y argumentos descontextualizados de lo que realmente refieren los elementos probatorios en que aquella dice soportarse, ni puede fundarse en una valoración sesgada, incompleta o amañada de tales elementos, como tampoco puede circunscribirse a enlistar sin análisis alguno los medios de convicción que integran el acervo de certeza propio de la causa para luego elaborar argumentos generales que se reputan colegidos de aquellos y mucho menos derivar de los mismos inferencias no acordes con la sana crítica o que resultan ambivalentes o contradictorias entre sí.

Bajo un entendido tal, habrá de rememorarse que en un esquema dogmático procesal como el contenido en la Ley 522 de 1.999, la definición de situación jurídica se concibe como el acto procesal de jurisdicción en que el funcionario judicial valora lo que refieren los medios de prueba recaudados, tanto de cargo como de descargo, asignándoles un determinado grado de persuasión frente al compromiso penal que pueda caberle al sindicado en la comisión de los hechos que se le endilgan y luego de ello resuelve si debe

[64] Sentencia C-799 de 2005.

imponerle o no medida de aseguramiento, o de seguridad según se trate de inimputable.

Medida aquella que está destinada, no obstante no lo consagre expresamente dicho códice, a garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria, sin que una indefinición legal tal implique que el análisis de estas circunstancias sea ajeno a la jurisdicción foral como de manera reiterada y uniforme ha precisado esta Colegiatura, pues al erigirse dichas medidas cautelares en una carga que obligan al sindicado a comparecer al proceso[65] y afectan su libertad individual, constituyen, de manera inescindible del acto de definición de situación jurídica con el que conforma una unidad lógico temática, actos de jurisdicción que indubitativamente afectan sus garantías, tornándose imperioso, en consecuencia, confrontar en la propia Constitución Nacional y en los estatutos de procedimiento vigentes, si alguna de sus normas lo releva de "*esa carga que lo obliga a comparecer al proceso*".

Pero, es más, esa definición de situación jurídica, acto procesal en el que lo anterior tiene material concreción, no es de libre confección del operador

[65] Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2001.

judicial, pues expresos y explícitos son los requisitos, unos de índole sustancial y otros de naturaleza formal, que al tenor de lo normado en la codificación penal militar de 1.999 debe reunir aquél.

Respecto de los primeros, dispone el artejo 522 *ibídem*, que las medidas de aseguramiento que allí se señalan se aplicarán "*cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso*", entendida dicha responsabilidad, recuerda la Sala, no como sinónimo de autoría, si no como "*responsabilidad penal*", la cual por tener como núcleo esencial un accionar humano, necesariamente ha de referirse a una conducta típica, antijurídica y culpable, y cuyo análisis ha de cimentarse en la valoración de los elementos de persuasión allegados al proceso, *contrario sensu* no procederá la aplicación de tales medidas, ora por no darse siquiera la prueba inferencial en comento, bien cuando la prueba recaudada sea indicativa de que el sindicado pudo haber obrado inmerso en una causal de ausencia de responsabilidad.

Atinente a los presupuestos formales, el artículo 523 *ejusdem*, al tenor reza:

> "***Requisitos formales.*** *Las medidas de aseguramiento se dictarán en virtud de auto interlocutorio en que se exprese:*
>
> 1. *Los hechos que se investigan, su calificación provisional y la pena correspondiente.*

2. *Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad como autor o partícipe.*

3. *Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.”*

Ahora bien, cuando la ley dispone que se han de expresar los hechos que se investigan y su calificación provisional, no se trata del simple resumen del episodio fáctico investigado, ni de la escueta mención del *nomen iuris* correspondiente al o a los delitos atribuidos, confeccionados sin ilación alguna entre ellos. Se trata de plasmar en forma clara y precisa los hechos jurídicamente relevantes[66] -mismos que han de guardar perfecta consonancia con los imputados en la diligencia de inquirir-, esto es, la atribución de unos específicos comportamientos delictivos llevada a cabo a través de una imputación fáctica y jurídica, objetiva y subjetiva, caracterizada por su claridad, precisión y determinación en tanto derivada de una correcta interpretación de la norma penal que contiene el tipo objetivo, sus elementos estructurales y la consecuencia jurídica de transgredirla, aspectos que se constituyen así en extremos de congruencia y en los objetos materiales y jurídicos sobre los cuales

[66] Los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales, es decir, que La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal, obviamente sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia marzo 08 de 2017, SP3168-2017, radicado 44599 y sentencia diciembre 11 de 2018, SP5660-2018, radicado 52311.

gravitará el contradictorio al igual que el adecuado ejercicio de la defensa técnica.

Se exige, pues, que la conducta punible objeto de imputación y eventual pena, esté particularizada de manera clara, de suerte que no se cumplirá con éste requisito cuando ninguna atribución fáctica ha antecedido a la definición de situación jurídica o cuando se ha atribuido de manera genérica el delito, máxime en los eventos en los que éste tenga variables de adecuación en tipos básicos, subordinados, alternativos o especiales, ello en la medida que la inexistente atribución de un comportamiento jurídica y penalmente relevante o la atribución general, deficiente, incompleta o imprecisa del mismo, no imprimen seguridad jurídica como extremo de defensa, pues impiden, por obvias razones, determinar cuál es la conducta típica, reprochable y punible que se investiga y que se erige en epicentro de la definición de situación jurídica y, por ende, de cuál delito en especial –especificado en todos componentes normativos y dogmáticos- es del que debe defenderse el sumariado en el restante decurso procesal.

Esto explica por qué la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha acrisolado:

> *"… Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de su consideración histórica dada la circunstancia de que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica,*

o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez."[67]

La calificación de los hechos es jurídica, se insiste, por lo tanto no sólo se contrae al adecuado señalamiento de todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se investigan y sobre las cuales fue interrogado el sumariado con precisión y suficiencia al verter al proceso penal su versión judicial (aspecto fáctico), sino que además debe ser resultado de un adecuado proceso de adecuación típica con indicación de los aspectos típicos objetivos que integran la infracción penal y de los aspectos de la imputación subjetiva referidos al dolo, a la culpa y a la preterintención que cualifican la conducta investigada, al igual que a la modalidad de la conducta punible bajo cuya égida de edificó la imputación aneja al acto de vinculación (aspecto jurídico).

Por tanto, si en la indagatoria -que es el acto procesal que, por virtud del principio antecedente-consecuente que signa el proceso penal, precede a la definición de situación jurídica- *i)* no tiene lugar la imputación fáctica; o *ii)* esta resulta inadecuada en tanto incompleta, confusa, anfibológica o contraria al acervo probatorio de la causa; o *iii)* debido a una incorrecta interpretación de la norma penal que contiene el tipo objetivo y todos y cada uno de sus elementos estructurales, no se precisan los hechos con

[67] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 22329, sentencia julio 27 de 2006, MP. ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON.

relevancia jurídico penal sino hechos que carecen de la misma en tanto ajenos al modelo de conducta descrito por el legislador en aquel tipo o datos a partir de los cuales es dable inferir el hecho jurídicamente relevante pero que *per se* no se erigen en el mismo; o *iii)* no se da al sindicado la oportunidad para brindar las explicaciones que considere pertinentes sobre los hechos que originaron su vinculación y con miras a que se le comprueben las citas o adelanten las averiguaciones que sean necesarias en aras de garantizar el ejercicio de su derecho de defensa material, es prístino que ello se erige en irregularidades sustanciales que afectan éste derecho, pues los dos primeros eventos cualquier esfuerzo defensivo se tornaría impreciso, en últimas anodino, y en el último el ejercicio defensivo se ve truncado por un mal proceder judicial.

A la par de esto, el debido proceso se ve afectado en tanto se pretermiten las reglas de procedimiento con claro origen normativo que rigen la diligencia de indagatoria, entrañando esto y aquello invalidación de lo actuado, pues el procesado por virtud del principio constitucional de publicidad del artículo 29 tiene derecho a saber desde el mismo momento de su vinculación procesal por vía indagatorial, y de forma precisa y clara, cuál es la conducta por la cual se le endilga responsabilidad penal, entendiéndose esta no sólo en cuanto a los aspectos de la imputación objetiva sino también de la imputación subjetiva, conocimiento que es el que le permite ejercer su

derecho de defensa y contradicción bien refutando los hechos que se le espetan, ora aportando o solicitando pruebas con la misma finalidad.

Irregularidades sustanciales que también tienen material acontecer, indistintamente que la antes mencionada diligencia vinculatoria se surta sin mácula alguna, cuando en la resolución provisional de la situación jurídica de aquel *i)* se omite la imputación subjetiva, es decir, cuando dentro de la atribución jurídica que se realice al procesado no se especifica la forma de la misma y se deja dicho aspecto esencial de la conducta punible en la indeterminación; o si *ii)* ello se hace pero en forma contradictoria, pues en algunos apartes de la decisión se hace alusión a una conducta dolosa y en otros a una culposa o preterintencional, o se entremezclan estas modalidades de la conducta; o si *iii)* por un lado se le espeta la comisión de un determinado injusto pero en otro aparte de la providencia se hace alusión a uno distinto; o si *iv)* se imputa la comisión de unos específicos reatos pero la definición correspondiente lo es sólo respecto de alguno o algunos de ellos dejando por fuera los restantes.

Pero aún más, si se tiene en cuenta que éste acto procesal de jurisdicción debe abarcar, además, el análisis sobre la probable responsabilidad como autor o partícipe del vinculado de cara al injusto penal que se le atribuye, se constituye en ausencia de motivación, cuando en dicho acto de jurisdicción se

incurre en indeterminación respecto de la forma de intervención en la conducta punible, constituyendo, además, motivación ambigua o anfibológica cuando al efectuar las imputaciones de autoría o de participación se les confunde o se entremezclan, ya sea en su señalamiento o en los elementos esenciales que las identifican y diferencian.

Asertos que hallan cabal explicación en que implicando toda conducta punible implica una determinada forma de intervención humana en la misma, entendiéndose entre aquellas la acción del hombre a título de autoría (intelectual, material, mediata), coautoría (propia, impropia, aditiva, sucesiva o por cadena de mando), o de partícipe como cómplice o determinador, especies que poseen aspectos esenciales que las identifican y diferencian al punto que dogmática y punitivamente reciben trato distinto, incidiendo esto en aspectos tan diversos como la concesión de subrogados como la libertad provisional o en el término de prescripción de la acción penal, su determinación desde el mismo momento de la imputación debe hallar eco en el acto de definición de situación jurídica, constituyéndose ello, diáfanamente, en asunto que reviste no poca importancia.

Todo lo anteriormente reseñado impone, como así lo exige el artículo últimamente transcrito, que la definición de situación jurídica del sumariado se haga no sólo de manera motivada y argumentada, sino además con basamento en los medios de convicción aupados al

proceso, de acuerdo con el postulado de necesidad de la prueba[68] y a través de elucubraciones jurídico racionales cimentadas en el análisis de la eficacia y fuerza demostrativa que aquellos medios ameritan al administrador de justicia, todo ello, se itera, frente a los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sobre los que el procesado tendrá conocimiento para desplegar su defensa.

Decantado lo anterior y cernida la actuación procesal cuyo estudio concita la atención de esta Corporación por el tamiz que brindan los referentes conceptuales, normativos y jurisprudenciales vertidos a espacio y suficiencia en los párrafos precedentes, palmar se evidencia que aquella dista bastante de ajustarse a los mismos, evidenciándose *contrario sensu*, como fuere advertido líneas atrás, la existencia de varias irregularidades que desdoran tanto el acto de vinculación del sumariado como la subsecuente definición provisional de su situación jurídica.

Y es que no a otra conclusión puede arribar la Sala cuando desde los primeros albores de la diligencia de inquirir los *erroris in procedendo* e *in iudicando* hicieron presencia en el trámite procesal, ello en la medida que allí la juez instructora, contrario a lo que dicta la normatividad aplicable al proceso penal militar y enseña el precedente vertical de esta Colegiatura, si bien acertadamente puso de presente al

[68] Ley 522 de 1999, artículo 395, "*Necesidad de la prueba. Toda decisión debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso*".

suboficial JMAH el contenido del artículo 97 de la ley 1765 de 2015[69] que regula la aceptación de cargos al interior del esquema dogmático procesal mixto que actualmente se aplica en la jurisdiccion foral, se limitó a indicarle seguidamente que "*ESTE DESPACHO FORMULA A USTED CARGOS POR LA COMISIÓN DEL PUNIBLE MILITAR* [sic] *DE LOS DELITOS MILITARES*"[70], a leer y transcribir el artículo 93 de la Ley 1407 de 2010 que hace referencia al delito de insubordinación –reato respecto del cual no opera el mencionado instituto jurídico procesal de terminación anticipada de la acción penal[71]- y a leer y transliterar el artejo 95 *ibídem* que recoge el tipo objetivo del delito de desobediencia, para luego de una somera y rápida síntesis de los hechos por los que lo investiga –por demás desacertada en tanto las fojas no refieren que se hubiere ordenado al indagado ingresar al área de operaciones para recibir el mando de una fracción de tropa como sostuvo la juez-, preguntarle al vinculado si "*ACEPTA USTED LOS ANTERIORES CARGOS*"[72] y ante su negativa a tal aceptación, interrogarlo nuevamente pero esta vez en el sentido de que si "*ACEPTA LA ANTERIOR RESPONSABILIDAD PENAL*"[73], luego de lo cual, ante símil respuesta negativa del indagado, leerle al informe denuncia genésis del presente sumario.

---

[69] *"POR LA CUAL SE REESTRUCTURA LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL, SE ESTABLECEN REQUISITOS PARA EL DESEMPEÑO DE SUS CARGOS, SE IMPLEMENTA SU FISCALÍA GENERAL PENAL MILITAR Y POLICIAL, SE ORGANIZA SU CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN, SE SEÑALAN DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA PARA EL TRÁNSITO AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y PARA GARANTIZAR SU PLENA OPERATIVIDAD EN LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES."*

[70] Folio 136, C.C.1

[71] Ley 1765 de 2015, artículo 97, parágrafo, "*Este procedimiento será aplicable únicamente para las conductas punibles establecidas en la Ley 1058 de 2006.*".

[72] Folio 137, *CC. ibídem.*

[73] *Ibídem.*

Saltan a la vista así varias circunstancias anómalas en el transcurso de la prenombrada diligencia, a saber: erró la juez de instrucción al informar al viculado que la aceptación de cargos procedía respecto de punible típicamente militar de insubordinación; la imputación fáctica, de hechos con relevancia jurídico penal y de cara a los tipos penales enrostrados, fue abiertamente inexacta, imprecisa y sin señalamiento de su soporte probatorio; la sóla lectura de las normas penales que recogen los tipos objetivos por los que se ha procedido en el presente sumario, no se erige en una correcta imputación jurídica en los meridianos términos precisado *ut supra*, ni suple la misma. Falencias de esta índole, de cara a la aseveración de la juez de formular cargos y sus preguntas en punto a la aceptación de los mismos y a la aceptación de responsabilidad penal, distan flagrantemente de la corrección, formal y material, que ha de guiar una actuación judicial y tornaron inanes unos cuestionamientos de tal naturaleza, más aun cuando la funcionaria ni siquiera precisó de manera íntegra, clara y concisa los elementos estructurales de los reatos de desobediencia e insubordinación, ni cuál era la hipótesis comportamental endilgada respecto de cada uno de ellos, ni la modalidad de conducta punible atribuida en cada evento típico en particular, como tampoco la forma de intervención en los injustos penales por las cuales se produjo la vinculación procesal.

Aunado a ello, palmar se otea en el horizonte procesal que la juez instructora, si bien mencionó al indagado que se le dio la orden verbal de ingresar al área de operaciones, se abstuvo de precisar si era el incumplimiento, modificación de una orden tal o el rechazo o perturbación mediante actitudes violentas de la misma, lo que encuadraba su conducta en éste o en aquel delito, amén que obvió concretar los hechos con relevancia jurídico penal respecto de cada uno de ellos- *v.gr.* la superioridad jerárquica del emisor de la orden, la legitimidad de la misma, las circunstancias espaciales y temporo modales en que se debía cumplir y las que rodearon su transmisión al suboficial destinatario de la misma, las actitudes violentas, no "*aptitudes*" como reiteradamente se consigna en el acto definitorio de situación jurídica de aquel, que calificaron la conducta tildada de insubordinada, entre otras circunstancias-, como igualmente pretermitió, una vez el entonces CP. JMAH dijere no haber conocido la orden, auscultar la veracidad de su dicho de cara al arsenal probatorio adosado a la foliatura.

Pero es más, pese a que el informe denuncia que originó la actuación daba cuenta que el suboficial JMAH dijere al TC. PICO que no podía recibir el armamento ya que iba a solicitar un permiso, ningún esfuerzo le mereció a la funcionaria instructora verificar el porqué de ello, ni cuál era en estricto sentido la orden que llevó al acriminado a hacer una manifestación tal, orientando -en vez de ello- su

actividad pesquisitoria a indagar por una serie de eventos desconectados de los hechos investigados, que ningún sujeto procesal había introducido a la urdimbre procesal y de los cuales algunos parecen más ser producto del conocimiento privado de la juez, *verbigratia* lo relativo a una junta médica laboral praticada al hoy SS. JMAH se derivara de su estado de salud, una cita que éste debía cumplir en el Instituto de Medicina Legal de Montería en relación con un asunto particular atinente a una impugnación de paternidad; unos derechos de petición por aquel elevados al interior de su unidad orgánica y el trato recibido de sus superiores.

Yerros sólo atribuibles a la señora Juez 67 de Instrucción Penal Militar que resultan abiertamente apóstatas de lo normado por el artejo 497 del *códex* castrense de 1999[74] y de lo decantado por esta Corporación[75] en punto a la imputación fáctica y jurídica aneja a la diligencia de inquirir, con los que referida funcionaria soslayó la obligación de expresar esos hechos de manera tan precisa y clara que hicieren viable que el indagado y su defensor conocieren, sin ambages, los concretos comportamientos (de acción u omisión) que, acaecidos en el mundo real, se le endilgaban y la manera como los mismos se subsumían en los preceptos que definen las hipótesis

[74] Ley 522 de 1999, artículo 497. "*Preguntas al indagado en relación con los hechos. Una vez cumplidos los requisitos del artículo anterior el juez interrogará al procesado respecto a los hechos que originaron su vinculación.*"
[75] Autos febrero 13 de 2019, radicado 159055, M.P. CN (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA y mayo 20 de 2019, radicado 158965, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

normativas y comportamentales constitutivas de los delitos imputados (relativos, entre otros aspectos, a formas de participación, modalidad de ejecución, circunstancias de agravación o atenuación, etc.) y las correspondientes consecuencias (naturaleza y magnitud de las sanciones a imponer), limitándose la señora juez a indicar que "*SE LE DA LECTURA AL INFORME MILITAR DE FECHA 06 DE MARZO DEL 2019, PARA QUE USTED DIGA SI LO ALLÍ PLASMADO ES CIERTO O NO, O EN QUE* [sic] *LO QUIERE CONTROVERTIR*"[76], como si con la lectura del documento contentivo de denuncia, o querella según el caso, se cumpliere o supliere el deber de origen normativo antes referido.

Falencias que, se habrá de decir haciendo eco de las enseñanzas del órgano de cierre de la jurisdicción foral[77], se erigían -y erigen- en lesivas del eficaz y efectivo ejercicio del derecho de defensa, en tanto era el conocimiento claro de los hechos de connotación jurídico penal atribuidos y sus correspondientes consecuencias, lo que permitía que debido a esa comprensión, desde ese acto de imputación, el procesado libre y voluntariamente pudiere allanarse a los cargos que se le enrostraban con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena, ello en punto sólo al punible de desobediencia se itera[78], o se inclinare por continuar el trámite ordinario para discutir en las diferentes etapas que integran el interregno

[76] Folio 137, *CC. ibídem.*
[77] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia junio 08 de 2011, radicado No. 34022.
[78] *Cfr.* Artículo 97, Ley 1765 de 2015.

procesal, los supuestos fácticos condicionantes de las hipótesis delictivas espetadas desde dicho acto de vinculación o imputación, esto allegando pruebas en su favor, controvirtiendo las que se aduzcan en su contra o por vía de la edificación de sopesadas y razonadas tesis dogmático jurídicas favorables a sus intereses.

Esto conllevó, además, a que la imputación jurídica que hiciere la referida funcionaria en tal acto de vinculación no sólo fuere imprecisa, inexacta y genérica, como se acotare en precedencia, y a que todo ello repercutiere en el acto procesal por el que se definiere provisionalmente la situación jurídica del encartado, con el que la diligencia de inquirir guarda indiscutible relación, como demuestra lo errático de las consideraciones y conclusiones allí vertidas como se analizará *a posteriori,* no empece no resultar este último análisis fatalmente necesario como se precisará con inmediata sucesión, pero cuyo acometimiento estima útil la Sala para evidenciar y enfatizar aún más, la importancia que reviste que el principal acto de vinculación procesal, esto es, la diligencia de indagatoria -la declaratoria de persona ausente es residual como se recordará- se haga en debida forma y con estricta sujeción a lo apuntalado en este pronunciamiento.

Abordaje conceptual y retórico demostrativo cuya no necesidad en el presente evento halla explicación en que los yerros *in procedendo* e *in iudicando* aquí evidenciados no sólo maculan el mencionado acto

procesal de vinculación en tanto, inexistente la imputación fáctica e imprecisa y genérica la jurídica, resultando transgresor del debido proceso y del derecho de defensa material que asistía al sumariado, SS. JMAH, sino que, además, impregna de irregularidad el subsecuente acto procesal, la definición provisional de situación jurídica, mismo con el que aquel guarda irrefutable inescendibilidad.

Y ello tan fue así que no empece ser éste acto procesal de jurisdicción, como igual acontece con toda decisión interlocutoria y con las sentencias, el escenario por antonomasia de la argumentación (motivación) judicial, entendida esta como el adecuado ejercicio dialéctico argumentativo de índole jurídico que lleva a cabo el operador de justicia, partiendo del análisis sopesado y racional del acervo probatorio propio de la causa penal en curso, en aras de detallar de manera elucubrada, discernida y asertiva las razones por las cuales su criterio se inclina a la resolución del asunto sometido a su conocimiento en un determinado sentido, con lo que se garantiza su contradicción y su control social, palmarios fueron los dislates allí cometidos como pasa a verse.

Debiéndose expresar en el mismo en forma clara y precisa los hechos que se investigaban y su calificación provisional, esto en el entendido de hechos jurídicamente relevantes se insiste, no de hechos naturalísticamente compendiados sin conexión alguna con los injustos penales atribuidos y su

alcance dogmático, la antes citada inexistencia de una imputación fáctica concreta, clara, precisa y entendible conllevó a que la *Iudex A quo* de manera genérica, imprecisa y contraria al material probatorio por ella misma recaudado, consignare como "*SITUACIÓN FÁCTICA*"[79] lo plasmado en el informe denuncia de fecha 06 de marzo de 2019 suscrito por el señor TC. PICO[80], documento contentivo de la *notitia criminis* al que -resulta pertinente acotar y se extrae de la lectura de su providencia- otorga más alcance de lo que éste y el demás acervo probatorio realmente le imprimen y cuyo contenido declarativo, por otra parte, no se ha preocupado por verificar en toda su extensión.

Inercia investigativa que conllevó dejar de lado que allí se consigna que la orden fue de "*alistar al CP. JMAH para ingresar al pelotón BRONCO 2 que se encuentra desarrollando la seguridad de la maquinaria que está efectuando mantenimiento de la vía entre Cartagena del Chaira y Paujil*"[81] y asimismo que para ingresar "*al área de operaciones el día 06 de marzo de 2019, con la finalidad de asegurar la vía que desde el municipio de Paujil conduce al municipio de Cartagena de Chaira*"[82], *que* en la Orden de Operaciones fragmentaria No. 01 a la operación táctica "*Fugaz*" se plasma que el suboficial empapelado asumía el mando de la sección segunda del segundo pelotón de la compañía "B" del Batallón de Infantería de Montaña No.36 "*Cazadores*" del Ejército Nacional –"*BICAZ*"-, a partir del 26 de febrero de

[79] Folios 147 y 148, C.C.1
[80] Folio 147, CC. *ibídem.*
[81] Folios 01 y 02 CC. *Ibídem.*
[82] Folios 01 *ibídem*

2019[83] y realizaba movimiento táctico terrestre para llegar a la ubicación de dicha fracción de tropa pero sin indicar la fecha para ello, que en la indagatoria no se precisó en qué consistía la orden ni la fecha de su ejecución y que en la definición jurídica, por un lado nada se dijo en el apartado "*SITUACIÓN FÁCTICA*" y, por otra, en las consideraciones se señaló el "*07*" de marzo como "*fecha en que debía cumplir la referida orden*"[84], amén de acotarse indistintamente respecto del reato de insubordinación que "*el verbo rector violentado en este caso es rechazarla e incumplir la orden*", consideración esta última abiertamente dilógica pues no sólo hizo apriorística mención de sólo una de las hipótesis comportamentales de dicho injusto penal –sin ninguna consideración soportada probatoriamente de por qué la hipótesis era esa y no otra, ni de por qué el rechazo fue por vía de actitudes violentas-, sino que además la mixturó con una de las que integran el tipo objetivo de la desobediencia.

A la par de lo anterior, se evidencia que la funcionaria a cargo de la presente investigación, Juez 67 de Instrucción Penal Militar, doctora LMPV, en el acápite "*TESTIMONIALES*"[85], previa nota de que "*(Se extrae [sic] apartes de las intervenciones)*"[86], enlistó las pruebas testificales recaudadas y de manera exótica, por decir lo menos, consignó respecto de cada una de ellas, lo que éste Tribunal entiende es el compendio de las mismas, aunque plagado de errores de

[83] Folio 19 CC. *ibídem*
[84] Folio 177 CC. *ibídem*
[85] Folio 149, CC. *ibídem.*
[86] *Ibídem.*

ortografía, puntuación y sintaxis, que no permiten determinar, ni siquiera acudiendo al denominado principio de caridad[87], si estaba transcribiéndolas -pues en muchos casos omitiò el uso de comillas- o estaba parafraseando el texto original, amén que en relación con estas y las demás probanzas soslayó el deber que le incumbía de apreciarlas, primero individualmente y luego en conjunto, y asignarles fuerza y eficacia persuasiva conforme a las reglas de la sana crítica[88], ello con miras a la demostración o infirmación de cada uno de los elementos constitutivos de los injustos penales endilgados[89] al investigado.

Erroris in iudicando que la llevó a permear su proveído con apreciaciones subjetivas e indemostradas, mismas que se evidenciarán en los párrafos subsiguientes, y que *per se* es constitutivo de defectos fáctico[90] y de falta de motivación[91] con entidad suficiente para trocar en inválido, igualmente, el pronunciamiento objeto de reparo en el recurso de alzada.

---

[87] Acorde con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP septiembre 09 de 2015, radicación No. 46235 y SP488-2016, enero 27 de 2016, radicación No. 38151.

[88] *Cfr.* Ley 522 de 1999, artículo 401.

[89] *Op. Cit*. artículos 402 y 471

[90] *"Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión", Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-591-05, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

[91] *"Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional". Cfr. ídem.*

En este orden de ideas ha de señalarse que la señora Juez 67 de Instrucción Penal Militar en el apartado intitulado "*CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL*"[92] de su proveído aludió a los dos punibles investigados y en el acápite "*DE LA MATERIALIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD DE* [sic] *CONDUCTA PUNIBLE*:"[93], aseguró que "*Las pruebas descritas en el ítem del acervo probatorio, para este momento procesal determinan que se ha configurado la transgresión al dispositivo militar de insubordinación*,…"[94], aserto que pretendió apalancar en el decir jurado del "*CPT.* [sic] *GAL* "[95] quien atestare haber **ordenado** vía celular al aquí procesado el 05 de marzo **recibir** la segunda sección del pelotón "*Bronco 2*" de la unidad táctica de la que ambos eran orgánicos, a lo que el suboficial "*de manera hostil y despectiva*" -a juicio del declarante- le respondió "*Que él no va a entrar a ningún pelotón, que el* [sic] *necesita hablar con mi Cr.*"[96] y que esa orden la reiteró al SS. JMAH al día siguiente, recibiendo símil respuesta; en la declaración del TC. PICO, del CT. FONT, del SP. CETI y del SM. LODI; en la orden de operaciones fragmentaria FUGAZ No.03, en la orden del día No.044 del 28 de febrero de 2019 del "*BICAZ*" por la cual se le nombró como comandante de aquella sección, orden esta –afirmó la juez- que sirvió para la emisión de "*la orden verbal*" dada al procesado –misma que la funcionaria no precisa en qué consitió- "*y avalada por la comprobación del estado de salud optimo*

[92] Folio 173, *CC. ibídem.*
[93] Folio 175, *CC. ibídem.*
[94] *Ibídem.*
[95] *Ibídem.*
[96] *Ibídem.*

[sic] *que goza el suboficial JMAH por la junta médica 105767 del 07 de febrero de 2019, donde ha sido declarado APTO.*"[97].

Todo lo anterior convergió a que la mentada funcionaria nunca acreditare, ni probatoria ni retóricamente -falencia que esta Sala reputa consecuencia de los yerros por ella cometidos en el antecedente acto procesal de vinculación del SS. JMAH [98] en que dejó huérfana de concreción la imputación de los hechos con relevancia jurídica y penal- cómo de los medios de convicción que relacionó, inclusive de lo que calificó como la "*comprobación del estado de salud optimo"* del investigado, le era dable verificar "*la transgresión al dispositivo militar de insubordinación"* como sostuvo, menos cuando ni siquiera elucubró respecto de las "*actitudes violentas*"[99] cuya comprobación y demostración se tornaba ineludible para efectos de la materializacion del principio de legalidad estricta en tanto ingrediente normativo del tipo objetivo del reato de insubordinación, como tampoco acreditó el verdadero sentido y alcance de la orden del servicio que sin análisis alguno reputa legítima y emitida con las formalidades legales, ni que se le hubiera reprochado al SS. JMAH desde la

[97] Folio 177, *CC. ibídem.*
[98] Acto procesal respecto del cual enseña la Corte Constitucional, "*Por tanto, lo importante es hacer referencia en la indagatoria a todos los hechos y conductas que se investigan e imputan al indagado….Si no se indaga sobre algunos hechos, es claro que la providencia en que se resuelve la situación jurídica no puede fundarse en ellos….*" *Cfr.* sentencia T-12 de 1998, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA.
[99] *Cfr.* Ley 1407 de 2010, artículo 93, "*Insubordinación. El que mediante actitudes violentas en relación con orden legítima del servicio emitida con las formalidades legales, la rechace, impida que otro la cumpla, o que el superior la imparta, o lo obligue a impartirla, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.*"

propia injurada alguna de las hipótesis comportamentales inmersas en aquel tipo objetivo, esto es, que rechazare la orden, que hubiere impedido que otro la cumpliera, que hubiere impedido que el superior la impartiera o que lo hubiera obligado a impartirla.

Dislate al que sumó la confección de apreciaciones, por no catalogarlas como conjeturas, de tipo subjetivo y desligadas de la historia procesal como quiera que los hechos sobre los cuales versan no afloraron en la diligencia de inquirir, ni derivan de alguna de las pruebas incorporadas al *dossier*, menos de la exposición injurada del investigado, por ejemplo afirmar que "*Es cierto que el suboficial ha hecho todo lo posible para demostrar su incapacidad física y mental para no cumplir la orden*"[100] y que el procesado "*desplegó toda la actividad mediante derechos de petición solicitudes* [sic] *inundando al batallón con el único propósito de eludir la responsabilidades* [sic] *militares laborales de la manera que él quiere realizarla no como los mandos se la* [sic] *ordene"*, al igual que la elaboración de conclusiones que, por razón de lo anterior, resultan abiertamente infundadas e indemostradas, *verbigratia* asegurar "*es* [sic] *el modus operandi para no cumplir, nótesele* [sic] *que las fecha* [sic] *de consulta fueron el día 06 de marzo del presente año y 07 fecha en que debió de cumplir la referida orden militar*"[101].

---

[100] *Ibídem.*
[101] Folio 177, *CC. ibídem.*

Como también la consignación en el proveído reprochado, de aseveraciones, esta vez sí en relación con lo manifestado por el procesado sobre las actividades que adelantó el día en que debía cumplir la orden impartida por el comandante del Batallón de Infantería de Montaña No.36 "*Cazadores*" del Ejército Nacional -misma cuyo real contenido y alcance ni se verificó fehacientemente se itera, ni se explicitó en el acto de vinculación, amén que a este momento procesal tampoco se ha concretado su logicidad, precisión, claridad, oportunidad y concisión-, que "*lo que se observa que lo que hizo fue escudarse en hacerse ver del médico general, de la fisioterapeútica* [sic] *y del psicólogo*"[102], ello sin siquiera procurar confirmar o infirmar el dicho de aquel en los términos que prescribe el artículo 499 del Código Penal Militar aplicable al cauce ritual propio de la presente causa[103] y de cara a la incidencia que pudiere tener en relación con su responsabilidad penal en la comisión de los delitos endilgados, responsabilidad esta cuyo eventual reconocimiento sí le mereció atención en la diligencia injurada del SS. JMAH como se precisare cuartillas atrás.

Ausencia investigativa que, de alguna manera a juicio de la Sala, explica símil juicio vertido en el proveído por el cual se definiere la situación juridica de aquel, esto en el siguiente tenor literal:

---

[102] Folio 178, *CC. ibídem.*
[103] *Ley 522 de 1999. Artículo 499. "Constancias y verificación de citas al indagado. No podrá limitarse al procesado el derecho que le asiste para relatar cuanto tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos, y se verificarán con prevalencia y en el menor tiempo posible las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones".*

"*Los argumentos expuestos por el investigado SS. JMAH no tienen justificación para este despacho por cuanto lo que se ha visto a lo largo de este tiempo, desde que se enteró de que* [sic] *la junta médica laboral había sido declarado apto, desplegó toda la actividad mediante derechos de petición solicitudes* [sic] *inundando al batallón con el único propósito de eludir la responsabilidades* [sic] *militares laborales de la manera que él quiere realizarla no como los mandos se la* [sic] *ordene, que es la de permanecer en las instalaciones del Batallón, es decir que todo gire a su acomodo* [sic] *a su interés personal y no del interés de la institución a la cual se encuentra nombrado, mezcla sus problemas familiares de tiempos atrás desde que ingresó hasta la fecha, cosa que le impide cumplir debidamente y como debe ser.*"[104].

Razonamientos que por manera alguna se corresponden con el propio juicio de la juez de instrucción, en el sentido de no compartir los argumentos expuestos por el procesado, pues, se habrá de rememorar, lo que el suboficial JMAH sostuvo en su diligencia de indagatoria fue que no recibió orden de su superior, no las circunstancias que textualmente fueron traídas de la providencia apelada, menos cuando su autora, la abogada LMPV en su calidad de Juez 67 de Instrucción Penal Militar, los apalanca en afirmaciones como que "*ha visto a lo largo de este tiempo, desde que se enteró de que* [sic] *la junta médica laboral había sido declarado apto…*", que el procesado ha desplegado todo un *iter criminis* para eludir sus responsabilidades militares.

[104] Folios 178 y 179, *CC. ibídem.*

Comportamiento judicial que compele a la Sala a rememorar que resulta abiertamente contrario al debido proceso y al principio de motivación de las decisiones judiciales, que la funcionaria instructora para efectos de la resolución de la situación jurídica del investigado, acuda a su conocimiento privado, al parecer adquirido por razón de tener la sede del despacho a su cargo en la unidad militar en que suceden los hechos objeto de pesquisa judicial, anteponiéndolo a lo que objetivamente acreditan los medios suasorios por ella misma recaudados; conocimiento privado que refleja en las enfáticas aseveraciones que con inmediata precedencia ha evidenciado este Tribunal y que gravitan sobre hechos no sólo totalmente ajenos al *thema probandum* propio de esta causa penal, sino que además ni siquiera se hallan acreditados probatoriamente.

Errado proceder que esta Corporación estima, se insiste, consecuencia de los desaciertos que permearon la diligencia de inquirir rendida por el sumariado y de la ausencia valorativa e investigativa que se han patentizado en el *corpus* del presente pronunciamiento y que, amén de lo ya evidenciado, también llevaron a la funcionaria rectora de la etapa investigativa, dando por acertadas sus personales apreciaciones, a razonar adicionalmente que "*Los argumentos expuestos por el investigado SS. JMAH, no tienen justificación…*"[105] porque sus exculpaciones "*están diseñadas al parecer desde que ingresó a las FF.MM, al promulgarse como*

[105] Folio 178, *CC. ibídem.*

víctima, excusándose en que padece de alteración en la salud…"[106] y porque era un hecho de público conocimiento, incluido su despacho, que el suboficial investigado se aprovechaba de los inferiores bajo su mando para ultrajarlos y utilizarlos para sus intereses particulares.

Elucidaciones como estas, cuyo epicentro son hechos igualmente ajenos a los pormenores que rodearon las conductas investigadas, palmariamente distan de tener la validez y potencialidad para descartar las exculpaciones del procesado, menos aun cuando ni se corresponden con su dicho injurado, carecen de soporte probatorio y, amén de ello, retomando lo primigeniamente dicho por esta Sala en relación a las falencias que maculan la diligencia injurada, el procesado nunca fue indagado al respecto, razón de más para predicar falta de correspondencia entre la imputación de hechos jurídicamente relevantes que allì debió realizarse y la que en últimas se plasma el auto que resuelve su situación jurídica.

Lo hasta aquí dicho no se erige en óbice para apuntalar que si lo que eventualmente pretendió la distinguida juez fue dar a entender que los derechos de petición que referencia insistentemente en su pronunciamiento, los elevó el SS. JMAH de forma sistemática y premeditada esperando a que le dieran la orden que aquí se debate, para luego ser utilizados por el indagado como justificación frente a la investigación que se le pudiere adelantar, una

[106] Folio 179, *CC. ibídem.*

circunstancia tal necesariamente ha de inferirse al menos indiciariamente del mismo universo probatorio y, además, ha de ser verificado, por obvias razones, en el interregno procesal.

Aclaración que, a su vez, tampoco impide a la Sala señalar que argumentos y conclusiones como las puestas de manifiesto en esta ya de por sí extensa providencia, que comparten la naturaleza de subjetivos, genéricos, inconexos, infundadas e indemostrados y que se replican en punto al exiguo análisis jurídico racional efectuado respecto del otro delito endilgado al sumariado, no sólo desdicen del deber de motivar en debida forma toda providencia judicial como manifestación de justicia material y expresión de lealtad hacia los sujetos procesales en particular y hacia la sociedad en general, sino que además contraviene lo que norma el artículo 523.3 del Código Penal Militar[107], que enlista dentro de los requisitos formales del auto interlocutorio definitorio de la situacion jurídica que se consignen "*3.Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales*", pues, se itera, prístino resulta que los motivos aducidos por la señora Juez 67 de Instrucción Penal Militar para apartarse de lo alegado en su defensa por el procesado, lejos está de corresponderse con la realidad procesal, no pasando de ser una serie de insustentadas e inconexas apreciaciones por parte de la funcionaria a cargo de la investigación.

[107] Ley 522 de 1999.

Apreciaciones y falencias, todas las hasta aquí reseñadas, que la conllevaron a que elucubrara, en lo que se aprecia ser una clara confusión dogmática, que "*Con base en lo dicho, el despacho lo encuentra lucidamente* [sic] *responsable de su actuar transgresor al dispositivo penal militar en los delitos* [sic] *militar de la insubordinación y desobediencia, teniendo en cuenta que estos dos tipos penales son abierto* [sic], *por que cobija a todos los grados* [sic], *la orden está demostrada legítima, cumpliendo con las formalidades legales, (primero esta* [sic] *nombrado en la orden del día, luego fue dada la orden verbal sus superiores* [sic], *esta* [sic] *ordenada en la orden fragmentaria de operaciones* etc.), *que puede ser verbal o escrita, el verbo rector violentado en este caso es rechazarla* [sic] *e incumplir la orden, las aptitudes* [sic] *son violentas cuando el referido suboficial, dice no ingresar y que hagan lo que quieran, que si quieren que lo investiguen, refugiándose en su casa fiscal, y al tratar el coronel con palabras groseras a la distancia, cuando escucha a través de la línea telefónica y finalmente la orden esta limpiamente demostrada en una orden del servicio, este tipo de violación es catalogado de peligrosidad abstracta, teniendo en cuenta la aptitud* [sic] *violenta al recibir la orden, que en este caso no se materializó su acción, puesto que no fue de obra sino de palabra, su actuar es doloso, y por prohibición del (Art.467 ley 1407-10 numeral 1) o que es lo mismo el numeral 2°. Del Art.529 la ley* [sic] *522/99 no es procedente su excarcelación, por tratarse de delitos contra la disciplina.*"[108], sin que se note por ningún

[108] Folios 179 y 180, *ibídem.*

lado que lo anterior se lo hubiera puesto de presente de manera directa al investigado en su diligencia de inquirir.

Inconsistencias argumentativas que indefectiblemente evidencian a esta Corporación que la juez instructora careció de claridad al delimitar los hechos jurídicamente relevantes, y de contera, los cargos imputados, en la medida que el interrogatorio ínsito a la diligencia de inquirir y el ejercicio dialéctico argumentativo vertido en su proveído, contrario al marco conceptual precisado a espacio y suficiencia *ut supra*, fueron imprecisos, confusos, dilógicos y carentes de un adecuado soporte probatorio, al punto que -se recalca- en aquel acto de vinculación dejó huérfana de concreción la imputación de los hechos con relevancia jurídica y penal y esto repercutió en que en la definición de situación jurídica se hiciere alusión indistintamente, como quedó evidenciado, a que el incriminado rechazó o incumplió una orden, respecto de la cual ni siquiera se han verificado las circunstancias señaladas *ut* supra, y luego, sin más, se diere por descontado el incumplimiento y rechazo de la misma y finalmente, tal vez lo más deleznable, sin sopesar argumentadamente la fuerza persuasiva del material probatorio obrante en el expediente, se dieren por demostrados, sin duda alguna como arguyere la distinguida juez, hechos respecto de los cuales nunca se brindó el sumariado la oportunidad para refutarlos o contradecirlos, ni éste refirió durante el interregno procesal de dicho medio de defensa.

Pero como si todo lo hasta aquí dicho, y el palmar hecho de calificar los reatos por lo que se procede son de peligrosidad abstracta y fueron cometidos bajo la égida del dolo, pero sin desarrollo dogmático y retórico alguno al respecto, fuera poco para estimar que una determinación así construida enerva la aproximación a la verdad que resulta ser el fin último del proceso penal y dista de ser expresión de una verdadera justicia material y de lealtad procesal, constituyéndose de contera en atentatoria del debido proceso, por un lado, y, de otro, del derecho de defensa como quedó decantado con suficiencia en los precedentes párrafos, salta a la vista otro yerro también imputable a la funcionaria autora de la decisión confutada y que se agrega a la cadena de anomalías evidenciadas.

Yerro también resultado por el respetado colaborador del Ministerio Público ante esta instancia y que deriva de la exigua y desacertada argumentación enarbolada por la señora Juez 67 de Instrucción Penal Militar en punto a los requisitos que avalaban, o no, la imposición de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad al procesado, SS. JMAH, pues en su proveído estimó procedente tal imposición sin efectuar un adecuado esfuerzo dialéctico argumentativo tendiente a dar por constatado el cumplimiento de dichos requisitos -o fines si se quiere-, circunscribiéndose a dar por establecida la necesidad de cobijar al sumariado con aquella y a

estimar superado el test de proporcionalidad -instrumento hermenéutico éste que, como esta Sala ya ha tenido oportunidad de reseñar[109], permite verificar si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional-, con las apriorísticas aseveraciones que se detallarán a continuación.

Aseveró la señora juez de instrucción que si bien el procesado ha comparecido al proceso "*y que la naturaleza de los punitivos* [sic] *violentados no tiene en su estructura de que oculte, destruya o deforme elementos probatorios importantes para la instrucción o entorpezco* [sic] *para este momento procesal la actividad probatoria*", sin ningún tipo de ilación con lo que viene afirmando agregó que se debe tener en cuenta el criterio jurisprudencial expuesto por esta Corporación en decisión –recuerda la Sala- que versa sobre la entidad del bien jurídico de la disciplina en punto a la cohesión, legitimidad, integridad, seguridad e interés de las Fuerzas Militares y de Policía, para luego sin análisis alguno asegurar que por lo antes anotado "*se sobre entiende* [sic] *que la toma* [sic] *de la restricción de locomoción del investigado es razonablemente proporcional, explicativas y justificativas, dado [sic] su condición de sustractor del mandato constitucional de cumplir con sus deberes para lo cual esta [sic] nombrado y vinculado con las FF.MM., comportamiento que menoscaba la comunidad militar, al ver que injustamente no cumple con lo ordenado por sus*

[109] Auto mayo 15 de 2015, radicado No. 158201.

superiores jerárquicos, quedando en el ambiente, un sin sabor de injusto, de burla, pisoteando completamente la vértebra central de la disciplina castrense, lo que nos indica que el actuar del investigado constituye un peligro para la seguridad de la comunidad militar, pues en cualquier labor a desempeñar violenta [sic] agrede de diferentes maneras a los soldados y suboficiales de menor rango que el de él; el continuar delictivo en la transgresión de los dispositivos penales militares en especial el de desobediencia, puesto que se encuentra presente la sustracción a las labores militares que debe desempeñar como comandante de la sección segunda del pelotón BRONCO 2, y el incumplimiento a la orden dada, puesto que se encuentra en su casa familiar dentro del batallón;…".

Esfuerzo dialéctico argumentativo tendiente a dar por constatado el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, a todas luces apóstata del análisis que le incumbía acometer en torno a los requisitos establecidos en el artejo 310 de la Ley 906 de 2004, norma aplicable al rito penal militar por vía de integración normativa que reza:

> ***"PELIGRO PARA LA COMUNIDAD.*** *Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:*
>
> *1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*

2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.

4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.”

Circunstancias que debían ser objeto de análisis, verificación y sustentación probatoria con miras a justificar si se cumplían con los ya citados baremos de merecimiento y necesidad de la plurinombrada medida aflictiva, actividad del raciocinio que, se itera, se echa de menos en el proveído objeto de reproche en tanto en el mismo, como salta a la vista con su simple lectura, lo que la titular del despacho instructor efectuó, fue una subjetiva, hipotética e indemostrada argumentación basada en que el hecho de que el delito investigado afectaba el bien jurídico de la Disciplina, sin detenerse a analizar la gravedad y modalidad de la conducta y la incidencia de la pena imponible como exigen las normas trasuntadas, y menos a fundamentar dialéctica y probatoriamente la necesidad de sujetar la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad al procesado en tanto palmar resultaba que su libertad aparejaba un peligro para la comunidad, la idoneidad de ello en tanto inexistente otra medida al efecto y su proporcionalidad de cara a los fines anejos a la administración de justicia.

Desacierto que deriva también del incontrastable hecho de limitarse a indicar que la restricción de la locomoción del procesado se troca en razonable, proporcional, explicativa y justificativa pues el mismo aún no ha cumplido la orden en tanto se halla en su residencia familiar, pisoteó la disciplina y se sustrajo al cumplimiento de sus deberes militares, para luego de ello arribar - a la conclusión –con las mismas falencias anotadas en el párrafo inmediatamente precedente de que el actuar de aquel es un peligro para la seguridad de la comunidad pues en cualquier labor a desempeñar agrede a sus subalternos -como si estuviera investigándose un punible de ataque al inferior-.

Asombroso desacierto judicial que torna pertinente evocar, como lo han decantado en múltiples oportunidades tanto la Honorable Corte Constitucional como la Honorable Corte Suprema de Justicia, que amén de la modalidad o gravedad de la conducta atribuida al procesado para hacerlo pasible de medida de aseguramiento restrictiva de su libertad, ésta debe aparecer a todas luces como excepcional, proporcional, necesaria y racional, *"no sólo sujeta a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación del imputado, sino igualmente a la consecución de los fines del proceso, conforme con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004"*[110], todo esto bajo la consideración de tratarse de medidas eminentemente preventivas, esto

[110] Sentencia C-366 de 2014.

es, plausibles de aplicar mientras se determina la responsabilidad del procesado y tendientes a garantizar *i)* que el encartado no obstruya el debido ejercicio de la justicia; *ii)* la comparecencia del mismo al proceso, así como el cumplimiento de una eventual condena; y *iii)* cuando se estime que el procesado constituye peligro para la comunidad o la víctima; sin olvidar que son de naturaleza instrumental o procesal, más no punitiva[111].

Sigue preocupando a la Sala que, pese a lo que sobre éste tema han decantado con suficiencia las altas cortes del país y esta Corporación, en la providencia recurrida no sólo se evidencie desconocimiento del precedente y ausencia de un verdadero análisis por parte de la señora Juez 67 de Instrucción Penal Militar con miras a edificar la piedra basilar sobre la cual haría descansar la decisión objeto de recurso, por lo que pertinente resulta entronizar la uniforme y pacífica posición que en materia de imposición de medidas de aseguramiento, en especial de la restrictiva de libertad, y de fines o requisitos al efecto, han edificado jurisprudencia y doctrina, así como la línea que ha mantenido esta Corporación, ello desde el año 2008 cuando ya se señalaba:

> *"(…) para que proceda la detención preventiva, además de cumplir los requisitos formales y sustanciales, es indispensable que el Juez de Instrucción Penal Militar examine y sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la*

[111] Sentencias C-366 de 2014 y C-695 de 2013.

privación de la libertad del procesado, de tal manera que se garanticen los derechos de libertad y presunción de inocencia."[112]

Posición refrendada en varias decisiones adoptadas en el año 2009, siendo oportuno traer a colación aquella en la que este Tribunal aquilatare que:

"*Respecto de los fines de la detención preventiva, en tratándose de delitos comunes esta Sala ha venido considerando la aplicación del Art. 355 de la Ley 600 de 2000, mediante el artículo 18 del Código Penal Militar, y en razón a que la injerencia en la privación de la libertad durante el proceso penal, es una medida de carácter excepcional que debe tener su justificación material, bien sea para asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, la continuación de su actividad delictual o la protección de las pruebas a practicar, o las que deban allegarse. Así, en virtud al principio Pro Libertate, sería necesario hacer una evaluación, para llegar a la conclusión si la restricción se justifica o no, por supuesto bajo los postulados de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, precisamente por la restricción al derecho fundamental de la libertad y la restricción como consecuencia excepcional de una medida de aseguramiento. En este sentido el Juez Instructor no se ocupó de su análisis, pero tampoco esta Sala encuentra que sea necesaria la aplicación de la restricción, pues no aparece que ninguno de estos fines puedan tenerse como sustento."*[113]

Esta Sala de Decisión, sea bueno precisar, no ha sido ajena a una orientación tal y consecuente con ello, en reciente decisión calendada 16 de marzo de 2018 adoptada en radicado 158873 con ponencia de quien en la presente actuación cumple igual rol, acrisoló:

[112] Radicado 155205, julio 30 de 2008, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.
[113] Radicado 155838, mayo 20 de 2009, M.P. CN. JORGE IVAN OVIEDO PÉREZ.

"Salta a la vista así, con meridiana claridad, lo precario y equivocado del esfuerzo retórico de dicho funcionario en tanto que, contrario al deber que le incumbía, en el análisis encaminado a edificar la piedra basilar sobre la cual haría descansar la decisión objeto de recurso y en la motivación a la que acudió para transmitir lo pertinente, no justificó en debida forma y en estricto Derecho la necesidad de cobijar con medida aflictiva de la libertad al CS. I.D.G.P y obvió, en el interregno, aplicar el test de proporcionalidad que ello demanda y cuyo alcance ya ha sido precisado por este Tribunal[114]*.*

Yerros in iudicando que, en su afán por generar la apariencia de que el empapelado comportaba un peligro para la comunidad, tornaron inane la actividad del raciocinio que le era propia y a los que sumó otro, tal vez el más deleznable, consistente en trastocar el justo y verdadero sentido de un fin constitucional tal, refundiéndolo con aspectos anejos a lo antinormativo de la conducta inserta en el tipo objetivo de Abandono del Puesto y con la antijuridicidad material que torna la misma en injusta, amén de lo cual, sin sustento objetivo alguno pretendió edificar el diagnóstico pronóstico al que se ha hecho previa alusión con afincamiento en el revaluado concepto que entendía la prevención general en su faz negativa[115]*, es decir, desde el punto de vista intimidatorio y como la amenaza para los coasociados de que si alguno de ellos se atreve a cometer símil conducta delictiva será privado de la libertad y castigado, olvidando mirar y analizar el aspecto estabilizador en cuanto la medida de aseguramiento se presente como socialmente necesaria e*

---

[114] Es un instrumento hermenéutico que permite verificar si determinada medida resulta necesaria y adecuada para la finalidad perseguida en el proceso penal sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional. TSM, Sala Tercera de Decisión, radicados Nos. 158201 del 15 de mayo de 2015 y 158532, del 05 de septiembre de 2016 M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA y 158321del 19 de octubre de 2015, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ, entre otros.

[115] Concepto propio del "*principio de legalidad de la sanción penal*" pero que definitivamente se hace extensivo a la imposición de medidas de aseguramiento por virtud del "*principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad*" que deviene de aquel.

idónea para mantener incólumes las estructuras fundamentales de la sociedad y del propio proceso penal (prevención general positiva) y dejando de lado que en el marco de la prevención especial y las instituciones que la desarrollan, sólo procede la privación física de la libertad del imputado o del acusado en la medida que los objetivos constitucionales descritos en el artículo 250.1 de la Carta Magna no puedan alcanzarse a través de mecanismos menos aflictivos, restrictivos y eficaces o incluso sin la afectación de derecho alguno (necesidad).

Desatinos de esta naturaleza, además de la consecuencia lógica que aparejan y que se plasmará en la resolutio presente proveído, conllevan a que esta Colegiatura estime necesario y pertinente reiterar que el peligro para la comunidad, como fin que justifica la necesidad de restringir el derecho a la libertad, conlleva que el dispensador de justicia, en el diagnóstico que le atañe con miras a verificar si resulta aconsejable -o no- que el imputado sea privado de su libertad, verifique no sólo la modalidad o gravedad de la conducta atribuida al procesado y la pena imponible, sino que a la par de ello analice, en tratándose del proceso penal militar, si concurre alguna las siguientes específicas circunstancias: i) la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; ii) el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; iii) el hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; iv) la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional; v) el que se hayan utilizado armas de fuego o armas blancas; o vi) el que el imputado haga parte o pertenezca a un grupo de delincuencia organizada.

(…)

" Afirmar apriorística e infundadamente, sin otearse en el horizonte procesal la concurrencia de alguna de las circunstancias atrás enlistadas, que el procesado

resulta un peligro para la comunidad porque con la conducta investigada puso en peligro la unidad en la que cumplía el servicio de guardia de Cabo Relevante, respecto del cual se predica un abandono funcional y geográfico, y porque de no sometérsele a sanción penal una conducta tal podría ser repetida por el mismo procesado o por otros uniformados que cumplieren igual servicio, en manera alguna puede reputarse como acorde a Derecho y como ajustado a los lineamientos jurisprudenciales y conceptuales aquí decantados con suficiencia y precisión, amén que lleva el errado mensaje de que todo miembro de la Fuerza Pública vinculado a un proceso penal por delito de peligro abstracto como el que dio origen a la presente actuación debería encontrarse detenido preventivamente."

Estas circunstancias, insiste la Sala, deben ser objeto de cabal análisis, verificación y sustentación probatoria con miras a justificar si se cumplen con los pluricitados baremos de merecimiento y necesidad de la medida aflictiva, actividad del raciocinio que, se insiste, se echa de menos en el proveído objeto de reproche en tanto en el mismo, como salta a la vista con su simple lectura, pues lo que la titular del despacho instructor efectuó, se enfatiza, fue una subjetiva, hipotética e indemostrada argumentación -no con basamento en elementos objetivos, externos y verificables-, fincada en que con su conducta el procesado "*constituye un peligro para la seguridad de la comunidad militar, pues en cualquier labor a desempeñar violenta* [sic] *agrede de diferentes maneras a los soldados y suboficiales de menor rango que el de él; y el continuar delictivo en la transgresión de los dispositivos penales militares en especial el de desobediencia, puesto que se encuentra presente la sustracción a las labores*

militares que debe desempeñar como comandante de la sección segunda del pelotón BRONCON 2, y el incumplimiento a la orden dada;"[116]

Asertos de esta naturaleza, que se avizoran como producto de un ingente e inexplicable esfuerzo por justificar a toda costa la imposición de medida de aseguramiento restrictiva de la libertad al procesado ante la comisión de las conductas por las que se le procesa, distan mucho de corresponder al diagnóstico pronóstico que el dispensador de justicia debe construir cada vez que avoca una definición de situación jurídica, el cual se estructura *"a partir de las condiciones laborales, personales, familiares o sociales del procesado, que armonice con los fines y las funciones que la medida restrictiva de la libertad está llamada a cumplir, de tal manera que su aplicación responda a la idea según la cual, al tiempo que se asegura la comparecencia del sindicado al proceso, la eventual ejecución de la pena y se impide la continuación de su actividad delictual, se propende por garantizar la intangibilidad de la prueba y el normal desarrollo de* la actividad probatoria por el órgano judicial"[117], explicándose, así, el por qué en tratándose del fin constitucional de ser el procesado un peligro para la comunidad, el artejo 310 de la Ley 906 de 2004 -aplicable al proceso penal militar por vía de integración normativa se recuerda- habla de que aquél *"represente un peligro futuro para la seguridad de la comunidad" y el artículo 309 ejusdem -"Obstrucción de la*

[116] Folios 182 y 183, *CC. ibídem.*
[117] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 29 de abril de 2003, radicación 17089.

justicia"- avala ello cuando existan motivos graves y fundados que *"permitan inferir"* que el imputado *"podrá"* obstaculizar la actividad probatoria propia de la actuación.

Evidenciada de esta manera la contrariedad de la decisión objeto de disenso con el marco normativo, jurisprudencial y doctrinal vertido con amplitud y precisión en el presente proveído, al igual que la cadena de anomalías insertas en aquella y en el acto de vinculación del SS. JMAH, las que resultan sólo atribuibles al juzgado de instrucción penal militar que conoce en sede investigativa de la presente causa penal, habrá de proceder esta Sala de Decisión, tal y como fuere anticipado al inicio de la presente providencia interlocutoria, a decretar la invalidación de lo actuado a partir de la diligencia de inquirir adiada 11 de abril de 2019[118] -excepción hecha de las probanzas aducidas legal y oportunamente al *dossier*-, para que en su lugar se rehaga la actuación de conformidad con lo aquí acrisolado y atendiendo los mandatos del artejo 29 de la Carta Política, esto es, a través del adelantamiento de una diligencia de inquirir en que se garanticen las faces material y técnica del derecho de defensa que incumbe a aquel, y, llevado a cabo ello, mediante la adopción de una decisión judicial soportada en una motivación adecuada, suficiente, correcta y ajustada probatoriamente a la verdad como expresión de justicia para el procesado y para la sociedad, verdad

[118] Folios 134 a 144, C.C.1.

que sólo es alcanzable de mediar una correcta, clara, precisa y adecuada imputación de hechos con relevancia jurídica y penal.

Consecuencia inexorable de una decisión de este talante, es la de ordenar la libertad inmediata e incondicional del procesado, SS. JMAH, privado de la libertad según autos en las instalaciones del Centro de Reclusión Militar del Batallón de Servicios No.12 del Ejército Nacional con sede en la ciudad de Florencia (Caquetá), tal como se dispondrá en la parte resolutiva de este proveído, ello previa notificación de la presente al SS. JMAH, para lo que se comisionará, con amplias facultades, al Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar con asiento en la misma municipalidad, despacho al que también se comisiona para efectos de expedir la correspondiente boleta de libertad por ante el director del centro de reclusión militar pertinente.

Sin más consideraciones y en mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

X. R E S U E L V E

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la diligencia de inquirir adiada 11 de abril de 2019, excepción hecha de las probanzas aducidas legal y oportunamente al *dossier*, para que en su lugar se

rehaga la actuación de conformidad con lo acrisolado la *ratio decidendi* de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior decisión, **ORDENAR** la libertad inmediata e incondicional del procesado SS. JMAH, privado de la libertad en las instalaciones del Centro de Reclusión Militar del Batallón de Servicios No.12 del Ejército Nacional con sede en la ciudad de Florencia (Caquetá), de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de esta providencia.

TERCERO: COMISIONAR con amplias facultades al Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar sito en la ciudad de Florencia (Caquetá), a fin de que notifique personalmente de la presente decisión al SS. JMAH y, asimismo, expida la boleta de libertad respectiva por ante el director del centro de reclusión militar pertinente.

CUARTO: En firme la presente decisión de conformidad con la normatividad aplicable al rito procesal penal militar[119], vuelva la actuación al juzgado de origen para lo de su competencia, una vez surtido el trámite

---

[119] Ley 600 de 2000, artículo 187, *"**EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS.** Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente".

que normativa, reglamentaria y jurisprudencialmente atañe a la secretaría común de la Corporación.

RADIQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala	**:**	**Segunda de Decisión**
Magistrado ponente	**:**	**TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Radicación	**:**	**159192**
Procedencia	**:**	**Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar**
Procesado	**:**	**SS. OWZP** **SLP.JGLL Y OTROS**
Delito	**:**	**Homicidio**
Motivo de alzada	**:**	**Auto que niega el envío del sumario por competencia a la Jurisdicción Especial para la Paz**
Decisión	**:**	**Se inhibe de conocer**

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del SLP. **JGLL** contra la decisión de fecha 15 de julio de 2019 proferida por el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional, mediante la cual negó la remisión por competencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz del proceso penal seguido en contra del uniformado por el delito de homicidio.

II. HECHOS

Ocurrieron el 17 de agosto de 2006, en la Vereda Media Luna del Municipio de Yarumal (Antioquia), según los cuales integrantes de la unidad "*Anzoátegui 4*", adscrita al Batallón de Infantería No. 10 "*Coronel Atanasio Girardot*" del Ejército Nacional, con ocasión a una información recibida por la red de cooperantes de esa unidad táctica iniciaron desplazamiento al lugar de los acontecimientos observando varias personas cerca de una casa, al verificar de quiénes se trataba fueron atacados por disparos de armas de fuego, en respuesta la tropa reaccionó y sostuvo un combate por espacio de 20 minutos, luego de efectuar el registro en el terreno encontraron el cuerpo sin vida de un sujeto que fue identificado como **FADS**, quien portaba un revolver y una granada de fragmentación.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1-. Por los hechos antes referidos, el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de indagación preliminar en averiguación de responsables por el presunto delito de homicidio el pasado 30 de

agosto de 2006[1]. Posteriormente, el 14 de noviembre de 2007, el despacho instructor dispuso la apertura de investigación penal por el delito de homicidio en contra del SS. **OWZP**, C3. **EEMB**, SLP. **PEVS**, SLP. **JSJF**, SLP. **IJM**, SLP. **JDJB**, SLP. **JGLC** y SLP. **JGLL**, siendo éste último escuchado en indagatoria el 6 de abril de 2010[2] y resuelta su situación jurídica provisional el 3 de junio del citado año, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento[3].

3.2-. Posteriormente, el 6 de marzo de 2019, la defensa del SLP. **JGLL** presentó ante el despacho de instrucción solicitud de remisión de su caso por competencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz[4], petición a la que anexó copia del acta No. 300978 mediante la cual el procesado se sometió voluntariamente a la JEP frente al preciso asunto.

3.3- El 15 de julio de 2019, el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar negó la solicitud de remisión por competencia del sumario ante la Jurisdicción Especial para la Paz[5]. Por esa razón, la defensa del uniformado interpuso recurso de apelación contra la citada decisión, el cual correspondió a la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial conforme al reparto efectuado para el efecto.

---

[1] Cuaderno original No.1, folios 8-17.
[2] Cuaderno original No. 2, folios 611-614.
[3] Cuaderno original No. 4, folios 639-655.
[4] Cuaderno original No.7 1379-1382.
[5] Cuaderno original No. 8, folios 1450-1454.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar negó la petición de la defensa, de remitir por competencia la investigación que por homicidio se sigue en contra del SLP. **JGLL** a la Jurisdicción Especial para la Paz y, en consecuencia, resolvió continuar con la instrucción del sumario, soportada en los siguientes aspectos:

Indicó que, si bien el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017 establece que la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es preferente respecto de las actuaciones penales, disciplinarias y administrativas por conductas cometidas antes del 1° de diciembre de 2016 con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado por parte de agentes del Estado o de combatientes pertenecientes a grupos armados al margen de la ley, su competencia no se predica automática e inmediata respecto de todos los casos que tengan algún tipo de relación con el conflicto armado.

Sostuvo que la Sección de Apelaciones de esa jurisdicción especial, a través de auto TP-SA-046 del 9 de octubre de 2018, estableció que los casos que hubieren superado la etapa de indagación o

investigación y, por consiguiente, se encuentren en etapa de juzgamiento o recurso pendiente, debe verificarse inicialmente si éstos han sido priorizados por la JEP, para lo cual han de atenderse las siguientes reglas:

> *"(i) Los casos no priorizados sólo podrán ser remitidos por la jurisdicción ordinaria a la JEP cuando ésta los requiera para resolver sobre los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016 y demás normas relacionadas. (ii) Si los expedientes contentivos de los casos no priorizados se envían a la JEP de manera equivocada, vale decir, sin observar la anterior regla -(i)-, ésta debe regresarlos a la autoridad judicial remitente. (iii) Los asuntos priorizados sólo pueden ser trasladados materialmente a la JEP cuando ésta los requiera de manera explícita o expresa. O, si no ha procedido de tal manera -agrega en esta oportunidad la Sección-, cuando los expedientes sean necesarios para decidir beneficios transicionales. Y, (iv) Si los expedientes relativos a casos priorizados se envían a la JEP por error, es decir, contrariando la anterior regla -(iii)-, ésta debe remitirlos a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) para que resuelva si los conserva a efectos de desarrollar los casos priorizados, o si dispone su retorno a la oficina de origen".*

En esas condiciones, destacó que la Corte Suprema de Justicia indicó que el sometimiento del interesado ante la JEP que se realiza a través del diligenciamiento de un acta de compromiso, no implica la suspensión del proceso penal que curse en la jurisdicción ordinaria, circunstancia que solamente se da en aquellos eventos en que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz adopte una decisión definitiva sobre la situación del postulado, lo que

no impide que el procesado o su defensor puedan acudir ante la JEP con el ánimo de obtener beneficios penales señalados en la Ley 1820 de 2016.

En esas condiciones, concluyó que, como ninguna de las Salas o Secciones de la Jurisdicción Especial para la Paz había requerido en forma expresa el proceso para asumir su competencia, luego, no era procedente enviar las diligencias a la Jurisdicción Especial para la Paz y, en consecuencia, dispuso continuar con el adelantamiento del proceso penal.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Doctor **GOIS**, adscrito al Fondo de Defensa Técnica Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública (FONDETEC), en su condición de defensor del SLP. **JGLL**, presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra la decisión del Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar, para lo cual solicitó que esta instancia examine el caso y disponga la remisión inmediata de la actuación por competencia a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz o, en su defecto, se envié el proceso a la Corte Constitucional para que esa instancia defina la competencia conforme lo dispone el artículo 70 de la Ley 1957 de 2019.

Para el efecto, el recurrente sostuvo que, si bien el literal "j" del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019, permite a la jurisdicción penal únicamente adelantar actos de indagación e investigación respecto de los casos que son de competencia de la JEP, se torna evidente que la competencia en estos eventos es limitada y por ello resulta ilógico que el juez de instrucción se aferre a mantener la competencia en el presente asunto.

Destacó que el inciso 4° del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019, dispone que en el evento en que la Fiscalía General de la Nación o el órgano investigador identifique que el caso es de competencia de la JEP, deberá remitirlo en forma inmediata a la Sala de Reconocimiento de esa jurisdicción especial, razón adicional para que se disponga la remisión del presente asunto a la JEP, pues es claro que el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar no es el competente para continuar conociendo el proceso.

VI.CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público que actúa ante esta instancia conceptuó que debe acogerse la pretensión del recurrente y en consecuencia remitir copia del proceso a la Jurisdicción Especial para la Paz a fin de que asuma la competencia del caso, dado que los hechos se dieron en desarrollo del conflicto

armado donde se le dio muerte a un sujeto miembro de una organización insurgente, además la ocurrencia del hecho se ajusta al componente temporal definido en la ley y la Constitución para que la JEP asuma su conocimiento.

Así mismo, precisó que si bien es cierto la competencia de la JEP se asume en forma escalonada conforme a los criterios que ella misma ha establecido, el procesado ha informado que actualmente cursan otros casos en su contra ante esa jurisdicción especial y pretende que todos ellos incluso el presente sumario sean definidos conjuntamente por esa autoridad jurisdiccional, lo cual constituye una razón adicional para que se disponga la remisión del presente asunto a la JEP.

Finalmente, refirió que de no acogerse su recomendación debe procederse a dar trámite del conflicto de jurisdicciones ante la Corte Constitucional.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el inciso 2° del artículo 583 de la Ley 522 de 1999, de tal suerte, que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que

inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación.

De esa manera, el problema jurídico se circunscribe a establecer si el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar es competente para continuar conociendo del proceso penal que se sigue en contra del SLP. **JGLL** por el delito de homicidio, pese a que el uniformado hubiere solicitado el traslado del proceso a la Jurisdicción Especial para la Paz por haber suscrito el acta de sometimiento ante esa jurisdicción.

Para el efecto, es necesario señalar que el artículo 273 del Código Penal Militar o Ley 522 de 1999, norma adjetiva aplicable en el presente evento en tanto no se ha implementado el esquema procesal de tendencia acusatoria en la jurisdicción penal militar, previó que puede suscitarse colisión de competencias cuando dos o más jueces instancia o fiscales militares reclaman el conocimiento o tramitación de un proceso penal (conflicto positivo) o cuando se niegan a conocer de él por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos (Conflicto negativo), disputa que corresponde al Tribunal Superior Militar y Policial dirimir conforme lo dispone el numeral 4o del artículo 238 de la citada disposición.

No obstante, cuando despachos de jurisdicciones distintas reclaman o rechazan el conocimiento de un determinado asunto, quien debe dirimir el conflicto es

al Consejo Superior de la Judicatura o a la Corte Constitucional, como en el preciso asunto, por disposición del numeral 11 del artículo 241 superior y el artículo 70 de la Ley 1957 de 2019[6].

Por tanto, corresponde inicialmente al funcionario judicial castrense de primera instancia que conoce el proceso determinar su competencia, previo análisis de las pruebas recaudadas y teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública. Decisión que pese a ser motivada, carece del recurso de apelación y, por lo tanto, no es susceptible de impugnación a través de los recursos ordinarios las determinaciones de los funcionarios judiciales que accedan o nieguen la petición de los sujetos procesales para remitir a otra jurisdicción un determinado asunto[7], dado que la ley dispone un procedimiento y una autoridad distinta para controvertirlas.

Mecanismo al que puede acudir el sujeto procesal mediante la presentación de petición en dicho sentido ante la autoridad judicial que considera competente, la cual, de valorar acertadas las razones para reclamar la competencia, solicitará la remisión del

---

[6] *ARTÍCULO 70 Ley 1957 de 2019: CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ENTRE JURISDICCIONES. Los conflictos de competencia entre jurisdicciones se dirimen por la Corte Constitucional de conformidad con lo establecido en el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política.*

[7] *Tribunal Superior Militar, Rad. 155510 del 13 de diciembre de 2011, MP. CN (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira.*

caso o en su defecto entrabará el conflicto para que la autoridad jurisdiccional competente lo dirima. Aspecto frente al cual la Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"2.- En este orden de ideas, cabe destacar que cuando el artículo 100 del C.P.P., faculta a cualquiera de los sujetos procesales para suscitar la colisión de competencias ante el funcionario que esté conociendo de la actuación procesal o ante el que considere competente para dicho conocimiento, su solicitud no es determinante ya que el funcionario ante quien se formuló está obligado a examinarla sí pero sólo la acogerá "si la hallare fundada", en cuyo caso "provocará la colisión". Contrario sensu, si no la encuentra fundada no tiene por qué provocar incidente alguno, ni le es dado a las partes cuestionar tal determinación verticalmente. Si considera errada la determinación del funcionario, el legislador le brinda la oportunidad de acudir al otro funcionario para que sea éste el que en definitiva examine las razones y proceda a proponer o no el incidente, según que las encuentre o no fundadas…"*[8].

Sobre el tema objeto de estudio la Corte Suprema de Justicia además ha precisado:

> *"(…) Pero si el funcionario ante quien se formula solicitud para que se desprenda o asuma el conocimiento de un proceso, la encuentra fundada proferirá un auto motivado denegando el pedimento, esto es, absteniéndose de provocar la pretendida colisión, sin que sea viable cuestionar por vía de los recursos esta determinación, pues según la regulación que del*

[8] *Corte Suprema de Justicia, Radicado 10492 del 22 de mayo de 1995, MP. Dídimo Paez Velandia.*

mencionado incidente hace el legislador en los artículos 97 y ss. del C.P.P., la competencia del superior para asignar el conocimiento de un determinado asunto es restrictiva y exige como presupuesto que ésta se haya trabado realmente y no a través de los recursos ordinarios, luego no podría so pretexto de un pretendido recurso de apelación obligar a un juez a despojarse que una competencia que considera indiscutible, es decir, que lo que propone con la apelación interpuesta no es la solución de un conflicto, sino la creación de uno a través de un recurso "per saltum" inexistente en el ordenamiento…

(…)

Pero si el funcionario ante quien se formula la solicitud para que se desprenda o asuma el conocimiento de un proceso, la encuentra infundada, proferirá un auto motivado denegando el pedimento, esto es, absteniéndose de provocar la pretendida colisión, sin que sea viable cuestionar por vía de los recursos esta determinación, pues según la regulación que del mencionado incidente hace el legislador en los artículos 97 y ss del C de P.P., la competencia del superior para asignar el conocimiento de un determinado asunto es restrictiva, en la medida en que sólo la adquiere cuando exista colisión trabada en debida forma y no a través de los recursos ordinarios…"[9].

Conforme lo anterior, la Sala encuentra que el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar erró al conceder el recurso vertical de la providencia a través de la cual estableció su competencia para continuar con la investigación de los hechos objeto

[9] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No.12363. MP. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.*

de actuación penal, en la medida que dicho pronunciamiento no era susceptible de impugnación a través del recurso de apelación por tratarse de un acto de jurisdicción, razón por la cual este Colegiado no podrá resolver de fondo el asunto y, en consecuencia, adoptará una decisión inhibitoria.

Pero adicionalmente, dada la competencia prevalente de la Jurisdicción Especial para la Paz respecto de asuntos penales tramitados por esta jurisdicción que reúnen los factores de competencia temporal, personal y material definidos en el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1957 de 2019), conviene hacer las siguientes precisiones frente al tema.

Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1957 de 2019, la Jurisdicción Especial para la Paz conocerá de manera preferente sobre las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado de quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos, es decir, que en principio todos aquellos casos que agoten los factores personal, material y temporal serán de competencia preferente de la JEP.

Sin embargo, la Corte Constitucional precisó: *"que la competencia prevalente de la JEP en hechos relacionados con el conflicto armado no es exclusiva, puesto que el marco jurídico colombiano ha previsto distintos procedimientos e incluso jurisdicciones que se ocupan de la investigación, juzgamiento y sanción de los hechos*[10]*. Por tanto, sobre algunos hechos: (i) se deben aplicar los procedimientos de Justicia y Paz y los acuerdos de contribución a la verdad histórica y a la reparación, a cargo de la jurisdicción ordinaria y del Centro de Memoria Histórica; (ii) los jueces ordinarios pueden conceder amnistías y libertades a los miembros de las FARC y libertades a los miembros de la Fuerza Pública; tendrán competencia las autoridades encargadas de investigar, juzgar y sancionar a los aforados constitucionales, en los términos del parágrafo 1 del artículo 5 transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 y el condicionamiento efectuado por la Sentencia C-674 de 2017, sin perjuicio de su decisión voluntaria de someterse a la JEP; y (iv) la jurisdicción ordinaria tendrá la competencia para la judicialización de los civiles -servidores públicos o particulares-, sin perjuicio de que voluntariamente estos puedan someterse a la JEP, como lo señaló la Sentencia C-674 de 2017"* [11].

En el mismo sentido, el literal "j" del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019[12] reconoce que la jurisdicción

[10] Corte Constitucional, Auto 348 de 2019. Parr. 2.9.
[11] *Corte Constitucional, Sentencia, C-080 de 2018, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.*
[12] *Ley 1957 de 2019- Artículo 79, literal J : Atendiendo a la competencia exclusiva de la JEP sobre las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, conforme se establece en el artículo*

ordinaria conserva una competencia ultractiva respecto de los casos de competencia de la JEP en cuanto a actos de indagación e investigación, en lo demás, la jurisdicción penal (ordinaria y militar) debe abstenerse de proferir medidas de aseguramiento, sentencias y ordenar capturas.

Por esa razón, la competencia de la JEP pese a ser preferente se ejerce de modo secuencial conforme a los criterios de selección y priorización como componentes propios de la justicia transicional[13], con base en ello, cuenta con la atribución de organizar a partir de un orden prioritario el conocimiento de asuntos de los cuales ya tiene competencia, entre tanto, las demás jurisdicciones conservan una competencia limitada para realizar únicamente actos de indagación e investigación, dado que solo la JEP puede adoptar decisiones de fondo tales como proferir sentencias y resolver recursos ordinarios y extraordinarios[14].

---

transitorio 5o del Acto Legislativo número 01 de 2017, los órganos y servidores públicos que continúen las anteriores investigaciones solo podrán realizar actos de indagación e investigación según el procedimiento que se trate absteniéndose de proferir sentencias, imponer medidas de aseguramiento, ordenar capturas o cumplir las que previamente se hayan ordenado, que involucren a personas cuyas conductas son competencia de la JEP.

[13] "*El artículo transitorio 66 de la Constitución establece que tanto la priorización como la selección son "inherentes a los instrumentos de justicia transicional", en concordancia con lo cual faculta, de una parte, al Fiscal General de la Nación para determinar los criterios de* ***priorización*** *para el ejercicio de la acción penal a su cargo "salvo en los asuntos que sean de competencia de la jurisdicción especial para la paz" y, de la otra, al legislador estatutario para determinar los criterios de* ***selección*** *que permitan –en el marco de la justicia transicional–, centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática". Corte constitucional, sentencia C-080-18. MP. Antonio Jose Lizarazo Ocampo.*

[14] *"Esta interpretación la acogió explícitamente la Corte Constitucional en el auto 348 de 2019, en el cual citó el auto TP-SA 46 de 2018, atrás invocado, para resolver un conflicto de competencia entre jurisdicciones. En esa ocasión, la Corte desató un conflicto que se había suscitado entre la JEP y la jurisdicción penal ordinaria (un Tribunal de Justicia y Paz), por cuanto esta le concedió a un ex miembro de las FARC-EP un beneficio provisional contemplado en la Ley 1820 de 2016, dispuso suspender el proceso ordinario en su contra, y ordenó remitir las actuaciones a la JEP. Se trataba de un ex integrante del grupo guerrillero, involucrado en*

Como resultado, la Sala de Apelaciones del Tribunal para la Paz ha reiterado que la competencia prevalente de la JEP debe ser secuencial, progresiva y escalonada a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos, circunstancia que se desprende de artículo transitorio 7°, inciso 1°, Superior (adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017), así como del artículo 28 de la Ley 1820 de 2016[15]. De esa manera, se reitera que la competencia de la JEP no es inmediata y automática respecto de todos los casos que tengan algún vínculo con el conflicto armado[16], dado que concurren varios factores, entre ellos uno ajeno al campo jurídico, el cual está relacionado con las limitaciones logísticas y de personal de esa jurisdicción[17].

---

delitos de homicidio, rebelión, hurto, desplazamiento, actos de terrorismo, daño en bien ajeno, entre otros, realizados antes del 1° de diciembre de 2016. El respectivo proceso, en este caso, ya había superado la fase de investigación. Pese a esto, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas retornó las diligencias a la justicia ordinaria, sobre la base de que esta última aún conservaba competencias sobre el caso, debido a que aún no había sido priorizado. La Corte Constitucional desató el conflicto en el sentido de enviar el proceso a la JEP, por cuanto, a pesar de declarar de manera expresa la relevancia de los poderes de selección y priorización, para determinar quién era competente bastaba con reparar en los criterios material, personal y temporal de competencia, así como verificar que el asunto ya hubiera superado la fase de investigación" Tribunal para la Paz, Sección de Apelaciones, Auto TP-SA-286 del 11 de septiembre de 2019 en el asunto de Juan Carlos Dueñas Mejía.

[15] *Tribunal para la Paz, Sección de Apelaciones, Auto TP-SA 098 del 20 de diciembre de 2018 en el caso de Robinson Valenzuela Gutiérrez.*

[16] *Tal apreciación fue destacada por la Sección de Apelaciones en el Auto TP-SA 033 de 2018 y reiterado en el Auto TP-SA 046 de 2018.*

[17] *"Por lo demás, concurren otras razones, ajenas a lo jurídico, relacionadas con las dificultades y restricciones administrativas -institucionales y logísticas-, tales como las limitaciones de la planta de personal y del espacio de almacenamiento y operación, así como el costo (recursos humanos y financieros) del envío y manipulación de la totalidad de los expedientes, etc., que imponen que la competencia del componente judicial del SIVJRNR se ejerza en la forma que viene de indicarse, vale decir, de manera secuencial, progresiva, escalonada y priorizada. Destáquese que desde el Auto TP-SA 033 de 2018, la Sección previno acerca de la inconveniencia de un arribo masivo de actuaciones no requeridas a la JEP. Tribunal para la Paz, Sección de Apelaciones, Auto TP-SA 098 del 20 de diciembre de 2018 en el caso de Robinson Valenzuela Gutiérrez.*

El otro factor involucrado, tiene que ver con la priorización de casos respecto de los procesos que han superado las fases de indagación e investigación, es decir, que se encuentren en etapa de juicio, recurso pendiente o ejecución de la sanción, para lo cual la Sala de Apelaciones ha establecido las siguientes reglas que igualmente referenció el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar en el auto cuestionado:

> *"(i) Los casos no priorizados sólo podrán ser remitidos por la jurisdicción ordinaria a la JEP cuando ésta los requiera para resolver sobre los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016 y demás normas relacionadas. (ii) Si los expedientes contentivos de los casos no priorizados se envían a la JEP de manera equivocada, vale decir, sin observar la anterior regla -(i)-, ésta debe regresarlos a la autoridad judicial remitente. (iii) Los asuntos priorizados sólo pueden ser trasladados materialmente a la JEP cuando ésta los requiera de manera explícita o expresa. O, si no ha procedido de tal manera -agrega en esta oportunidad la Sección-, cuando los expedientes sean necesarios para decidir beneficios transicionales. Y, (iv) Si los expedientes relativos a casos priorizados se envían a la JEP por error, es decir, contrariando la anterior regla -(iii)-, ésta debe remitirlos a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) para que resuelva si los conserva a efectos de desarrollar los casos priorizados, o si dispone su retorno a la oficina de origen"*[18].

De lo anterior se desprende que, el sometimiento voluntario ante la JEP, que se materializa a través de la suscripción de la respectiva acta de

[18] *Ibidem.*

sometimiento ante esa jurisdicción[19], no es suficiente para que pueda predicarse la suspensión de la actuación procesal y la remisión automática del expediente a la JEP, en la medida que es necesario que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz manifieste si acoge o rechaza la solicitud del compareciente previo análisis de los ámbitos de competencia personal, material y temporal propios de esa jurisdicción.

Precisado lo anterior, conviene igualmente referir que el proceso penal que tramita el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar en contra del SLP. **JGLL** por el homicidio de **FADS**, no ha sido priorizado por la JEP, tampoco ha sido requerido por ninguna de las Salas o Subsalas de esa jurisdicción, además se encuentra en etapa de instrucción, es decir, no se encuentra en etapa de juzgamiento o ejecución de la sentencia, por ende no se ha configurado la suspensión del mismo ni la sustracción de la competencia del juez de instrucción penal militar del caso, quien cuenta hasta este momento con plenas facultades para adelantar los actos de investigación que considere para el esclarecimiento de los hechos.

[19] *Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Subsala Dual Quinta, Resolución No. 003952 del 31 de julio de 2019 en el caso de José Jorge Guzman Peñuela.*

En mérito a lo anterior, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: INHIBIRSE de pronunciarse respecto de recurso de apelación presentado por la defensa del SLP. **JGLL,** contra el auto de fecha 15 de julio de 2019 proferido por el Juzgado 32 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional, mediante el cual negó la remisión por competencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz del proceso penal seguido en contra del mencionado soldado por el delito de homicidio.

SEGUNDO: DEVOLVER el proceso al despacho de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitán de Navío **(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	***Segunda de Decisión***
Magistrado Ponente:	***CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ***
Radicación:	***159204***
Procedencia:	***Juzgado 11 Penal Militar de Brigada***
Sindicado:	***SLR. PVJF***
Delito:	***Deserción***
Motivo de alzada:	***Apelación auto que concedió libertad condicional***
Decisión:	***Revoca***

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil veinte (2020).

I.- VISTOS.

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a conocer el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público ante la primera instancia contra el auto interlocutorio de fecha 23 de agosto de 2019 proferido por el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, mediante el cual concedió el subrogado de libertad condicional al SLR. **PVJF,** quien fue condenado a la

pena de 8 meses de prisión como autor del delito de deserción en sentencia del 24 de julio de 2019.

II.- HECHOS.

Denunció el CT. **RAPA,** Comandante de la Batería "Catapulta" del Batallón de Artillería No. 1 "Tarqui" del Ejército Nacional ubicado en Sogamoso "Boyacá", que el SLR. **PVJF,** integrante del octavo contingente de 2015 y orgánico de la referenciada unidad militar, se le autorizó un permiso por calamidad familiar el 5 de marzo de 2016, debiendo regresar a la unidad el 16 de marzo del mismo año. Sin embargo, el bajo banderas no se presentó en la fecha estipulada ni dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma para continuar con la prestación del servicio militar.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Con fundamento en la denuncia y los demás documentos que remitió la unidad militar, el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar con auto del 19 de mayo de 2016, dispuso la apertura de investigación penal contra el aludido soldado por el delito de deserción[1].

[1] *Cuaderno original No. 1, folios 25-27.*

3.2. Luego de concluirse la etapa de instrucción y calificación, el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional en providencia del 24 de julio de 2018 condenó al uniformado a la pena de 8 meses de prisión como autor del delito de deserción[2], decisión que cobró firmeza el 17 de agosto de 2018[3] y en consecuencia se procedió a la ejecución de la sentencia.

3.3 Posteriormente, el juzgado de instancia profirió auto interlocutorio de fecha 23 de agosto de 2019, a través del cual le concedió el beneficio de la libertad condicional al enjuiciado por haberse reunido los requisitos del artículo 64 de la Ley 1407 de 2010, decisión contra la cual el representante del Ministerio Público ante la primera instancia presentó recurso de apelación, el cual le correspondió por reparto a esta Sala Decisión.

IV.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional mediante auto del 23 de agosto de 2019 concedió el beneficio de libertad condicional al SLR. **PVJF**, determinación que adoptó con fundamento en el artículo 64 de la Ley 1407 de

[2] Cuaderno original No. 1, folios 205-220.
[3] Cuaderno original No. 1, folio 229.

2010, para lo cual consideró que no era necesario el cumplimiento total de la pena impuesta al uniformado como autor del delito de deserción, dado que la conducta por la cual fue llamado a juicio no se considera peligrosa, así que al disponerse su libertad, dicha circunstancia no conllevaría efectos negativos hacia la comunidad militar, en la medida que el condenado por su condición de soldado regular no correspondía a un militar calificado dentro la jerarquía castrense para ejercer el mando o un rango superior que implique dirección de las tropas.

Por otro lado, refirió que el condenado estuvo privado de la libertad en el Centro Penitenciario y Carcelario de Alta y Media Seguridad (EJUPA) del Ejercito Nacional con sede en Valledupar (Cesar), por un término de 122 días contabilizados desde el 24 de abril hasta el 23 de agosto de 2019 -fecha última en la que profirió la decisión motivo de censura-.

Agregó que, al término anterior (122 días) le adicionó las horas de estudio realizadas por el condenado que constan en tres certificaciones expedidas por el citado centro carcelario y que suman en total 372 horas, las cuales corresponden a 31 días de redención de pena aplicando la fórmula de conversión del artículo 97 de la Ley 65

de 1993 (un día de reclusión por dos días de estudio), por lo que al sumar dicha cifra con el periodo de detención intramural arrojó un resultado final de 153 días de pena cumplida, cifra que superó las 3/5 partes (144 días) de la pena de prisión de 8 meses impuesta al procesado en sentencia del 24 de julio de 2018.

De esa manera, la juez de primera instancia en función de ejecución de penas determinó que el sentenciado cumplió con los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 64 de la ley penal castrense para hacerse merecedor de la libertad condicional, para lo cual condicionó el beneficio punitivo al cumplimiento del tiempo restante de la condena, esto es, 87 días como periodo de prueba además de la suscripción de caución juratoria, advirtiendo que de no cumplirse tales compromisos procedería a revocar el beneficio otorgado.

V.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

El doctor **CAMM** –Procurador 376 Judicial I Penal- solicitó la revocatoria del auto interlocutorio del 23 de agosto de 2019 proferido por el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional. Para el efecto, advirtió que no era procedente la concesión del beneficio de libertad condicional a

PVJF, en la medida que no se encuentran acreditados los requisitos objetivos y subjetivos que exige el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010.

Estimó que la juez de la primera instancia se equivocó al realizar el ejercicio aritmético para determinar las 3/5 partes de la pena cumplida que exige la precitada norma, dado que el condenado estuvo privado de la libertad 119 días y no 122 días como lo aseguró en la providencia.

Así mismo, indicó que solo obran en el plenario dos certificaciones de tiempo de estudio expedidas por el centro carcelario, las cuales corresponden a los Nos. 17472406 y 17473035 que sumadas dan un total de 204 horas y no 372 horas como lo sostuvo la funcionaria judicial en el auto apelado, luego, la sumatoria de horas de estudio y días de privación física de libertad del condenado no alcanzan a totalizar 144 días, periodo que corresponde a las 3/5 partes de pena cumplida, como requisito objetivo para que sea procedente la libertad condicional en favor del SLR. **PVJF.**

De la misma manera, consideró que la decisión judicial adolece de motivación en cuanto al requisito subjetivo para el otorgamiento del beneficio punitivo, es decir, omitió el análisis de la conducta del uniformado al interior del centro

carcelario, aspecto que igualmente exige acreditar el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 como fundamento para la viabilidad del beneficio punitivo aludido.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

EL Procurador 13 Judicial II Penal, al descorrer el traslado que esta instancia le hiciera, manifestó que le asiste parcialmente la razón a su homólogo de la primera instancia, en la medida que se encuentra acreditado el requisito objetivo para la concesión del beneficio otorgado al condenado, sin embargo, estimó que el requisito subjetivo no corre igual suerte, en tanto no se acreditó o sustentó su existencia por parte de la Juez 11 de Brigada del Ejército Nacional, en consecuencia conceptuó que la decisión judicial debe ser revocada.

En cuanto al aspecto objetivo para la concesión del beneficio, consideró que tanto la actuación como la providencia censurada dan cuenta que el SLR. **PVJF** cumplió con las 3/5 partes de la condena de ocho (8) meses de prisión impuesta en la sentencia del 24 de julio de 2018, término de privación de la libertad que para este caso corresponde a 144 días, lo cual está probado en la actuación dado que el condenado estuvo en

privación física de la libertad en cumplimiento de la condena por un periodo de 122 días, adicional a dicho término acreditó 372 horas de estudio según las certificaciones No. 17404132,17473035 y 17472406 que obran en el sumario y que equivalen a 31 días de privación de la libertad conforme las previsiones del artículo 97 de la Ley 65 de 1993, por lo que puede concluirse que el enjuiciado acreditó un total de 153 días de reclusión, tiempo suficiente para que fuera procedente la concesión del beneficio punitivo contrario al planteamiento del recurrente.

No obstante, señaló que la juez de instancia se sustrajo de motivar el aspecto subjetivo para el otorgamiento de la libertad condicional, aspecto que debe acreditarse igualmente conforme al artículo 64 de la Ley 1407 de 2010. En tal sentido, se exigía de la juez de instancia al ejecutar la pena valorar la conducta del uniformado junto con el aspecto objetivo, puesto que solo de esa forma podía considerar la libertad del condenado. Sin embargo, pasó por alto referirse al comportamiento del sentenciado, circunstancia que implica la revocatoria de la decisión censurada tal y como lo reclamó el representante del Ministerio Público ante la primera instancia.

VII.- DE LA COMPETENCIA.

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[4], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público ante la primera instancia, contra el auto interlocutorio del 23 de agosto de 2019 proferido por el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual le concedió el beneficio de libertad condicional al SLR. **PVJF**, quien fuera condenado a la pena de ocho (8) meses de prisión como autor del delito de deserción en sentencia del 24 de julio de 2019[5].

[4] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 44046 del 17-06-15, MP. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.*
[5] *Cuaderno original No. 2, folios 205-220.*

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Frente al recurso de apelación se ha de recordar que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte, que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los inherentes a ésta que se puedan visualizar en la investigación objeto de estudio.

Bajo ese entendido, encuentra la Sala que el inconformismo planteado por el censor se refiere a que la providencia apelada no acreditó los requisitos objetivos y subjetivos descritos en el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010, para concederle el beneficio de la libertad condicional al SLR. **PVJF.**

Dicho lo anterior, para abordar el análisis del recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público ante la primera instancia, la Sala se referirá a los requisitos objetivos y subjetivos contenidos en el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 para la concesión de la libertad condicional y luego analizará el caso en concreto.

8.1- El legislador asignó a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad el deber de decidir sobre la libertad condicional de los condenados. Pese a lo anterior, en la jurisdicción penal castrense esta función corresponde a los jueces de instancia dado que el legislativo no previó jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en la Ley 522 de 1999 -norma de corte inquisitivo que actualmente se aplica en su parte procedimental a los asuntos de competencia de esta jurisdicción-.

Particularidad que de ningún modo afecta la estructura del proceso penal ni es violatoria del debido proceso, en la medida que la Constitución Política no impone la existencia de un juez que registre esta función de manera absoluta, en consecuencia el legislador puede descartar su regulación en los códigos penales que expide, de esa manera el juez penal militar que dicta la sentencia debe ejecutarla, lo cual es aceptado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional dado que se parte de la premisa que el funcionario encargado de ejecutar la pena se limita únicamente a lo ordenado en la sentencia[6].

Ahora bien, para conceder el subrogado penal de la libertad condicional corresponde al juez de primera instancia de esta jurisdicción con

[6] *Corte Constitucional, Sentencia C- 358-97, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

funciones de ejecutor de penas y medidas de seguridad, en primer lugar, verificar si la conducta motivo de condena fue considerada ostensiblemente grave por el legislador en el código penal militar, superado este filtro de gravedad, el funcionario debe determinar si es procedente conceder el subrogado, por lo que se impone verificar el cumplimiento del requisito objetivo exigido por el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 –norma aplicable actualmente en su aspecto sustantivo a los procesos penales que tramita esta jurisdicción-, el cual corresponde al cumplimiento de las 3/5 partes de la pena, al pago total de la multa y la reparación de la víctima[7].

Sobre la acreditación del requisito objetivo, es importante mencionar que el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) prevé que los condenados cuentan con la posibilidad de redimir parte de la pena impuesta en la sentencia a través de trabajo, estudio y enseñanza conforme a los criterios fijados por los artículos 82[8], 97[9] y 98[10]

---

[7] *Ley 1407 de 2010- ARTÍCULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima.*

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.

[8] *Ley 65 de 1993- ARTÍCULO 82. REDENCIÓN DE LA PENA POR TRABAJO. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por trabajo a los condenados a pena privativa de libertad. A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo.*

de la citada normatividad. La certificación del tiempo realizado por parte de los condenados en tales actividades le corresponde al centro carcelario respectivo según lo refieren los artículos 81[11] y 96[12] de la Ley 65 de 1993.

8.2- Frente al caso en particular, encuentra la Sala que le asiste razón al recurrente en forma parcial como lo conceptuara el representante del Ministerio Público delegado ante esta instancia. Para ello, ha de tenerse en cuenta que en la providencia en cuestión se acreditó el requisito objetivo para la concesión del subrogado de

---

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad constatará en cualquier momento, el trabajo, la educación y la enseñanza que se estén llevando a cabo en los centros de reclusión de su jurisdicción y lo pondrá en conocimiento del director respectivo.

[9] Ley 65 de 1993- ARTÍCULO 97. REDENCIÓN DE PENA POR ESTUDIO. <Artículo modificado por el artículo 60 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por estudio a los condenados a pena privativa de la libertad. Se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio.

Se computará como un día de estudio la dedicación a esta actividad durante seis horas, así sea en días diferentes. Para esos efectos, no se podrán computar más de seis horas diarias de estudio.Los procesados también podrán realizar actividades de redención pero solo podrá computarse una vez quede en firme la condena, salvo que se trate de resolver sobre su libertad provisional por pena cumplida.

[10] Ley 65 de 1993 - ARTÍCULO 98. REDENCIÓN DE LA PENA POR ENSEÑANZA. <Artículo modificado por el artículo 61 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El condenado que acredite haber actuado como instructor de otros, en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria, artesanal, técnica y de educación superior tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de estudio, siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias de instructor o de educador, conforme al reglamento.

[11] Ley 65 de 1993 - ARTÍCULO 81. EVALUACIÓN Y CERTIFICACIÓN DEL TRABAJO. <Artículo modificado por el artículo 56 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de evaluación del trabajo en cada centro de reclusión habrá una junta, bajo la responsabilidad del Subdirector o del funcionario que designe el Director.

El Director del establecimiento certificará las jornadas de trabajo de acuerdo con los reglamentos y el sistema de control de asistencia y rendimiento de labores que se establezcan al respecto.

[12] Ley 65 de 1993- ARTÍCULO 96. EVALUACIÓN Y CERTIFICACIÓN DEL ESTUDIO. El estudio será certificado en los mismos términos del artículo 81 del presente Código, previa evaluación de los estudios realizados.

libertad condicional a **PVJF**, sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto al requisito subjetivo como se explicará a continuación.

En cuanto al presupuesto objetivo, consta en la actuación que el institucional fue condenado a la pena de prisión de ocho (8) meses como autor del delito de deserción mediante sentencia del 24 de julio de 2019 proferida por el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional[13]. Posteriormente, fue privado de la libertad a partir del 24 de abril de 2019, en desarrollo de la orden de captura librada por el juzgado de instancia para efectos de cumplimiento de la sentencia aludida[14]. Privación de la libertad que se prolongó hasta el 23 de agosto de 2019[15], fecha última en que el fallador de instancia con funciones de ejecución de la pena profirió la decisión motivo de censura que le concedió la libertad condicional al SLR. **PVJF**, por lo que haciéndose el cálculo respectivo se tiene que el uniformado estuvo privado de la libertad por un periodo de 121 días y no 119 días como lo aseguró el recurrente.

Así mismo, obra en la actuación oficio No. 2287 del 13 de agosto de 2019, suscrito por el Director de la Cárcel y Penitenciaria de Alta y Media

[13] *Cuaderno original No. 2, folios 205-220.*
[14] *Cuaderno original No. 2, folio 230 y 234-236.*
[15] *Cuaderno original No.2, folios 257-261.*

Seguridad para miembros del Ejército Nacional (EJUPA), documento a través del cual se adjuntaron tres constancias de estudio de la siguiente manera: Certificación No. 17404132 del 18-05-19 al 30-06-19 por 168 horas; Certificación No.17472406 del 01-07-19 al 31-07-19 por 126 horas y Certificación No. 17404132 del 01-08-19 al 21-08-19 por 78 horas, las cuales sumadas arrojan un total de 372 horas de estudio que corresponden a 31 días de redención de pena aplicando la fórmula que para el efecto establece el artículo 97 de la Ley 65 de 1993.

Ahora bien, al hacer la sumatoria de los 121 días de privación de la libertad del SLR. **PVJF** en el centro carcelario y los 31 días de redención de pena por estudio realizado, tenemos que contabilizan un total de 152 días de pena cumplida, periodo que en efecto superó las 3/5 partes (144 días) de la pena de prisión de 8 meses (240 días) impuesta al condenado en la sentencia.

De esa manera, contrario al planteamiento del censor, concluye la Sala que en efecto el requisito objetivo para la concesión del subrogado penal referenciado se cumplió a cabalidad como lo refirió el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional en la decisión censurada.

Sin embargo, aunque el juzgado de la primera instancia refirió que no era necesario el cumplimiento total de la pena impuesta al uniformado dado que la conducta motivo de condena no se consideraba peligrosa y que el conceder la libertad condicional al institucional estaba desprovisto de efectos negativos para la comunidad militar por su condición de soldado regular carente de mando en el Ejército Nacional, ninguna motivación refirió respecto a la conducta del condenado durante el tiempo de restricción de la libertad en el centro carcelario.

De manera que, la providencia cuestionada se limitó a referenciar escuetamente que el condenado cumplió el requisito subjetivo exigido por el artículo 64 de la Ley 1407 de 2010 para otorgar el subrogado penal sin la motivación correspondiente, siendo necesario precisar que para el efecto la conducta del sentenciado debió ser certificada por el centro carcelario donde éste se encontraba recluido, aspecto que no se estableció en los documentos que esa penitenciaria remitió a la actuación, lo que determina que la afirmación del juzgado de instancia frente al requisito subjetivo carece igualmente de respaldo probatorio.

Así las cosas, pese a que el condenado cumplió con el requisito objetivo del artículo 64 de la Ley

1407 de 2010 para acceder a la libertad condicional, esto es, haber cumplido las 3/5 partes de la pena impuesta en la sentencia, la providencia recurrida omitió establecer el presupuesto subjetivo que exige la ley para conceder el subrogado penal, en la medida que no se verificó la conducta del uniformado por parte del juzgado de instancia, lo que determina que la decisión adoptada por ese despacho sea revocada.

Sin más consideraciones, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX.RESUELVE.

PRIMERO: ATENDER PARCIALMENTE los argumentos del recurso de apelación y, en consecuencia, **REVOCAR** el auto de fecha 23 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, a través del cual se concedió el subrogado de la libertad condicional al SLR. **PVJF**, quien fue condenado a la pena de ocho (8) meses de prisión como autor de delito de deserción en sentencia del 24 de julio de 2018.

SEGUNDO: Devuélvase la actuación al Juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtidos

los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLIVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitan de Navio (RA) **JULIAN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera Sala de Decisión
Magistrado Ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	159022
Procedencia:	Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Valle
Procesado:	PT(R) NJMA PT (R) JJMC
Delito:	Homicidio culposo
Motivo de alzada:	Apelación sentencia
Decisión:	Decreta nulidad

Bogotá, D.C., trinta (30) de junio de dos mil veinte 2020).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a conocer del recurso de apelación interpuesto por la abogada de la defensa MIGR, en contra de la sentencia del 4 de julio del 2018[11] proferida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Valle con sede en Cali (Valle del Cauca), a través de la cual se condenó al

[1] Visible a partir del folio 1103 y ss. del C.O.6.

PT. NJMA por el delito de homicidio culposo a la pena principal de 2 años de prisión, multa de 20 SMLMV para el año 2009 y a la privación del derecho a conducir motocicleta por un período de 3 años, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Siendo las 01:32 horas del día 30 de agosto de 2009, cuando realizaban persecución de unos delincuentes dentro del cuarto y primer turno de servicio, la patrulla de vigilancia conformada por los patrulleros NJMA, quien conducía la motocicleta marca Yamaha de placas PTM66B y llevaba como tripulante a JJMC, colisionó de manera violenta a la altura del barrio Tomas Uribe, perímetro urbano del Municipio de Tuluá (Valle), con una motocicleta de marca Honda Biz de placas TIL 90A conducida por el señor CJMV, quien viajaba en compañía de la señora JTA[2].

Los particulares lesionados fueron remitidos al Hospital Tomás Uribe en donde fallecieron como consecuencia de las heridas causadas en el accidente de tránsito[3].

III. ACTUACIÓN PROCESAL

[2] Obra a folios 187-189 del C.O.1 Informe de Policía de Accidente de Tránsito en el que se incluye como causa probable del accidente *"hacer caso omiso a la señal PARE existente en la carrera 26 con calle 21, transitar en sentido contrario a lo estipulado en la vía"*, maniobras realizadas por parte del Vehículo No 1 identificado como motocicleta Yamaha de placas PTM66B propiedad de la Policía Nacional.
[3] Obra a folios 123-126 ibídem, Informes Periciales de Necropsias practicadas a los occisos CJMV y JTA donde se consigna como causa básica de la muerte "HEMORRAGIA MASIVA" por politraumatismo en accidente de tránsito.

Con fundamento en las diligencias judiciales remitidas por la Fiscalía Treinta y Dos Seccional del municipio de Tuluá (Valle)[4], el Juzgado 158 de Instrucción Penal Militar con auto del 9 de diciembre de 2009[5] dispuso la apertura de investigación formal en contra del PT. NJMA por el presunto delito de homicidio culposo.

La demanda de constitución de parte civil presentada por la señora SMER en representación de los menores CME y JCME, hijos de la víctima CJMV -fenecido en el accidente de tránsito- fue admitida por el instructor el 3 de junio de 2010[6].

El 22 de junio de 2010[7] el patrullero NJMA rindió indagatoria y el 28 de diciembre siguiente[8] el instructor resolvió su situación jurídica absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva por el punible de homicidio culposo, al encontrar que, de acuerdo con las pruebas recaudadas hasta ese momento, el procesado pudo haber actuado amparado por una circunstancia de ausencia de responsabilidad.

El abogado representante de la parte civil interpuso recurso de reposición en contra de dicho auto, el cual fue resuelto por el instructor a través de proveído del 21 de enero de 2011[9] en el sentido de no reponer ni revocar su decisión.

---

[4] Folios 71 al 220 de los C.O.1 y 2.
[5] Folio 227-228 del C.O.2.
[6] Cfr. Folios 301-302 ibídem.
[7] Cfr. Folios 320-325 ibídem.
[8] Cfr. Folios 334-338 ibídem.
[9] Folio 577 del C.O.3.

El día 31 de enero de 2011[10] fue ampliada la indagatoria rendida inicialmente por el PT (R) NJMA y el 27 de enero de 2012[11] se vinculó formalmente a la investigación al PT. NJMA, a quien se le resolvió situación jurídica el 14 de febrero siguiente[12] sin imponerle medida de aseguramiento.

Perfeccionada en lo posible la actuación, fue remitida para el trámite subsiguiente a la Fiscalía 155 Penal Militar del Departamento de Policía Valle[9], la cual declaró cerrada la investigación el 10 de mayo de 2012[10] y más adelante, el 30 de septiembre de 2013[13], decretó la nulidad de la actuación a partir de la indagatoria rendida por el PT. NJMA bajo el amparo de las causales 2° y 3° del artículo 388 del Código Penal Militar.

Avocada nuevamente la investigación por el Juez 158 de Instrucción Penal Militar, procedió a escuchar por segunda vez en diligencia de inquirir a los señores PT (R) NJMA [14] y PT. JJMC[15], resolviéndoles situación jurídica con interlocutorio del 12 de febrero de 2014[16] en el sentido de abstenerse de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra al no concurrir los presupuestos exigidos en el artejo 522 de la Ley 522 de 1999. Posteriormente, el 7 de marzo de 2014[17], amplió la indagatoria rendida por el PT. (R) NJMA.

---

[10] Cfr. Folio 582 ibídem.
[11] Cfr. Folio 508-511 ibídem.
[12] Cfr. Folios 518-523 ibídem.
[13] Cfr. Folio 671-679 del C.O.4.
[14] Folios 696-702 del C.O.4.
[15] Folios 703-711 ibídem.
[16] Folios 713-731 ibídem.
[17] Cfr. Folios 780-788 ibídem.

Subsanada la actuación en lo posible por cuenta del Juez 158 Instrucción Penal Militar, se remitió el compendio probatorio al Fiscal del Departamento de Policía Valle, quien procedió a clausurarlo el 11 de junio de 2015[18] y el 18 de septiembre de 2015[19] calificó el mérito sumarial con resolución de acusación contra los procesados por el delito de homicidio culposo y con cesación de procedimiento a ambos por el punible de fraude procesal.

Surtida la etapa del juicio, el 4 de julio de 2018[20] el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Valle profirió sentencia condenatoria en contra del PT (R) NJMA por el delito de homicidio culposo y absolvió por la misma causa al PT (R) JJMC. Apelada la decisión de primer grado por la defensa de quien fuera condenado, corresponde ahora conocer a esta Sala de Decisión del recurso[21].

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

El Juez de Instancia del Departamento de Policía Valle inició por determinar que los factores subjetivo y funcional se encontraban satisfechos, pues el primer elemento lo entendía verificado en razón a que los presuntos autores del punible eran miembros activos de la Fuerza Pública y en tal calidad cometieron la conducta que les fue enrostrada.

Frente al factor funcional recalcó que el día de los

[18] Cfr. Folio 966 del C.O.5
[19] Cfr. Folio 987-1034 ibídem.
[20] Cfr. Folios 1103-1126 del C.O.6
[21] Obra a folios 1140-1145 ibídem.

hechos los procesados desempeñaban labores de vigilancia en el Municipio de Tuluá (Valle) y en desarrollo de las mismas sufrieron un accidente de tránsito en el cual resultaron lesionados CJMV y JTA quienes posteriormente fallecieron, por tal razón dedujo que el delito de homicidio por el cual fueron acusados los implicados tenía relación directa con el servicio que cumplían para ese día.

Seguidamente procedió al resumen del material probatorio, anunciando otorgarle el mérito persuasivo correspondiente. En tal sentido, anticipó que la conducta se hallaba tipificada en el artículo 109 Código Penal Ordinario bajo la descripción de homicidio culposo y que, si bien de acuerdo con la resolución de acusación los procesados fueron acusados como coautores de ese delito, consideraba que ello no resultaba ajustado en el *sub examine* debido a que los elementos requeridos para predicar una coautoría impropia no estarían presentes.

Con sustento en el radicado de la Corte Suprema de Justicia No 11471 del 15 de diciembre de 2000, explicó que requisitos tales como, acuerdo común, división de trabajo y división del peso del aporte no eran extraíbles de los presupuestos facticos ocurridos, por lo cual se apartó del criterio sostenido por el fiscal de la causa y resolvió que el reproche penal solo sería posible para el PT. NJMA, como quiera que conducía el velocípedo que ocasionó el siniestro.

Adicionó que a voces del artículo 30 de la Ley 1407

de 2010, quien en esta oportunidad conducía la motocicleta al momento del accidente infringió el deber objetivo de cuidado y por tanto debía ser considerado como único autor del punible dado que actuó de manera autónoma e independiente, de allí que fue la persona que dominó el hecho hasta el final del suceso.

Consideró, además, que la materialidad de la conducta -deceso del señor CJMV y de la señora JTA- había quedado plenamente establecido en el paginario a través de los protocolos de necropsias Nos 20090101768340000232 y 20090101768340000231, respectivamente, y con los respectivos registros civiles de defunción Nos 5478121 y 5478122 que fueron allegados a la investigación.

En orden a demostrar la tipicidad de la conducta en el plano objetivo y subjetivo, adujó que la modalidad incriminatoria era culposa. Aseguró de cara a los elementos estructurales que integran el delito culposo, que la conducta del procesado violó el deber objetivo de cuidado que le era exigible y con ello produjo un resultado típico previsible y evitable, que *"en el proceso está demostrado que quien conducía excedía los límites de velocidad y al momento del accidente iba en contravía"*[22]. Dejó sentado por tanto, que existía *"un nexo de causalidad entre la falta del deber objetivo de cuidado y el resultado, como lo fue la acción de conducción violando las normas de tránsito (Informe Policial de accidentes de tránsito No 0620332) y el nefasto resultado del accidente, donde perdieron la*

[22] Cfr. Folio 114 C.O.6.

vida las dos personas que se movilizaban en la otra motocicleta"[23].

Ante la solicitud de la defensa de reconocer que el comportamiento del implicado estuvo cobijado por la presencia de una causal de ausencia de responsabilidad, explicó que no podía reconocerse a favor del institucional condenado el haber obrado en estricto cumplimiento de un deber legal, causal prevista en el numeral 3 del art. 33 de la Ley 1407 de 2010, ello en consideración a que, si bien el procedimiento que llevaron a cabo los procesados obedeció al desempeño propio de sus funciones como Patrulleros de la Policía Nacional, fue claro que quien conducía la motocicleta era quien debía cumplir con las normas de tránsito y ponderar de manera razonada el acatamiento de la constitución y la ley.

Arguyó que no admitía discusión alguna el hecho que los procesados cumplían funciones de patrullaje y vigilancia como miembros adscritos al Departamento de Policía Valle y que al escuchar unos disparos iniciaron una persecución por las calles del municipio de Tuluá (Valle) con el fin de aprehender a quienes portaban el arma de fuego y amenazaban la comunidad. Empero los policiales tenían otras posibilidades para cumplir con el deber de mantener la seguridad y estabilidad del municipio, luego no era necesario que infringieran las normas de tránsito, pues bien pudieron haber dado voces de auxilio a sus compañeros para que les ayudaran a obstaculizar el paso a los ocupantes de la moto

[23] Cfr. Folio 1114 del C.O.6.

fugitiva.

No desestimó la juzgadora que en el *sub examine* se hubiera presentado una colisión de bienes jurídicos entre la seguridad pública y la vida de las personas civiles que fenecieron, frente a lo cual indicó que no resultaría proporcional el sacrificio de la vida de estos particulares en pro de la seguridad pública del municipio de Tuluá, dado que resultó más perjudicial para la sociedad el daño causado por el sentenciado con la inobservancia de las normas de conducción, por lo que en definitiva descartó la concreción de la causal de justificación enarbolada por la defensa.

Subrayó que el manejo de cualquier tipo de automotor es concebido como una actividad peligrosa, por lo cual resulta obligatorio recibir instrucción al respecto y estar certificado en el manejo de los vehículos. Para el efecto, indicó, que se expide la respectiva licencia de conducción previo cumplimiento de los requisitos médico legales, máxime cuando se trata de automotores de propiedad de la Policía Nacional. Por tanto, discurrió que el procesado teniendo el pleno conocimiento que al conducir un vehículo oficial o particular debía respetar todas las reglas de tránsito al estar capacitado normativa y técnicamente para ello, decidió aun así actuar *"vulnerando el deber objetivo de cuidado, pues infringió las normas limitadoras de tránsito de carácter preventivo al no detenerse en una señal de PARE y entrar en contravía, sin considerar la posibilidad de daño, que fue la resultante y objeto de este proceso, teniéndose*

infortunadamente dos personas que perdieron la vida"[24].

En este orden de ideas finalizó aduciendo que la conducta además de típica resultaba antijurídica por la vulneración del bien jurídico de la vida de las víctimas, quienes sufrieron las consecuencias de la violación del deber objetivo de cuidado por parte del PT. NJMA. En consecuencia, al hallar cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 396 del Código Penal Militar, esto es, la certeza del hecho punible, concluyó que al PT. NJMA debía endilgársele responsabilidad por el delito de homicidio culposo, mientras a su compañero de patrullaje, el PT. JJMC, debía absolvérsele como quiera que iba como parrillero el día de los hechos.

Bajo los anteriores presupuestos argumentativos procedió al ejercicio de dosificación punitiva, aclarando que las reglas a aplicar en el asunto eran las contenidas en el art. 59 de la Ley 1407 de 2010. En tal sentido, advirtió que no existían agravantes y sí circunstancias de menor punibilidad como la carencia de antecedentes penales y la buena conducta anterior, por lo cual estableció la pena dentro del primer cuarto de movilidad dado que solo concurrían circunstancias de atenuación punitiva.

Luego de realizada la dosimetría penal concluyó que la pena de prisión a imponer sería de dos (2) años y la multa de 20 SMLMV para el año 2009, así como privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas por 3 años; también

[24] Cfr. Folio 786 C.O.4

reconoció el subrogado de la condena de ejecución condicional conforme los presupuestos del art. 63 y siguientes de la Ley 1407 de 2010.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Adujó la apoderada del PT (R) NJMA, que efectivamente la materialidad del delito endilgado a su prohijado estaría demostrada con los elementos de juicio que fueron allegados al proceso para probar, tanto el fallecimiento del señor CJMV como el de la señora JTA. Sin embargo, frente a la responsabilidad que le asistiría por estos hechos a su prohijado disintió en varios aspectos indicando:

- Que en el presente caso el Juzgado de Primera Instancia no tuvo en cuenta que "*la función policial implica el evitar la comisión de hechos ilícitos y fue este hecho el que motivo* (sic) *al policial para perseguir a dos sujetos que se dieron a la huida tan pronto advirtieron su presencia portando arma de fuego. Aquí no juzgamos delincuentes juzgamos policías, aceptar los argumentos de la Juez Falladora equivale a legitimar a que los policías se conviertan en espectadores indiferentes ante el crimen y el delito porque no podrían abordar a nadie si no existe la certeza que han cometido una infracción (…)*[25]".
- Que su defendido habría actuado en cumplimiento del deber consagrado en el artículo 71 del Código Nacional de Policía, en concordancia con *lo establecido en la sentencia C-024 de la Corte Constitucional*[26], pues recalcó que precisamente a

[25] Cfr. Folio 1140 del C.O.6.
[26] Cfr. Folio 1141 del C.O.6

través de estos presupuestos normativos es que se ha establecido la operatividad de la Policía Nacional y la facultad de sus miembros para requerir a cualquier persona que parezca sospechosa.

- Que el día de los hechos se llevó a cabo un procedimiento policial en el cual participaba su prohijado en cumplimiento de las funciones y atribuciones que le correspondían dentro de su cuarto y primer turno de vigilancia, cuya misión era prevenir la comisión de delitos a través de la aprehensión de dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta portando arma de fuego, por tanto, fue proporcional el fin buscado por los gendarmes de cara a los medios utilizados para ello, como lo fue manejar el vehículo asignado para el servicio así fuera conduciéndolo en contravía, pues ello resultaba necesario para el cumplimiento de la gestión institucional.

- Que el daño no podía atribuirse a su poderdante, como quiera que quien iba conduciendo la motocicleta durante la persecución era su compañero el PT. JJMC, porque era quien la tenía legalmente asignada. Indicó que tal supuesto había quedado corroborado con las pruebas documentales del Informe Policial de Accidente de Tránsito, donde se informó que el PT. JJMC era el conductor del vehículo causante del accidente, sin que éste medio documental hubiera sido tachado de falso, ni tampoco los testimonios del PT. GOVE o de la señora LMV, cuando precisamente

estos deponentes dieron cuenta que quien venía manejando la moto no era el hoy condenado.

- Frente a este mismo reproche, controvirtió la credibilidad de lo dicho por el señor LOP, al considerar que su testimonio *"no es claro, no es preciso es incoherente, porque como hace este señor para observar tantos detalles, desde la ventana de su casa, cuando la visibilidad de la madrugada era muy poca, porque estaba muy oscuro, cómo sabía que el PT. MEDINA era el parrillero si dice que las motos pasaron a mil?, y que el patrullero estuvo inconsciente cuatro minutos?."*[27].

- Qué si bien resultaba previsible para el implicado que al conducir la motocicleta en contravía podía ocasionar el resultado fatal del accidente de tránsito, también lo era que el infringir las normas de tránsito resultaba necesario para prevenir la comisión de un hecho punible a través de la retención de los delincuentes.

- Instó a la Corporación a considerar el momento real en que tuvieron ocurrencia los hechos y la inminencia del riesgo que tuvieron que enfrentar los gendarmes, pues de una parte la intención de la patrulla por su mandato constitucional no era causar un daño y mucho menos ocasionar la muerte de dos personas, dado que precisamente lo buscado era salvaguardar la vida y los bienes de los residentes del sector. De otra parte, recalcó que

[27] Cfr. Folio 1143 del C.O.6.

se estrellaron contra dos ciudadanos, que se movilizaban "*(…) contraviniendo las disposiciones impartidas en la ciudad de Tuluá, sobre la prohibición de circulación de dos personas en una moto y con síntomas de estado de embriaguez*"[28].

Finalmente, la togada solicitó a la Segunda Instancia la absolución de su poderdante, ello en consideración a que la prueba recaudada no concluía sin lugar a equívocos que el comportamiento realizado por el PT (R) NJMA pudiera subsumirse dentro de la conducta de homicidio culposo, primordialmente porque no demostró que el condenado prevalido de su investidura y autoridad y abusando de su competencia funcional derivada de la actividad pública encomendada, causara la muerte de manera culposa de los particulares.

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 5 Judicial Penal II manifestó que luego de analizados los argumentos del censor de cara a los argumentos planteados por la Juez de Instancia, lo dable era impartir confirmación a la sentencia condenatoria de primer grado.

Puntualizó que el problema jurídico a dilucidar versaba sobre la estructuración en grado de certeza de la culpa como elemento del tipo subjetivo de la conducta de homicidio culposo desplegada por el justiciable. En tal sentido aseguró, que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 23 del Código Penal Ordinario para la estructuración del delito culposo

[28] Cfr. Folio 1144 del C.O.6.

se requería de la verificación de algunos aspectos de orden objetivo y subjetivo, tales como: la producción de un resultado físico no conocido ni querido por el autor a consecuencia de la realización de un comportamiento no acorde con las disposiciones de orden reglamentario.

Frente a este tópico agregó que *"El concepto de deber objetivo de cuidado implica que el autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá dicho deber que le es exigible"*. Destacó que, si bien no existe un listado objetivo de deberes de cuidado, en todo caso tanto la doctrina como la jurisprudencia han determinado la existencia de algunos fundamentos básicos para precisar dicho concepto, todo con miras a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgo.

De importancia para resolver el problema jurídico propuesto por la recurrente, consideró la observancia de dos tópicos: i) el principio de confianza, según el cual quien ingresa en el tráfico de cualquier actividad de riesgo debe cumplir con todas las normas de cuidado y confiar que todos los demás participantes también lo harán y, ii) el criterio del hombre medio, por razón que si el sujeto como hombre prudente actúa dentro de los parámetros establecidos no puede haber vulneración o violación al deber de cuidado.

Bajo una misma línea argumentativa y con fundamento

en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia identificada con radicado 27388 del 8 de noviembre de 2007, señaló lo siguiente:

> *"(…) se tiene que en el caso sub judice, los elementos estructurales de la culpa se encuentran probados en nivel de certeza mediante las pruebas obrantes en el paginario, toda vez que de su valoración se puede extraer que si bien es cierto al momento del hecho el PT. NJMA se encontraba cumpliendo un deber legal, también lo es que ello en manera alguna lo sustraía (como lo pretende erradamente el recurrente) de cumplir con los deberes y obligaciones propias de una actividad de alto riesgo, como lo es la conducción de automotores"*[29].

Llamó la atención de la representante del Ministerio Público, los riesgos asumidos por el procesado de manera innecesaria al exceder los límites de velocidad permitidos, omitir una señal de pare y conducir en contravía para conjurar una situación que no ofrecía mayor riesgo para la comunidad. Contrariamente, consideró que existían otros medios idóneos para no exceder el riesgo jurídicamente permitido, como lo era buscar el apoyo de otras patrullas cercanas con el fin de solicitar el cierre vial. De contera dejó establecido que el argumento esgrimido por la recurrente, referido a que su prohijado habría actuado amparado por una causal eximente de responsabilidad denominada *"estricto cumplimiento de un deber legal"*[30], no estaba llamado a

[29] Cfr. Folio 1166 del C.O.6.
[30] Ibídem.

prosperar.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año[31], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Penal Militar de 2010, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas

[31] Autos según radicado 36412 de mayo de 2011; radicado 36737 del 22 de junio 22 de 2011, radicado 37797 del 08 de noviembre de 2011 y radicado 38401 del 07 de marzo de 2012, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Le asistiría obligación a esta Sala de Decisión dar respuesta de fondo a los problemas jurídicos que emergen de las inconformidades planteadas por la recurrente, sino fuera porque se advierte que la decisión de primera instancia que por vía del disenso llega a conocimiento de este Órgano Judicial, adolece de graves irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa de los acusados, como quiera que flagrantemente fue inobservado el principio de motivación de las decisiones judiciales.

Ha sido criterio reiterado por este Tribunal[32], en armonía con lo deprecado por la jurisprudencia Constitucional[33] y lo dicho por el órgano de cierre de esta jurisdicción foral[34], que en el desarrollo del

---

[32] *Cfr.* entre otros, autos julio 28 de 2015, radicado 158261, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; marzo 17 de 2015, radicado 158163. M.P. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA; octubre 17 de 2017, radicado 158627, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; septiembre 28 de 2017, radicado 158510, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; enero 12 de 2018, radicado 158835, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; septiembre 18 de 2018, radicado 158913, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; octubre 10 de 2018, radicado 158924, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; noviembre 14 de 2018, radicado 158911, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; noviembre 16 de 2018, radicado 158963, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; noviembre 22 de 2018, radicado 159002, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; noviembre 30 de 2018, radicado 159004, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; y diciembre 06 de 2018, radicado 159005, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.

[33] Sentencias C-145 de 1998, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; T-117/13, M.P. ALEXEI JULIO ESTRADA y T-170/15, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, entre otras.

[34] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia abril 09de 2014, radicado 43363, SP4451-2014, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ; sentencia junio 24 de 2015, radicado 40382, SP8057-2015, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ; sentencia febrero 03 de 2016, radicado 46647, SP918-2016, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ; sentencia septiembre 16 de 2016, radicado 26177, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, entre otras.

proceso penal emerge un marco teórico general de acuerdo con el cual es imperativo que las decisiones judiciales contengan una completa y razonada motivación, dado que su ausencia puede poner en riesgo las garantías fundamentales de quienes intervienen en la actuación.

A este respecto, conviene citar que la Colegiatura ha venido haciendo especial énfasis en que sentencias construidas: i) sin motivación alguna, ii) con argumentaciones confusas, ambiguas, contradictorias o excluyentes entre sí, total o parcialmente; iii) con insuficiencias probatorias determinadas por la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes al caso debatido o por su errada interpretación, iv) con motivaciones soportadas en pruebas inexistentes, ilegales o ilícitas, v) con sustentaciones generales que no corresponden a la adecuada valoración de las pruebas allegadas; vi) con motivaciones que se apartan abiertamente de la verdad probada, por suposición, supresión o tergiversación del contenido de pruebas que objetivamente conducen a una conclusión jurídica diversa o, vii) con motivaciones soportadas en una norma jurídica inexistente, derogada, declarada inexequible o vigente pero inconstitucional frente al caso concreto, imposibilitan la seguridad jurídica del procesado y de lo realmente imputado, resultando susceptibles de invalidación en tanto enervan la aproximación a la verdad y no son expresión de una verdadera justicia material[35], constituyéndose de contera en atentatorias

[35] *"(…) a través de doctrina decantada por años con apego a supuestos de raigambre constitucional y desarrollo legal, ciertamente la Corte ha sentado un marco teórico general de acuerdo con el cual emerge como un*

del debido proceso[36].

En complemento de lo sostenido, recuérdese que la jurisprudencia tiene dicho que la nulidad es la única salida procesal viable, cuando se presenta alguno de los siguientes casos en la sentencia:

> *"a) Cuando carece totalmente de motivación, por omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que la sustentan.*
>
> *b) Cuando la fundamentación es incompleta, esto es, el análisis que contiene cualquiera de estos dos aspectos es deficiente, al punto que no permite su determinación.*
>
> *c) Cuando la argumentación resulta dilógica o ambivalente, es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes que impiden conocer su verdadero sentido.*
>
> *d) Cuando la motivación es aparente y sofistica que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo"*[37].

En este orden de ideas y descendiendo al caso

---

imperativo que las decisiones judiciales deben tener una completa y razonada motivación, dado que su ausencia puede poner en riesgo garantías fundamentales tales como el debido proceso y el derecho de defensa (…)" Sentencia SP14205-2016, radicado No. 42039 del 05 de octubre de 2016, MP. DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

[36] Ver entre otros autos Sala Tercera de Decisión diciembre 17 de 2015, radicado No. 158225; abril 13 de 20168, radicado No. 158409; y auto octubre 10 de 2018, radicado No. 158924, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; autos Sala Segunda de Decisión junio 19 de 2018, radicado No. 155609 y agosto 09 de 2018, radicado No. 158909, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; auto Sala Primera de Decisión noviembre 22 de 2018, radicado 159002, MP. CR. MARCO AURELIO BOLIVAR.

[37] Radicado 20756, sentencia del 22 de mayo 2003, MP. DRA. MARINA PULIDO DE BARÓN, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

concreto, encuentra la Judicatura que la motivación desarrollada por la Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Valle en la sentencia condenatoria proferida el 4 de julio de 2018[38] presenta errores tanto de hermenéutica como de razonamiento jurídico, todo lo cual se traduce en la materialización de argumentaciones confusas, ambiguas, contradictorias y muchas veces excluyentes entre sí, impidiendo, por tanto, a este Tribunal poder resolver de fondo las cuestiones debatidas por la defensora del condenado en el memorial recursivo.

Así las cosas y ante la verificación de los vicios anotados, resulta imperioso proceder a la declaratoria de nulidad de la sentencia en toda su integridad, esto por virtud del principio de oficiosidad contemplado en el artículo 389 de la Ley 522 de 1999[39] y habida consideración del innegable papel de garante del cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que le atañe a esta Colegiatura[40].

Bajo tales planteamientos y habida cuenta que las decisiones judiciales no son actos jurídicos de mera discrecionalidad, procederá a continuación la Sala a exponer detalladamente cada uno de los elementos de juicio que la funcionaria judicial de primera instancia dejó de apreciar o fundamentó de manera

[38] Cfr. Folios 1103 y ss., del C.O.6.
[39] "ARTÍCULO 389. OPORTUNIDAD PARA DECRETAR LA NULIDAD. En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara."
[40] Constitución Política de Colombia, *"Articulo 230. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley."*.

confusa y contradictoria, a través de los cuales se configuró la trasgresión del principio de motivación que gobierna el ejercicio legítimo de la impartición de justicia.

En orden a resolver el cometido reseñado, téngase como premisa normativa lo establecido en el artículo 334 de la Ley 522 de 1999 y según la cual toda sentencia debe contener unos presupuestos básicos, entre los cuales se destacan:

> *"Requisitos de la sentencia: La sentencia debe contener: (…)*
>
> *2. Identificación o individualización del procesado o procesados. (…)*
> *4. Análisis y valoración jurídica de las pruebas que sirvan de fundamento a la decisión.*
> *5. Los fundamentos jurídicos de la imputación que se haga al procesado o a cada uno de los procesados.*
> *6. Los fundamentos jurídicos del fallo absolutorio, en su caso. (…).*
> *9. La especificación concreta y clara de los factores de dosimetría penal. (…)".*

Tales obligaciones sustanciales fueron inobservadas por el *A quo* en la decisión apelada, principalmente por las siguientes razones: i) omitió apreciar en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana critica algunos elementos suasorios que dan cuenta que el PT. NJMA no conducía la motocicleta oficial con la cual se causó el accidente de tránsito el día de los hechos, ii) vaciló al momento de sustentar la

imputación subjetiva que a título de culpa se le hizo al procesado y la forma en que los uniformados participaron en el hecho de cara al encuadramiento típico revelado y concretado en la resolución de acusación y, iii) de manera arbitraria dejó de dosificar las penas que le correspondían afrontar al condenado, de acuerdo con las reglas establecidas para el concurso de conductas punibles por el art. 32 de la Ley 1407 de 2010.

8.1 Del requisito de identificación o individualización del responsable de la conducta punible endilgada.

En este aspecto habrá de resaltarse que la abogada MIGR controvirtió el fallo de condena proferido por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Valle, al amparo de dos razones principales: la primera tiene que ver con el hecho de que la prueba recaudada hasta ahora en el paginario no sería concluyente respecto que con el comportamiento realizado por su poderdante, el PT (R) NJMA, se hubiere causado el deceso de los particulares CJMV y JTA, esto debido a que su prohijado no era la persona que conducía la motocicleta oficial con la cual se ocasionó el siniestro el 30 de agosto de 2009 en el municipio de Tuluá (Valle).

Desde tal perspectiva el tema básico a dilucidar desde el ámbito de la tipicidad del injusto, es el de verificar si efectivamente el *A quo* tuvo en cuenta todas las probanzas recaudadas para establecer con claridad la identificación e individualización plena

del autor del delito, lo que indudablemente conllevaba demostrar que fue ese el sujeto activo que creó el riesgo jurídicamente desaprobado a través del cual se concretó un resultado dañoso contra la vida de las personas ya mencionadas.

Pues bien, de la lectura de la sentencia cuestionada se deduce que los medios de convicción medulares que tuvo en cuenta la juez para establecer que el PT. NJMA era el institucional que conducía la moto el día de los hechos y por ende debía responder por los cargos imputados en la resolución de acusación, fueron los testimonios de los señores JJL, LOP, RIU y las declaraciones de los patrulleros COHE, TAME, VICA y BOAR[41]. No obstante, omitió la juez realizar una apreciación en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana critica[42] de los demás medios de convicción obrantes en el paginario, según los cuales el enjuiciado NJMA no conducía la motocicleta oficial con la cual se causó el accidente de tránsito.

Sobre la materia téngase en cuenta que, para llegar a la certeza requerida con miras a emitir un juicio de condena, no es posible valorar únicamente las pruebas

[41] Cfr. Folio 32 del C.O.6.
[42] "*(…) -que no es nada distinto al sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo con lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma "sana", esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y crítica, es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como criterios de verdad, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos"* Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 4 de septiembre de 2002, radicación 15884.Radicado 28.788, marzo 6 de 2008.

de cargo, dado que los juicios probatorios también deben recaer sobre aquellos medios de demostración que puedan desvirtuar o poner en duda la existencia de la conducta o de su autoría, siendo del caso recordar que no es lo mismo identificar que individualizar al procesado, ni tampoco son iguales los juicios de valor que se emiten para demostrar la existencia de la conducta que los expresados al momento de responsabilizar al enjuiciado de la comisión de la misma.

Para la Corte Suprema de Justicia resulta jurídicamente inadmisible que el juez al momento de valorar el compendio probatorio privilegie el mérito de una determinada prueba y deje de lado la imprescindible confrontación que debe hacer de todo el conjunto de probanzas, ello básicamente porque cada medio de convicción *"(…) puede tener una verdad, que como tal, debe estar predispuesta a ser confrontada con las demás, para que su universo, integrados los todos, sea dable deslindar los que pueden calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia y a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo*[43]*".*

Ahora bien, no puede desconocer este Colegiado que la labor de verificar la correcta identificación de los acusados fue cumplida parcialmente en el sumario,

[43] CSJ. Rad. No 32415 del 11 de noviembre de 2009.

pues se allegaron diferentes medios probatorios que incluso dieron cuenta de su calidad como institucionales para el día de los hechos[44].

Sin embargo, no puede dejar de reprochar la Sala que la funcionaria judicial de primera instancia haya olvidado que individualizar o individuar significa algo más que simplemente identificar a una persona desde el ámbito de sus condiciones generales o particulares, pues en dicho proceso también se requiere que el enjuiciado sea concretado a través de las pruebas como el sujeto activo que cometió la conducta[45], más aún, cuando como ocurre en este caso, precisamente uno de los temas de prueba[46], sobre los cuales recae la controversia, es precisamente determinar en grado de certeza cuál de los dos procesados era el conductor de la motocicleta oficial con la cual se desarrolló la conducta prohibida por el tipo penal de homicidio culposo.

---

[44] Obra a folios 214-215 del C.O.2 y folios 562-565 del C.O.3 extractos de las hojas de vida de los PT. JJMC y PT. NJMA.

[45] En este sentido véase en sentencia T-361/97 lo siguiente: *"Identificar es algo que se haya íntimamente ligado a lo anterior, pero que es, sin embargo, diferente en un sentido amplio, genérico, identificar implica una yuxtaposición, el proceso más o menos complicado de ver si lo que se posee respecto a la individualidad de alguien corresponde, se ajusta a la misma. La identificación es el resultado final a que toda individualización debe concluir. Identificar, pues, no es precisamente descubrir, sino confirmar, realizar un reconocer, acreditar la exactitud de lo individualizado, de lo conocido". (Criminalística, en Enciclopedia OMEBA, Tomo V, pág.119). (…) "Por la primera operación, la de individualizar, se establece que se trata de una persona determinada, de una integridad sicofísica aislada, de alguien que se concreta en la afirmación "Este y no otro". Por la segunda (identificación), se agregan a esa individualización el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc., tal como se ve en el artículo 386 (359 del actual C. de P.P.) que consigna reglas para la recepción de indagatoria".*

[46] *"El tema de prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso". (…) "permite saber qué es lo que se ha de investigar en un proceso determinado, de tal manera que el juez pueda controlar la pertinencia de las pruebas; de otra manera el proceso se convertiría en un instituto inconveniente, donde se podría acreditar la existencia de cualquier hecho".* PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de Derecho Probatorio.* Librería Ediciones del Profesional LTDA. Decimoctava edición. Bogotá, 2013. Pag. 135.

En tal sentido, la tarea de motivación debía recaer principalmente sobre los presupuestos de acreditación a través de los cuales se podía lograr determinar con seguridad cuál de los dos gendarmes involucrados en el asunto fue el que cometió el delito y esto resultaba posible a partir de la exhibición y análisis de todos los elementos de convicción que sobre el tópico fueron arrimados a la investigación y no únicamente los que de manera sesgada consideraba la juez ameritaban ser valorados.

Se torna evidente que el error cometido por la falladora al pretender cumplir con el anterior cometido, acaeció por no otorgarle el mérito persuasivo o descartar su valor suasorio a datos importantes que fueron aportados al paginario a través de las siguientes piezas procesales: i) informe de novedad presentado por los implicados[47], ii) diligencias adelantadas por la Fiscalía 32 Seccional de Tuluá (Valle) con ocasión de la noticia criminal No768346000187200902472[48], iii) informe policial de accidente de tránsito rendido por el señor AFG en su calidad de Director de Tránsito Municipal de Tuluá[49] (Valle); iv) acta de reconocimiento de personas en álbum fotográfico realizado por la Unidad Básica de Investigación Criminal de Tuluá[50] y, iv) declaraciones de los señores IT. BOYA MONTAÑO, comandante de la Primera Sección de Vigilancia de Policía Tuluá[51], AFG[52], PT.

[47] Cfr. Folio 3 del C.O.1.
[48] Cfr. Folios 71 y ss., del C.O.1.
[49] CFR. Folios 187-189 ibídem.
[50] Cfr. Folios 912-914 del C.O.5.
[51] Cfr. Folios 390-392 del C.O.2.

GOVE[53] y PT MOHU[54].

En efecto, se avizora que la juzgadora si bien relacionó tales medios de convicción en el cuerpo de la decisión, dentro del acápite de pruebas documentales allegadas al proceso[55], no hizo ningún pronunciamiento de fondo al respecto, máxime cuando, como se dijo anteriormente, hacían parte del tema de prueba, pues daban cuenta que quien conducía la motocicleta el día de los hechos era el PT. JJMC y no quien finalmente fue condenado, el PT. NJMA.

Se observa que la ausencia de mérito valorativo de la prueba de descargo, condujo a la juez hacia una motivación incompleta de la decisión en punto de la condición de autor del PT. NJMA en los hechos enrostrados, lo cual ocurrió como quiera que únicamente valoró algunos testimonios a través de los cuales se dijo que el hoy condenado era quien conducía la motocicleta y no su compañero de patrullaje.

La falencia argumentativa sobrevino en punto del proceso de individualización e identificación del autor del delito, por razón que la funcionaria de primer grado se limitó a sostener lo siguiente:

> *"Tenemos que del abundante caudal probatorio allegado al proceso y de la juiciosa valoración que sobre la prueba ha hecho el señor Fiscal Penal Militar y el señor Procurador Judicial, contamos*

[52] Cfr. Folios 393-395 ibídem.
[53] Cfr. Folios 403-404 del C.O.3.
[54] Cfr. Folios 464-467 ibídem.
[55] Cfr. Folios 1107 y 1108 del C.O.6.

con el soporte probatorio necesario para concluir que quien manejaba la motocicleta al momento del infortunado accidente era el señor PT. NJMA y a pesar que él insiste en que era su compañero JJMC, quien estaba a cargo de la conducción, los testigos y la prueba pericial han demostrado lo contrario"[56].

Claramente se evidencia que la juez pretendió relevarse del cumplimiento de su deber de motivar jurídica y probatoriamente la decisión de condena, con la simple manifestación de su anuencia con la valoración de la prueba que fue realizada por la fiscalía penal militar y el representante del Ministerio Público sobre la identificación del autor del homicidio, cuando le resultaba de imperioso cumplimiento la exhibición de sus propias referencias conceptuales, así como la emisión de juicios de valor no solo de los testimonios que ubicaban como conductor el día de los hechos al PT. NJMA, sino también la prueba pericial y documental que ponía en duda su nivel de participación en la conducta enjuiciada, esto, a su vez, de cara a los medios de convicción que señalan que quien conducía la motocicleta el día de los hechos era el PT. JJMC.

Desde la anterior perspectiva, concluye la Sala que en lo que respecta a la sentencia apelada la decisión fue motivada de manera incompleta en lo que a la individualización e identificación del autor o autores se refiere.

8.2 De los fundamentos jurídicos de la imputación

[56] Cfr. Folio 1118 del C.O.6.

hecha a los procesados.

En el orden propuesto por la Judicatura, se explicará a continuación los razonamientos a través de los cuales se llega a la conclusión que la decisión de primer grado contiene una argumentación ambigua en punto de la imputación subjetiva que a título de culpa se le hizo a los procesados y la forma en que éstos participaron en el hecho de cara al encuadramiento típico revelado y concretado en la resolución de acusación.

Téngase como presupuesto básico que al momento de abordarse en la sentencia el punto referido a la imputación jurídica del comportamiento realizado por el procesado, la juez debía realizar un análisis entre la conducta realizada por los agentes y cada uno de los elementos constitutivos del hecho punible, como son, entre otros, la forma en la que concurrieron en la realización de la conducta (autor o coautor) y la modalidad en la cual actuaron (dolo o culpa), sin dejar de lado que este ejercicio debía agotarse dentro de los límites que impone el marco jurídico de la imputación fáctica y jurídica señalada en la providencia calificadora.

Ahora bien, esta exigencia fundamental no resulta caprichosa, pues emana del respeto por el principio de congruencia, ya que la sentencia debe responder a los cargos que fueron formulados en la resolución de acusación con el fin que el procesado no sea sorprendido o afectado en el ejercicio de su derecho de defensa. Es por ello que el desconocimiento de ese

requisito, cuando implica grave y trascendente efecto nocivo en las garantías del procesado, lleva consigo la inexcusable tarea de reponer la actuación con el fin que se respete el legítimo derecho del encausado a conocer y rebatir los cargos que le fueron enrostrados en la pieza acusatoria.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido el principio de congruencia "*como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política" (…), "en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó"*[57]. Además, tiene plenamente establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo habrá lugar a la configuración de un defecto en la decisión y, por tanto, será procedente su corrección con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia[58] ha indicado que existe incongruencia entre los cargos de la acusación y los atribuidos en la sentencia, entendidos aquéllos como imputación de la conducta típica, cuando entre otras muchas más situaciones, se agrava la modalidad de participación del procesado en la conducta.

Puestas así las cosas, encuentra la Corporación que no

[57] Sentencia T-714 de 2013, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, que a su vez reitera lo dicho en las sentencias T-773 de 2008, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO; T-450 de 2001, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y T-025 de 2002, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, entre otras.
[58] CSJ. Radicado 15735 del 15 de diciembre de 2000. MP. DR. MARIO MANTILLA NOUGUES.

existe armonía en punto de la forma en que participó el PT. NJMA en la realización de la conducta punible, como quiera que fue acusado como coautor del delito de homicidio culposo[59] y condenado en calidad de único autor del mismo[60], sin que en la parte considerativa de la decisión se hubieran expuesto razonamientos de fondo que permitieran comprender por qué la Juez de Primera Instancia arrimó a tal conclusión.

En igual sentido se aprecian argumentos incongruentes a la hora de establecer si los acusados crearon un riesgo jurídicamente desaprobado y si en tal virtud incurrieron en un delito imprudente, o si obraron a título de autores dolosos, todo lo cual tiene la virtualidad de quebrantar el principio de motivación de las providencias judiciales y por contera los principios de igualdad y justicia material de los encausados, como quiera que las referencias conceptuales sostenidas por la juez en la sustentación de la condena se tornan ambiguas a la hora de imputarles jurídicamente el comportamiento de homicidio culposo.

Concretando, se advierte que en la decisión calificatoria[61] el acusador explicó que en el *sub examine* concurrían los elementos exigidos por la teoría de la imputación objetiva para que los encartados recibieran un tratamiento penal uniforme a título de coautores culposos del delito de homicidio culposo. A este respecto, expuso el señor Fiscal 155 Penal Militar en el proveído de la acusación, que con

[59] Cfr. Folio 1020 del C.O.5.
[60] Cfr. Folio 1125 RV del C.O.6.
[61] Cfr. Folio 1016 del C.O.5.

fundamento en doctrina y jurisprudencia nacional[62] consideraba viable la posibilidad que en el presente caso se adecuara la tesis de la coautoría en el delito de homicidio culposo, para lo cual razonó que ello era posible "*(…) dado que el aporte de cada uno no es suficiente para producir por sí solo el resultado típico del punible de HOMICIDIO; donde cada uno de los investigados concurre con esa acción culposa a edificar la COAUTORIA CULPOSA*"[63].

Por su parte, el *A quo* al momento de abordar el asunto no lo trató como una coautoría en delito imprudente sino como una coautoría impropia, al indicar que:

> "*(…) en el caso sub examine y analizando la forma como se presentaron los hechos materia de investigación, para afirmar una coautoría de los uniformados, se necesitaría que hubiese habido un* ***acuerdo común****, aspecto que no se presentó,* ***división de trabajo****, tampoco porque era solo uno de ellos quien conducía la motocicleta y* ***observación del peso del aporte****, no se presenta porque solo quien conducía, asume el control de la motocicleta y era quien tenía el dominio de la acción y las consecuencias que se derivaron, dependieron de la voluntad unilateral de exceder la velocidad omitir una señal de pare y entrar en contravía durante la persecución policial, por lo que considera esta instancia, que no se cumple con los requisitos exigidos para que se presente la coautoría, por lo que se descartaría una correlación de culpas, de las que ha hecho alusión*

[62] Al respecto citó CSJ. Radicado No 17618 del 24 de abril de 2003 y FTSM. Radicado 14197 del 27 de julio de 2012.
[63] Cfr. Folio 1020 del C.O.5.

el señor fiscal penal militar"[64](Negrillas del texto).

Bajo estas consideraciones encuentra este Tribunal, que el juzgado de instancia actuó por fuera de la simetría impuesta por la pieza de acusación, pues seleccionó de manera indebida los elementos de la coautoría impropia para pretender descartar que en el *sub examine* no se presentaba una coautoría dentro de un delito culposo, desatino que le hizo incurrir en confusiones conceptuales que le restaron claridad a la decisión atacada, convirtiéndola en un texto jurídico ambiguo e incomprensible.

El desacierto fundamental de la sentencia de primer grado recae sobre el desconocimiento, que frente al delito imprudente existe una estructura dogmática diversa de la que se despliega en el ámbito de la coautoría impropia, razón por la cual, no podía la juez pretender estudiar la participación de los procesados en el homicidio culposo (delito imprudente), en el que al parecer dos agentes concurrieron con la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, desde la perspectiva de una coautoría impropia en un delito de homicidio, en la que la producción del resultado típico se produce por la voluntad común de varios intervinientes (delito doloso), pues se estaría omitiendo que mientras en la teoría de la coautoría en delito imprudente se hace especial énfasis en la realización mancomunada de la conducta infractora del deber objetivo de cuidado (culpa), en la coautoría impropia el plan común recae

[64] Cfr. Folio 1111 RV del C.O.6.

sobre la voluntad de producir un resultado lesivo (dolo) con division de trabajo, circunstancia esta última, que obviamente no ocurrió en el *sub examine* de acuerdo a los medios probatorios allegados.

Para ampliar mejor lo anteriormente dicho, téngase en cuenta lo enseñado por CLAUS ROXIN cuando dice:

> *"La coautoría obtiene así en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta que al tenor del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común"*[65].

Ahondando en razonamientos de hermenéutica jurídica, también conviene tener presente lo ilustrado por la doctrina en términos generales acerca de la figura del coautor:

> *"El coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto"*[66].

Y respecto de la admisión de la teoría de la coautoría culposa en nuestro ordenamiento jurídico, se han desarrollado los siguientes conceptos:

[65] ROXIN Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Madrid, España, 2016.
[66] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, pag. 501.

> *"En primer lugar, (…) al disponer el artículo 29 C.P. que son coautores "los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte", no excluye la actuación conjunta imprudente del hecho delictivo; y, en segundo lugar, (…) en lo que respecta al elemento subjetivo de la coautoría (el acuerdo común entre los intervinientes en el delito culposo) no puede exigirse que el mismo se refiera al resultado lesivo que se consiga con la realización conjunta, como sí debe requerirse en la coautoría dolosa, sino a la existencia de un acuerdo entre los intervinientes o de un proyecto de actuación diseñado por un tercero que tenga por objeto la realización conjunta de la acción u omisión peligrosa que produce el resultado, es decir,* ***el acuerdo es sobre la realización mancomunada de la conducta infractora del deber objetivo de cuidado y no sobre la producción del resultado lesivo"*** [67]*. (Negrilla fuera de texto).*

Por lo dicho, considera la Corporación que las construcciones argumentativas frente al tema fueron anfibológicamente tratadas en la decisión de primera instancia, pues lo esperado era que la funcionaria de instancia desarrollara el tema de coautoría imprudente tratada en la resolución de acusación, más no limitarse a manifestar que al no haberse demostrado un acuerdo común entre los dos uniformados, era imposible aceptar que los dos concurrieron a la realización de la conducta como coautores y por tanto la conclusión era absolver a

[67] SUÁREZ, Alberto. *Autoría,* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C., 3 ed. 2007, pag. 546.

quien iba como parrillero de la patrulla el día de los hechos.

Con lo sostenido, no se pretende significar que en la sentencia la juez tuviera que acoger plenamente la tesis propuesta por el fiscal, dado que gozaba de competencia para ajustar la decisión de acuerdo con lo que fáctica y juridicamente se encontraba probado, no obstante, surge forzoso reprochar, que para poder apartarse de la posición del ente acusador debía emitir unos juiciosos y coherentes razonamientos que lograran desvertebrar la tesis sostenida por la fiscalía frente al tema de la coautoría del delito imprudente.

Recuérdese que el tema de la coautoría imprudente no resulta del todo un imposible hermenéutico, pues en nuestro ordenamiento jurídico penal se han emitido pronunciamientos sustanciales que han tratado el tópico con fundamento en los desarrollos recientes a nivel de la doctrina y la jurisprudencia nacional[68].

En ese orden de ideas, era exigible que el *A quo* tuviera en cuenta que la figura de la coautoría en conductas imprudentes ha tenido tratamiento jurisprudencial y por tanto no podía inobservar lo que de manera diáfana ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

[68] Ver entre otras decisiones del Tribunal Superior Militar: radicado 154799, MP. CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE, 6 de agosto de 2012; radicado 156321, MP. MY (R) JOSE LIBORIO MORALES, del 28 de febrero de 2013; radicado 154855 MP. CN (RA) JORGE IVAN OVIEDO PÉREZ, del 25 de abril de 2013; radicado 157786, MP. (CR) PEDRO GABRIEL PALACIOS, del 7 de febrero de 201; radicado 157700, CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE, del 4 de julio de 2014; Radicado 158268, MP. CR. FABIO ARAQUE VARGAS, del 13 de abril de 2016.

"5. De la participación plural de personas en el delito culposo

5.1. *Si bien es cierto que el inciso 2° del artículo 29 de la ley 599 de 2000 sólo consagra como coautoría aquella en la que los agentes, "mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte", también lo es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han referido tradicionalmente dos clases de participación plural de personas en la realización de la conducta punible.*

La primera, que ha sido denominada por la Sala coautoría propia[69] *y por algunos tratadistas como autoría concomitante, autoría paralela o pluriautoría*[70]*, es aquella en la que convergen varios sujetos en la realización de la conducta, pero se considera que cada una de las contribuciones fue suficiente para producir por sí sola el resultado típico. Por ejemplo, cuando "Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y lo matan"*[71]*.*

Y, la segunda, que ha sido llamada por la Corte coautoría impropia[72] *y en la doctrina coautoría funcional*[73]*, dominio del hecho funcional*[74] *o simplemente coautoría*[75]*, es la contemplada en el*

[69] Cf., entre otras, sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 17618
[70] Véase, por ejemplo, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO, Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, § 53, IV; y SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Autoría*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 349.
[71] Sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 17618, citando a la sentencia de 9 de septiembre de 1980. Igualmente, REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Op. cit.*, pág. 133.
[72] Cf. sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 22358.
[73] ZAFFARONI, *Op. cit.*, § 53, IV, 2.
[74] Véase, ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 305 y ss.
[75] WELZEL, HANS, *Op. cit.*, pág. 154 y ss.

inciso 2º del artículo 29 del Código Penal. Es decir, es aquella en la que concurren una división plural del trabajo, una decisión común al hecho y un aporte significativo durante la ejecución del mismo.

5.2. *En lo que al delito culposo respecta, la coautoría impropia o funcional no sería predicable, en principio, como forma de participación cuando concurren varias acciones imprudentes y productoras de un idéntico resultado típico, en la medida en que dicha figura presupondría la existencia de un plan criminal que, como tal, es propio de los delitos dolosos.*

En la doctrina, un sector minoritario siempre ha defendido la existencia de una coautoría funcional culposa, postura que desde la última década del siglo pasado ha venido adquiriendo cada vez más fuerza[76]*. Por ejemplo, en la séptima edición de Autoría y dominio del hecho de 1999, Roxin, citando a Weisser, señala como punto de partida para establecer una coautoría imprudente "que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se le dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo"*[77]*.*

La opinión dominante[78]*, sin embargo, considera irrelevante hacer esa clase de distinciones cuando*

---

[76] Cf. ROXIN, *Autoría…*, pág. 740-741.
[77] *Ibídem*, pág. 742.
[78] Véase, por ejemplo, CARRARA, *Op. cit.*, § 436; PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho penal colombiano. Parte general. Volumen IV*, Temis, Bogotá, 1959, pág. 365-366; WELZEL, HANS, *Op. cit.*, pág. 143.

el resultado típico es producido por la concurrencia de varias conductas imprudentes, en la medida en que toda persona responde en el delito imprudente a título de autor:

> *"En caso de (como máximo) imprudencia por parte de todos, no está claro para ninguno de los intervinientes cómo va a acabar el suceso. La ley renuncia, por ello, a graduar las formas de intervención y otorga el mismo tratamiento a todas las causaciones imprudentes o (en la omisión) a todos los comportamientos consistentes en no haber impedido el resultado. No se diferencian las clases de causación (uno mismo, mediante otros, con otros, en participación), sino que se uniformizan todos los partícipes"*[79].

En términos de la teoría de la imputación objetiva, lo anterior implica, entre otras cosas, que para la realización de un mismo resultado pueden concurrir en la creación del riesgo de manera individual o conjunta el comportamiento de varias personas, sin importar que siempre se las trate como autoras. En palabras de Jakobs:

> *"Los riesgos […] no necesariamente han de ser atribuidos en todo caso a una sola persona, sino que puede darse el caso de que deban ser administrados por varias personas. En este sentido, puede que sea bastante claro que un riesgo competa conjuntamente a dos autores diferentes; por ejemplo, si el propietario de un vehículo lo carga en demasía y el conductor lo conduce, siendo perceptible que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos*

[79] JAKOBS, GÜNTHER, *Op. cit.*, pág. 788-789.

responden conjuntamente del riesgo del trayecto"[80].

Obsérvese además que, tal como lo reconoce Zaffaroni[81]*, la concurrencia de conductas imprudentes encajaría dentro de los parámetros de la llamada coautoría propia o pluriautoría, sin perjuicio de la denominación de autor, en la medida en que se considere que cada una de las acciones individualmente realizadas fue suficiente para la producción del resultado típico y no exista acuerdo de voluntades para su ejecución"*[82].

Era del caso citar *in extenso* el pronunciamiento del Órgano de cierre foral, como quiera que nos permite ilustrar el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que ha tenido la tesis según la cual en los delitos imprudentes varios sujetos pueden intervenir a título de autores y en ese orden es posible imputarles autoría como infractores de su deber.

Axiomático entonces resulta también reconocer, que la doctrina colombiana ha venido acogiendo el criterio de la participación en los delitos culposos o imprudentes, como ampliamente se expuso en párrafos anteriores, pues se ha concluido frente al tema, que de no aceptarse el progreso de la coautoría imprudente en nuestro ordenamiento significaría *"quedarnos en una etapa superada por el mismo finalismo en la evolución del delito culposo, cuando de una manera resignada se aceptó que en estos no operaba la finalidad*

[80] JAKOBS. GÜNTHER, *La imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 107.
[81] ZAFFARONI, *Op. cit.*, § 53, IV, 1.
[82] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 27388, M.P. Doctor JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, 8 de noviembre de 2007.

sino la causalidad"[83].

Con todo lo dicho, fuerza concluir que las imprecisiones dogmáticas en la motivación de la sentencia tuvieron la trascendencia de no permitir concluir con certeza que el riesgo jurídicamente desaprobado fue administrado únicamente por el PT. NJMA, por tal motivo colige este *Ad quem* que la ambigüedad de los enunciados argumentos, que sirvieron de sustento para imputar jurídicamente el comportamiento asumido por los procesados, desquician el sentido del fallo y por ende resulta más que ineludible su corrección por vía de la nulidad.

Aunado a lo dicho, véase como a partir de la afirmación *"solo quien domina el hecho puede ser tenido como autor*[84]" consideró la juez que únicamente al PT. NJMA podía ser autor, habida cuenta que era quien manejaba la motocicleta el día de los hechos y a través de dicha actividad infringió el deber objetivo de cuidado actuando de manera autónoma e independiente con dominio final del hecho, argumento nodal a través del cual ignoró que desde el punto de vista dogmático en los delitos imprudentes el concepto de autor es distinto, pues mientras en la autoría directa los puntos de partida son la ejecución de la conducta prevista en el tipo y el dominio del hecho, en relación con los delitos de infracción de deber solo es autor quien inobserva el deber objetivo de cuidado y produce un resultado, dejándose de lado los criterios que ha creado la

[83] GÓMEZ, PAVAJEAU. *Aspectos Liberales y Sociales del Derecho Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2013. Pag. 164.
[84] Cfr. Folio 1118 del C.O.6.

teoría del dominio del hecho, dado que en el tipo culposo la conducta del sujeto no se encuentra encaminada voluntariamente hacia la producción del injusto.

Rememórese que la teoría del dominio del hecho fue formulada por HANS WELZEL como expresión lógica de la escuela finalista para diferenciar los conceptos de autor y partícipe, y si bien parte del presupuesto de que es autor quien tiene el poder del acto, por lo cual *"el autor es la figura central del acontecer en forma de acción"*[85], no se puede perder de vista que esta teoría se formuló para los delitos dolosos, en el entendido que nadie que no tenga dolo puede tener dominio de la acción, ni basta únicamente éste -dolo- para ser considerado autor, pues además se requiere tener el dominio del tipo objetivo[86].

Concluyendo, la teoría del dominio del hecho no encuentra ninguna significación en el asunto sometido a consideración, como quiera que nos encontramos en el ámbito de delitos culposos. Así, la afirmación de la juez que el PT. NJMA debe ser considerado como autor en tanto en la comisión del injusto fue quien tuvo el dominio del hecho hasta el final, resulta absurda de cara a la modalidad de la conducta enrostrada (culpa), argumento con el que se estaría queriendo significar que el sentenciado tuvo voluntad de consumar el hecho punible (dolo), situación que de acuerdo con las probanzas claramente no se demostró. Itérese que de antaño, la doctrina ha sido enfática

[85] CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
[86] BARBOSA CASTILLO y otros, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Universidad Externado de Colombia, 2019.

al señalar que *"la autoría dolosa se basa en el dominio del hecho, la culposa lo hace en la acusación del resultado"*[87].

8.3 De los factores de dosimetría penal analizados en la sentencia.

Brevemente se dirá que el ejercicio de dosificación punitiva llevado a cabo en la sentencia que data del 4 de julio de 2018 riñe con el principio de legalidad, que debe regular no solo el procesamiento de la causa sino el proceso de aplicación de las sanciones penales, con lo cuál se vulneró el derecho de las víctimas.

Puntualmente advierte la judicatura, que si bien en la parte considerativa de la sentencia de primer grado la juez realizó el proceso de individualización de la pena por la comisión de un punible de homicidio culposo, olvidó tener en cuenta que tal sanción debía imponerse de acuerdo con las reglas establecidas para el concurso de delitos.

En este sentido el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 prevé:

> *"El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere*

[87] ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, 1986. Pag. 577.

superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas (…)".

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en el proceso dosimétrico en casos de concurso de delitos se deben cumplir las siguientes fases:

(I) Que se dosifique la pena ***por cada uno de los delitos concursados.*** *Para ello se debe: (a) determinar los extremos o límites punitivos del delito – art. 60 C. P.-; (b) dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos – inciso 1°, art. 61 C. P.-; (c) seleccionar el cuarto de movilidad dentro del cual el juez debe ubicarse para tasar la pena – inciso 2° art. 61 C. P.-; y, (d) determinar la pena en concreto, frente a cada uno de los delitos que concursan – inciso 3° art. 61 C. P.-.*

(II) Una vez dosificadas las penas por cada conducta punible, el juez debe escoger la pena que resulte más grave; y,

(III) Aumentar la pena del delito más grave hasta en otro tanto, sin que (i) sea el doble de la pena en concreto del delito más grave, y, (ii) supere la suma aritmética de las que correspondan a cada uno de los delitos en concurso[88]*.*

En ese entendido observa esta Sala, que la juez en el proceso de dosimetría punitiva inobservó completamente los anteriores parámetros, pues simplemente tuvo en cuenta un solo homicidio culposo cuando de acuerdo con los hechos probados se tiene

[88] CSJ. Rad. 50494 6 de febrero de 2019.

conocimiento que en el suceso acaecido el 30 de agosto de 2009 en la ciudad de Tuluá (Valle) perdieron la vida dos ciudadanos identificados como CJMV y JTA.

En consecuencia, al momento de emitirse nuevamente el fallo deberá la juez proceder a enmendar el yerro detectado, a través de la dosificación de las sanciones que legalmente le corresponden afrontar a quien o quienes resulten condenados por la comisión del concurso de los delitos de homicidio culposo en el presente proceso penal.

8.4 De las decisiones que habrán de ordenarse a consecuencia de los argumentos esbozados.

Habida cuenta de la trascendencia de las irregularidades señaladas, de la efectiva lesión que ello produce a las garantías procesales de los encausados y frente a la inexistencia de otro remedio procesal para reponer la actuación, la Sala con fundamento en el artículo 388 numerales, 2° y 3° de la Ley 522 de 1999, declarará la nulidad total de la sentencia proferida el 4 de julio de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Valle, para que proceda a pronunciarse de fondo con la debida motivación a que se ha hecho alusión.

Es importante clarificar que la nulidad del acto procede en toda su extensión, en tanto ninguna de las decisiones allí tomadas ha cobrado ejecutoria al

haberse interpuesto recurso de alzada[89], no teniendo por ende efecto de cosa juzgada la decisión absolutoria que fue dictada en el presente caso en favor del PT. JJMC[90].

En este sentido, destáquese que nuestra legislación procesal penal no permite las ejecutorias parciales de las decisiones[91], en cuanto las conductas se tramitan bajo el criterio de unidad procesal[92], ello en aras de hacer prevalecer el derecho sustancial, la coherencia y la lógica que ha de observarse en las decisiones que se deban adoptar (CSJ CP Rad. 23259 23 mar/2006)[93] y en procura de una buena administración de justicia[94].

Sin más consideraciones, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

---

[89] Ley 600 de 2000, "Artículo 187. Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas **si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes**." (Negrilla de la Sala).

[90] Ley 522 de 1999, *"Artículo 14. Cosa Juzgada. El procesado, condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, salvo las excepciones legalmente previstas respecto de la acción de revisión."*.

[91] Entre otras decisiones de la Corte Suprema de Justicia tenemos: T 84970 del 31 de marzo de 2016, Magistrado Ponente FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO; radicado 44304, auto del 02-12-2014, Magistrado Ponente EUGENIO FERNANDEZ CARLIER; radicado 39373, auto del 10-07-2013, Magistrado Ponente FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO; radicado 31683, sentencia del 8 de mayo de 2009, Magistrado Ponente SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

[92] CORTE SUPREMA DE JUSTICA, Sentencia 23279 de febrero 2 de 2006.

[93] Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Radicado 23259 – Sentencia del 23 de marzo de 2006.- MP. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN: *"doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional"*.

[94] Constitución Política de Colombia, *"Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo."*.

IX. RESUELVE:

PRIMERO: NULITAR la sentencia del 4 de julio de 2018, por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Valle condenó al PT (R) NJMA a la pena principal de dos (2) años de prisión y multa de 20 SMLV como autor responsable del delito de homicidio culposo y absolvió al PT (R) JJMC del punible de homicidio culposo, para que se rehaga la actuación en debida forma, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: VUELVA el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez notificada esta decisión y surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado Ponente

Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

Capitán de Navío (RA) **JULIAN ORDÚZ PERALTA**

Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	***Segunda de Decisión***
Magistrado Ponente:	***TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ***
Radicación:	***158916***
Procedencia:	***Juzgado Primero Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional***
Condenado:	***SLR. VACL***
Delito:	***Deserción***
Motivo de alzada:	***Apelación auto nulidad***
Decisión:	***Revoca***

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

I.- VISTOS.-

La Sala asume la competencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Fiscal 12 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, en contra el auto interlocutorio fechado el 8 de marzo de 2018 proferido por el Juzgado Primero Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, por medio del cual declaró la nulidad de la indagatoria rendida por el SLR. **VACL** el 13 de octubre de 2017, de la ampliación de la misma adelantada el 11 de diciembre de 2017, del auto fechado 17 de octubre de 2017 mediante el que el Juzgado 19 de Instrucción Penal militar resolvió la situación

jurídica provisional al encausado y de las diligencias que de ella se derivaron, sin perjuicio de las pruebas recaudadas en la causa.

II.- HECHOS.

Datan del 25 de septiembre de 2017, fecha en la que el SLR. **VACL**, sin autorización de sus superiores, se ausentó de las instalaciones del Batallón de Infantería No. 5 "GR. José María Córdova" ubicado en el municipio de Malambo (Atlántico), unidad táctica de la que era orgánico. Situación en la que permaneció por un tiempo superior a los cinco días, hasta que fue puesto a disposición del Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar el día 12 de octubre de 2017, cuando se materializó su captura con fines de indagatoria.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Con fundamento en el informe de inasistencia al servicio suscrito, el 2 de octubre de 2017, por el comandante de la Compañía *"CORDOVA"* del Batallón de Infantería No. 5 "GR. José María Córdova", CT. **JECJ** (FolS.2-3), el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar declaró abierta la investigación en contra

del SLR. **VACL** por el delito de deserción con auto adiado 11 de octubre de 2017 (Fols.41-43).

Posteriormente, el despacho instructor libró orden de captura con fines de indagatoria en contra del investigado el 11 de octubre de 2017 (Fol.54), aprehensión que se materializó al día siguiente (Fols.55-56), expidiendo boleta de encarcelamiento No. 008/2017 en la misma calenda ante el Comando del Batallón de Infantería No. 5 "*José María Córdova*" (Fol.60), vinculándolo el 13 de octubre de 2017 a través de indagatoria (Fols.71-74).

El 17 de octubre de 2017, el instructor resolvió la situación jurídica provisional imponiendo al encausado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (Fols.77-86), librando para ello boleta de detención No. 002/2017 ante el comando de su unidad táctica, el 18 de octubre de 2017 (Fol.87).

3.2. Las diligencias fueron enviadas a la Fiscalía 12 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, despacho que con providencia del 6 de diciembre de 2017 dispuso el cierre de la instrucción (Fol.140). Decisión que fuera revocada el 11 de diciembre de 2017, por considerar necesaria la práctica de pruebas distintas a las recaudadas, concediendo en el mismo proveído la libertad provisional al

encausado (Fols. 142-145), expidiendo para ello la correspondiente boleta de libertad (Fol.155).

Recibidas las diligencias por el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional, el encausado fue escuchado en ampliación de indagatoria el 11 de diciembre de 2017 (Fols.164-167).

3.3. Cumplida la instrucción, una vez más fueron remitidas las diligencias ante la Fiscalía 12 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, que ordenó el cierre de la etapa instructiva en decisión fechada el 7 de febrero de 2018 (Fol.224), calificando el mérito del sumario con resolución de acusación el 22 de febrero de 2018, en contra del SLR. **VACL** por el delito de deserción (Fols.231-241).

3.4. En firme la resolución acusatoria, las diligencias fueron remitidas al Juzgado Primero Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, despacho de instancia que profirió auto interlocutorio el día 8 de marzo de 2018 declarando la nulidad de la indagatoria rendida por el SLR. **VACL** el 13 de octubre de 2017, de la ampliación de la misma adelantada el 11 de diciembre de 2017, del auto fechado 17 de octubre de 2017 mediante el que el Juzgado 19 de Instrucción Penal militar resolvió la situación jurídica provisional al encausado y de

las diligencias que de ella se derivaron, sin perjuicio de las pruebas recaudadas en la causa.

Contra dicha decisión interlocutoria, la fiscalía interpuso recurso de alzada (Fols.280-289), el cual fue concedido ante esta Corporación con auto de trámite del 9 de abril de 2018 en el efecto suspensivo (Fol.294).

IV.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Primero Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional abordó los argumentos de la providencia apelada señalando que la presunción de inocencia corresponde a un derecho constitucional ligado al derecho a la no autoincriminación, del que goza el sujeto procesal desde el momento en que se le atribuye la participación en un hecho punible.

Argumentó que los actos procesales como parte del debido proceso han sido dotados por la legislación de ciertas formalidades que de ser desconocidas pueden acarrear su nulidad (Ley 522,1999 art.388.2), señalando que la indagatoria como ejercicio del derecho fundamental de defensa material está rodeada de formalidades esenciales, cuya omisión debe ser sancionada con nulidad.

Reconoció que en el *sub judice* la indagatoria se adelantó realizando las advertencias previas al indagado, agregando que, en desarrollo de dicha diligencia el procesado tuvo que ser escuchado bajo la gravedad del juramento, en los términos dispuestos por el artículo 494 de la Ley 522 de 1999, dado que denunció hechos que podían constituir un delito.

Sin embargo, destacó que la injurada continuó sin que el juramento fuera levantado, haciéndosele preguntas al deponente relacionadas con su presunta responsabilidad penal e incluso dándole a conocer la imputación fáctica y jurídica, circunstancia que en criterio de la juez de instancia constriñó la voluntad del encausado violando su derecho a la defensa. Al efecto, citó el concepto de la Corte Constitucional que determina los fines de la indagatoria y hace la distinción entre las figuras de indagado y testigo (C.Const.Rad.C-537 2006).

La juez de instancia llamó la atención sobre el proceder del abogado defensor, quien encontrándose presente en la diligencia de indagatoria no se pronunció frente a la evidente afectación a la defensa de su prohijado, cuando su labor era precisamente la de estar atento para evitar cualquier transgresión de sus derechos.

Finalmente, la Juez Primera Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional decretó la nulidad de la indagatoria rendida por el SLR. **VACL** el 13 de octubre de 2017, de la ampliación de la misma adelantada el 11 de diciembre de 2017, del auto fechado 17 de octubre de 2017 mediante el que el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar resolvió la situación jurídica provisional al encausado y de las diligencias que de ella se derivaron, disponiendo que el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional reponga las actuaciones anuladas.

V.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.-

La Fiscal 12 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional en calidad de apelante, sustentó la impugnación haciendo alusión a algunos apartes de la sentencia C-537 de 2006, invocada por la juez de instancia, para referirse a la diferencia existente entre indagado y testigo. Ello con el fin de sostener que el artículo 494 de la Ley 522 de 1999 es claro en señalar que, si bien es cierto la indagatoria no puede recibirse bajo juramento, cuando el procesado declare contra otro deberá ser juramentado a efectos del interrogatorio, como si fuera un testigo.

En ese orden, resaltó que en la diligencia de inquirir se hicieron las advertencias previas al indagado consagradas en el artículo 495 del Código Penal Militar, dando inicio a la indagatoria sin el gravamen del juramento. Hizo un breve relato de cómo transcurrió la injurada, hasta llegar al momento en que el deponente declaró en contra del cabo **OSOR**, procediendo la instructora a tomarle juramento, siendo puntual en el interrogarlo en relación con los cargos hechos, tal como lo dictamina el artículo 494 de la Ley 522 de 1999.

Agregó, que la diligencia de indagatoria se adelantó con la presencia del defensor del encausado y que si bien es cierto la instructora no manifestó levantar el juramento, se cumplió textualmente lo preceptuado por el artículo 494 de la Ley 522 de 1999, resaltando que, "***el juramento es únicamente sobre aquel punto que se declara contra otro***" (Fol.286). En ese orden de ideas, consideró que las preguntas que siguieron no se encuentran viciadas de nulidad por violación al principio de presunción de inocencia, como se afirmó en el auto impugnado.

En relación con la formalidad del juramento estipulado en el artículo 494 de la Ley Penal Militar, arguyó que el mismo se entiende prestado única y exclusivamente para los cargos en contra

del cabo **OSOR,** respaldando ese silogismo con lo señalado en la sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2006: "… ***en el curso de la diligencia de indagatoria se le trata, únicamente y para tales efectos como si fuera un testigo y no el indagado"*** (Fol.286).

De otro lado, invocando los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, la censora señaló que la Corte Suprema de Justicia ha determinado que en caso de afectación al debido proceso se deben establecer las irregularidades sustanciales que lo afectaron, y en relación con la vulneración al derecho a la defensa se debe determinar la actuación procesal que se considera lesiva, la norma transgredida y la afectación en disfavor del procesado.

Finalmente, solicitó a esta instancia se continúe con la etapa de juicio al no existir quebrantamiento alguno del debido proceso, del derecho a la defensa ni a la presunción de inocencia.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Procuradora Séptima Judicial II Penal, al descorrer el traslado que esta instancia le hiciera, indicó que el problema jurídico radica en

determinar si cuando la juez de instrucción tomó el juramento al procesado en la indagatoria, sin advertirle posteriormente que quedaba libre de dicho apremio, vulneró su derecho a la defensa.

Señaló que, si bien es cierto imponer la gravedad del juramento a quien se encuentra vinculado a la actuación procesal constituye una vulneración a sus derechos y garantías constitucionales, lo que se cuestiona es si el omitir levantar ese juramento prestado para efectuar cargos contra un tercero, constituye una irregularidad sustancial para invalidar lo actuado.

En consecuencia, estimó que la diligencia de indagatoria cumplió con las exigencias legales preservando el derecho de defensa, puesto que la prohibición de que se realice bajo la gravedad del juramento no puede entenderse como desatendida, por no haberlo relevado expresamente del juramento hecho.

Amen, que el procesado fue informado de su situación procesal y enterado de sus derechos y garantías en presencial del abogado defensor, lo que resta valor a la relevancia que a la irregularidad planteada le dio la juez de instancia, máxime cuando en la diligencia se le

manifestó claramente que no estaba obligado a declarar contra sí mismo.

Invocando el criterio de la Corte Suprema de Justicia, indicó que la finalidad del juramento es garantizar la veracidad del testimonio, por lo que en su sentir los efectos de dicho apremio no son extensivos a toda la diligencia y, en ese orden de ideas, el no levantar juramento no comporta una afectación a los derechos superiores lo que impide invalidar la actuación.

Finalmente, la delegada del Ministerio Publico advirtió que no se observa una vulneración a la garantía de no autoincriminación del procesado, estimando que lo procedente era valorar las preguntas hechas con posterioridad al juramento y sus correspondientes respuestas, concluyendo de ello que en nada se afectó el derecho a la defensa.

VII.- DE LA COMPETENCIA.

De acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia (CSJ.SP.Rad.44046 jun.2015)[1], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto

[1] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (17 de junio de 2015) Rad. 44046 [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero].*

en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999 artículo 238.3. Por lo anterior, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Fiscal 12 Penal Militar del Ejercito Nacional, en contra del auto interlocutorio proferido por el Juzgado Primero Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional el 8 de marzo de 2018, por medio del cual declaró la nulidad tanto de la indagatoria y su ampliación, como del auto que resolvió situación jurídica al procesado junto con las diligencias que se derivaron del mismo.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Se debe recordar frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los inherentes a ésta que se puedan visualizar en la investigación objeto de estudio.

Así las cosas, el día 8 de marzo de 2018, el Juzgado Primero Penal Militar de Brigada del

Ejército Nacional profirió auto interlocutorio declarando la nulidad tanto de la indagatoria rendida por el SLR. **VACL** el 13 de octubre de 2017 y su ampliación, adelantada el 11 de diciembre de 2017, como del auto fechado 17 de octubre de 2017 mediante el cual el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar resolvió la situación jurídica provisional al encausado junto con las diligencias que de ella se derivaron, sin perjuicio de las pruebas recaudadas en la causa (Fols.249-270).

En contra de la citada decisión, la Fiscal 12 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional interpuso el recurso de apelación, solicitando la continuidad del juicio tras estimar que en el devenir procesal no existió violación ni al debido proceso, ni al derecho a la defensa, ni se transgredió la presunción de inocencia.

En esas condiciones, para el Colegiado es claro que, en el libelo de la decisión confutada, la juez de instancia enunció que en desarrollo del acto procesal de indagatoria, recibida al SLR. **VACL**, surgió una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso, sin embargo, omitió no solo definir en qué consistió la irregularidad, sino, además, determinar el objeto de la sanción anulatoria.

De igual manera, sin hacer distinción entre una y otra causal de nulidad, señaló que también resultó afectado el derecho de defensa, apoyando su afirmación en la vulneración a la garantía constitucional de la presunción de inocencia del SLR. **VACL**, omitiendo manifestar las razones por las cuales se hacía necesario declarar la nulidad.

Recuérdese que, el principio de taxatividad establece que al momento de realizar el juicio jurídico de las causales de nulidad, estas deben ser estudiadas de manera independiente y autónoma, puesto que las irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso tienen origen en un error sobre la estructura y la violación del derecho a la defensa hace referencia a un error sobre garantías, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia cuando al respecto enseñó:

> *"En efecto, la acreditación de las nulidades está atada a la comprobación cierta de yerros de garantía o de estructura insalvables que hagan que la actuación y la decisión de segunda instancia pierdan toda validez formal y material, por lo que corresponde al libelista expresar con claridad y precisión los motivos de ataque, señalar conforme al principio de taxatividad la irregularidad sustancial que afecta el proceso, determinar la forma en que ellas rompen la estructura del proceso o afectan las garantías de los sujetos procesales y la fase en la que se produjeron.*
>
> *(…)*
>
> *Además, si son varias las presuntas anomalías, la crítica se debe proponer en capítulos separados,*

> *estableciendo cuál de ellas se invoca como principal y cuál(es) como subsidiaria(s) en tanto fueren excluyentes.*
>
> *Si el vicio denunciado corresponde a una violación del proceso debido, es necesario que el actor identifique la falencia que alteró el rito legal, pero si afecta el derecho de defensa, debe especificar el acto que lesionó esa garantía; en cada hipótesis, la argumentación debe estar acompañada de la solución respectiva"*[2].

A pesar de lo anterior, evidencia la Sala que el argumento desarrollado a lo largo de la providencia apelada, se inclinó en señalar que la nulidad se generó a causa de una violación al derecho a la defensa (Ley 522,1999 art.388.3)[3], dado que la funcionaria de instancia consideró que se "*constriñó la voluntad"* del procesado (fol.260), cuando este encontrándose aún bajo la gravedad del juramento por haber declarado contra un tercero, debió continuar la diligencia sin que se levantara el mismo, respondiendo a preguntas relacionadas con el hecho investigado, al punto que en esa condición se realizó la imputación fáctica y jurídica.

En el ejercicio dialéctico de verificar la ocurrencia de una nulidad, imperioso resulta cotejar la irregularidad que se analiza con los principios que orientan la declaratoria de las

---

[2] *CSJ. Rad.41511 de diciembre de 2013.*
[3] *Artículo 388.3 [Titulo VI]. Código Penal Militar [Ley 522 de 1999] "CAUSALES DE NULIDAD. Son causales de nulidad en el proceso penal militar: (…) 3. La violación del derecho a la defensa."*

nulidades (Ley 522,1999 art.392)[4], con el propósito de identificar el grado del menoscabo generado en las actuaciones o decisiones. Al respecto la Corte Suprema de Justicia refirió que si el perjuicio es irrelevante, no genera nulidad (CSJ.SP.Rad.41511 dic.2013):

> *"Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los postulados que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación, protección, instrumentalidad de las formas, trascendencia y residualidad, pues si se avizora que el defecto denunciado no afecta en grado sumo el desarrollo de la actuación, ni altera lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a decretarlo."*

Los referidos principios consagrados en la Ley Penal Militar, fueron descritos por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos (CSJ.SP.Rad.48965 abr.2017):

> *"Taxatividad: significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. Acreditación: que quien la*

---

[4] *Artículo 392 [Titulo VI]. Código Penal Militar [Ley 522 de 1999] "PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y LA CONVALIDACIÓN DE ACTOS IRREGULARES."*

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.
3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

6. No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 388 de este código."

> *alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. Protección: la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. Convalidación: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. Instrumentalidad: la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. Trascendencia: quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Residualidad: solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular."*

En este sentido, se ha de afirmar que la juez de instancia no apoyó la decisión anulatoria en el análisis de los principios orientadores de las nulidades a los que ninguna referencia hizo. Por otra parte, esta Colegiatura en el ejercicio de verificar la existencia de la nulidad declarada, dado que la *A quo* no concretó en cuál de las causales anulatorias soportó su decisión, entenderá que edificó la decisión confutada en la causal tercera de nulidad, es decir, *"La violación del derecho a la defensa"* (Ley 522,1999 art.388.3).

En ese orden de ideas, la Sala deberá señalar que la juez omitió analizar adecuadamente el principio de trascendencia que determina la obligación de demostrar que la irregularidad identificada afectó las garantías de los sujetos procesales o desconoció las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (Ley 522,1999 art.392.2).

Ello es así, por cuanto la funcionaria se limitó a señalar que el derecho a la defensa del SLR. **VACL** se vio vulnerado tras desconocer su derecho a la no auto incriminación por encontrarse bajo la gravedad del juramento en un segmento de su indagatoria, omitiendo establecer cuál fue el perjuicio ocasionado a esa garantía y la entidad que tuvo la irregularidad para alterar los actos procesales que declaró nulos. A este respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado (CSJ.SP.Rad.14728 mar.2001):

> *"Realmente lo que la Corte tiene establecido es que en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades (no hay nulidad sin daño), su declaratoria solo es posible si la irregularidad que se demanda realmente afecta las garantías de los sujetos procesales o, dado el caso, si desconoce las bases fundamentales de la actuación o del juzgamiento, pero no que ella no proceda cuando haya prueba afirmativa de la responsabilidad del acusado, como se sugiere en el concepto. La declaratoria de nulidad debe tener un motivo suficiente, no se deriva de alguna informalidad en sí misma considerada, sino que es preciso distinguir entre el contenido material de la defensa y el contenido material de la pretensión defensiva. Además, toda nulidad supone perjuicio real para la garantía y si ésta no se produce, no es posible demandar la invalidez de la actuación. De allí que sea importante demostrar las consecuencias del yerro, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala"*

Nótese como la juez de instancia refirió que, en desarrollo de la diligencia de indagatoria, al SLR. **VACL** se le comunicó la imputación fáctica y jurídica encontrándose aún bajo la gravedad del juramento, circunstancia que consideró quebrantaba

su derecho de defensa, pero se insiste, olvidó determinar el perjuicio causado a la presunción de inocencia del indagado, como las razones por las cuales se hacía necesario emitir una decisión invalidante. Así lo expresó cuando señaló:

> *"Se advierte entonces que como el procesado hizo cargos contra un cabo OSOR señalando que este le dio una patada en el abdomen, el Juzgado procedió conforme a las voces del Art. 494 del C.P.M. (Ley 522 de 1999) a juramentarlo sobre este aspecto*
> *(…)*
> *luego de terminar de interrogarlo sobre las sindicaciones contra un tercero, continua con la diligencia de indagatoria sin levantar el juramento hecho, es decir a partir de allí y con relación a las preguntas que tenían que ver con el hecho que se le imputaba y su presunta responsabilidad penal (incluso al realizarle la imputación fáctica y jurídica al final de la diligencia) el procesado se halla bajo el apremio del juramento antes hecho.*
> *(…)*
> *el Juzgado 19 de IPM procedió a ampliar la diligencia de indagatoria del* ***SLR VACL****, diligencia que obviamente se desprende de esa primera versión que de los hechos diera éste bajo filas (y que como ya se señaló constriñó la voluntad del mismo bajo un apremio de juramento que subsistió en gran parte de ella) con lo que claramente se observa que se conculcó nefastamente el derecho de defensa que le asiste así como también el de igualdad (Art 13 C.P.)"* (Fols.259-260)

En oposición a ello, la fiscalía apelante hizo un recuento de cómo se desarrolló la injurada, colocando de presente al indagado las advertencias previas, arguyendo en punto de la excepción a la prohibición de juramentar al indagado (Ley 522,1999 art.494), que si bien es cierto el instructor juramentó al investigado al momento en que hizo una

sindicación en contra del cabo **OTE,** ello debe entenderse únicamente en relación con esa declaración, puesto que las preguntas que siguieron no tienen relación alguna con lo denunciado (Fols.285-286)[5] y, en esas condiciones, la diligencia de injurada no se encuentra viciada de nulidad.

Así las cosas, la Sala considera que le asiste razón a la censora por cuanto, si bien es cierto el SLR. **VACL** se encontraba bajo la gravedad del juramento al momento de declarar en contra de un tercero, el no levantar dicha condición en nada perjudicó su derecho a la no autoincriminación y menos a la presunción de inocencia como lo sugirió la funcionaria de instancia, en razón a que, como lo planteó la apelante y lo sugirió el Ministerio Público en su concepto, las preguntas subsiguientes y sus respectivas respuestas no comprometieron responsabilidad penal del indagado, quien por el

[5] *Soraya Gonzalez Zakzuk Fiscal 12 Penal Militar de Brigada (16 de marzo de 2018) Apelación (Fols.285-286). "En el caso en estudio la Juez 19 de IPM interroga al procesado bajo la gravedad del juramento cuando refiere que el cabo OSOR lo golpea. Es cierto que es escueto lo plasmado en la diligencia de inquirir cuando lo JURAMENTA al respecto, pero es claro que si lo hizo se encontraba en presencia de su defensor. Y una vez interroga bajo la gravedad del juramento acerca del comportamiento del cabo OSOR continúa con la indagatoria con las preguntas que no tienen que ver con los cargos a los que hizo alusión VACL contra su superior.*

(…)

Es cierto que en la indagatoria recibida por primera vez no se dice levantar el juramento sin embargo cumple textualmente lo preceptuado por el artículo 494 del CPM ley 522 de 1999. ***El juramento es únicamente sobre aquel punto que se declara contra otro****. Para esta fiscalía no significa que luego de esta pregunta bajo juramento los demás interrogantes que fueron respondidos por el procesado –que no tienen relación con el golpe que recibe presuntamente el sindicado por parte del cabo Osor – se encuentren viciados de nulidad como lo señala la señora juez primero de brigada, por violación al principio de presunción de inocencia, derecho de raigambre constitucional contenido en el artículo 29 superior".*

contrario, lo que procuró con ellas fue justificar su actuar (Fols.73-74)[6].

Ahora, en relación con la imputación fáctica y jurídica, la Sala verificó que el imputado declaró su inocencia de manera libre, consciente y voluntaria (Fol.74)[7], sin que fuera comprometido su derecho a la no autoincriminación ni afectada su presunción de inocencia. Situación que invalida el argumento expuesto por la juez de instancia, al sostener que la voluntad del indagado se constriñó

[6] *SLR. VACL (13 de octubre de 2017) Indagatoria (Fols.73-74) "PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO COMO ESTÁ CONFORMADO SU NUCLEO FAMILIAR Y DE QUE DEPENDEN ECONOMICAMENTE. CONTESTÓ: yo vivo con una hermana, mi papá, y mi madre en ciénaga magdalena. PREGUNTADO DIGA AL DESPACHO SI USTED SE PRESENTÓ VOLUNTARIAMENTE A PRESTAR EL SERVICIO MILITAR O FUE RECLUTADO CONTESTO: yo me presente voluntariamente. PREGUNTADO DIGA AL DESPACHO SI PARA LA FECHA 25 DE SEPTIEMBRE DE 2017 USTED TENÍA ALGUN PROBLEMA DE SALUD PERSONAL QUE LE IMPIDIERA CONTINUAR PRESTANDO EL SERVICIO MILITAR CONTESTAR: lo único que tenía era una calamidad porque un primo estaba preso en España y como era casi un hermano y como llevaba casi diez días preso allá, entonces yo estaba algo preocupado por esa situación. Y en ese momento dolores en las piernas. PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO CUANTO TIEMPO LLEVABA PRESTANDO EL SERVICIO MILITAR CUANDO DECIDIO IRSE DE LAS FILAS DEL EJERCITO CONTESTO: dos meses. PREGUNTADO: DIGA AL DESPACHO SI USTED TIENE ALGUN IMPEDIMENTO PARA PRESTAR EL SERVICIO MILITAR PROCEDE LA JUEZ A DAR A CONOCER LAS CAUSALES DE IMPEDIMENTOS PARA PRESTAR EL SERVICIO MILITAR ESTABLECIDAS EN LA LEY 1861 DEL 04 DE AGOSTO DE 2017 ARTICULO 12 CONTESTO: el único problema que tengo es un dolor en una pierna, de una cirugía que me hicieron el 17 de febrero del año 2014, porque me accidenté en una moto. PREGUNTADO DIGA AL DESPACHO SI HABIA RECIBIDO INSTRUCCIÓN SOBRE JUSTICIA PENAL MILITAR DE EN ESPECIAL SOBRE DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA Y EL SERVICIO CONTESTO: si me explicaron que no podíamos dormirnos en centinela, y de la deserción no recuerdo, pero como a mi cabo Ber me dijo que me fuera que yo como no había jurado bandera, que yo era una mala incorporación. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho como ha sido el trato que ha recibido por parte de sus compañeros y superiores durante el tiempo que ha estado prestando el servicio militar CONTESTÓ: regular porque muchas veces un cabo de apellido Barr me trataba mal, incluso me negó la comida en cinco ocasiones, con mis compañeros bueno, hasta un día que a un compañero se le perdió seis cientos mil pesos y me echaban la culpa a mí. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si usted gozo de permisos y licencias durante el tiempo que llevaba prestando servicio militar, en caso afirmativo, en cuantas oportunidades y por cuanto tiempo. CONTESTÓ: no".*

[7] *SLR. VACL (13 de octubre de 2017) Indagatoria (Fols.74) "PREGUNTADO: A usted se le sindica de haber cometido el delito de DESERCION que tipifica y sanciona el Código penal Militar, por los hechos sucedidos en día 25 de septiembre de 2017 en el CANTON MILITAR DE MALAMBO ATLANTICO DIGA AL DESPACHO QUE TIENE QUE DECIR FRENTE A ESTA IMPUTACION CONTESTO: yo soy inocente porque yo pedí un permiso y no me lo dieron, después ocho días después volví, y no me gustó y me fui."*

(Fol.260)[8], para fundamentar la declaratoria de nulidad.

De lo expuesto anteriormente, el Colegiado concluye que, pese a que la juez de brigada advirtió la ocurrencia de una irregularidad en el desarrollo de la diligencia de indagatoria, no la analizó a la luz de los principios orientadores de las nulidades, que en punto específico del principio de taxatividad imponía a la funcionaria el deber de demostrar la vulneración a los derechos del procesado y acreditar la razón de la declaratoria invalidante no solo de la indagatoria y su ampliación, sino del auto que resolvió la situación jurídica provisional y los actos que de ella se desprendieron. A este respecto, la Corte Suprema de Justicia enseñó (CSJ.SP.Rad.24590 abr.2007):

> *"3. Los artículos 310 del Código de Procedimiento Penal ordinario (ley 600 de 2000) y el 392 del Código Penal Militar vigente (ley 522 de 1999), consagran como principio orientador de las nulidades el de trascendencia, de acuerdo con el cual, para que una informalidad pueda llegar a tener efectos invalidantes es necesario demostrar no solo que se desconoció un específico rito o una determinada liturgia, sino que la formalidad omitida o indebidamente efectuada afectó la garantía del sujeto procesal que la alega, o las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.*
>
> *4. El contenido del acta de indagatoria permite advertir que el imputado en esta diligencia no*

[8] *Juzgado Primero Penal Militar de Brigada (8 de marzo de 2018). Auto interlocutorio (Fl.260) "… y que como ya se señaló se constriñó la voluntad del mismo bajo un apremio de juramento que subsistió en gran parte de ella…".*

> *aceptó ninguno de los hechos por los cuales estaba siendo interrogado: ni la apropiación de dineros (peculado por extensión), ni la inclusión de información ficticia en los asientos contables (falsedad en documentos). Y que tampoco hizo cargos o afirmaciones que comprometieran penalmente, en forma directa o indirecta, a sus parientes cercanos, su cónyuge o compañera permanente."*

Finalmente, la Sala corroboró que el SLR. **VACL** rindió su injurada acompañado de su abogado defensor, Dr. **LAJP**, quien como lo impone la ley penal militar lo asistió a lo largo de la diligencia (Ley 522,1999 art.495), sin que hubiera advertido irregularidad alguna en contra de su defendido.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar vinculó al SLR. **VACL** a través de diligencia de indagatoria en la que en acatamiento al Estatuto Penal Militar le puso de presente las advertencias previas (Ley 522,1999 art.495)[9] (Fol.71)[10], y que si bien es cierto habiéndolo escuchado bajo la gravedad del juramento cuando

[9] *Artículo 495 [Titulo VIII]. Código Penal Militar [Ley 522 de 1999] "ADVERTENCIAS PREVIAS AL INDAGADO. Previamente al interrogatorio previsto en los artículos siguientes, se le advertirá al indagado que se le va a recibir una declaración sin juramento; que es voluntaria y libre de todo apremio; que no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil o segundo de afinidad, ni contra su cónyuge, o compañero o compañera permanente; que tiene derecho a nombrar un defensor que lo asista procesalmente y que en caso de no hacerlo, se le designará de oficio.*

Si la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud afecta los fines de la diligencia como medio de defensa.

De todo esto se dejará expresa y clara constancia desde el comienzo de la diligencia."

[10] *SLR. Víctor Antonio Cantillo Lastra (13 de octubre de 2017) Indagatoria (Fols.71) "Seguidamente y en cumplimiento a lo previsto en el artículo 495 del C.P.M. se le advierte al indagado que se le va a recibir una declaración* ***SIN JURAMENTO; que es voluntaria y libre de todo apremio; que no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni, contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni contra su cónyuge o, compañero o compañera permanente.*** *Al igual se le da a conocer el artículo 33 CN…".*

declaró contra un tercero continuó la diligencia sin levantar dicho apremio como se expuso a lo largo del presente proveído, ello no ocasionó perjuicio a la garantía de no autoincriminación (Constitución Política art.33)[11] ni quebrantó el derecho a la presunción de inocencia (Constitución Política art.29)[12], como se aseveró en el auto apelado.

Consecuente con lo expuesto, al no evidenciarse vicio de garantía en el actuar procesal, como correspondería a la violación al derecho a la defensa, esta Sala de Decisión dispondrá la revocatoria del auto fechado el 8 de marzo de 2018 que decretó la nulidad de la indagatoria rendida por el SLR. **VACL** el 13 de octubre de 2017, de la ampliación de la misma adelantada el 11 de diciembre de 2017, del auto fechado 17 de octubre de 2017 mediante el que el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar resolvió la situación jurídica provisional al encausado y de las diligencias que de ella se derivaron. En consecuencia, se ordena continuar con el trámite de la etapa de juicio a cargo del Juzgado Primero Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional.

---

[11] *Artículo 33 [Titulo II]. Constitución Política de Colombia. "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil."*

[12] *Artículo 29 [Titulo II]. Constitución Política de Colombia. "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho."*

Sin más consideraciones, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX.- RESUELVE.

PRIMERO: REVOCAR el interlocutorio fechado el 8 de marzo de 2018, mediante el cual la Juez Primera Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional decretó la nulidad de la indagatoria rendida por el SLR. **VACL** el 13 de octubre de 2017, de la ampliación de la misma adelantada el 11 de diciembre de 2017, del auto fechado 17 de octubre de 2017 mediante el que el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar resolvió la situación jurídica provisional al encausado y de las diligencias que de ella se derivaron, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DEVOLVER la actuación procesal al Juzgado Primero Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, para que continúe con el trámite de su competencia, retomando la etapa de juicio, conforme se dispuso en la parte motiva.

TERCERO: REMITASE la actuación al Juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtidos los

trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ
Magistrado

Capitan de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

I

Sala:	***Segunda de decisión***
Magistrado ponente:	***TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ***
Radicación:	***158694***
Procedencia:	***Juzgado ante Comando Aéreo No 122***
Procesado:	***T2. LASO***
Delito:	***Peculado por apropiación en concurso con abuso de función pública***
Motivo de alzada:	***Apelación sentencia absolutoria***
Decisión:	***Revoca parcialmente.***

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Se pronuncia la Sala frente al recurso de apelación incoado por la Fiscalía Militar ante Comando Aéreo 122, contra la providencia proferida por el Juez ante Comando Aéreo 122 el siete (7) de marzo de 2017, mediante la cual absolvió al T2. **LASO** por los delitos de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con abuso de función pública.

II. HECHOS

Mediante informes presentados por Grupo de Inteligencia del Comando Aéreo de Combate No. 1 "CACOM-1", se dio a conocer que, en el mes de enero del año 2015, el T2. **LASO**, miembro de la escuadra denominada "*Control Acceso*", expidió ficheros de ingreso a la unidad militar a particulares, sin seguir el protocolo correspondiente que exigía la previa solicitud del interesado ante el segundo comandante, la realización del estudio de seguridad personal y el pago ante la tesorería del referido documento, recibiendo personalmente la suma de TRESCIENTOS QUINCE MIL PESOS ($315.000,00) por concepto de elaboración de diez (10) ficheros personales y tres (3) vehiculares. Dinero que posteriormente utilizó en la compra de una cinta para la impresión de los citados documentos.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1- Por los hechos antes citados, el Juzgado 123 de Instrucción Penal Militar, el día cinco (5) de mayo de 2015, ordenó la apertura de investigación formal en contra del T2. **LASO** por los punibles de peculado por apropiación y abuso de función pública[1]. Posteriormente, con auto del siete (7) de diciembre de 2015[2] el instructor ordenó escuchar en

[1] *Cuaderno 1, folios 17-18.*
[2] *Cuaderno 1, folio 184.*

diligencia de indagatoria al procesado, para imputarle el presunto delito de concusión, indagándolo por los punibles de concusión y abuso de función pública y, con auto del 18 de diciembre de 2015[3], resolvió su situación jurídica por el delito de abuso de función pública, variando la calificación jurídico provisional del delito de concusión por el punible peculado por apropiación, resolviendo abstenerse de imponer medida de aseguramiento en contra del procesado.

3.2- Perfeccionada la investigación, la Fiscalía 122 ante Comando Aéreo decretó el cierre de la etapa instructiva[4], calificando el mérito sumarial con resolución de acusación en contra del T2. **LASO** por los punibles de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con abuso de función pública el pasado 25 de agosto de 2016[5].

3.3- En firme la providencia acusatoria[6], con auto del ocho (8) de septiembre de 2016[7] ordenó el envío del expediente al Juzgado de Instancia ante Comando Aéreo 122, despacho que decretó el inicio del juicio el día 31 de octubre de 2016[8]. La audiencia de corte marcial se celebró el seis (6) de febrero del 2017[9]

[3] *Cuaderno 2, folios 225-261.*
[4] *Cuaderno 3, folio 502.*
[5] *Cuaderno 3, folios 522 – 548.*
[6] *Cuaderno 3, Quedó ejecutoriada el 8 de septiembre de 2016, folio 561.*
[7] *Cuaderno 3, folio 562.*
[8] *Cuaderno 3, folio 578.*
[9] *Cuaderno 3, folios 608-620.*

y se profirió sentencia el (7) de marzo de 2017[10], absolviendo al T2. **LASO** de los delitos de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con abuso de función pública, decisión que convoca la atención de la Sala.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez ante Comando Aéreo 122 en sentencia del siete (7) de marzo de 2017, precisó los hechos, identificó al procesado, se pronunció sobre la competencia, resumió los alegatos de las partes en la audiencia de corte marcial, para considerar, que:

El T2. **LASO** fue llamado a juicio por los delitos de peculado por apropiación y abuso de función pública conforme a hechos ocurridos el día 10 de enero de 2015. Fecha para la cual, el procesado registraba la condición de militar, en el grado de Técnico Segundo de la Fuerza Aérea Colombiana, orgánico del Comando Aéreo de Combate No.1, ejerciendo funciones de control acceso peatonal en la referida unidad militar.

Frente al delito de peculado por apropiación, el *A quo* estimó que no estaba probado en grado de certeza cuál o cuáles eran las funciones que desempeñaba **LASO** en el cargo asignado, situación que impedía

[10] *Cuaderno 3, folios 633 – 651.*

constatar los elementos normativos exigidos por el tipo penal, lo que determina la atipicidad de la conducta y, como consecuencia, la imposibilidad de proferir una sentencia condenatoria.

Enunció que el material probatorio evidenciaba una serie de irregularidades que impedía estructurar una acusación de cara a la situación fáctica y a la imputación jurídica, no solo para la conducta de peculado por apropiación, sino también para el abuso de función pública. En ese orden, sostuvo que la evidencia recaudada estableció las funciones del procesado en un cargo diferente al que realmente desempeñaba al momento de la ocurrencia de los hechos, situación que impedía elaborar el juicio de tipicidad particularmente frente al ingrediente normativo del peculado: "*por razón o con ocasión de sus funciones*", ello además, porque no se allegó al expediente el acta de posesión en el cargo de control acceso del procesado, lo que impidió demostrar certeramente el cargo y funciones que desempeñaba y con los cuales se sustenta una situación fáctica y jurídica.

Así las cosas, indicó que la función de elaborar los ficheros de la unidad correspondía al TS. **MAR**, Comandante de la Escuadra Control Acceso, quien no pudo ser escuchado en diligencia de declaración para que aclarara las razones por las que no cumplió sus

funciones y determinar si efectivamente el procesado estaba asumiendo lícita o ilícitamente ese cargo.

Concluyó que, aunque el procesado hubiera asumido de facto la función de elaborar los ficheros, no era responsabilidad de ninguno de los uniformados integrantes de la Escuadra Control Acceso recaudar dinero, en tanto dicha tarea correspondía a los funcionarios de la tesorería o de la escuadrilla administrativa de la unidad, lo que impedía predicar que **LASO** recibió dicha suma de dinero "*en razón o con ocasión de sus funciones*", menos aún, "*en administración, tenencia o custodia*", como lo exige el tipo penal de peculado. Estimó entonces, que ello determinaba la atipicidad de la conducta punible endilgada, lo que hacía inocuo examinar otros ingredientes normativos del tipo objetivo como la existencia de un provecho para sí o para un tercero, la propiedad del bien, el título a través del cual se entregó al servidor público uniformado, así como los elementos del tipo subjetivo. Finalmente, el *A quo* indicó que, si bien haber recibido y mantenido en su poder los dineros que debía depositarse en la tesorería podría configurar un punible diferente, se encontraba sujeto al marco de la acusación en virtud del principio de congruencia, lo que le obligaba absolver al uniformado por ese específico cargo.

Así mismo, respecto del delito de abuso de función pública reiteró que, aunque el procesado estaba nombrado para cumplir con las funciones que imponía el cargo de control acceso peatonal, no se probó cuáles eran las particulares tareas que debía desarrollar en virtud de dicho cargo y sí estaba o no posesionado, resultando imposible determinar si abusó del cargo o desarrolló funciones distintas a las asignadas reglamentariamente.

Resaltó que los cargos formulados por la fiscalía se limitaron al hecho de que el procesado hubiera recibido el dinero por el pago de los ficheros cuando esta función correspondía a la tesorería de la unidad militar, olvidando que no se contaba con autorización del segundo comandante para el efecto ni del correspondiente estudio de seguridad, por lo que en virtud del principio de congruencia el fallador manifestó circunscribirse a la imputación fáctica y jurídica realizada por el ente calificador.

En consecuencia, estimó frente al particular que: "*el recaudo del dinero resultaba legal, habida cuenta que la administración pública estaba cobrando por la expedición de los ficheros y ello nada tiene que ver con quien lo hacía y si estaba o no dentro de sus funciones*", agregando que el valor que exigió el procesado por los ficheros era similar al que debía

sufragarse en tesorería, dinero que posteriormente fue consignado en dicha dependencia por **LASO**. Bajo ese entendido, consideró que "*estudiados los elementos objetivo del tipo debe indicarse que a nivel subjetivo no se evidencia la existencia de ellos y por lo tanto, se anuncia que frente al presente reato se emitirá sentencia absolutoria*".

Adujo que el delito de abuso de la función pública solo se consuma cuando el funcionario crea condiciones falsas para parecer como propia la función que no le corresponde. Amén de ello, indicó con soporte jurisprudencial, que no se encuentran reunidos los elementos subjetivos del tipo penal, habida cuenta que el procesado no creó un contexto falso como tesorero para facilitar el recaudo del dinero, a pesar de que sabía que dicha función no era propia. Tampoco había evidencia de la intención de quebrantar la ley penal, lo que realmente demostraba la prueba era que ante la premura y para no entorpecer las actividades al interior de la unidad facilitó el trámite, razones que lo condujeron a absolver al procesado.

Frente al argumento del ente acusador respecto de lo manifestado por el procesado en la indagatoria, sobre la compra de cintas para imprimir los ficheros con el dinero recaudado, afirmó que, en flagrante violación al principio de autoincriminación, esa

afirmación no encontraba respaldo probatorio para establecer responsabilidad penal.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Por su parte, el Fiscal Militar ante Comando Aéreo 122 presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra la sentencia absolutoria[11], en procura de que sea revocada y, en su lugar, se profiera condena en contra del procesado.

El recurrente recriminó la sentencia al considerar que se presentó una falta de aplicación del artículo 401 de la Ley 522 de 1999, desarrollado de manera similar por el artículo 238 de la Ley 600 de 2000, es decir, que las pruebas debían ser apreciadas en conjunto, atendiendo las reglas de la sana crítica.

Sostuvo que para los servidores públicos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público estaba consagrada la figura del nombramiento y posterior posesión en el cargo, no obstante, las normas de carrera aplicables al personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares contemplaban la figura del traslado.

[11] *Cuaderno original 4, folios 662-676.*

Insistió en que estaba probado que **LASO** fue trasladado internamente mediante orden del día No. 028 del 10 de julio de 2014 expedida por el Grupo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas No. 15, del Centro de Comando y Control Operaciones de Seguridad y Defensa al elemento de Control Operacional Acceso Peatonal, dependencia que entre sus funciones tenía la de elaborar ficheros para permisos permanentes y transitorios con base en los procedimientos establecidos, de acuerdo con la directiva permanente, orden del día No. 023 de 2012.

En el mismo sentido, manifestó que el TC. **LCG** –Comandante del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases No. 15- declaró no haber autorizado al procesado realizar ficheros en día no hábil y, menos aún, comprar elementos de impresión de ficheros con los dineros recaudados por ese concepto. Dineros que tenían la característica de ser de carácter público, cuyo tratamiento debía ser específico y no como lo desplegó el procesado.

También consideró que el encausado debió cobrar por los ficheros la suma de $65.000,00 pesos y no $315.000,00, como en efecto lo hizo, teniendo en cuenta que los valores establecidos para la elaboración de los ficheros se encontraban regulados en el oficio No. 20151460016931 del 14 de

diciembre de 2015, recalcando que, contrario a lo manifestado por el fallador de instancia, sí existió un cobró excesivo.

Agregó, apoyado en jurisprudencia penal, que el procesado recibió dineros públicos que aparentemente utilizó para comprar una cinta para impresión, situación que admitió en diligencia de indagatoria y que el juzgador pasó por alto, lo que permitía declarar su responsabilidad pernal.

De la misma forma, afirmó que el abuso del cargo es el abuso de la investidura, es decir, debe tratarse de un acto funcional, no de uno que el funcionario pudiera ejecutar como simple particular, y manifiesta que lo que se buscaba con la figura, era que los servidores públicos no invadieran los ámbitos de competencia de funcionarios.

Razones para manifestar que se reprocha del procesado, no solo haber elaborado ficheros de ingreso sin la debida autorización, sino que, a pesar de no tener la competencia para llevar a cabo ese tipo de trámites, recibió el dinero y no lo depositó en la dependencia correspondiente el primer día hábil siguiente, sino que lo utilizó en la compra de elementos, al punto que debió ser requerido por su comandante para que reintegrara dichos valores.

Por consiguiente, concluyó que el Técnico **LASO** llevó a cabo funciones diversas a las que legalmente le correspondían, puesto que, aunque no registraba la función de recibir dineros por concepto de elaboración de ficheros lo hizo, utilizándolos aparentemente para adquirir una cinta de impresión que necesitaba, sin autorización de ningún comandante o sin seguir el procedimiento establecido legal y reglamentariamente para el efecto.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 14 Judicial II conceptuó en la presente causa solicitando se revoque parcialmente la decisión apelada y, en su lugar, se profiera condena por el delito de abuso de función pública[12]. Para el efecto, estimó que los argumentos con los que el *A quo* sustenta su decisión, resultan débiles para soportar una sentencia absolutoria.

Respecto del punible de peculado por apropiación, consideró que no se encontraban presentes los elementos exigidos para constatar la existencia de dolo, pues pese a que el militar tomó los recursos inconsultamente para comprar una cinta de impresión, no actuó dolosamente, sino que, por el contrario, se

[12] *Cuaderno original 4, folios 707-721.*

evidenciaba una actitud altruista para tratar de cumplir los principios y finalidades de la función pública, como son la buena fe, la celeridad, economía, eficacia y eficiencia. Razones para estimar que al no reunirse los presupuestos del tipo penal de peculado por apropiación debía mantenerse la sentencia absolutoria.

Cosa distinta consideró respecto del delito de abuso de función pública, por cuanto rechazó los argumentos del *A quo* al valerse de la duda, respecto de las funciones que desempeñaba el procesado al momento de los hechos, para dar por atípica la conducta. Por el contrario, entendió que, era un hecho real y material, que el militar realizó una función diversa a la encomendada, al recibir unos dineros producto de la elaboración de unos ficheros para ingreso de particulares a la unidad militar.

Amén, que el procesado en diligencia de inquirir reconoció que se "*tomó el atrevimiento*" de usar el dinero de los ficheros porque no había cinta para la impresión de los mismos. Indicó que los verbos rectores del punible endilgado: "abusar" de su cargo para "realizar" funciones públicas diversas, se encuentra demostrado, puesto que pese a que el *A quo* no tuvo en consideración lo establecido en el oficio No. 20151460016931 del 14 de diciembre de 2015 en el cual se fijaban los valores de los ficheros, precisó

que la unidad militar contaba con un procedimiento prestablecido para cumplir con esa actividad, habiendo reconocido el propio procesado que no era ordenador del gasto público, lo que en otras palabras determina que conocía el protocolo para ejecutar dicha actividad.

Concluyó, entonces, que la situación fáctica se adecua a los presupuestos del delito de abuso de función pública, si se tiene en cuenta, que **LASO** no solo se abrogó funciones de las cuales son titulares los funcionarios de la tesorería, sino las propias del comandante de la unidad, excediéndose con su actuar al realizar funciones públicas diversas.

VII. DE LA COMPETENCIA

De acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[13], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999.

En este orden de ideas, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta

[13] *CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.*

Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por la Fiscalía 122 ante Comando Aéreo en procura de que se revoque la sentencia absolutoria de fecha siete (7) de marzo de 2017.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Bajo la limitación que impone el artículo 583 de la sistemática punitiva castrense, procederá la Sala a examinar los argumentos que sustentan el recurso de apelación incoado por la Fiscalía 122 ante Comando Aéreo contra la sentencia del siete (07) de marzo de 2017, mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia ante Comando Aéreo 121 absolvió al T2. **LASO** de los delitos de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con abuso de función pública.

Coherente con la anterior formalidad, la Sala abordará el examen de la hipótesis planteada por la Fiscalía ante Comando Aéreo 122, bajo los parámetros del principio de limitación, en el entendido que el *Ad quem* está facultado para extender su estudio a otras materias inescindibles y los que resulten vinculados a los aspectos tratados en la alzada, con el fin de hacer prevalecer el derecho sustancial y

para efectos de la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión que se debe[14].

Congruente con lo expresado en precedencia y con el fin de delimitar los aspectos objeto de la alzada, se hace necesario señalar que el apelante solicitó la revocatoria de la sentencia adiada el siete (7) de marzo de 2017, para que en su lugar se condene al procesado, al considerar la existencia de prueba que conduce a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado[15].

Para resolver el problema jurídico la Sala estima necesario establecer cuál era el procedimiento adoptado por el Comando Aéreo de Combate No. 1 para la expedición de ficheros de ingreso de particulares a la unidad militar, luego describirá el acontecer fáctico, para señalar finalmente cuáles son los requisitos y presupuestos establecidos para la configuración típica de los punibles de peculado por apropiación y abuso de la función pública, a fin de concluir si le asiste responsabilidad penal al T2. **LASO** como lo reclama el censor o si, por el contrario, debe confirmarse la decisión absolutoria adoptada por el Juez de Instancia ante Comando Aéreo 121.

---

[14] Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Radicado 23259 – Sentencia del 23 de marzo de 2006.- MP. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN: "doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional"
[15] Artículo 396 del Código Penal Militar.

8.1- Procedimiento para la expedición de ficheros de ingreso al CACOM-1.

El Comando Aéreo de Combate No.1, en procura de garantizar la seguridad de la unidad, dispuso de un procedimiento para regular la manera en que el personal particular que ingresa de manera regular a la unidad militar lo pueda hacer. Para ello, habilitó la expedición de ficheros de ingreso tanto a personas como vehículos. Documento cuya expedición demandaba el cumplimiento previo de una serie de requisitos, como correspondía a la presentación de una solicitud elevada al segundo comando de la unidad con la correspondiente autorización para el efecto, el estudio de seguridad con concepto favorable del grupo de inteligencia del Comando Aéreo y el pago del valor dispuesto para la elaboración del respectivo documento en la tesorería de la unidad[16].

Conforme lo establece el reservista **FGLC**, quien era el encargado para la época de los hechos de elaborar los ficheros, para tramitar el documento, se debía "*diligenciar un oficio anexando el recibo de pago de pagaduría el cual es dirigido al segundo comando, después pasaba a la oficina de inteligencia y por último llega a la oficina de mi coronel al grupo de seguridad él es quien autoriza el fichero, luego pasa a la oficina*

[16] *Oficio No. 20151420106423 del 25 de mayo de 2015 (fls. 29 – 30).*

de magnetización y se espera a que soliciten el fichero en base a las autorizaciones del oficio"[17]. En el mismo sentido, el TC. **LCG**, Comandante del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases No.1, señaló: "*(…)el supervisor del contrato debe enviar un oficio al SECOM (segundo comandante) de la Unidad solicitando la asignación de ficheros para el personal de contratistas y obra anexando nombres, número de cédula y de qué fecha a qué fecha se realizaran los trabajos, una vez el oficio pasa por el segundo comando para el visto bueno es remitido al Grupo de Inteligencia donde hacen la verificación de antecedentes y autoriza de manera parcial el ingreso del personal a la unidad, posteriormente el oficio es remitido al Comandante GRUSE (Grupo de Seguridad) donde verifico el visto bueno del Segundo Comando y del GRUIA (Grupo de Inteligencia), lo remito al Control Acceso para que ellos a su vez verifiquen la documentación y si cumple con los requisitos "que pague ante la tesorería" el valor de los ficheros, recibo de pago, después elaboren los respectivos ficheros para la obra que va a iniciar"*[18].

En ese orden, le correspondía a la sección de tesorería de la base aérea, particularmente al asistente técnico de tesorería, recaudar el pago por concepto de ficheros y elaborar tanto el recibo como los comprobantes de ingreso que eran contabilizados en el aplicativo SAP/R3, dado que dichos valores correspondían a fondos internos de la respectiva

[17] *Cuaderno 2, folio 347.*
[18] *Cuaderno 1, folio 199.*

unidad ejecutora, como lo señala la Directiva Permanente No. 15 del 1999 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional y el Manual de Ejecución Financiera GA-PR-3[19].

Así las cosas, una vez autorizada la expedición del respectivo fichero, el interesado acudía a la guardia de la unidad en donde integrantes de la escuadra control acceso elaboraban el respectivo fichero[20]. El valor de los referidos documentos para las personas que laboraban para el colegio de la unidad y que no eran funcionarios, para la fecha de los hechos, correspondía a la suma de cinco mil pesos ($5.000,00).

8.2- Acontecer fáctico y valoración probatoria.

Tenemos que los acontecimientos tuvieron lugar el día 10 de enero de 2015, en el Comando Aéreo de Cómbate No. 1, con sede en Puerto Salgar Cundinamarca, fecha en la que el suboficial **LASO,** integrante de la escuadra control acceso, expidió diez ficheros personales y tres vehiculares de ingreso a la unidad militar a la empresa de transporte escolar Arco Iris. Documentos por los que recibió la suma de trescientos quince mil ($315.000,00) pesos de parte del subgerente de la referida empresa, **PGR,** dinero que depositó en la

[19] *Cuaderno 2. folios 378 – 400.*
[20] *Cuaderno 2, folio 340.*

tesorería de la base aérea el día dos (2) de febrero de 2015, con comprobante de pago No. 9046[21].

En razón del trámite llevado a cabo por el procesado, se dio inicio a las averiguaciones por parte del grupo de inteligencia, que culminó con el informe que dio apertura a la presente investigación, en la que se escuchó en declaración a los particulares **PGR**[22], **CAR**[23], **JAS**[24] y **LMPS**[25], quienes dieron a conocer el trámite llevado a cabo para la expedición de los ficheros de ingreso a la unidad militar.

Así mismo, se recaudaron los testimonios de funcionarios de la unidad militar TC. **LCG**[26], TE. **MALF**[27], TE. **DFNT**[28], T3. **JJOD**[29], AT. **KTP**[30], AS14. **RAOT**[31] y SLR. FGLC[32], quienes explicaron el procedimiento que debía realizarse para la expedición de los ficheros, escuchándose en diligencia de inquirir al T2. **LASO**, quien manifestó que solo trató de agilizar el trámite para la expedición de los referidos documentos, debido a que se iniciaban clases en el colegio de la unidad y se requería regularizar el

[21] *Cuaderno 1, folios 28.*
[22] *Cuaderno 1 folios 165-168, cuaderno 2 folios 221-223.*
[23] *Cuaderno 1 folios 170-171.*
[24] *Cuaderno 1 folios 172-173.*
[25] *Cuaderno 1 folios 174-175.*
[26] *Cuaderno 1 folios 198-203.*
[27] *Cuaderno 2 folios 263-265.*
[28] *Cuaderno 3 folios 492-494.*
[29] *Cuaderno 3 folios 489-491.*
[30] *Cuaderno 1 folios 135-137.*
[31] *Cuaderno 2 folios 219-220.*
[32] *Cuaderno 2 folios 347-348.*

ingreso de los vehículos que trasportaban estudiantes.

También se aportó la declaración de la señora **MCG**[33], quien vendió la cinta de impresión que el procesado adquirió al parecer para la expedición de los ficheros.

Consecuente con lo anterior, y analizado de manera conjunta el material de prueba arrimado al expediente, bajo criterios de sana crítica, el despacho evidencia que el procedimiento llevado a cabo por el acusado para la expedición de los ficheros de ingreso de las rutas escolares al Comando Aéreo de Combate No 1, resultó irregular, puesto que se encuentra demostrado que **LASO** no solo desconoció el protocolo establecido para el efecto, sino que a *motu propio* y sin autorización alguna, decidió citar a las personas que debían realizar el trámite para la expedición de los ficheros, luego de lo cual, omitiendo la autorización del segundo comandante de la unidad y el estudio de seguridad, expidió los documentos y recibió el pago por los mismos, haciendo entrega de los carnets que autorizaban el ingreso de particulares a esa unidad militar.

[33] *Cuaderno 2 folios 296-298.*

Así lo relató el señor **PRG**, subgerente de la empresa de transporte expreso Arco Iris, quien diligenció el trámite de los ficheros ante el T2. **LASO**, al manifestar: "*los ficheros los sacamos este año, me dijeron que me dirigiera a la guardia ahí hablé con el Segundo Surmay, él nos atendió ahí para sacar el fichero vehicular y personal, me pidieron fotocopia de la cédula, la origina (sic) y los documentos de los vehículos para colaboraros (sic) porque estaba muy encima de clases, me citaron con los monitores y los conductores que iban a trabajar e ingresamos uno por uno a la oficina que queda en la guardia donde presentamos la cédula fotocopia de la cédula y nos fueron dando los ficheros, después de eso trajimos los estudios de seguridad…*"[34]. De la misma forma, se refirió al dinero pagado por concepto de ficheros al decir que: "*la fecha exacta no recuerdo, me cobraron $30.000 por fichero personal y $5.000 por el fichero vehicular, ese día fueron 10 ficheros personales y 3 vehiculares, pagué $315.000 pesos, los cancelé al Segundo Surmay y el después me entregó el recibo*"[35].

La anterior situación fue corroborada por el mismo procesado, cuando indicó: "*(…) los cito n (sic) día sábado puesto que el día lunes inician labores y para que no tuviéramos altercados y o pudiesen ingresar sin los altercados anteriores (…) ese sábado se le realizan los carnes o ficheros a un personal de la ruta y los vehículos ahí mismo en la guardia principal finalizado el ejercicio de los ficheros el señor Pedro me cancela el valor de dichos ficheros realizados, me los cancela porque es un día sábado y*

[34] *Cuaderno 1 folios 165-168*
[35] *Cuaderno 1 folios 165-168*

no hay pagaduría donde debe hacerse el recaudo no está laborando"[36].

Quiere decir lo anterior, que efectivamente el procesado tramitó y expidió los ficheros al personal contratado para el servicio de rutas escolares, sin tener en cuenta los requerimientos exigidos para ello, tal como se evidencia tanto del dicho del particular **RAPE** y su grupo de trabajadores escuchados en declaración, como del mismo **LASO,** quien admitió haber omitido realizar el trámite correspondiente, justificando su comportamiento al referir: "*El trámite para la expedición del fichero como lo dije anteriormente es con el oficio de autorización del comandante del GRUSE-15, no obstante se hacían ficheros por orden verbal de mi coronel LCG mientras se tramitaba dicho oficio o estudios de seguridad en su defecto, me explico, llegaba un visitante u obra a la unidad y era de carácter prioritario u urgente (sic) su ingreso, daban la autorización se realizaba el ejercicio de impresión del fichero, posterior a ello llegaban los oficios con la autorización"*[37].

Trámite que los mismos oficiales y superiores del procesado explicaron, desvirtuando las justificaciones del encausado, al punto que el TE. **MALF**[38] resalta que estaba prohibido diligenciar ficheros sin que se hubiera realizado el estudio de seguridad. De la misma manera, lo explicó el TC.

[36] *Cuaderno 1 folios 185-193*
[37] *Cuaderno 1, folio 187.*
[38] *Cuaderno 3, folios 263-265.*

LCG[39] al afirmar que el proceso de expedición se hacía una vez aprobado el contrato, debiéndose enviar un oficio al segundo comandante del grupo de seguridad y luego a inteligencia para que se verificaran los antecedentes judiciales, por lo que solo luego de efectuado dicho trámite se cancelaba el valor de los ficheros para finalmente elaborarlos. Afirmó que el procesado no estaba autorizado para expedir ficheros sin el lleno de los requisitos y menos aún, un sábado, toda vez que el horario de atención era de lunes a viernes.

8.3- De los delitos imputados al procesado.

Los delitos por los que se acusó al procesado **LASO** son los de peculado por apropiación y abuso de función pública. Por tanto, en aras de resolver el recurso de alzada presentado por la fiscalía militar, la Sala analizará, inicialmente, los componentes del primer delito y su adecuación típica, a fin de verificar si le asiste razón al censor al señalar que el fallador de instancia erró al concluir que la conducta punible de peculado por apropiación resultaba atípica, seguidamente se realizará similar ejercicio frente al delito de abuso de la función pública.

8.3.1- Del peculado por apropiación.

[39] *Cuaderno 3, folios 198-203.*

Frente al primero de los punibles imputados, el fallador concluyó que resultaba atípico, por cuanto no se determinaron las funciones del cargo que cumplía el procesado, lo que impedía establecer si existía una relación especial de disponibilidad entre éste y los dineros entregados por particulares en virtud de un vínculo jurídico surgido por razón o con ocasión de las funciones oficiales que ejercía al momento de los hechos.

Para el efecto, deberá precisarse que conforme lo dispone el artículo 397 del Código Penal, el delito de peculado por apropiación tiene lugar, cuando: "*El servidor público se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*".

Luego, de la descripción normativa del delito de peculado por apropiación, se infiere que son varios los elementos esenciales, estructurales o tipificantes del tipo penal, a saber: a) Sujeto activo cualificado; b) La conducta representada en el verbo rector, "se apropie"; c) La relación funcional que debe existir entre el miembro de la fuerza pública y el objeto material sobre el cual recae la conducta, como quiera que debe darse sobre

"… *bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones,* …"; y, d) el propósito de provecho personal o de terceros.

Frente a la condición de servidor público que exige el tipo penal, en tanto que se trata de un sujeto activo cualificado, se encuentra suficientemente acreditado dentro del expediente, tanto por la prueba testimonial como documental[40], que el enjuiciado para el momento de los hechos registraba la condición de militar en actividad integrante de la Fuerza Aérea Colombiana, en la categoría de suboficial y en el grado de Técnico Segundo, orgánico del Comando Aéreo de Cómbate Número 1.

Así mismo, se encuentra demostrado que mediante Orden del Día No. 028 del 10 de junio de 2014, expedida por el Comandante del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases No. 15, el T2. **LASO** fue trasladado al Elemento Control Operacional, Acceso Peatonal[41], cuyo objetivo era el de controlar la ejecución de los procedimientos establecidos para el ingreso y salida de personal, material, equipo y paquetes en el PCA, estableciendo el documento denominado "*Directrices área funcional para la ejecución de*

[40] *Folios 258 – 264 c.c. 1.*
[41] *Cuaderno2, folio 331.*

operaciones de seguridad de bases Fuerza Aérea versión 1.0" (CO3, f1 340), que entre las funciones de dicho elemento se encontraban:

> *"- Controlar el cumplimiento de control acceso peatonal y vehicular de acuerdo a lo establecido en los planes operativos de seguridad de la BFA.*
> *- Verificar el correcto funcionamiento de los sistemas electrónicos de seguridad pertenecientes al control de acceso peatonal y vehicular.*
> *- Ejecutar la lista de chequeo correspondiente a los controles de acceso en su inicio y finalización de labores, con el fin de detectar novedades en el sistema.*
> *- Verificar el correcto uso de los sistemas electrónicos de seguridad por parte de los Operadores de Control Acceso.*
> *- Elaborar los ficheros para los permisos permanentes y transitorios con base en los procedimientos establecidos.*
> *- Imparte instrucciones generales y particulares al personal bajo su mando, teniendo en cuenta los principios de atención al público en el desarrollo de operaciones de seguridad en el PCA.*
> *- Mantiene actualizado los listados del personal y vehículos autorizados para ingresar a la BFA.*
> *- Lleva un control de los ficheros de permisos transitorios con el objeto de realizar un seguimiento de acuerdo a su autorización de permiso.*
> *- (…)"*

En esas condiciones, la tesis presentada por el *A quo*, según la cual no puede tipificarse la conducta por cuanto no se anexó el acta de posesión del suboficial en el cargo de control acceso o sus funciones resulta equivocada, puesto que se allegó tanto el acto administrativo a través del cual el suboficial fue trasladado al elemento control

operacional, control acceso, así como la reglamentación que establecía las responsabilidades que debía cumplir dicha área funcional. Así las cosas, resulta desproporcionado considerar que la falta del acta de posesión impide establecer la condición requerida para el sujeto activo de la conducta de peculado, puesto que ello desconoce no solo lo manifestado por el propio procesado, quien reconoció en indagatoria laborar en la guardia principal para la fecha de los hechos[42], sino también, los testimonios vertidos por el TC. **LCG** y el TE. **DFNT**, así como, lo establecido en el artículo 82 del Decreto 1790 de 2000, como lo señaló el censor.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, en el peculado por apropiación, se hace necesario que exista una relación especial de disponibilidad entre el agente y el bien confiado en administración, custodia o tenencia en virtud de una relación jurídica surgida por razón o con ocasión de las funciones oficiales que éste ejerce.

Así las cosas, aunque se tiene que el acusado por la elaboración de los ficheros de ingreso a la base aérea recibió de los particulares trescientos quince mil pesos ($315.000,00), que solo consignó a la tesorería de la unidad luego de pasados más de

[42] *Cuaderno 1, folio 187.*

veinte días y ante el apremio de su comandante, para que halle adecuación típica debe advertirse inicialmente la naturaleza de los bienes entregados, así como, la disponibilidad jurídica que tiene el agente frente a los mismos. En otras palabras, no basta que un servidor público se apropie de bienes del Estado para que se estructure el delito de peculado, sino que es necesario, además, que ello ocurra en virtud de una relación funcional que, por su administración, tenencia o custodia, registre el agente con los bienes.

Ahora, aunque no es suficiente la calidad funcional del sujeto, sino que se requiere que a éste se le haya encomendado en razón o con ocasión de sus funciones la administración, tenencia o custodia de los bienes apropiados, no es necesario que el servidor público ejerza la tenencia material o tangible del bien, sino que es suficiente que tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional – disponibilidad jurídica-, al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación dentro del radicado 8729, el cuatro (4) de octubre de 1994, con ponencia del Magistrado **GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ**, citada en reciente jurisprudencia[43], señaló:

> "*La expresión utilizada por la Ley en la definición de peculado y que dice "en razón de sus funciones", hace*

[43] *Sentencia del 5 de octubre del 2006, radicado 25.290, M.P. Jorge Luis Quintero Milanes.*

referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado".

Consecuente con lo anterior, resulta imperioso determinar la naturaleza de los dineros entregados por los particulares a **LASO**, a fin de establecer la existencia de una relación especial de disponibilidad. En efecto, dicha suma no correspondía a un bien de uso público o fiscal del Estado, tampoco eran bienes de empresas o instituciones en las que el Estado tuviera parte o que correspondieran a fondos parafiscales, sino que conforme lo declarado por el señor **PGR**, dichos dineros eran de su propiedad y fueron entregados al

suboficial para que los depositara en la pagaduría de la unidad[44].

Ahora bien, aunque los bienes de los particulares pueden ser objeto material del peculado, solo lo son si fueron entregados al servidor público en razón o con ocasión de sus funciones. Situación distinta ocurre cuando el particular confía bienes al servidor público, pensando que se trata de una persona correcta, respecto de la cual no tiene otros vínculos que los de amistad u otro estímulo que los de su imprudencia[45]. Bajo ese entendido, en el *sub judice* es claro que el acusado no tenía entre sus funciones la administración, custodia o tenencia de dineros entregados por particulares, puesto que sus funciones se limitaban a la elaboración de los ficheros de ingreso y la responsabilidad del recaudo recaía en la tesorería de la unidad. Recuérdese, que el señor **PGR** afirmó en su testimonio que entregó el dinero a **LASO** para que éste lo depositara en la pagaduría, lo que evidencia que tanto el particular como el enjuiciado conocían que no era del resorte de las funciones del servidor público recaudar dicho pago.

Circunstancia que desarticula la relación funcional que debe existir entre el agente y el objeto material del delito para predicar su existencia,

[44] *Cuaderno 2, folios 221 – 223.*
[45] *PEREZ, Derecho penal, cit.,p 207.*

puesto que el punible de peculado es, ante todo, la violación del deber funcional, por tanto, la Corte Suprema diferenció dicha situación, señalando que el solo depósito de dinero u objetos por parte de un particular en manos de un funcionario público, seguido de su posterior apropiación por parte de éste, no vulnera sus deberes funcionales ni perjudica a la administración pública y por tanto no constituye delito de peculado[46], cosa distinta ocurre cuando dichos dineros pertenecen al Estado y el funcionario, aunque haya entrado irregularmente en posesión de los mismos, al disponer de ellos si viola los intereses de la administración pública y por tanto tipifica el delito de peculado.

Por esa razón, en la primera hipótesis, aunque la situación fáctica puede configurar un delito distinto como el abuso de confianza no lo hace respecto del tipo penal de peculado, puesto que los dineros fueron entregados a **LASO** para que los consignara en la tesorería, no en virtud de una relación funcional que, por su administración, tenencia o custodia, registrara el suboficial con el dinero suministrado por el particular.

En consecuencia, la Sala entiende que en el *sub judice*, además, de no presentarse una relación de disponibilidad entre el agente y el bien, conforme

[46] *CSJ, Sentencia del 18 de noviembre de 1980, MP. Luis E. Romero.*

la evidencia recaudada, ningún provecho obtuvo el funcionario para sí o para un tercero, dado que el dinero recibido fue aparentemente utilizado para adquirir una cinta de impresión que requería la dependencia, por lo que la conducta enrostrada a **LASO** resulta atípica desde el punto de vista objetivo. Razones que impide ahondar en el análisis de responsabilidad, como lo advirtiera el *A quo*, por lo que el Colegiado confirmará la decisión absolutoria en lo relacionado con el delito de peculado por apropiación.

8.3.2- Del abuso de función pública.

El recurrente centra su desacuerdo con la decisión absolutoria, en el hecho de que el fallador desconoció que el acusado desbordó la órbita funcional, no solo por autorizar la expedición de unos ficheros sin tener la facultada para ello, sino además, porque recibió dinero de particulares en pago por los documentos cuando esta responsabilidad era de la tesorería de la unidad, al punto que luego utilizó estos recursos para comprar una cinta de impresión, situación que fue admitida por **LASO** en diligencia de indagatoria según lo refiere el censor.

Agregó que el *A quo* erró al establecer la atipicidad de la conducta fundado en que el delito de abuso de

función pública precisa que el funcionario debe crear las condiciones falsas para hacer como propia la función que no le corresponde, cuando, por el contrario, el artículo 428 del código penal debe interpretarse en el sentido que: *"el abuso del cargo es simplemente el abuso de investidura, es decir, debe tratarse de un acto funcional, no de uno que el funcionario pudiera ejecutar como simple particular. Se pretende, a través de la acriminación de esta conducta, que los servidores públicos no invadan los ámbitos de competencia de otros servidores públicos"*.

Para resolver el recurso presentado, deberá señalarse que el delito de abuso de función pública, establecido en el artículo 428 de la Ley 599 de 2000, se configura por: "*El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco años".* En esas condiciones, la norma penal garantiza las competencias diversas que se imponen por la división de funciones en la administración pública, evitando con ello el desorden y la irresponsabilidad[47].

Recuérdese, que el artículo 6° Constitucional, establece que mientras los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, los servidores públicos lo

[47] *CSJ, Sentencia del 13 de febrero de 1991, MP. Dídimo Páez Velandia.*

son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Así las cosas, ninguna autoridad del Estado puede ejercer responsabilidades distintas a las señaladas en la Constitución y en la ley[48], razón por la cual no existe empleo público que no tenga funciones detalladas en ésta o en los reglamentos[49]. En consecuencia, el injusto se concreta con la afectación a la igualdad, imparcialidad, moralidad y eficacia, como condiciones y valores necesarios para la realización del interés general como finalidad del Estado[50].

Luego, el delito de abuso de función pública se configura cuando el servidor público abusa de sus propias atribuciones o usurpa otras que no le corresponden, hipótesis que se da cuando la investidura del agente como servidor público o su posición dentro de la administración pública le permite realizar otras funciones que no son de su competencia. En otras palabras, se abusa del cargo cuando se aprovecha en modo indebido la vinculación que el agente pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a ejecutar por razón de sus funciones[51].

[48] *Artículo 121 Constitución Política.*
[49] *Artículo 122 Constitución Política.*
[50] *CSJ, Rad. 24977 del 6 de abril de 2006.*
[51] *CSJ, Rad. 43.835 del 9 de julio de 2014, MP. Eugenio Fernández Carlier.*

De manera, pues, que no resulta necesario para la configuración típica del delito que el funcionario cree las condiciones falsas para hacer como propia la función que no le corresponde, como lo predica el *A quo*, puesto que basta con que el servidor público desborde el ámbito de sus responsabilidades o que ejerza funciones diferentes de aquellas para cuyo ejercicio está expresamente facultado, para que se concrete el ingrediente normativo "*funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan*".

Así las cosas, resulta evidente que **LASO** desbordó la órbita funcional al elaborar ficheros de ingreso a la unidad militar que no se habían autorizado por el competente, puesto que, si bien es cierto no se tiene certeza en cuanto al hecho de que era su función elaborar los documentos, sí existe certidumbre respecto a que éstos solo se expedían una vez eran autorizados por el segundo comandante de la unidad aérea y luego del respectivo estudio de seguridad. Encontrándose demostrado que el enjuiciado expidió 10 ficheros personales y 3 vehiculares a la empresa de transporte escolar Arco Iris, empresa que pagó $315.000,00 por su elaboración, tal como quedó decantado en el acápite anterior, sin la respectiva autorización del segundo comandante de la unidad o del comandante del grupo de seguridad, quien se enteró de esa situación

cuando fue informado de lo ocurrido días después por la unidad de inteligencia militar, situación que lo obligó a llamar al procesado y ordenarle el pago inmediato de esos dineros a la tesorería, pasados casi 20 días de ocurridos los hechos, tal como lo sostuvo **PGR**, y como quedó plasmado en el comprobante de pago de la tesorería que reposa en el expediente.

Así mismo, debe indicarse que, si bien el acusado recibió trescientos quince mil pesos ($315.000,00) con la condición de consignarlos en la tesorería, los mismos no fueron ingresados a las arcas públicas, sino que fueron utilizados por éste, según su propio dicho, para comprar directamente una cinta utilizada en la impresión de los referidos documentos. Situación que evidencia el desbordamiento de la órbita funcional de competencia del procesado, puesto que como lo estableciera los testigos, la responsabilidad del recaudo correspondía a la tesorería de la unidad, además, que el acusado decidió voluntariamente utilizarlos desconociendo el ciclo presupuestal y contractual que se debía seguir para el efecto, como lo señalara el TC. **LCG**[52], usurpando competencias no solo presupuestales sino como ordenador del gasto que le correspondían a funcionarios distintos.

[52] Cuaderno original 1, folios 198-203.

Función pública que el procesado, dada su experiencia, entendía ajena al marco de sus responsabilidades, pese a lo cual resolvió asumir sin reparo alguno, desarrollando en consecuencia, una responsabilidad diversa de la que le correspondía, así lo reconoció el propio acusado, cuando en diligencia de indagatoria, señaló: "*(…) debido a todos estos antecedentes es donde me tomo el atrevimiento de tomar el dinero de los ficheros para la compra de la cinta de las máquinas de impresión de ahí mismo de la sección, hecho informado a mi debido comandante a mi Coronel LCG, él me ordena que lo de la cinta está en proceso y yo le digo el inconformismo es tal en la guardia que me llevó a dicha situación pero él me reitera que debo consignar ese dinero en la pagaduría y entregar los recibos de dicha consignación a la persona que me pagó esos ficheros*"[53].

Así las cosas, la argumentación presentada por el fallador resulta contradictoria, puesto que señala que hubo una flagrante violación del principio de auto incriminación porque el procesado manifestó haber adquirido una cinta para impresora con el dinero entregado por los particulares en diligencia de indagatoria, desconociendo que dicho principio determina la facultad para el procesado de no declarar contra sí mismo, pero no establece que al hacerlo, de manera voluntaria e informada, su dicho resulte violatorio de dicha garantía, pretendiendo

[53] Cuaderno original 4, folio 673.

con ello desconocer el valor probatorio de la indagatoria rendida por **LASO.**

Por otra parte, es claro que la resolución de acusación contiene la imputación fáctica que parece ignorar el fallador, puesto que establece que el delito de abuso de función pública tiene origen, no solo en el hecho de que el procesado elaboró ficheros sin autorización del competente, sino, además, en que recibió dinero de los particulares como pago por los citados documentos y con ellos adquirió una cinta para impresora cuando ésta no era su función.

Tampoco es de recibo justificar la conducta del procesado, no en causales eximentes de responsabilidad, sino en el hecho de que la administración pública no contaba con los recursos necesarios para adquirir elementos y se requería imprimir los ficheros, puesto que ello avalaría que se desconozca el ciclo presupuestal y contractual establecido en la ley y los reglamentos, bajo premisas de "eficacia" que no se encuentran contempladas normativamente como causal exculpatoria.

Así mismo, resulta contradictorio que el fallador de instancia establezca que "*se puede indicar que efectivamente, de manera imparcial, el procesado*

realizando una función de facto, puntualmente la elaboración de ficheros, procedió a recaudar dinero por el concepto del pago de los mismos; función que le correspondía al personal de la tesorería de la unidad militar", para posteriormente de un tajo y sin análisis alguno concluir: "*estudiados los elementos objetivos del tipo debe indicarse que a nivel subjetivo no se evidencia la existencia de ellos y por lo tanto, se anuncia que frente al presente reato se emitirá sentencia absolutoria"*[54].

Por el contrario, la Sala encuentra, al igual que el impugnante y la representante del Ministerio Público, que obra evidencia suficiente que da cuenta no solo de la existencia del hecho punible, sino también, de la responsabilidad del procesado; puesto que como antes se advirtió el actuar de **LASO** se adecua al tipo penal tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en razón a que conociendo el marco de sus responsabilidades decidió realizar funciones públicas diversas de las que reglamentariamente le correspondían, lo que vulneró el bien jurídico de la administración pública por deformación del instituto funcional.

Así mismo, no se tiene evidencia que permita inferir que el acusado registraba alguna condición que le inhabilitara para comprender la ilicitud de su actuar, por lo que le era exigible desarrollar sus

[54] Cuaderno original 4, folio 648.

funciones dentro del marco de competencias que le había asignado no solo reglamentaria, sino legalmente, dado el grado y la categoría que ostentaba dentro de la jerarquía militar del comando aéreo, lo que le impedía tanto autorizar la elaboración de ficheros de ingreso, como recibir el pago por su expedición y, mucho menos, abrogarse la facultad para desconocer el ciclo presupuestal y ordenar el gasto público.

Así las cosas, considera este Despacho que le asiste razón al fiscal militar, en tanto se demostró certeramente que el suboficial **LASO** abusando del cargo control acceso, usurpó funciones que no le correspondían, razones para considerar que se cumplen a cabalidad los requisitos preceptuados por el artículo 396 de la Ley 522 de 1999 para proferir condena en contra del enjuiciado. En consecuencia, se procederá a revocar la decisión absolutoria que por el delito de abuso de función pública profirió el Juez de Instancia ante Comando Aéreo 122 encargado, el pasado siete (7) de marzo de 2017, para en su lugar, condenar al enjuiciado como autor responsable del citado punible.

8.3- Dosificación punitiva.

Para el proceso de individualización de la pena se deben fijar primero los límites mínimos y máximos de

los delitos, lo que condiciona el ámbito de movilidad punitiva; luego se determinan los factores de atenuación y agravación y se selecciona aquel en que deba atemperarse la sanción, la que se concretará con sujeción a los criterios de daño real y fines de la pena, que incumben de modo directo a este asunto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, se han de fijar los límites de la pena única de privación de libertad para el delito de abuso de función pública contemplado en el artículo 428 del Código Penal[55], la cual oscila de uno (1) a dos (2) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco años[56], lo cual conlleva a establecer que cada cuarto corresponde:

Primero: de 12 a 15 meses. (*Cuarto mínimo*)
Segundo: de 15 más un día a 18 meses. (*Cuarto medio*)
Tercero: de 18 más un día a 21 meses. (*Cuarto medio*)
Cuarto: de 21 más un día a 24 meses. (*Cuarto máximo*)

Como no se argumentaron circunstancias de mayor o menor punibilidad en la resolución de acusación, la pena principal para este delito será de doce (12) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio

[55] *Ley 599 de 2000*
[56] Recuérdese, que dado que en la jurisdicción castrense no se ha implementado el sistema procesal de tendencia acusatoria no procede el incremento punitivo establecido en la Ley 890 de 2004,

de derechos y funciones públicas por cinco (5) años como autor responsable del punible de abuso de función pública.

No se le impondrá como pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, por mandato expreso del artículo 51 de la Ley 1407 de 2010[57], atendiendo a que la pena impuesta es inferior a dos años.

Finalmente, tampoco se concederá el beneficio de la Condena de Ejecución Condicional por cuanto conforme a las previsiones del artículo 63 de la ley 1407 de 2010, ésta no procede por tratarse de delitos que atenta contra el bien jurídico de la Administración Pública, sin que importe la sanción privativa de la libertad.

Sin más consideraciones jurídicas, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IX. RESUELVE:

[57] *"Artículo 51. Penas accesorias a la de prisión. La pena de prisión impuesta a los miembros de la Fuerza Pública, implica las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal, salvo en delitos contra con el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión.*
Cuando se trate de delitos culposos sancionados con prisión, no habrá lugar a la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública.
Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en este Código, sobre criterios para fijar la pena."

PRIMERO: ATENDER PARCIALMENTE los argumentos del recurso de apelación incoado por el Fiscal 122 Penal Militar y, en consecuencia, **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juez ante Comando Aéreo 122 el siete (7) de marzo de 2017, para en su lugar **DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE** al T2. **LASO,** identificado con Cédula de Ciudadanía No. 91.448.326, como autor del delito de abuso de función pública, contemplado en el artículo 428 de la Ley 599 de 2000, conforme lo analizado en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR al T2. **LASO,** identificado con Cédula de Ciudadanía No. 91.448.326, a la pena principal de doce (12) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años como autor del punible de abuso de función pública.

TERCERO: NEGAR al condenado el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición del ordinal 3 del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, por tratarse de un delito que atenta contra la Administración Pública.

CUARTO: CONFIRMAR en todos los demás aspectos la sentencia recurrida.

QUINTO: DISPONER que el Juez ante Comando Aéreo 122 actuando como ejecutor de penas, determine el lugar de reclusión para el condenado.

SEXTO: PROCEDE contra la presente providencia de manera discrecional el recurso extraordinario de Casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

SEPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitan de Navío (Ra) **JULIAN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	159007.
Procedencia:	Juzgado Décimo de Brigada
Procesado:	SP. (RA) FGT
Delito:	Peculado culposo
Motivo de alzada:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma parcialmente y modifica pena

Bogotá D.C., cinco (05) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por el defensor del SP. (RA) FGT, contra la sentencia del 24 de julio de 2018[1] proferida por el Juzgado Décimo de Brigada del Ejército Nacional, por medio de la cual condenó al acusado a la pena principal de diecisiete (17) meses de prisión y multa de diecinueve punto nueve (19.9) salarios mínimos legales mensuales vigentes al encontrarlo responsable del delito de peculado culposo, otorgándole el beneficio de la condena de ejecución condicional.

---

[1] Ver folio 362 y ss., del C.O.2.

II. HECHOS

Se extrae de la actuación procesal que el día 24 de octubre de 2013 el SP. FGT se encontraba en el dispensario médico de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional cumpliendo una cita de terapia física, para lo cual se despojó del arma de fuego de dotación que portaba dejándola encima de una mesa dentro del consultorio médico donde se encontraban otros pacientes. Una vez finalizó el procedimiento, se percató que la Pistola Pietro Beretta No. 1112681, junto con sus accesorios -un proveedor para la misma y 15 cartuchos calibre 9 mm- avaluados en la suma de un millón ochocientos treinta y ocho mil setenta y nueve pesos con sesenta y siete centavos ($1.838.079.67) habían desaparecido del referido lugar[2], sin que fuera posible hallarla.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 Por los hechos que vienen de referirse el Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar, el 21 de febrero de 2014[3], abrió formal investigación en contra del SV. FGT por el delito de peculado culposo, quien fue vinculado mediante indagatoria el 05 de mayo de 2014[4] y resuelta la situación jurídica provisional el 25 de agosto de ese año[5] profiriéndose en su contra medida de aseguramiento consistente en caución prendaria, la

[2] Obra a folio 6, informe de fecha 25 de octubre de 2013, suscrito por el CT. WGR Comandante de Compañía de ASPC.
[3] Ver folios 16-17 del C.O. 1.
[4] Ver folios 40 a 45 *ídem.*
[5] Ver folios 48 a 60 *ídem.*

cual fue fijada en la suma de doscientos mil pesos ($200.000.oo).

3.2 El 12 de febrero de 2015 el instructor reconoció como parte civil dentro del proceso al Ministerio de Defensa Nacional -Ejército Nacional- y en tal sentido admitió la demanda presentada con el fin de obtener el resarcimiento de los daños causados a la administración[6].

3.3 Agotada la etapa instructiva el proceso pasó a la Fiscalía 20 Penal Militar ante el Juzgado Décimo de Brigada del Ejército Nacional, quien con fecha 24 de mayo de 2017[7] declaró el cierre de la investigación y el siguiente 31 de agosto[8] calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra del SP. FGT por el delito de peculado culposo.

3.4 Superada así la fase calificatoria, el Juzgado Décimo de Brigada del Ejército Nacional, el 23 de octubre de 2017[9], decretó la iniciación del juicio, para posteriormente el 19 de junio de 2018[10] llevar a cabo la audiencia de corte marcial y el 24 de julio siguiente[11] la referida autoridad judicial profirió decisión de fondo en la que resolvió condenar al SP. FGT como autor del delito de peculado culposo.

---

[6] Ver folios 115 a 117 C.O.1.
[7] Ver folio 252 del C.O.2.
[8] Ver folios 262 a 316 *ídem*.
[9] Ver folio 330 *ídem*.
[10] Ver folios 358 a 361 *ídem*.
[11] Ver folios 362 a 438 *ídem*.

3.5 Inconforme con la anterior decisión la defensa del procesado presentó recurso de apelación[12], el cual hoy ocupa la vista de este Juez Colegiado.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

En la decisión de primer grado el juez analizó los elementos que estructuran el tipo penal de peculado culposo en lo que hace referencia al aspecto objetivo de la conducta. En este sentido, afirmó que de acuerdo con las pruebas documentales allegadas se pudo asegurar que para la fecha de los hechos, esto es el 24 de octubre de 2013, el SP. FGT ostentaba la calidad de servidor público, pues se encontraba vinculado al Ejército Nacional como suboficial y además era orgánico del Batallón de Servicios No. 16.

Destacó que tanto la calidad del bien fiscal como la asignación legal del mismo se había probado con el acta de fecha 14 de agosto de 2013 aportada al paginario, mediante la cual se podía certificar que el Comandante de la Compañía de ASPC del Batallón de Servicios No. 16 del Ejército Nacional le entregó al SV. FGT una pistola Prieto Beretta No. 1112681, 30 cartuchos y 02 proveedores metálicos, con el fin de que este suboficial pudiera cumplir con las funciones propias de su cargo en el área de contrainteligencia.

Agregó que la disposición que tenía el suboficial FGT respecto del bien se mantuvo hasta el momento en que ingresó al dispensario médico de la unidad con el fin

[12] Ver folios 458 a 461 del C.O.3.

de realizarse unas terapias físicas, pues fue precisamente en el consultorio de la fisioterapeuta donde se extravió el arma de fuego.

Afirmó que el suboficial FGT obró de manera "*irresponsable, descuidada y por demás negligente, con el arma corta, pues se ha de tener en cuenta que el material se pierde con los accesorios que la componen, tal es el caso de un proveedor y 15 proyectiles que se encuentran dentro de este elemento, circunstancia que nos indica diáfanamente, primero que del arma no le fue extraído el proveedor, es decir, no fue descargada, segundo que la munición no fue sacada del proveedor, tercero que el arma es dejada al alcance de las demás personas que para el 24 de octubre de 2013, se encontraban realizando terapias en el centro de rehabilitación(…)*"[13].

Destacó, además, que resultaría imposible que un hombre con la edad y el nivel de experiencia en la institución castrense que tenía el acusado para la época de marras, no hubiera podido dilucidar el riesgo potencial que tenía el hecho de descuidar un arma de fuego en un lugar que no representaba mayor seguridad como lo era una repisa en un consultorio médico, máxime cuando se trataba de un objeto de alto valor económico y de riesgo en su manejo por el daño que podía llegar a ocasionar.

En tal sentido fue patente para el juzgador la trasgresión al deber objetivo de cuidado por parte del encausado, pues lo informado por el Director del Establecimiento de Sanidad Militar mediante oficio No.

[13] Cfr. Folio 400 C.O.2

0557 de fecha 1° de junio de 2016 así lo permitió corroborar, dado que no obstante estar prohibido en las unidades sanitarias el uso o porte de armas de fuego según lo dispone el Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, el suboficial GONZÁLEZ prefirió contravenir dichos acuerdos internacionales e ingresar con la pistola al consultorio de la fisioterapeuta.

De acuerdo con lo anterior, el juzgador imputó subjetivamente el injusto a título de culpa, y en tal sentido explicó que el procesado actuó con imprudencia y de forma negligente, pues para la época de los hechos era un funcionario público con más de 18 años de servicio que se desempeñaba como suboficial de contrainteligencia, lo cual le permitía tener conocimiento de la importancia y cuidado que debía tener al momento de portar un arma calibre 9 mm., Prieto Beretta, elemento que no podía dejar descuidado en el mismo lugar donde ubicó su ropa de vestir, pues una actuación de tal magnitud a todas luces se torna negligente y por demás descuidada.

Luego de verificar la presencia de los requisitos sustanciales que componen el elemento de tipicidad, el juzgador consideró que el procesado había realizado una conducta antijurídica lesionando el bien jurídico de la administración pública, ya que el Ejército Nacional perdió de su esfera de dominio un arma de fuego junto con sus accesorios, los cuales pese a haber sido sustituidos por el encausado por vía administrativa, en la medida que según el informativo

No. 001-2013 el procesado fue condenado a pagar la suma de un millón setecientos seis mil trece pesos ($1.706.013), con el fin de resarcir el valor del arma de fuego extraviada, no lograron extinguir el daño ocasionado.

Por otra parte, expuso el funcionario judicial en la sentencia, frente a la culpabilidad que era clara la negligencia con la que obró el SP. FGT, pues la unidad militar contaba con armerillo donde podía haber guardado la pistola mientras cumplía con la cita médica, no obstante, optó por llevarla consigo al consultorio dándose los resultados conocidos.

Concluyó que al procesado no le asistió circunstancia alguna que interfiriera en sus esferas cognitiva y/o volitiva impidiéndole la comprensión del actuar y determinarse conforme a dicha comprensión, por tal motivo indicó que la condición de imputable sería la que se tendría en cuenta para efectos de la pena a imponer.

En relación con el ejercicio de dosimetría penal realizado para la tasación de la pena, explicó el juez que el asunto sería regulado por el artículo 400 de la Ley 599 de 2000, el cual tiene prevista una pena de prisión que oscila entre uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el tipo penal de peculado culposo, sin tener en cuenta los incrementos punitivos estipulados en la Ley 890 de 2004, de

acuerdo con *"la línea jurisprudencial del Honorable TSM* (sic) *(…)"*[14].

Así entonces, teniendo en cuenta que sólo concurrían circunstancias de menor punibilidad, tal es el caso de la buena conducta anterior y la carencia de antecedentes penales, se circunscribió dentro del primer cuarto de movilidad para finalmente imponerle diecisiete (17) meses de prisión y multa de diecinueve punto nueve (19.9) salarios mínimos legales mensuales vigentes, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional garantizado mediante caución juratoria.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado judicial impugnó el fallo de primer grado con el único propósito de solicitar la redosificación punitiva de la pena que se impuso al acusado y, en consecuencia, se procediera por esta instancia a la emisión de una condena ajustada a Derecho.

En la presentación de sus reparos contra la providencia censurada destacó inicialmente, que el Juzgado Décimo de Brigada aplicó en forma errada las normas que regulaban el asunto, *"(…) toda vez que el atenuante del artículo 401 de la Ley 599 de 2000, en su segundo párrafo no fue aplicado, cuestión que elevo (sic) la pena de forma desproporcionada desfavoreciendo al señor FGT"*[15].

[14] Cfr. Folio 429 C.O.2
[15] Cfr. Folio 458 C.O.3.

Explicó que de acuerdo al contenido del artículo 401 de la Ley 599 de 2000, si el agente, antes de proferirse sentencia de segunda instancia, por sí o por tercera persona reintegraba lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses, la pena debía disminuírsele en una tercera parte, no obstante la decisión emitida en contra de su prohijado no tuvo en cuenta dicha atenuante, muy a pesar que el 25 de junio de 2015 el Sargento GONZÁLEZ pagó el valor del arma perdida, según consta en el paginario[16].

A reglón seguido criticó el valor tasado por el juez de instancia en diecinueve punto nueve (19.9) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de multa, aduciendo que en este caso tampoco se hicieron las rebajas por concepto del reconocimiento de la atenuante del artículo 401 *ejusdem*, ni tampoco se efectuó un análisis de la situación económica del encartado, pues no tuvo en cuenta el *A quo* que se trataba de un militar retirado que no contaba con suficientes recursos para pagar una multa tan alta, como quiera que en la actualidad devengaba un millón quinientos sesenta y un mil trescientos treinta y cinco pesos ($1.561.335) y tenía obligaciones con su núcleo familiar que le impedían cumplir cabalmente con el pago total de la multa de la forma como quedó condicionado en la sentencia.

En consecuencia, solicitó el recurrente, se proceda por la Segunda Instancia a revisar la legalidad de la pena y adicionalmente se confiriera lo estipulado en

[16] Obra a folio 462 *ídem*.

el artículo 39 numeral 6° de la Ley 599 de 2000, esto es, la amortización en veinticuatro (24) cuotas para el pago de la pena de multa "*a fin de poder cumplir con dicha pena de forma exitosa sin descuidar sus otras obligaciones económicas*"[17].

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 4 Judicial II Penal, solicitó revocar la sentencia condenatoria y en su lugar proferir una ajustada a la legalidad, teniendo en cuenta que no fue reconocida la disminución de la pena a que tenía derecho el condenado por haber reintegrado el valor de lo extraviado antes de que se profiriera la sentencia de primera instancia, lo que sin duda alguna favorecía los intereses del procesado.

En el presente caso, explicó el funcionario, la pena debería disminuirse en una tercera parte por lo que los cuartos quedarían así:

> *"Cuarto mínimo 8-12; segundo cuarto 12 a 16, tercer cuarto de 16 a 20 y cuarto extremo 20 a 24.*
>
> *Como quiera que en la conducta acusada al señor procesado no concurrieron circunstancias de mayor punibilidad de aquellas previstas en el artículo 58 C.P.P y a cambio si la de menor punibilidad señalada por el numeral 1 del artículo 57 C.P.P, en razón de la ausencia de antecedentes penales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 61 inc. 2 del C.P. la pena a imponer se encuentra dentro*

[17] Cfr. Folio 461 C.O.1.

del cuarto mínimo, esto es de 8 a 12 meses de prisión"[18].

A lo expuesto agregó, que sin duda el encartado con su negligencia ofendió el honor de las Fuerzas Militares, la probidad y la confianza que en el depositó el Ejército Nacional al momento de entregarle un arma de fuego, circunstancias por las cuales la pena podría incrementarse como máximo en un mes, para finalmente hacerle acreedor a nueve (9) meses de prisión, ejercicio que procedía en igual sentido con la multa.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1407 –nuevo Código Penal Militar[19]-, como de los ocurridos con posterioridad a la misma, dado que no se ha podido implementar de manera sucesiva el sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta

[18] Cfr. Folio 476 C.O.3.
[19] Autos según radicado 36412 de mayo de 2011; radicado 36737 de junio 22 de 2011; radicado 37797 de noviembre 08 de 2011; y radicado 38401 de marzo 07 de 2012, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo establecido en el artículo 583 del estatuto procesal que gobierna la presente actuación, la labor de la Sala se concretará únicamente en examinar los aspectos sobre los cuales se expresó inconformidad por parte del apelante, en tal sentido el estudio estará limitado al objeto de la censura cual es la legalidad de la pena.

El recurrente reclamó la revisión de la sentencia condenatoria que emitió el Juzgado Décimo de Brigada del Ejército Nacional por el delito de peculado culposo en contra del SP. (RA) FGT, en punto del *quantum* de la pena de prisión y el monto de la multa que le fuera impuesta al condenado, bajo el argumento que por violación del principio de legalidad el funcionario judicial desconoció la atenuante contemplada en el artículo 401 de la Ley 599 de 2000 en su segundo inciso y, por ende, dejó de aplicar una disminución a que tenía derecho el penado.

Vista y analizada la motivación realizada por el juzgador al momento de dosificar la pena, encuentra la Sala que en efecto como lo propuso el impugnante y el representante del Ministerio Público ante esta instancia, al condenado en la sentencia le fueron

desconocidas las circunstancias de atenuación punitiva contempladas en el artejo 401 del Código Penal, por tal motivo la Sala deberá proceder a la redosificación de la pena, no sin antes explicar por qué razones se considera que existió conculcación del postulado de legalidad al dejar de aplicarse dicha normativa, más aún cuando ésta tenía repercusión directa sobre el monto de la sanción privativa de la libertad y la multa que en definitiva le correspondería asumir al encausado.

8.1 Sobre el principio de legalidad de la pena.

Como es bien sabido el proceso de justificación de la decisión judicial no sólo debe abarcar las categorías jurídicas propias que integran el delito, como lo son tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino que también ha de comprender en la fase de declaratoria de responsabilidad penal una clara motivación respecto de la naturaleza, modalidad y duración de la pena a imponer al condenado, al punto que precisamente el artículo 59 de la Ley 1407 de 2010 exige como requisito de toda sentencia que deba *"contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena".*

Lo exigido por el artejo en cita resulta imperioso, como quiera que nuestro ordenamiento jurídico castrense se encuentra constitucionalizado en tanto las normas de la Carta Política informan todo el sistema penal y por tanto los funcionarios judiciales

al momento de interpretar la ley deben hacerlo siempre a la luz de los postulados constitucionales con el fin de evitar eventuales arbitrariedades que afecten las garantías del procesado, tal y como lo tiene establecido el artículo 29 de la Carta Política en el cual se consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas según el cual *"nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa"*.

El principio de legalidad, según lo enfatizado por la Corte Suprema de Justicia, se constituye en referente obligatorio para el juzgador cuando debe proceder a la fijación de los ámbitos de punibilidad sobre los cuales realizará el proceso de dosificación punitivo, veamos porqué:

> *"El respeto del principio de legalidad de la pena se constituye entonces en un imperativo que le garantiza a la persona declarada responsable de la comisión de una conducta punible –y a la sociedad en general- que será sancionada dentro de los límites cuantitativos y cualitativos preestablecidos en la ley.*
>
> *De esta manera, el ejercicio del ius puniendi encuentra una franca restricción reglada que impide desbordar, al capricho del juzgador, los ámbitos de punibilidad definidos por el legislador, prerrogativa que, a su vez, salvaguarda los axiomas de igualdad ante la ley y seguridad jurídica"*[20].

[20] Radicado 53476 del 03 de abril de 2019, MP. EYDER PATIÑO CABRERA, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Puede concluirse, de acuerdo con las anteriores citas, que el principio de legalidad implica, de una parte, un límite para el ejercicio del poder punitivo del Estado y, de otra, una garantía para el ciudadano, por lo cual el operador jurídico debe acatar el marco de punibilidad previsto por el legislador en el tipo penal, incluyendo obviamente las circunstancias que atenúan o agravan la conducta, so pena que de su inobservancia proceda la afectación relevantemente del principio de legalidad de la pena, como en efecto ocurrió en el *sub examine*.

Es que con el fallo de condena proferido en contra del SP. (RA) FGT, advierte la Sala, resultó quebrantada la garantía fundamental de la que se ha venido razonando, pues el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 401 de la Ley 599 de 2000, al aquí autor del delito de peculado culposo le correspondía un tratamiento punitivo más favorable por haber reintegrado el valor de lo perdido antes de proferirse el fallo de segunda instancia, por tal motivo, surge el deber para el Colegiado de acoger la pretensión del apelante y proceder a restablecer las prerrogativas sustanciales que fueron vulneradas por la primera instancia.

Para ahondar en razones es necesario realizar dos precisiones puntuales sobre algunos temas que inciden claramente en la motivación de la cuantificación punitiva, la primera tiene que ver con el respeto al principio de congruencia que debe existir entre resolución de acusación y sentencia; la segunda tiene

que ver con las circunstancias post-delictuales que, si bien no concurren con la comisión del delito, deben ser tenidas en cuenta como atenuantes del tipo penal al momento de la tasación de la pena.

8.1.1 En la etapa de juicio le corresponde al juez de instancia proferir la sentencia –de carácter absolutoria o condenatoria- respetando siempre la situación fáctica, personal y jurídica postulada en la resolución de acusación, pues ello representa el acatamiento del principio de congruencia. A este respecto conviene tener presente algunas previsiones ya decantadas por la jurisprudencia, "*como que el fallador no puede imputar hechos diversos ni agravantes genéricos y/o específicos que el acusador no haya deducido de manera expresa fáctica y jurídicamente, le queda vedado desconocer atenuantes establecidos por la Fiscalía y está habilitado para condenar por conductas diversas, siempre y cuando ellas sean benéficas al sujeto pasivo de la acción penal y respeten el núcleo básico de los cargos de la acusación*"[21].

Pues bien, bajo ese ese contexto en la resolución de acusación proferida por la Fiscal 20 Penal Militar el 31 de mayo de 2017[22], quedó determinado de manera expresa que en relación con el diminuente punitivo establecido en el artículo 401 de la Ley 599 de 2000, no procedía como quiera que hasta ese momento procesal no se contaban con medios "s*uficientes para predicar la atenuante que le asistiría al SP. FGT, en los términos que*

[21] Radicado 39936 del 20 de noviembre de 2013, MP. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[22] Obra a folios 262 -316 C.O.2

lo exige el artículo abordado anteriormente[23]*"*, pese a lo cual, habrá de anotarse, se vislumbra en la actuación procesal que a la fecha de emisión de la pieza acusatoria ya se había allegado copia del fallo de fecha 04 de mayo de 2015 proferido dentro del informativo administrativo No. 001/2013 en el que se declaraba administrativamente responsable al SP. FGT por la pérdida de la Pistola Prieto Beretta No. 1112681 y se le condenaba al pago de la suma de un millón setecientos seis mil trece pesos ($1.706.013.oo).

Es claro entonces, que el tema había sido tratado en la resolución de acusación, como también fue objeto de petición en el desarrollo de la audiencia de corte marcial por parte de la defensa como del representante del Ministerio Público y de la parte civil, quienes solicitaron al *A quo* que al momento de proferir el fallo tuviera en cuenta que el procesado ya había reintegrado el valor de la pistola extraviada, es decir, era palpable la presunción que el SP. (RA) FGT había hecho ya el reintegro, al punto que el Juez Décimo de Brigada del Ejército Nacional lo tuvo en cuenta al proferir la sentencia pero sólo a efectos de tasar el monto de la multa y no de la pena de prisión, en tanto que para esta adujo que se ubicaría dentro del primer cuarto de movilidad *"teniendo en cuenta que el señor SP (RA) FGT, administrativamente pagó el valor del material de guerra extraviado"*[24].

[23] Cfr. Folio 314 C.O.2
[24] Cfr. Folio 433 C.O.2.

Evidente resulta para esta Sala el yerro cometido por el juez al desconocer un atenuante a favor del encausado, pues si bien no fue reconocido plenamente en la acusación por la ausencia de suficientes medios documentales que demostraran el pago de lo extraviado, el contenido del artejo 401 del Código Penal le permitía al fallador establecer que la oportunidad procesal no se encontraba finiquitada, como al efecto lo reconoció, pero en forma equivocada. Luego, concluye la Sala, la corrección que se hará por parte de este Colegiado goza de perfecta armonía con lo establecido en la pieza acusatoria, máxime cuando se actuará en salvaguarda del principio de legalidad de la pena.

8.1.2 Ahora bien, el fenómeno de los actos post-delictuales cobra relevancia en el problema jurídico a resolver, como quiera que en tratándose de la reducción de pena por reintegro en los delitos cometidos contra la administración pública la rebaja de pena procede siempre y cuando se haga cesar el mal uso, se repare o reintegre lo apropiado, perdido o extraviado hasta antes de iniciarse la investigación o antes de dictarse la sentencia de segunda instancia. Si bien los beneficios operan en dos distintas fases, variando el monto de la proporción a reducir, la rebaja procede sobre la pena debidamente dosificada en forma individual y no sobre los límites determinados en abstracto dentro de los cuartos de movilidad establecidos, en tanto que el acto de

reintegro ocurre con posterioridad a la consumación de la conducta.

Es importante tener claro este aspecto, pues la reducción de la pena que se hará en favor del SP (RA) FGT no generará ninguna modificación de los extremos legislativos de la pena prevista para el peculado culposo[25], sino que por tratarse de una conducta post-delictual -que no concurrió con la consumación del delito, sino que sucedió voluntaria y posteriormente a que éste fuera realizado-, se itera, sólo tendrá incidencia sobre el monto que fue tasado individualmente por el fallador, en la proporción que corresponde de acuerdo con el estadio procesal en que tuvo lugar el pago de los elementos perdidos.

Respecto de la aplicación del artículo 401 de la Ley 599 del 2000, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos que hoy convienen traer en cita:

> *"(…) el legislador establece un tratamiento punitivo más favorable para el autor del delito de peculado que de forma voluntaria, directamente o a través de terceras personas, repare lo dañado o reintegre lo apropiado, en el entendido de que con tal proceder se mitiga el daño ocasionado al*

[25] En este sentido debe entenderse la contundente afirmación que hizo la Sala en la sentencia del 13 de octubre del 2004, radicado 22.778: *"No obstante, como de tiempo atrás lo tiene establecido el precedente de la Sala y surge del obvio entendimiento de la naturaleza del reintegro como comportamiento que depende de la exclusiva voluntad del procesado, se repite, las reducciones de pena que esa actuación genera no afectan los extremos punitivos fijados por el legislador y, por tanto, tampoco inciden en el término prescriptivo.*

patrimonio público y se rescata, en cierta forma, el deber funcional de lealtad quebrantado con la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico.

Se trata, entonces, de una fórmula de política criminal consignada en una norma de contenido sustancial con el propósito de disminuir el impacto negativo del delito frente al bien jurídico protegido, en tanto se morigera el daño causado a la administración pública cuando se recuperan los bienes y recursos públicos apropiados, perdidos o extraviados o se suspende el mal uso dado a los mismos y, a la vez, se logra un acto de arrepentimiento del procesado que disminuye la ofensa inferida al deber de probidad afectado con el delito"[26]*.*

Ese alto Tribunal también se ha pronunciado sobre este instituto de la siguiente forma:

"La jurisprudencia de la Corte ha sido explicita y clara que la teología de la norma busca proteger no solo la lesión patrimonial al Estado, sino que, como lo dice el Ministerio Público, va más allá, es decir, el deber de fidelidad y respeto de los funcionarios con la administración pública, de suerte que, correlativamente, el beneficio punitivo se otorga en virtud de un acto de arrepentimiento que aminora la ofensa al deber de probidad que le correspondía cumplir al servidor público" [27] (Subraya fuera de texto).

[26] Sentencia radicada 37.390 del 12 de diciembre de 2012, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[27] Cfr. Sentencia radicado No. 33101 del 21 de marzo de 2012,Corte Suprema de Justicia.

Conforme se clarificó en precedencia, la atenuación punitiva es de diferentes proporciones, según el momento del reintegro y el monto de lo restituido, por lo tanto, resulta de vital importancia tener en cuenta las siguientes reglas fijadas por la normativa citada y desarrolladas por el máximo órgano de la jurisdicción al momento de concederlas:

> *"i) Si la reparación o el reintegro se presenta antes de iniciarse la investigación, el descuento punitivo será equivalente a la mitad de la pena;*
>
> ***ii) Si la reparación o el reintegro ocurre después de iniciarse la investigación, pero antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la rebaja será de una tercera parte.***
>
> *iii) Si el reintegro es parcial, se puede disminuir la pena hasta en una cuarta parte, en proporción al monto de lo reintegrado*[28]*.*
>
> *iv) El reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, puede hacerse a través de la devolución del mismo bien o de su valor debidamente actualizado.*
>
> ***v) La reducción de la sanción por reintegro no generan la modificación de los extremos de la***

[28] De acuerdo con la postura de la Sala Mayoritaria, cuando la reparación o el reintegro no es total, el descuento punitivo debe ser proporcional al monto de lo reparado sin que exceda de la cuarta parte indicada en la norma. Esta interpretación fue recogida en el canon 25 de la Ley 1474 de 2011, al incluir la palabra "*hasta*" con lo cual se zanja cualquier duda que pudiese existir sobre la necesidad de ponderar la rebaja de cara al porcentaje de lo reintegrado.

sanción, pues se trata de un acto post delictual, cuya aplicación se produce una vez tasada la pena"[29]***.*** (Negrillas de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, corresponde entonces a la Sala hacer la reducción de pena respectiva, esto es, de una tercera parte teniendo en cuenta que se constata con la copia del recibo de consignación que fue aportado junto al recurso por el apelante[30], que el pago total del bien lo realizó el condenado el 25 de junio 2015, mucho tiempo antes de haberse proferido la decisión de segunda instancia, lo que se hará sobre los montos fijados por el juez de instancia[31].

A pesar que el pago se hizo luego de haberse declarado responsable administrativamente, se abstrae que fue realizado por el encartado de manera voluntaria, sin mediar proceso coactivo o judicial, por lo que si lo que se pretende con la previsión legal es crear un estímulo punitivo para tratar de lograr que el Estado recupere, al menos parcialmente, los bienes de los cuales fue despojado, se evidencia que en este caso existe una relación causal estímulo-reintegro predicable por haber sido realizado por quien resulta ser beneficiado con la rebaja punitiva[32].

---

[29] Cfr. Proveído del 13 de octubre de 2004, radicado No. 22778.
[30] Obra a folio 462 C.O.3.
[31] Sobre este punto, cabe recordar que la jurisprudencia de la Corte tiene sentado que para proceder en segunda instancia o en casación a reajustar la sanción principal o accesoria inicialmente fijada por el juez de primer grado -cuando hay lugar a ello- sin quebrantar la garantía fundamental a la legalidad de la pena (artículo 29 de la Constitución Política), el Tribunal o la Sala de Casación Penal debe ceñirse proporcionalmente a los criterios que no son revocados o invalidados. (Ver, entre otras providencias, SP. del 26 febrero 2014, radicado 41265; SP. del 9 abril 2014, radicado 43255; SP. del 14 junio 2017, radicado 44197).
[32] Radicado 2226 del 19 de julio de 2006, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

8.2 De la redosificación punitiva en el caso concreto.

Tal como quedó reseñado en los antecedentes de esta providencia, el Sargento FGT fue condenado mediante sentencia de primera instancia de fecha 24 de julio de 2018 por el delito de peculado culposo.

Asimismo, quedó probado que la conducta consumada fue ejecutada por el acusado el 24 de octubre de 2013, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, lo cual necesariamente nos reenvía hacia la legislación penal ordinaria, concretamente al artículo 400 de la Ley 599 de 2000 que consagra una pena de *"(…) prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado".*

Ahora bien, observa ésta Sala que el juez de primera instancia en el proceso de dosificación punitiva fijó los cuartos punitivos para el delito de peculado culposo entre 12 y 36 meses de prisión, explicando que cada cuarto quedaría comprendido de la siguiente manera:

12……..18……..24……..30……..36[33]

Seguidamente aseguró que se circunscribiría dentro del primer cuarto de movilidad como quiera que en

[33] Cfr. Folio 429 C.O.3.

favor del enjuiciado concurrían únicamente circunstancias de menor punibilidad tales como buena conducta anterior y carencia de antecedentes penales, igualmente explicó que de acuerdo con la gravedad de los hechos y consultando la necesidad y función de la pena, en últimas el tiempo de prisión a imponerle sería de diecisiete (17) meses. Cumplido lo anterior, señaló que la multa también se determinaría dentro del primer cuarto de movilidad, como quiera *"que el señor SP ® FGT, administrativamente pagó el valor del material de guerra extraviado"*[34], en orden de lo cual la pena de multa quedó establecida en diecinueve punto nueve (19.9) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En concordancia con lo anunciado por la Sala en los albores de la presente decisión, en punto de declarar la prosperidad del reproche propuesto por el apelante, se procederá a enmendar el yerro detectado, lo que significa que la pena impuesta por el fallador al SP. (RA) FGT por la comisión del delito de peculado culposo sufrirá una reducción de una tercera parte en consideración a que le fueron vulneradas sus garantías fundamentales en punto del principio de legalidad de la pena[35].

En suma, de acuerdo con el pluricitado artículo 401 del Código Penal, deberá deducirse de los diecisiete

[34] Cfr. Folio 433 C.O.2.
[35] El artículo 401 de la Ley 599 de 2000 prevé que, si antes de dictarse la sentencia de segunda instancia el agente por sí o por tercera persona reintegra el valor de lo perdido o extraviado, *"la pena se disminuirá en una tercera parte"*.

(17) meses de prisión –510 días- y los diecinueve punto nueve (19.9) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa que fueron fijados como sanciones por el juez primario una tercera parte, en tal sentido la pena que deberá cumplir el acusado en definitiva es de trescientos cuarenta (340) días de prisión y multa de trece punto veintisiete (13.27) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la época de los hechos, manteniéndose en todo lo demás incólume la decisión apelada.

Finalmente, la solicitud del recurrente orientada a que se confiera por este Tribunal Castrense la prerrogativa estipulada en el artículo 39 numeral 6° de la Ley 599 de 2000, que en similares términos se encuentra redactada dentro de nuestro estatuto castrense en el artículo 42 -Ley 1407 de 2010- y que permite al condenado pagar la pena de multa a plazos, será denegada.

Tal decisión obedece a que la competencia del superior en este sentido se encuentra limitada para que se pueda garantizar el principio de la doble instancia[36],

[36] De los artículos 363 y 583 de la Ley 522 de 1999, se entiende que quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación, las que marcarán el derrotero para que se pronuncie la segunda instancia. En igual sentido la guardiana constitucional sostuvo: *"Una interpretación sistemática de las normas que consagran el trámite de la apelación de los autos y de las excepciones previas en particular, evidencia que la competencia que al respecto tiene el juez de segunda instancia se encuentra regulada y limitada en las disposiciones propias del Procedimiento Civil. Así, en el trámite de la segunda instancia, un juez no tiene siempre plena competencia para pronunciarse sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación, pues podría estar actuando por fuera del marco de su competencia, por ejemplo, cuando profiere decisiones que resuelven de manera directa un asunto que no fue objeto de decisión por parte del a quo. Las anteriores consideraciones permiten reiterar la competencia limitada del juez cuando actúa en segunda instancia, quien no puede ampliarla de hecho invocando el principio de economía procesal, con el fin de pronunciarse sobre asuntos no decididos en primera instancia y por lo tanto no puestos a su consideración en virtud de la apelación. (…)*

como quiera que es al *A quo*, como ejecutor de la pena, a quien le corresponde, una vez demostrada la incapacidad material del condenado para sufragar dicha sanción en un único e inmediato acto, analizar sobre la viabilidad de conceder alguno de los dispositivos previstos en el Código Penal Militar, *verbigratia* la amortización a plazos o el pago mediante trabajo, mecanismos alternativos para los condenados que no pueden pagar la pena de multa en forma total o dentro de los plazos señalados por el juez en la sentencia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: ATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, confirmar parcialmente la sentencia condenatoria de data 24 de julio de 2018 proferida por el Juzgado Décimo de Brigadas del Ejército Nacional, **MODIFICANDO** los numerales 2° y 3° de la referida decisión, conforme a las consideraciones esbozadas en la parte motiva de este proveído.

Las anteriores consideraciones permiten reiterar la competencia limitada del juez cuando actúa en segunda instancia, quien no puede ampliarla de hecho invocando el principio de economía procesal, con el fin de pronunciarse sobre asuntos no decididos en primera instancia y por lo tanto no puestos a su consideración en virtud de la apelación. (…) A su vez, al juez de segunda instancia le está vedado vulnerar el derecho a la igualdad procesal, en el sentido de entrar a pronunciarse, en los mismos términos, sobre unas excepciones previas que fueron resueltas por el inferior jerárquico, y otras que no lo fueron, es decir, sobre una decisión que surtió efectivamente dos instancias, y otra que sólo fue objeto de una.". Sentencia T-516 del 19 de mayo de 2005, MP. DRA. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ, Corte Constitucional.

SEGUNDO: MODIFICAR, en consecuencia, la pena impuesta al SP. (RA) FGT en su calidad de autor del delito de peculado culposo, para en su lugar **IMPONERLE** la pena principal de trescientos cuarenta (340) días de prisión y multa de trece punto veintisiete (13.27) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la época de los hechos.

TERCERO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación discrecional, que podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[37].

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente

[37] Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	158931
Procedencia	:	Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar
Procesado	:	CS (R) AGON
Delito	:	Ataque al inferior
Motivos de alzada	:	Apelación auto niega revocatoria de la medida de aseguramiento y auto niega decreto de la prescripción de la acción penal
Decisión	:	Declara desierto primer recurso y despacha desfavorablemente el segundo.

Bogotá D.C., septiembre diecisiete (17) de dos mil diecinueve (2019)

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponde dentro del presente trámite

suscitado a raíz del recurso de apelación impetrado por el defensor de confianza CASO contra el interlocutorio adiado 03 de abril de 2018, por medio del cual el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar con asiento en la ciudad de Duitama (Boyacá) negara la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al CS (R) AGON.

Por razones de economía procesal igualmente se desatará en este proveído el recurso de apelación interpuesto dentro de la presente actuación por el doctor DFNR, Procurador 216 Judicial I Penal de Sogamoso (Boyacá), en contra del auto del 06 de febrero de 2019 a través del cual el aludido despacho denegare el decreto de la prescripción de la acción penal, ello dentro de la investigación penal que se adelanta en contra del referido suboficial por la presunta comisión del reato de ataque al inferior.

II. HECHOS

Del devenir procesal se extracta que alrededor de las 08:30 horas del 30 de septiembre de 2013 el entonces Cabo Segundo AGON
, orgánico del Grupo de Caballería Mecanizado No. 1 "*General José Miguel Silva Plazas*" del Ejército Nacional, encontrándose en la base militar de Peñas Negras dispuso que el SLR. AACO y otros soldados orgánicos de la misma unidad y quienes estaban bajo su mando se dispusieran a realizar ejercicios de

incremento físico, ello como medida disciplinaria por haber llegado retardados a una formación.

Encontrándose en desarrollo de dicha actividad el SLR. AACC
miró de reojo al suboficial, lo que le causó descontento a éste último y lo llevó a propinar una patada en la espalda de su subalterno.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Teniendo en cuenta el oficio No. 003829 ATQ-NOB del 17 de diciembre de 2013 procedente de la Defensoría del Pueblo Regional Nariño y por medio del cual se remitió copia de la denuncia formulada por el SLR. AACO[1], el 08 de enero de 2014[2] el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de indagación preliminar en averiguación de responsables, delito por establecer, trámite dentro del cual, mediante auto del 20 de agosto siguiente[3], dispuso escuchar en diligencia de versión libre al CS (R) AGON, misma que fue practicada el 25 de noviembre de 2014[4].

El 03 de febrero de 2016[5], dos años después de iniciada la pesquisa preliminar, el referido juzgado

---

[1] Folios 01 al 12 C.C. 1.
[2] Folios 14 al 16 *ibídem*.
[3] Folio 80 *ibídem*.
[4] Folios 143 al 145 *ibídem*.
[5] Folios 245 y 246 C.C 2.

instructor aperturó investigación formal en contra del precitado suboficial por la comisión del presunto delito de ataque al inferior y con el propósito de obtener su vinculación por vía indagatorial, dada la petición[6] formulada por el imputado en la que manifestaba la imposibilidad de presentarse en la ciudad de Duitama (Boyacá), se confirió comisión al Juzgado Promiscuo Municipal de Guachucal (Nariño), librándose el 04 de julio de 2017[7] orden de captura en su contra dada la renuencia a comparecer a pesar de las múltiples citaciones que se le hicieren.

El 24 de noviembre del mismo año[8] se recibió informe procedente del Departamento de Policía Boyacá, en el cual se señaló que se intentó ubicar al CS (R) AGON con resultados infructuosos.

Por auto adiado 24 de noviembre de 2017[9] el funcionario instructor, atendiendo que a la fecha no se había logrado la comparecencia del procesado, dispuso su emplazamiento, mismo que se llevó a cabo mediante edicto fijado el día 27 de dicho mes y año[10] y desfijado el 1° de diciembre siguiente.

La declaratoria de persona ausente se surtió el 07 de diciembre de 2017[11], notificándose de ello

---

[6] Folio 256 *ibídem*.
[7] Folios 277 al 280 *ibídem*.
[8] Folios 283 al 288 *ibídem*.
[9] Folio 289 *ibídem*.
[10] Folio 291 *ibídem*.
[11] Folios 292 al 294 *ibídem*.

personalmente en la misma fecha al defensor público designado para los efectos de ley y al representante del Ministerio Público ante la primera instancia el 15 de diciembre siguiente.

La situación jurídica del sumariado fue resuelta provisionalmente el 19 de diciembre del año en cita[12], ello en el sentido de imponer al CS (R) AGON medida de aseguramiento de detención preventiva, acto procesal en el que a la vez se ordenó reiterar las órdenes de captura libradas en su contra y se dispuso decretar la nulidad de la versión libre practicada el 25 de noviembre de 2014, en razón a que la misma se practicó bajo la gravedad del juramento, vulnerándose su derecho de defensa.

Ejecutoriada la anterior decisión y estimado perfeccionado el ciclo instructivo, el sumario fue remitido a la Fiscalía 24 Penal Militar el 04 de enero de 2018[13], despacho que mediante auto del 18 de enero siguiente[14] devolvió el plenario al juzgado instructor para la práctica de varias pruebas.

Ante dicho juzgado de instrucción el defensor CASO presentó memorial en el cual solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento y subsidiariamente la sustitución de la medida de aseguramiento impuesta

[12] Folios 300 al 308 *ibídem*.
[13] Folio 314 *ibídem*.
[14] Folios 316 y 317 *ibídem*.

por una no privativa de la libertad[15], para lo cual argumentó que no hay claridad respecto a la real ocurrencia del ataque al inferior, surgiendo varias dudas, entre ellas por qué el soldado formuló la denuncia sólo hasta el 07 de noviembre de 2013, por qué en el dictamen médico legal practicado el 12 de noviembre siguiente se señaló que no existen huellas externas de lesión y las derivadas de las incongruencias presentadas en las declaraciones del denunciante y del SLR. SAJB.

Agregó que no hay referencia documental o testimonial que permita inferir que su prohijado trataba mal a los soldados, ni que existiera animadversión en contra del soldado AACO. Además, que dicho soldado se ausentó de las filas militares luego de haber formulado la denuncia y utilizó ese hecho como pretexto para justificar su actuar, mostrando así sus actos de indisciplina.

La referida petición fue denegada por el Juez 78 de Instrucción Penal Militar mediante proveído del 03 de abril de 2018[16], decisión en contra de la cual el referido defensor interpuso recurso de apelación[17], el cual centra la atención de esta Tercera Sala de Decisión.

---

[15] Folios 348 al 355 *ibídem*.
[16] Folios 356 a 359 *ibídem*.
[17] Folios 376 a 383 *ibídem*.

La orden de captura librada en contra del encartado se hizo efectiva el 09 de noviembre de 2018[18], siendo el mismo privado de la libertad en el centro de reclusión ubicado en las instalaciones del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 "*General José María Cabal*" del Ejército Nacional acantonado en Ipiales (Nariño)[19]; inconforme con tal determinación la señora SPMS, cónyuge del acriminado, interpuso acción de *habeas corpus*[20] ante el Juzgado Primero Municipal de Ipiales (Nariño), amparo que fue denegado por el referido despacho el 12 de noviembre siguiente[21].

El CS (R) AGON fue escuchado en diligencia de indagatoria el 14 de noviembre de 2018[22], diligencia que fuere ampliada el 18 de enero de 2019[23].

El 06 de diciembre de 2018 la señora SPMS interpuso nuevamente acción de *habeas corpus*[24] ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales (Nariño), mismo que fue negado por el referido despacho el 07 de diciembre siguiente[25].

El expediente fue remitido nuevamente a la Fiscalía 24 Penal Militar el 18 de diciembre de 2018[26], despacho que mediante auto del "*31 de enero del 2018*"

---

[18] Folios 54 a 56 C.C. Provisional 1.
[19] Folio 91 *ibídem*.
[20] Folios 62 a 72 *ibídem*.
[21] Folios 73 a 86 *ibídem*.
[22] Folios 134 a 140 *ibídem*.
[23] Folios 327 al 329 C.C. Provisional 2.
[24] Folios 183 a 188 C.C. Provisional 1.
[25] Folios 198 *ibídem* a 208 C.C. Provisional 2.
[26] Folio 268 C.C. Provisional 2.

(sic)[27] dispuso la devolución al instructor para la práctica de pruebas, aunado a que aún se encontraba pendiente por tramitar y resolver el recurso de apelación impetrado en contra del auto que negó la revocatoria de la medida de aseguramiento.

El 04 de febrero de 2019[28] el doctor DFNR, Procurador 216 Judicial I Penal de Sogamoso, solicitó se declarara la prescripción de la acción penal, misma que fue denegada por el despacho instructor el 06 de febrero siguiente[29].

En contra de esta decisión el referido representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación[30], el cual también ocupa la atención de esta Tercera Sala de Decisión como fuere anunciado párrafos atrás.

El 06 de febrero de 2019 la señora SPMS interpuso acción de tutela[31] ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, solicitando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana e integridad étnica y cultural, amparo que fue denegado por dicho órgano colegiado el día 19 de igual mes y año[32].

---

[27] Folios 270 al 272 *ibídem*.
[28] Folios 333 al 335 *ibídem*.
[29] Folios 336 al 341 *ibídem*.
[30] Folios 383 a 385 *ibídem*.
[31] Folios 346 a 357 *ibídem*.
[32] Folios 393 a 399 *ibídem*.

El 15 de marzo del año en curso[33] se recibió oficio procedente del Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar, en el cual se informó que mediante auto del día 08 del mismo mes y año se concedió al procesado el beneficio de libertad provisional.

IV. LAS PROVIDENCIAS RECURRIDAS

Interlocutorio del 03 de abril de 2018 por el cual se despachó desfavorablemente la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento.

El Mayor JEFFERSON FRANCISCO PINEDA DIAZ, Juez 78 de Instrucción Penal Militar, inicialmente expuso que la petición del defensor se centró en señalar que no existe prueba que demuestre que su prohijado agredió al SLR. AGON, ello restándole credibilidad a lo manifestado por éste en su denuncia en razón a que aquel puso en conocimiento lo sucedido luego de haber desertado de las filas militares y a que en el dictamen de medicina legal que le fue practicado no se encontraron evidencias físicas que permitan afirmar que fue agredido, además que no se ha probado que la escoliosis que dice padecer sea consecuencia de la agresión sufrida en la fecha de los hechos.

Al efecto indicó que el delito de ataque al inferior es independiente del reato de lesiones personales, por lo que si en los hechos materia de investigación

[33] Folio 411 *ibídem*.

se hubiese probado que el denunciante sufrió alguna lesión a causa de la agresión referida al CS. AGON se le hubiese imputado también el tipo penal de lesiones personales.

En torno a la falta de credibilidad alegada refirió que el defensor basa su afirmación en sus apreciaciones personales, sin presentar prueba alguna que desvirtué lo dicho por el denunciante.

Señaló que, como se refirió en el auto del 19 de diciembre de 2017 a través del cual se resolvió provisionalmente la situación jurídica del procesado, las pruebas obrantes en el plenario señalan que el 30 de septiembre de 2013 el CS. AGON agredió físicamente al SLR. AACO, situación que se enmarca en la descripción típica que hace el artículo 100 de la Ley 1407 de 2010 del punible de ataque al inferior, agotando el requisito exigido por el artejo 522 de la Ley 522 de 1999 para imponer medida de aseguramiento.

Respecto a la solicitud de sustitución de medida impetrada por la defensa técnica del sumariado, expuso el funcionario *A quo* que el artículo 529.2 del Código Penal Militar de 1999 establece que, respecto a delitos atentatorios del bien jurídico de la disciplina, como es el caso del ataque al inferior, la única medida de aseguramiento a imponer es la detención preventiva.

Finalmente, destacó que, contrario a lo afirmado por el defensor, el procesado se ha ocultado de la justicia, pues pese a tener conocimiento de la existencia de la investigación ha inasistido a las citaciones para escucharlo en indagatoria, cambiando además de ello su lugar de residencia.

Interlocutorio del 06 de febrero de 2019 por el cual se despachó desfavorablemente la solicitud de decretar la prescripción de la acción penal.

El Mayor JEFFERSON FRANCISCO PINEDA DIAZ, Juez 78 de Instrucción Penal Militar, luego de transcribir los artículos 83 y 85 de la Ley 522 de 1999 y 76 y 78 de la Ley 1407 de 2010 referidos a la prescripción de la acción penal, destacó que la Corte Constitucional[34] ha señalado que en los delitos atribuidos a los servidores públicos no sólo se justifica un mayor grado de reproche en la fijación de la pena, sino que ésta se debe reflejar de manera automática en el correlativo incremento del lapso prescriptivo.

Señaló así mismo que la Corte Suprema de Justicia[35] en reiterada jurisprudencia ha indicado que aun cuando se trate de delitos típicamente militares debe aplicarse el aumento del término prescriptivo contemplado en el inciso 6° del artículo 83 del

[34] Sentencia C-345 de 1995
[35] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 28830 del 05 de diciembre de 2007. Reiterada en los radicados 30869 del 17 de junio de 2009, 34153 del 30 de junio de 2010, 44829 del 07 de abril de 2015 y 50793 del 29 de noviembre de 2017.

Código Penal por motivos de igualdad material, posición que a su vez ha sido acogida por el Tribunal Superior Militar y Policial[36].

Acotó que dado que los hechos investigados tuvieron ocurrencia el 30 de septiembre de 2013, fecha en la cual se encontraba vigente la Ley 1474 de 2011, el aumento del término prescriptivo en el presente evento corresponde al doble, por lo que atendiendo a que el tipo penal de ataque al inferior contempla una pena mínima de un (01) año, para efectos de contabilizar el término prescriptivo se debe partir de cinco (05) años, al cual se le ha de aumentar la mitad, correspondiendo éste a siete (07) años y seis (06) meses, mismo que la fecha no se ha cumplido, no siendo procedente la declaratoria de la prescripción de la acción penal solicitada por el representante del Ministerio Público ante esa instancia.

V. FUNDAMENTOS DE LAS IMPUGNACIONES

Recurso impetrado por el defensor CASO contra el proveído interlocutorio por el cual se despachó desfavorablemente la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento.

El defensor CASO reiteró su petición inicial para lo cual transcribió la misma en su totalidad, de esta

[36] Tribunal Superior Militar y Policial, radicados 157978 del 22 de agosto de 2016, 158767 del 22 de septiembre de 2017 y 158829 del 05 de abril de 2018.

manera cuestionó que el Soldado AACO hubiese formulado la denuncia de lo acaecido hasta el 07 de noviembre de 2013 cuando los hechos investigados tuvieron ocurrencia el 30 de septiembre de ese año.

Destacó que el 02 de octubre siguiente el denunciante acudió al dispensario médico del Grupo "*Silva Plazas*" sin que obre registro que indique que hubiese sido "*atacado*", añadiendo, como lo hiciere en aquella petición, que en caso de haber sido golpeado por el CS. AGON habría quedado una "*muestra*" de dicho golpe.

Añadió que en el dictamen médico legal practicado el 12 de noviembre del mismo año se concluyó que no existían huellas de lesión reciente, lo que hace inferir que no hubo agresión.

Señaló que los testimonios de los Soldados Regulares AACO y SAJB presentan incongruencias y se les ha brindado credibilidad sin respaldo probatorio alguno, aunado al hecho que no se trajeron otros testimonios que permitieran esclarecer las circunstancias en que ocurrió el hecho.

Afirmó que no hay referencia testimonial o documental que permita colegir que el CS. AGON trataba mal a los soldados o que existía animadversión en contra del soldado AACO, lo que hace presumir el buen comportamiento del suboficial.

Refirió que el denunciante se desertó del Grupo Mecanizado al que pertenecía luego de haber formulado la denuncia y luego utilizó dicho hecho como pretexto para justificar su ausencia, lo cual demuestra sus actos de indisciplina.

Subrayó que no hay prueba que indique que su defendido haya arremetido contra el precitado soldado con el ánimo de causarle daño, ni que lo haya agredido o lesionado con una patada en la espalda.

Afirmó que con los medios probatorios arrimados no se podía llegar a la conclusión de que se encuentra tipificado el delito de ataque al inferior descrito en el artículo 100 de la Ley 1407 de 2010 en tanto no hay huella de lesión, por lo que no era posible imponer medida de aseguramiento de detención preventiva.

Destacó que el CS. AGON procuró mantener la disciplina, llamando la atención a los soldados por llegar tarde a formar, imponiéndoles ejercicios físicos, siendo esto un correctivo disciplinario y un llamado de atención al orden frecuente en el ámbito militar.

Además de considerar que no están cumplidas las exigencias mínimas para imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad, estimó el apelante que no bastaba referir que por tratarse de

un delito que atenta contra la disciplina se debía imponer la misma, sino que además deben sopesarse los factores constitucionales frente a la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de privar de la libertad a su prohijado.

Arguyó que el citado Suboficial sí ha comparecido al proceso, razón por la cual rindió una versión libre que fue posteriormente declarada nula ante errores cometidos en su recepción.

Acto seguido expuso:

> *"(…) se solicita a su Despacho, en caso de no revocar la medida detentiva impuesta, no siendo necesaria la misma, dado que el suboficial no registra antecedentes, no ha obstruido la prueba no la justicia y menos colocado en peligro a la sociedad o la víctima y ha procurado comparecer al proceso por sí o por intermedio de abogado, SOLICITO se impongan obligaciones al CS (R) AGON como las referidas en el art. 541 de la LEY 522 DE 1999, como una medida de aseguramiento no privativa de la libertad (art. 465 literal b de la ley 1407 de 2010 – mismas del art. 307 literal b. de la ley 906 de 2004 – aplicable por favorabilidad)(…)"*

Finalmente indicó:

> *"(…) en la providencia que hoy es materia de alzada, no se analizó ninguna de las situaciones que se presentaron por la Defensa, como incongruentes, ambiguas y no creíbles, conforme al mismo acervo probatorio y se niega dando por cierto que existió un ataque, con independencia de lesiones personales,*

considerando que no existía aporte de pruebas para revocar ni sustitución la medida."

Apelación impetrada por el Procurador 216 Judicial I Penal contra el auto por el cual se despachó desfavorablemente la solicitud de decretar la prescripción de la acción penal.

El doctor DFNR, Procurador 216 Judicial I Penal de Sogamoso, sostuvo que el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 por virtud del cual se aumentó el término de prescripción en la mitad para los servidores públicos es un precepto aplicable a las conductas punibles que son objeto de juzgamiento por la jurisdicción penal ordinaria.

Destacó que es clara la inexistencia de una norma que haya aumentado de manera expresa el término de prescripción de la acción penal para delitos penales militares, por lo que la igualdad de trato con la jurisdicción ordinaria es una tesis de origen hermenéutico o interpretativo.

Indicó que acorde con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP574-2018[37], el aumento en el término de prescripción consagrado en la normativa en cita no aplica para los delitos típicamente militares, por lo que ha de entenderse

[37] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 49522 del 07 de marzo de 2018, M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

que la "*Corte está recogiendo su jurisprudencia y fijando un criterio hermenéutico distinto*".

Estimó que acorde a lo anterior al tratarse el reato de ataque al inferior de un delito típicamente militar no es procedente el aludido incremento, por lo que el término de prescripción de la acción penal se consumó el 30 de septiembre de 2018.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El doctor HFBA, Procurador 8° Judicial II Penal, al estudiar el recurso de apelación interpuesto en contra del auto que denegó la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al CS. AGON se abstuvo de emitir concepto al respecto al estimar que la potestad sancionatoria del Estado había fenecido, ello al haber transcurrido más de cinco (05) años desde la fecha de los hechos –30 de septiembre de 2013-, por lo que en su sentir se debía decretar la prescripción de la acción penal.

De igual manera al conceptuar en torno a la impugnación del interlocutorio que denegó la prescripción de la acción penal, adujo que se encuentra de acuerdo con los argumentos expuestos por su homólogo ante la primera instancia.

Señaló que, aunque la Corte Suprema de Justicia en la providencia del 07 de marzo de 2018 proferida dentro del radicado 49522 no menciona de manera expresa que se trata de una variación o cambio jurisprudencial, es una decisión tomada de manera oficiosa por dicho tribunal de cierre y no contiene salvamento o aclaración de voto alguno "*lo que permite inferir que se trata de un "precedente" que no puede ser desconocido*".

Destacó que, en anterior oportunidad, dentro de otro radicado ya había propuesto abandonar la postura según la cual para los delitos típicamente militares se debía aplicar el incremento establecido en el código penal común.

En razón de lo anterior, solicita revocar la decisión apelada y decretar la prescripción de la acción penal.

VII. DE LA COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer del recurso de apelación inserto en las fojas y cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en esta oportunidad, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de

entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año[38], como de los ocurridos con posterioridad a la misma -no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial- mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Llevada a cabo de manera precedente la sinopsis de las principales actuaciones procesales adelantadas en la presente causa, al igual que extractados los argumentos insertos en los escritos de alzada a título de sustentación del disenso de los

[38] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

recurrentes respecto de las decisiones judiciales objeto de control en esta segunda instancia, como también aquellos en que se finca la posición del representante de la sociedad ante la misma en su concepto de rigor, la Sala desde ya habrá de precisar que por prelación se resolverá primero lo atinente a la postulación prescriptiva de la acción penal que hace el agente del Ministerio Público ante la primera instancia, misma que halla eco en el concepto extendido por su par ante este Tribunal Castrense, pues de prosperar no habría lugar, por sustracción de materia, a resolver la otra apelación que versa sobre la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al aquí sumariado.

En este orden de ideas, la Sala se servirá del siguiente derrotero metodológico a título de carta de navegación: *i)* se rememorará la importancia del precedente judicial y la doctrina probable; *ii)* se hará un recuento respecto a las decisiones que han abordado el tema de la prescripción de la acción penal en la jurisdicción penal militar; y, finalmente, *iii*) se adoptará la decisión que en Derecho corresponde respecto de los asuntos sometidos a conocimiento de esta colegiatura.

i) **La importancia del precedente judicial y la doctrina probable.**

Resulta pertinente rememorar que la actividad judicial implica la interpretación permanente de las diferentes disposiciones jurídicas, por lo que el juez en su función de administrar justicia no puede limitarse a efectuar una disquisición literal de la ley, por el contrario, ésta actividad, dinámica por naturaleza, debe orientarse a lograr la interpretación armónica del sistema normativo, esto es articularse bajo la idea de consistencia y coherencia de un sistema jurídico[39], razón por la cual debe apuntalarse en criterios hermenéuticos como el histórico, el finalista, el valorativo, el de ponderación de intereses y, además, en el precedente judicial.

Este último, mismo en el que las autoridades avaladas al efecto desentrañan el sentido lógico jurídico de las normas, ha adquirido en el último siglo creciente importancia en nuestro sistema jurídico de tradición romano-germánica, tornándose en fuente de Derecho, al punto que la Corte Constitucional al estudiar el artículo 230 de la Carta Magna que prescribe que los jueces solo se encuentran sometidos al imperio de la ley, aclaró que la palabra "*ley*" debe ser interpretada de manera amplia, como el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico,

[39] WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. A. Azurza, Madrid, Civitas, 1988, páginas 48 a 50.

incluidos los precedentes judiciales, esto es el concepto de ley en sentido material[40].

Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país, adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso. Adicionalmente, se le considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento[41].

Y ello es así, en tanto las normas y reglas jurídicas imperantes son susceptibles de traer consigo vacíos o ambigüedades que pueden generar diversas interpretaciones, derivadas incluso de la imprecisión del lenguaje, haciendo necesaria la existencia de órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, esto en pro de la igualdad, la buena fe, la seguridad jurídica y la necesidad de coherencia del orden jurídico.

---

[40] Corte Constitucional, sentencias C-836 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, C-539 de 2011 y C-634 de 2011, ambas con ponencia del Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. La consideración sobre el carácter amplio del concepto "*imperio de la Ley*", como referente único de las decisiones judiciales, fue sostenida por la Corte desde la sentencia T-448 de 1998, y desde entonces, ha sido un elemento fundamental en la interpretación del artículo 230 de la Carta Política.

[41] *Cfr.* sentencia T-292 de 2006: "*En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.*"

Ello adquiere mayor relevancia en la medida que con una actividad interpretativa tal se garantiza el respeto del derecho de la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (artículo 13, Constitución Política de 1991) que demandan, como elemento racionalizador de la actividad judicial, que problemas jurídicos semejantes o que planteen puntos de Derecho análogos, sean resueltos por quienes administran justicia en condiciones de igualdad en punto a la interpretación de la norma a aplicar, ello por virtud del denominado principio de coherencia[42].

En este orden de ideas, los precedentes de la Corte Constitucional como intérprete por antonomasia de la Carta Política deben tener, en primer término, un lugar privilegiado en el análisis de casos por parte de los operadores jurídicos so pena de quebrantar principios constitucionales como la igualdad y la supremacía de la Constitución[43]. En consecuencia, los jueces están obligados a acoger los precedentes constitucionales en la medida en que deben interpretar el derecho en compatibilidad con la

[42] Principio según el cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra, pues comportaría una trasgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno, presupuesto del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables. *C.fr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 1° de 2012, radicado No. 34853, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.
[43] Corte Constitucional, sentencia SU-640 de 1998, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Carta.[44] Es así, indudablemente, un límite a la autonomía judicial.

Dicha obligatoriedad implica de un lado la fuerza *erga omnes* de las decisiones que se adoptan en los fallos de control constitucional abstracto de las leyes y, por otra, la protección del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación e interpretación del Derecho llamado a regir problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho análogos.

Al respecto la guardiana suprema de la indemnidad de la Constitución Política precisó en sentencia hito en la materia que:

> *"16. En lo que toca a los fallos de constitucionalidad o de juicio abstracto de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional se desprende de los efectos erga omnes de la sentencia, y de la cosa juzgada constitucional de que están revestidas dichas providencias -por mandato expreso del artículo 243 Superior los contenidos normativos que la Corte declara contrarios a la Constitución no pueden ser reproducidos por ninguna autoridad-. Toda vez que* ***la ratio decidendi de la sentencia contiene la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados****, esta debe ser atendida por las demás autoridades judiciales para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución*[45]*. En relación con las*

[44] Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
[45] Al respecto, resulta particularmente ilustrativo el concepto de *cosa juzgada material* en el que se evidencia la necesidad de acudir a las razones consignadas en los fallos de la Corte para determinar si una nueva

sentencias de revisión de tutela, el respeto por la ratio decidendi de estos fallos (i) es necesario para lograr una concreción del principio de igualdad en la aplicación de las leyes; (ii) constituye una exigencia del principio de confianza legítima que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con actuaciones imprevisibles y; (iii) representa un presupuesto para garantizar el carácter normativo de la Constitución y la efectividad de los derechos fundamentales así como la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico[46]." La doctrina contenida en la parte motiva de las sentencias de revisión de tutela que constituyen la ratio decidendi de tales fallos, prevalece sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales, en virtud de la competencia institucional de la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución[47]. (…)

---

disposición reproduce un contenido normativo retirado del ordenamiento jurídico por la Corte, y en cuanto a la importancia de la interpretación constitucional en las sentencias de exequibilidad puede pensarse en la relevancia absoluta que poseen las consideraciones constitucionales en las sentencias condicionadas en las que la Corporación determina la interpretación conforme con la constitución de las disposiciones legales.

[46] *Cfr.* Sentencia T-292 de 2006, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en la que se dijo *"Por las razones anteriores, puede concluirse que en materia de tutela, - cuyos efectos ínter partes eventualmente pueden llegar a hacerse extensivos en virtud del alcance de la revisión constitucional -, la ratio decidendi sí constituye un precedente vinculante para las autoridades. La razón principal de esta afirmación se deriva del reconocimiento de la función que cumple la Corte Constitucional en los casos concretos, que no es otra que la de "homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales" a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela (artículo 241 de la C.P). En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable. De no aceptarse este principio, la consecuencia final sería la de restarle fuerza normativa a la Constitución, en la medida en que cada juez podría interpretar libremente la Carta, desarticulando el sistema jurídico en desmedro de la seguridad jurídica y comprometiendo finalmente la norma superior, la confianza legítima en la estabilidad de las reglas jurisprudenciales y el derecho a la igualdad de las personas".*

[47] Al respecto en sentencia T-292 de 2006 la Corte señaló lo siguiente: *"En síntesis, la Corte ha considerado que la obligatoriedad de la ratio decidendi de los fallos de tutela se desprende del principio de igualdad y del acceso a la administración de justicia pues (de no ser así) la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en*

26. Igualmente, en la sentencia T-292 de 2006 el Tribunal explicó la conducta que las autoridades judiciales deben observar en relación con las sentencias de control abstracto de constitucionalidad y concreto de revisión de tutela. Al respectó manifestó que "En materia constitucional, la aplicación de los precedentes por parte de los jueces de instancia, desde una perspectiva vertical, puede tener las siguientes características: || i) Si el juez de la causa se encuentra frente a un precedente que implica inexequibilidad, deberá el juez abstenerse de aplicar normas retiradas del ordenamiento, y ***tendrá la obligación dentro del fuero de sus competencias, de aplicar igualmente la ratio decidendi de la sentencia de inexequibilidad en aquellos casos donde disposiciones con contenido normativo similar a las estudiadas previamente por esta Corporación, contradigan la ratio decidendi constitucional que hizo que las primeras salieran del ordenamiento.*** *Lo anterior en cumplimiento del artículo 243 de la Carta en relación con la cosa juzgada constitucional. Los jueces*[48]*, las autoridades y los particulares deberán en estos últimos casos, privilegiar en su interpretación y aplicación de las normas, la Constitución, en los términos del artículo 4 de la Carta.(…)||ii) Si la sentencia es de exequibilidad, la ratio decidendi vinculante implicará que el juez no pueda apartarse de la interpretación fijada por la Corte Constitucional para su decisión. Para el caso de las sentencias condicionadas, la ratio decidendi establecerá la interpretación conforme de tales normas, es decir el sentido que las disposiciones estudiadas deben tener para ajustarse a la Carta, sentido que será en los precisos términos descritos por la Corte, que por demás es*

---

los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez" y al acceso a la administración de justicia porque "…las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas."

[48] En estos eventos, si es el juez al estudiar la situación encuentra que la *ratio decidendi* de la sentencia es i) determinante y (ii) necesaria para la resolución del caso, y aun así aplica la norma aunque sea inconstitucional, incurre en una vía de hecho por defecto sustancial. *Cfr.* sentencia T-774 de 2004, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

obligatorio para los operadores jurídicos.||iii) En el caso de un precedente relevante en materia de tutela, el juez estará obligado a conocerlo y a acogerlo a fin de asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, salvo que encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte"."[49] (Negrillas y subrayado fuera de texto).

En esta misma decisión y en punto a la fuerza vinculante del precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción foral, la antes referida Corporación sostuvo:

"6. La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de

[49] Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable. Sin embargo, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema.

7. El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley –entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico- y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad –como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces"

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sede de Casación Penal, también se ha pronunciado sobre el tema[50] reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, resultando procedente evocar lo

[50] Sentencia febrero 09 de 2009, radicado No. 0571; auto febrero 18 de 2009, radicado No. 30775; auto abril 16 de 2009, radicado No. 31115; auto abril 28 de 20103, radicado No. 3659; revisión mayo 19 de 2010, radicado No. 32310; sentencia mayo 06 de 2010, radicado No.33331; y auto septiembre 19 de 2011, radicado No. 36973.

aquilatado en sentencia del 1° de febrero de 2012[51] en la que se acotare:

> *"Entre los varios motivos para derivar la fuerza vinculante de la jurisprudencia, se tiene el de la coherencia, según el cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra, pues comportaría una trasgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno, presupuesto del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables.*
>
> *Afirmar la fuerza vinculante de la jurisprudencia, también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora que en algunos casos puede derivar en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.*
>
> *Y se dice que también la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia), es fuente de derecho como se afirma de la ley, en la medida en que de antaño, se aclaró que el contenido del artículo 230 de nuestra Constitución Política cuando refiere que el juez sólo está sometido al*

[51] Radicado No. 34853, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

> *imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley formal que es la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico*[52]*, en el que se incluyen por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros."*

Colígese de lo anterior que las autoridades públicas, y en especial aquellas que administran justicia, deben ceñirse en el ejercicio de su rol funcional a las pautas previamente trasuntadas, lo cual apareja la obligación de respetar y aplicar, en general, el precedente sentado por los tribunales a los que compete unificar la jurisprudencia y, en particular, los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores, obligación que persiste mientras no exista un cambio de legislación que varíe el principio o regla jurisprudencial definida en la *ratio decidendi* de aquellos, aclarando que no empece lo hasta aquí dicho, asiste a tales autoridades la posibilidad apartarse del mismo, en ejercicio de la autonomía judicial, siempre y cuando -ceñidas a los criterios de transparencia y suficiencia-, argumenten de manera adecuada, razonada, fundada y con estricto apego al principio de suficiencia, los motivos por las cuales se apartan del precedente, motivos que habrán de hallar cabal sustentáculo en la misma jurisprudencia de los altos tribunales[53].

---

[52] Sentencia C-836 de 2001.
[53] Ver entre otras sentencias C-836 de 2001, T-683 de 2006 y T-170/15 de la Corte Constitucional.

Precisión esta última, se hace preciso remembrar, que con apalancamiento en la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia C-836 de 2001 varias veces aquí citada, hiciere la Sala Penal del Alto Tribunal en precedente mencionado párrafos atrás[54], ello en los siguientes términos:

> *"Empero, no se trata de que el acatamiento del precedente, se comporte en un método rígido de aplicación de la ley que imponga criterios inamovibles. La jurisprudencia debe acoplarse a las realidades sociales y permitir recoger las imprecisiones interpretativas en las que en un momento dado hayan podido incurrir los altos Tribunales, pero se reitera es una fuente formal y material de derecho, de la cual deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas.*
>
> *(….)*
>
> *No obstante, como se afirmó en líneas anteriores, es la sentencia C 836 de 2001, la que estudia y define la cuestión sobre la fuerza normativa de la jurisprudencia de corporaciones distintas al Tribunal Constitucional. En dicho fallo se estudió la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1896, el cual refiere a lo denominado como doctrina probable que a la letra dice:*
>
> > *"Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso que juzgue erróneas las decisiones anteriores"*

[54] *Vid.* Nota 51.

En esta sentencia que declaró la exequibilidad de la norma en el entendido que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, también quedó claro que en Colombia existe un sistema relativo de jurisprudencia, pues aunque los precedentes son vinculantes, no obligan de manera absoluta.

Y se dice de un sistema relativo, toda vez que los jueces en determinados casos, pueden desacatar las decisiones de las altas Cortes, pero bajo unos condicionamientos claros y específicos que no obedecen simplemente a su capricho o a la mera disparidad de criterios, bajo el argumento del respeto al principio de imparcialidad y autonomía judicial.

La jurisprudencia deja de ser obligatoria, siempre que el inferior funcional la encuentre irrazonable a partir de la demostración de alguno de las siguientes hipótesis: (i) Que a pesar de la similitud entre dos supuestos de hecho, de todas formas ***existan diferencias relevantes que no fueron consideradas en el primer caso, las cuales al ser analizadas, derivan en situaciones disímiles****; (ii) Debido a un cambio social posterior a la primera decisión, la misma resulta inadecuada para volverse a aplicar por lo diferente del contexto social; (iii) Que el juez concluya que la decisión es contraria a los valores y principios en los que estructura el ordenamiento jurídico y (iii) Variación de la norma legal o constitucional interpretada en la decisión de la cual el juez pretende apartarse.”* (Negrillas y subrayas de la Sala)

Atinente a esta temática, la Corte Constitucional en sede de tutela[55] decantó tiempo después:

> *"En efecto, precisamente por esa sujeción, las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores, pues esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad cuando resuelven casos similares. Así, mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial[56].*
>
> *Al respecto, vale precisar que* ***la figura del precedente, ha sido comprendida por la Corte de la siguiente manera:***
>
> > *"…* ***el precedente, es aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia.***
> >
> > *La pertinencia de un precedente, se predica de una sentencia previa, cuando: "(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente[57]; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho*

[55] Sentencia T-170/15, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
[56] *Cfr.* sentencia T-1317 de 2001, M.P. RODRIGO UPRIMNY YEPES.
[57] *Ídem.*

semejante al que se debe resolver posteriormente"[58]*.*

(….)

No obstante lo expuesto, ***el respeto y sometimiento a las decisiones de los altos Tribunales no puede entenderse de manera absoluta, pues con ello se anularía por completo el principio de autonomía judicial y, adicionalmente, la jurisprudencia se tornaría inflexible frente a los cambios sociales.*** *De ahí que sea imperioso admitir, que en los eventos en que el precedente sea aplicable para solucionar el asunto de que se trate,* ***el juez está autorizado, mediando una debida y suficiente justificación y argumentación, para apartarse de la posición del órgano superior, cuando existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica***[59]***."*** (Destacados ajenos al texto original)

De las anteriores precisiones jurisprudenciales y normativas resulta prístino lo siguiente: *i)* que cuando se presentan tres o más decisiones uniformes emanadas de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación sobre un mismo punto de Derecho germina la denominada doctrina probable, misma que -en tanto originada en la función de dicho órgano plural de unificar la jurisprudencia ordinaria y en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se sustenten en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico-

[58] Sentencia T-292, abril 06 de 2006, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
[59] Al respecto ver Sentencia T-683 de 2006, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

tiene fuerza normativa y vinculante; *ii)* que aun así, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable; *iii)* que no empece ello, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema de Justicia; *iv)* que se erige en precedente judicial con igual fuerza normativa, aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su indiscutible pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de adoptar la decisión que le competa; y *v)* que la pertinencia de un precedente se predica de una sentencia previa, cuando su *ratio decidendi* formula una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente, se trata de un problema jurídico o de una cuestión constitucional semejantes y los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son similares o plantean un punto de Derecho análogo al que se debe resolver posteriormente.

A esto cabe agregar que dado que no se trata de un sistema de interpretación rígido o absoluto, como de manera meridiana dejaren por sentado las prenombradas

Altas Cortes en las decisiones parcialmente transliteradas *ut supra*, es plausible al operador judicial apartarse de la doctrina probable o del precedente judicial[60] –vertical u horizontal- pero compete al dispensador de justicia que así lo haga –singular e incluso al plural autor de la doctrina y/o precedente que se trate- precisar de manera fundamentada la razón para ello, decisión que puede tener como sustentáculo una o varias de las circunstancias que enlistará la Sala acto seguido, sin que con ello se pretenda sentar un catálogo taxativo de las mismas: *a)* por un cambio en la norma legal o constitucional en que se afincó la anterior posición jurisprudencial de la cual el juez pretende apartarse; *b)* cuando los principios y reglas jurisprudenciales sentados con anterioridad pierden vigencia y ya no tienen la capacidad para responder adecuadamente a la realidad social, política o económica ahora imperante; *c)* cuando no existe claridad en cuanto al precedente aplicable debido a que las sentencias que sentaron posición frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, contienen ambigüedades, anfibologías o contradicciones que hacen inviable extraer el fundamento de las mismas y la regla o principio que postulan; y *d)* cuando, a pesar de la similitud entre dos supuestos de hecho,

[60] En este sentido ver Corte Constitucional, sentencias SU-047 de 1999, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO: C-836, agosto 09 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL; y C-621, septiembre 30 de 2015, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Asimismo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 1° de 2012, radicado No. 34853, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

existen elementos de juicio o diferencias relevantes no considerados en su oportunidad por el superior, que permiten desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica, la regla o principio sentados con antelación.

Pero es más, habrá de remembrarse, la sola *ratio decidendi* de una determinación judicial no se constituye *per se* en un precedente judicial, sino que se requiere de la existencia de un conjunto de decisiones del supremo órgano unificador que, de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema concreto de derecho y lo desarrollen (factor cuantitativo), en el que efectivamente se asuma el estudio detallado de una cuestión problemática asumiendo una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla, y que esa posición, en tanto lo anterior, sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera, dada la trascendencia y consecuencias de esas decisiones (factor cualitativo)[61].

---

[61] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 29877 del 1° de agosto de 2011, M.P. JAVIER DE JESUS ZAPATA ORTIZ: "*Ahora, no se trata apenas de que la ratio decidendi de una determinada decisión por sí misma constituya precedente jurisprudencial, pues para que tal suceda, es necesario combinar criterios cuantitativos y cualitativos.*

Los primeros dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.

A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos

Tradúcese lo anterior en que la existencia de un solo pronunciamiento atinente a un punto de Derecho o institución jurídica, por manera alguna puede abrogarse, menos se le puede atribuir, el calificativo de doctrina probable o precedente judicial, pues, se itera, ha de combinar los referidos criterios cuantitativos y cualitativos[62] para que alcance a estructurar un criterio hermenéutico dominante, relevante o significativo que permita establecer el verdadero espíritu de la norma[63] y determinar su alcance con la suficiente

---

similares se resuelvan de igual manera.". Reiterado en auto agosto 15 de 2013, radicado 40093, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

[62] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 46176 del 02 de diciembre de 2013. MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA: "*Y en el hipotético caso que así fuera, ello no es suficiente para considerar una providencia como precedente judicial, pues, como se viene diciendo por la Corte, es imperativo combinar criterios cuantitativos y cualitativos*".

Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 29877 del 1° de agosto de 2011: "*Los primeros* [los criterios cuantitativos] *dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.*

A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera…".

[63] Corte Constitucional. Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013. MP. DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB: "*Para que la jurisprudencia y la doctrina adquieran el carácter de derecho viviente, es necesario que se cumplan ciertas exigencias o requisitos. De acuerdo con lo señalado en la Sentencia C-557 de 2001, reiterada por la sentencia C-426 de 2002, puede considerarse que constituye derecho viviente "la interpretación jurisprudencial y doctrinal: (i) que sea consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que esté plenamente consolidada o afianzada, como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos"*.

transcendencia que sirvan de guía para ser aplicados en casos similares por todo administrador de justicia.

ii) **La prescripción de la acción penal en la jurisdicción penal militar.**

Sea lo primero evocar que la prescripción de la acción penal se trata de un instituto jurídico liberador, por virtud del cual el transcurrir del tiempo extingue la acción o hace cesar el derecho del Estado a imponer una sanción[64]. Dicho fenómeno ocurre, como ha decantado la Honorable Corte Constitucional de nuestro país, cuando quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal dejan vencer el plazo señalado por el legislador para tal efecto, sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo que implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra de la persona beneficiada con la prescripción[65].

Por otra parte, un fenómeno tal, explica a su vez la Corte Suprema de Justicia, tiene una doble connotación: por un lado, obra a favor del procesado, quien se beneficia de la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para

[64] Sentencia C-556 de 2001, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.
[65] *Cfr.* la sentencia C-416/02, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. En el mismo sentido sentencia C-570 /03, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

que se le defina su situación jurídica, pues no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra, además que la sociedad no puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los diversos delitos cometidos y que generan zozobra en la comunidad[66]; y por otro, implica para el Estado una sanción frente a su inactividad.

Al interior de la jurisdicción castrense el prenombrado instituto jurídico procesal ha sido regulado en análogos términos en los códices castrenses que han rituado el proceso penal militar en los últimos treinta años y actualmente encuentra formal y legal regulación en los artículos 82 a 87 de la Ley 522 de 1999, ello con símil redacción a la de los artejos 75 a 79 de la Ley 1407 de 2010, codificación esta última cuya vigencia en el ordenamiento jurídico Colombiano es innegable como ha venido afirmando iteradamente este Tribunal, coincidiendo sus cánones 83 y 75, respectivamente, en señalar que el término establecido para que opere dicho fenómeno equivale al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, sin que en evento alguno, excepción hecha del delito de Deserción, pueda ser inferior a cinco (5) años ni exceder de veinte (20) años, agregando que en tratándose de delitos comunes la acción prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el

[66] Sentencia C-176/94, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos, precisión normativa esta última sobre cuya omnicomprensión conceptual, acota la Sala, fue la Corte Suprema de Justicia Colombiana la que zanjó en definitiva las eventuales interpretaciones o entendimientos que al respecto pudieren surgir, ello en los siguientes términos:

"El artículo 13 de la Constitución Nacional garantiza la igualdad de las personas ante la ley y prevé que recibirán el mismo trato de las autoridades, sin discriminación alguna, a la vez que se advierte que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Y ***no consulta el principio de igualdad el hecho de que para el servidor público civil que comete delito por razón o con ocasión de sus funciones o abusando de su investidura, el término de prescripción de la acción penal tenga un incremento de una tercera parte según lo dispone el artículo 82 del C.P., mientras que cuando el hecho punible es cometido por un servidor público investido de la calidad de miembro de la fuerza pública, por razón o con ocasión de sus funciones o con abuso de su investidura, ese incremento no tenga operancia porque el Código Penal Militar no lo contempla expresamente. Ante iguales circunstancias de hecho la autoridad competente debe aplicar idénticas soluciones de derecho; este es el apotegma que rige el principio fundamental de igualdad de las personas ante la ley, y debe ser respetada*** *(…)*

Bajo esta premisa, siendo evidente que en el C. P. M., aplicable exclusivamente a los servidores públicos militares y de la Policía Nacional en servicio activo "que cometen hecho punible militar o

común relacionado con el mismo servicio ..." -artículo 14 ibíd.- no aparece regulado a integridad el tema de la prescripción de la acción penal, excepción hecha del delito específicamente militar de deserción -artículos 115 y 74 aparte final- para el que precisó que el término de prescripción de su acción es de dos años, denotando a las claras esta puntualización que ***en el tema de la prescripción respecto de los demás delitos tanto militares como comunes cometidos por las personas sujetas a ese ordenamiento especial, por respeto al principio de la igualdad de las personas ante la ley, debe acudirse al principio de integración, tomando del Código Penal ordinario las previsiones cuyo vacío se advierte en la preceptiva especial.***

Esta nueva y equitativa visión de la ley penal en comentario, más acorde con los postulados constitucionales de la igualdad y del debido proceso, modifica la postura jurisprudencial adoptada por esta Sala hasta ahora, que de manera sobreentendida había admitido como término de prescripción de la acción penal para delitos cometidos por los sujetos a quienes les es aplicable el C. P. M., el mismo contemplado para el ciudadano común que vulnera el ordenamiento penal, e implica que en lo sucesivo se dará aplicación en punto al tema de la prescripción de la acción penal para dichos servidores públicos el mismo término previsto en la normatividad expresa del C. P. M. y en el artículo 82 del C. P. ordinario para todos los servidores públicos que delinquen en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o con abuso de su investidura, esto es el señalado en los artículos 74, 75 y 77 del C. P. M. en concordancia con el artículo 82 precitado."[67] (Las negrillas y subrayas son propias)

[67] Corte Suprema de Justicia, radicado No. 9997 del 20 de abril de 1999, M.P. DIDIMO PAEZ VELANDIA, reiterada en los radicados No. 20719 del 22 de mayo de 2003, M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN; No. 19976 del 05 de mayo de 2004, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO; No. 24067 del 18 de mayo de 2006, M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN; No. 28830 del 05 de diciembre de 2007, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ; No. 22831 del 27 de octubre de 2008, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA; No. 26392 del 02 de diciembre de 2008, M.P.

Decisiones, la parcialmente trasuntada y las que la reiteraron[68], en las que el órgano de cierre de esta jurisdicción foral también precisó cuál era la manera de obtener el guarismo derivado del incremento del término prescriptivo en tratándose de eventos en que la administración de justicia conocía de delitos cometidos por servidores públicos y según se tratare de la etapa investigativa o de la de juicio, ello de conformidad con la evolución jurisprudencial que un tópico tal había sufrido al interior de dicho Colegiado. Esto acrisoló la Corte Suprema de Justicia:

> ***"La evolución jurisprudencial sobre el incremento de la tercera parte por la calidad del sujeto activo:***
>
> *En relación con el término de prescripción de la acción penal cuando la conducta punible ha sido cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, el legislador, tanto el de 1980 como el de 2000, previó aumento en una tercera parte.*
>
> ***La manera de contabilizar ese incremento, habida cuenta que el término de prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, no ha sido un tema pacífico en la jurisprudencia de la Corte.***
>
> ***En vigencia del Código Penal de 1980*** *sostuvo que ese aumento debía aplicarse tanto en la fase instructiva como en la del juicio, por lo que operaba en forma*

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO; No. 32201 del 21 de abril de 2010, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ; No. 34153 del 30 de junio de 2010, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS; No. 44829 del 07 de abril de 2015, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ; y No. 50793 del 29 de noviembre de 2017, M.P. FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS.

[68] *Vid.* Nota 67.

autónoma, es decir, una vez interrumpido el término con la ejecutoria de la resolución de acusación, ***en el juicio volvía a contabilizarse dicho lapso reducido a la mitad más la tercera parte (…).***

Con la promulgación de la Ley 599 de 2000 recogió esa postura y consideró que, conforme a los artículos 83 y 86, producida la interrupción de la acción penal por virtud de la resolución de acusación, el nuevo término debía hacer referencia al genérico del inciso 1° del artículo 83. ***Por manera que el incremento previsto en esa normativa quedaba reservado de manera exclusiva para la etapa instructiva, es decir, sólo operaba una sola vez, y el término de prescripción en el juicio quedaba reducido a la mitad de aquél. Bajo esa tesis era factible que la acción penal en juicio prescribiera, para los servidores públicos, mínimo en cinco años (…).***

Ese método fue recogido por la Sala el 25 de agosto de 2004, que en sentencia de casación de esa fecha regresó a la mecánica inicial para sostener que, ***en instrucción, al límite máximo previsto para el delito se le aumenta una tercera parte; y, en juicio, ese resultado se divide por dos, subtotal que, de resultar inferior a 5 años, se aproxima a estos, aplicando de nuevo el aumento de la tercera parte. Por consiguiente, el lapso mínimo de prescripción de la acción penal ocurrirá en 6 años y 8 meses, tanto en la etapa instructiva como en la de juzgamiento.***" [69]
Las negrillas y subrayas son propias)

Precedentes jurisprudenciales que no han variado en lo sustancial, concretamente en punto a que las reglas de prescripción de la acción penal reguladas en el Digesto Penal Militar se deben aplicar en armonía con las previstas en el Código Penal común -conclusión a

[69] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 33716 del 21 de febrero de 2011, M.P. DR. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

la que igualmente se arriba aplicados los análisis gramatical y lógico, histórico y sistemático propios de la hermenéutica jurídica-, pero sí en cuanto al monto del incremento del término prescriptivo, esto habida cuenta de las diversas modificaciones introducidas por el legislador con posterioridad al proferimiento de los mismos, al artejo 83 de dicho *códex*, resultando procedente, en consecuencia, traer a colación la decisión en que se decantó:

> *"En otras palabras, aduce que como ese aumento no se consagra en forma específica en las normas castrenses y la remisión que se hace a la codificación sustantiva ordinaria apenas alude a delitos comunes, entonces la calidad de servidor público bajo la cual se cometieron las conductas punibles atribuidas, no puede tener incidencia para efectos de contabilizar el término de prescripción.*
>
> *Dicha interpretación del accionante es errada, en tanto, el aumento previsto por el legislador ordinario en el artículo 83 del Código Penal -el cual ha sido adicionado por el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007 y modificado por los artículos 1° de la Ley 1426 de 2010,* ***14 de la Ley 1474 de 2014*** *y 16 de la Ley 1719 de 2014-,* aplica tanto a los casos regulados bajo dicho régimen, como a los impulsados de acuerdo con las disposiciones que regulan la justicia penal militar.
>
> ***Lo anotado quiere significar que en todos los casos, es decir, sin diferenciar entre los delitos comunes y los típicamente militares, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte (desde la citada Ley 1474 el aumento debe hacerse en la mitad)****, cuando sea cometido por servidor público "en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos"*

> *Este tema, para ilustración del actor, fue ampliamente dilucidado por la Sala desde tiempo atrás, en postura que hoy se mantiene, acorde con la cual las reglas de prescripción del Estatuto Penal Militar, se deben aplicar en armonía con las previstas en Código Penal."*[70]. (Destacado de la Sala)

Posición hermenéutica refrendada en reciente data, ello en los siguientes términos:

> *"Asiste razón al recurrente cuando afirma que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena establecida en la ley para el delito endilgado, sin que dicho término pueda en ningún caso ser inferior a 5 años ni superior a 20.*
>
> *(……)*
>
> ***Sin embargo, pasa por alto el inciso quinto de la norma a que alude, la cual establece que respecto de los servidores públicos que cometan conductas punibles en ejercicio de las funciones del cargo o con ocasión de ellas, el término de prescripción se aumenta en una tercera parte. Ese incremento es aplicable a este caso, porque era el indicado en la norma vigente para la comisión del delito, año 2009, pues con posterioridad esta proporción se fijó en la mitad, por la modificación del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, al artículo 83 del Código Penal."***[71]. (Destacado de la Sala)

Así las cosas, resulta incuestionable que trátense de delitos típicamente militares, militarizados o

[70] Radicado No. 44829, AP1748-2015, auto abril 07 de 2015, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.
[71] Radicado No. 52848, SP3065-2019, sentencia agosto 16 de 2019, M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

comunes cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, el término de prescripción de la acción penal habrá de contabilizarse de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 83 del Código Penal Militar y en concordancia con las insertas en el artejo 83 Código Penal ordinario, cánones que, respectivamente, rezan al tenor:

> *"**Artículo 83. Término de prescripción de la acción penal.** La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.*
>
> *En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años.*
>
> *Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años.*
>
> *Parágrafo. **Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal Ordinario para las conductas punibles cometidas por servidores públicos.**"* (Sin negrillas en el texto original)
>
> *"**Artículo 83. Término de prescripción de la acción penal.** La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.*

Modificado por el art. 1, Ley 1309 de 2009, Modificado por el art. 1, Ley 1426 de 2010, Modificado por el art. 16, Ley 1719 de 2014. El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Modificado por el art. 14, Ley 1474 de 2011. Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

Modificado Ley 1474 de 2011, art. 14. Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, ***el término de prescripción se aumentará en la mitad****…"* (Negrilla y subraya de la Sala)

Significa lo anterior que, en aquellos precisos eventos en que la acción penal se origina en los delitos en cuestión, esto es, los cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos -categorización en la

que quedan comprendidos los miembros de la Fuerza Pública[72]-, el término de prescripción de la misma, excepción hecha del delito de deserción, nunca podrá ser inferior a cinco (5) años, *quantum* que a su vez ha de incrementarse en un específico monto que será determinado, por razones que tocan con el irrestricto respeto al principio de legalidad, por la fecha de consumación material del injusto culpable, o, lo que es lo mismo, del delito.

Así, ese incremento será de una tercera (1/3) parte y el guarismo resultante, salvada excepción del delito de deserción, no podrá ser nunca inferior a seis (06) años y ocho (08) meses, conforme lo ha sostenido esta Corporación en forma unificada y pacífica[73] en plena univocidad con lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, en aquellos eventos en que la consumación del delito tiene lugar antes de la entrada en vigencia

---

[72] Reza el artículo 20 de la Ley 599 de 2000, aplicable al caso en estudio por vía de integración normativa: "*Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política."

[73] Entre otras decisiones las proferidas dentro de los radicados No. 151722 del 02 de febrero de 2009, M.P. TC. CAMILO SUAREZ ALDANA; No. 154776 del 09 de febrero de 2009, M.P. TC. CAMILO SUAREZ ALDANA; No. 154992 del 16 de marzo de 2009, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO; No. 154952 del 19 de abril de 2012, M.P. MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME; No. 158187 del 26 de mayo de 2015, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA; No. 157793 del 31 de mayo de 2016, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS; No. 158428 del 07 de junio de 2016, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; No. 158393 del 28 de julio de 2016, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; No. 157978 del 22 de agosto de 2016, M.P. MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME; No. 158767 del 22 de septiembre de 2017, M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA; y No. 158829 del 05 de abril de 2018, M.P. CN (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA.

de la Ley 1474 de 2011[74], norma que, como quedó visto, amplió a la mitad el término de prescripción de la acción penal regulado en el artejo 83 de la Ley 599 de 2000 en tratándose de conductas punibles cometidas en las ya citadas circunstancias, esto es, por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos.

Contrario sensu, bajo esas mismas circunstancias, el incremento del precitado término extintivo será de esa mitad (1/2) y el guarismo resultante, salvo la pluricitada excepción, nunca podrá ser inferior a siete (07) años y seis (06) meses, en aquellos eventos en que la referida consumación tiene fáctico acontecer bajo la vigencia de aquella ley.

iii) **Análisis y resolución del caso concreto.**

De la prescripción de la acción penal.

El representante del Ministerio Público ante la primera instancia impugnante, se habrá de recordar, dedicó el reproche ínsito al recurso de alzada a postular, apalancado en la decisión emitida por la Corte Suprema de Justicia bajo el radicado No. 49522

[74] La Ley 1474 de 2011, Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, fue publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

adiada 07 de marzo de 2018, que respecto de los delitos típicamente militares no opera el incremento del término prescriptivo previsto para los servidores públicos, postulación con fundamento en la cual depreca de declare la operancia del fenómeno extintivo de la acción penal, anhelo éste que carece de vocación de prosperidad, desde ya se anuncia, habida cuenta de la previa línea jurisprudencial trazada[75] por dicho tribunal unificador en éste específico punto de Derecho como pasa a decantarse.

Ha reclamado el opugnante que debe acogerse lo considerado en la providencia de la Corte Suprema de Justicia de radicado No. 49522 del 07 de marzo de 2018, misma a cuyo amparo acudió en similares términos en sus alegatos ante la primera y la segunda instancia y que meridiano se aprecia se trata de una única decisión que resulta refractaria del propio precedente del órgano colegiado en cita[76] y en la que se concluyó *grosso modo* respecto de un delito típicamente militar (abandono del servicio), que no era procedente aplicar al término prescriptivo de la acción penal el incremento de una tercera (1/3) parte "*que opera para los delitos comunes cometidos por servidores públicos*" (sic), esto con anclaje en las siguientes consideraciones:

> "*Ahora bien, como la actuación retorna a la fase de investigación, cabe reiterar que en materia penal el*

[75] *Vid.* Nota 67.
[76] *Ídem.*

fenómeno prescriptivo de la acción opera en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de la libertad prevista para el delito imputado, tenidas en cuenta las circunstancias sustanciales modificadoras de la punibilidad concurrentes, sin que en ningún caso pueda ser inferior de cinco años o superior de veinte, salvo las excepciones que la propia normatividad establece (Artículo 83 del Código Penal Militar de 1999 y 76 del nuevo estatuto de que trata la Ley 1407 de 2010).

En los asuntos que se tramiten al amparo de la Ley 522 de 1999, como aquí sucede, dicho término se interrumpe con la resolución de acusación o su equivalente debidamente ejecutoriada. Cuando esto acontece, debe comenzar a correr de nuevo desde entonces, pero el fenómeno se consolida en la mitad del tiempo respectivo, sin que pueda ser inferior a cinco años, ni superior de diez (Artículo 76 del Código Penal anterior).

En el caso analizado, la conducta materia de investigación y juzgamiento, tiene el carácter de delito típicamente militar *(abandono del servicio),* ***fue llevada a cabo por un patrullero de la Policía Nacional- y con ocasión de sus funciones como tal, por lo cual no resulta procedente aplicar el incremento de una tercera parte al término prescriptivo para los delitos comunes cometidos por servidores públicos.***

Por razón de lo dicho, el término de prescripción de la acción penal para el delito de abandono del servicio de que trata el artículo 107 de la Ley 522 de 1999 (hoy en día definido por el artículo 126 de la Ley 1407 de 2010), tanto en la fase de instrucción como del juicio, es, en estos casos, de cinco (5) años.” (Resaltado de la Sala)

Ejercicio retórico que por un lado se aprecia como abiertamente ajeno a las elucubradas consideraciones

que se vertieron en las decisiones que integran la línea jurisprudencial a la que se ha venido haciendo referencia en este proveído y en el que, por otra parte, ninguna acotación expresa se hizo en punto a recoger su precedente y ninguna regla jurídica se decantó con virtualidad de infirmar las edificadas en pretéritas oportunidades -desde el año 1999- a espacio y suficiencia[77], mismas construidas por la propia Corte Suprema de Justicia con vocación de permanencia y con miras a que por su tamiz se resolvieren de manera uniforme y paritaria los problemas jurídicos atinentes al fenómeno prescriptivo de la acción penal en trátandose de reatos de competencia de esta jurisdicción especializada y sometidos al conocimiento de la administración de justicia penal militar.

Pero es más, adicional a lo anterior se advierte que en la citada providencia no se evidenció, ni puso de presente, circunstancia alguna que llevare al prenombrado Alto Tribunal a apartarse de manera indubitativa y expresa de su propio precedente jurisprudencial, lo que sí hubiere resultado, de haberse llevado a cabo, acompasado con lo aquilatado en la materia por la Corte Constitucional en las

[77] Este Tribunal Castrense al hacer el estudio de las decisiones proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción foral, evidenció la existencia de una línea jurisprudencial consistente, reiterativa y pacífica, misma que señala que en virtud del principio de igualdad se ha de hacer dicho aumento para los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública con ocasión de sus funciones, de las cuales vale la pena destacar aquellas proferidas bajo los radicados 26392 del 02 de diciembre de 2008, 34153 del 30 de junio de 2010, 44829 del 07 de abril de 2015 y 50793 del 29 de noviembre de 2017, mismas en las que se hizo expresa referencia a delitos típicamente militares.

sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015[78], cuyo carácter obligatorio -que deriva, como fue precisado líneas atrás, de los efectos *erga omnes* de las mismas y de la cosa juzgada constitucional de que están revestidas- sí resultaba de irrestricta observancia.

Razones más que suficientes, como quiera que se trataría así de una sola decisión de la Corte Suprema de Justicia sobre el punto de Derecho en cuestión, para que este Colegiado arribe a la conclusión de que la misma carece de la virtualidad de constituirse por sí sola en doctrina probable o en precedente judicial en tanto no reúne los criterios cuantitativos y cualitativos para erigirla en esta o en aquella, y por las cuales esta Sala de Decisión -enfatizando el profundo respeto que le merecen todas las decisiones de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, así como el acatamiento de las mismas en los precisos términos vertidos en la presente providencia judicial- despachará desfavorablemente como fuera anunciado de agraz, la pretensión del agente del Ministerio Público impugnante, con mayor razón cuando a pesar de la similitud entre los supuestos de hecho en consideración, existen elementos de juicio o

[78] Corte Constitucional, sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB: "*Finalmente la Sentencia C-836 de 2001 consagró también la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia se aparte de su doctrina probable, (precedente horizontal) en tres supuestos: 1) cambios sociales que hagan necesario un ajuste en la jurisprudencia, 2) cuando encuentre que su jurisprudencia contradice "valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico" y 3) cuando exista un cambio relevante en el ordenamiento jurídico legal o constitucional.*"

diferencias relevantes no considerados en la providencia traída a colación por el mismo, que sí fueron sopesados por la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en las pretéritas oportunidades aquí relacionadas y que le permitieron desarrollar de manera más coherente y armónica la institución jurídica de la prescripción de la acción penal respecto de los antes citados delitos, sentando unas reglas jurídicas que indubitativamente conservan su vigencia.

Circunstancia que fuere debidamente apreciada y sustentada por el funcionario *A quo* en la providencia objeto de reproche sin que el recurrente precisare fundada y motivadamente, con afincamiento en raciocinios de hecho y de Derecho, por qué el razonamiento judicial de aquel resultaba errado o *contra ius* y por ende pasible de revocatoria, máxime que, se itera, la existencia de un solo pronunciamiento atinente a un específico punto de Derecho o institución jurídica, por manera alguna puede reputarse doctrina probable o precedente judicial al no poseer, se itera, los criterios cuantitativos y cualitativos[79] que lo troquen en

[79] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 46176 del 02 de diciembre de 2013. MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA: "*Y en el hipotético caso que así fuera, ello no es suficiente para considerar una providencia como precedente judicial, pues, como se viene diciendo por la Corte, es imperativo combinar criterios cuantitativos y cualitativos*".

Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 29877 del 1° de agosto de 2011: "*Los primeros* [los criterios cuantitativos] *dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo*

criterio hermenéutico dominante, relevante o significativo y determinen así su alcance con la suficiente transcendencia para ser aplicado en casos similares por todo administrador de justicia.

Así las cosas, bajo la égida del marco conceptual y jurisprudencial aquí precisado, resulta a todas luces acertada la decisión objeto de disenso, misma en la cual el *Iudex A quo* -partiendo del innegable hecho consistente en que el CS. ® AGON es investigado como presunto autor de conducta constitutiva del reato de ataque al inferior para el cual el legislador estableció un espectro punitivo que oscila entre uno (1) y tres (3) años de prisión y que habría tenido fáctico acontecer el 30 de septiembre del año 2013-, concluyó que el término de prescripción de la acción penal es el de siete (07) años y seis (06) meses, en tanto resultaba irrefragable que el delito investigado habría tenido material consumación bajo la vigencia de la modificación introducida por el artejo 14 de la Ley 1474 al artículo 83 del Código Penal común, lo que fuerza a concluir que si aquella aconteció el 30 de septiembre 2013, el prenombrado término se cumplirá para la misma data del mes de marzo del año 2020, ejercicio aritmético que permite avizorar el porqué del yerro en que incurrió el censor, quien en su

---

desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla. A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera…".

particular forma de ver las cosas consideró que el fenómeno extintivo en cuestión se cumplió "*el 03 de septiembre del 2018*".

Así las cosas, siendo meridiano el norte franco de la decisión a adoptar por la Sala en punto al recurso de alzada hasta aquí analizado, procederá a la disquisición que en Derecho amerita la otra impugnación impetrada al interior del presente trámite procesal.

De la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta al procesado.

Sobre el particular habrá de decirse desde ya que sería del caso que esta Colegiatura se pronunciara de fondo respecto del recurso de apelación impetrado por el abogado CASO en contra del auto del 03 de abril de 2018, por medio del cual el titular del Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar despachara desfavorablemente la previa solicitud elevada por aquel consistente en revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva que en su momento le fuere impuesta a su prohijado mediante interlocutorio del 19 de diciembre de 2017[80], de no ser porque, una vez estudiado detalladamente el escrito impugnatorio, se aprecia que el mismo soslaya los lineamientos de obligatoria observación en la materia, mismos que derivan de la obligación de

[80] Folio 300 a 308 C.C. 2.

sustentar en debida forma el recurso de alzada tal como lo impone el artículo 363 de la Ley 522 de 1999[81], amén que se erige en un intento soterrado por revivir términos y compartimentos procesales ya precluidos, tal y como pasa a detallarse.

Enseña la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[82], que quien acude al ejercicio del derecho de la doble instancia no sólo tiene la obligación de hacerlo en tiempo por virtud del principio de preclusión de los actos procesales[83], sino que además, con estricta sujeción al principio de sustentación suficiente[84], debe indicar por vía de una dialéctica argumentativa lógica, precisa,

---

[81] Ley 522 de 1999. "*ARTICULO 363. Sustentación. Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. En caso contrario no se concederá.*

Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, se entenderá sustentado con los argumentos que se presentaron para la reposición."

[82] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 79917, STP7096-2015, sentencia junio 02 de 2015, M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR en la que se dijo "*De acuerdo a lo anterior, es claro que procede la declaración de desierto, cuando el recurso de apelación no es sustentado oportunamente o se sustenta de manera deficiente, valga decir, sin argumentación suficiente para respaldar el disenso*", asimismo Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 50560, AP4870-2017, auto agosto 02 de 2017, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA en el que se consignó "*(…) la Sala ha sostenido pacíficamente que la declaratoria de desierto aplica, bien cuando el recurso es sustentado deficientemente, bien cuando la sustentación es inexistente o extemporánea (…)*".

[83] *Cfr.* Tribunal Superior Militar y Policial, auto marzo 14 de 2018, radicación No. 158700, allí se precisó el alcance de este principio con apalancamiento en decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, específicamente las sentencias de marzo 20 de 2003, radicado No. 19960 y marzo 15 de 2008, radicado No. 30107.

[84] El principio de razón suficiente, también denominado de sustentación suficiente, impone que la fundamentación para cada censura ha de bastarse a sí misma para lograr la infirmación total o parcial de la decisión. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 30822, marzo 10 de 2009, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA y auto octubre 02 de 2013, radicación No. 42311, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

coherente, sustentada y clara, con exposición de premisas fácticas y jurídicas, el yerro en el que incurrió el funcionario autor de la decisión confutada[85] y su trascendencia, esto es, qué repercusiones tuvo en la decisión recurrida y qué consecuencias desfavorables se derivaron de ella para la parte impugnante.

Así las cosas, la carga retórico-demostrativa que incumbe al apelante, misma que en la medida que se ciña al segundo de los prenombrados principios franqueará el acceso a la doble instancia, debe estar dirigida a controvertir, refutar, negar y, en definitiva, infirmar los planteamientos enarbolados por el dispensador de justicia en la decisión de la cual se disiente y, de contera, el contenido dialéctico de la misma, determinando -en el interregno- una mejor solución a la planteada por el operador judicial en tanto resulta acorde con el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, la doctrina y/o el acervo probatorio propio de la respectiva causa penal, esto al punto que en realidad el recurso apareje una disconformidad con la providencia

[85] Tal yerro puede consistir, entre otras manifestaciones, en que el administrador de justicia desatendió cierta prueba, la valoró indebidamente, la inventó o la supuso (Ver auto febrero 08 de 2016, radicado No. 158307, Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión, MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA). Asimismo, en que la providencia reprochada carece de motivación o a pesar de tenerla esta resulta a) ambivalente, b) precaria o incompleta, o c) aparente, falsa o sofística por apartarse abiertamente de la verdad probada por suposición, supresión o tergiversación de pruebas que objetivamente conducen a una conclusión jurídica diversa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado No. 26177. Sentencia septiembre 16 de 2009. MP Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA citada en auto diciembre 17 de 2015, radicado No. 158225, Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, MP. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA)).

judicial objeto de ataque y derruya la presunción de acierto y legalidad que le acompaña, imponiéndose –en consecuencia- su necesaria revocatoria y reemplazo o su anulación según el caso.

Y ello es así en tanto, como ha enfatizado e iterado esta Corporación, la doble instancia, como medio ordinario y eficaz para controvertir la legalidad o el acierto de las decisiones judiciales, debe ocuparse de revisar los problemas jurídicos propuestos por el recurrente en tanto se corresponden con la conducta punible objeto de acción penal y los que tengan una conexidad con éstos[86], además de los que oficiosamente deban ser asumidos para la protección de derechos y garantías fundamentales y la realización de los fines esenciales de la justicia material en el caso concreto, situaciones que han de ser resueltas antes de que la providencia adquiera la condición de cosa juzgada.

Conteste con un enunciado tal, este Tribunal Castrense ha trazado una línea de pensamiento pacífica y uniforme[87] en punto a que la teleología de

---

[86] No de otra forma se entiende la excepción a la limitación funcional del superior en sede de apelación, que a guisa de regla general lo constriñe a "*revisar únicamente los aspectos impugnados*" como preceptúa el artejo 538 de la Ley 522 de 1999 aplicable en lo ritual a los procesos penales que cursan actualmente en esta jurisdicción.

[87] Autos junio 05 de 2015, radicado No. 158191; marzo 06 de 2017, radicado No. 158457; y octubre 11 de 2018, M.P. CN JULIAN ORDUZ PERALTA, en el mismo sentido radicados Nos. 158252 y 158264 del 05 de febrero y 30 de marzo de 2016; autos del 03 de mayo y 12 de octubre de 2016, radicados Nos. 158392 y 158561, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ; autos del 16 de marzo y 13 de octubre de 2016, radicados Nos. 158389 y 158468, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; auto marzo 28 de 2016, radicado No. 158251, MP CR

la norma penal militar que demanda la sustentación del recurso interpuesto[88], exige -independientemente de la mayor o menor formación jurídica- que quien ejerza los derechos de impugnación y a la doble instancia por tener legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*, no sólo lo haga en tiempo, sino que además precise por vía de una dialéctica argumentativa lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, con exposición de premisas fácticas y jurídicas, el yerro cometido por el dispensador de justicia[89] y que troca la determinación confutada en pasible de infirmación, determinando –coetáneamente- una mejor solución a la planteada por éste en tanto acorde con el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, la doctrina y/o el acervo probatorio propio de la respectiva causa penal, esto al punto que en realidad de verdad el recurso apareje una disconformidad con la providencia judicial objeto de impugnación e infirme la antes citada presunción de acierto y legalidad.

Presupuesto y cometido que no se cumplen, imponiéndose la declaratoria de desierto el recurso de apelación como también ha decantado este Tribunal de manera uniforme y pacífica[90], cuando el reproche

---

(RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS; auto enero 26 de 2016, radicado No. 158325, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; auto febrero 08 de 2016, radicado No. 158307, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA

[88] *Vid*. Nota 77.

[89] *Vid*. Nota 81.

[90] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia julio 27 de 2006, radicación No. 22329; auto abril 11 de 2007, radicación No. 23667; auto julio 24 de 2013, radicación No. 39807; auto noviembre 26 de

ínsito a la misma: *i)* se circunscribe a disentir de la motivación que condujo a adoptar la decisión pero definitivamente se comparte esta última; *ii)* no comporta, más allá de un disenso genérico y subjetivo, razones de hecho o de derecho que conduzcan a esta instancia a la constatación de la necesidad de enmendar lo dispuesto por la providencia apelada, ello al punto que se deba romper la doble presunción que cobija a la decisión de primer grado recurrida; *iii)* contiene argumentos dilógicos, anfibológicos, genéricos, vagos o imprecisos; *iv)* recurre a argumentos que desbordan el marco dialéctico de la providencia recurrida, es decir, sus fundamentos de hecho y de derecho; *v)* no va más allá de constituir una extensión de los alegatos que el demandante planteó ante la primera instancia y que fueren resueltos en legal forma pero en sentido adverso a sus pretensiones, sin que se penetre en la demostración del porqué el funcionario judicial cometió un yerro *in iudicando* o de juicio[91], al resolver aquellas como lo hizo; o *vi)* incumple la carga argumentativa que incumbe al discrepante por cuanto no se demuestra que de no haber ocurrido las

---

2014, radicación NO. 45018, AP7234-2014; y auto agosto 02 de 2017, radicación No. 50560, AP4870-2017, entre otras.
En el mismo sentido TSM, auto agosto 28 de 2015, radicado No. 158257, MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; auto marzo 06 de 2017, radicado No. 158457, MP. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA; auto abril 19 de 2018, radicado No. 158774, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, entre otros.

[91] Este yerro bien puede darse, entre otras circunstancias, porque el juez pretermitió la valoración de una o varias pruebas, las valoró erróneamente, omitió decidir aspectos propios de la controversia, desatendió la norma jurídica aplicable al caso concreto o, si bien la tuvo en cuenta, la aplicó indebidamente. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, radicado No. 46672, SP17091-2015, diciembre 10 de 2015, MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

falencias valorativas que se acusan, otro habría sido -o podido ser- el sentido de lo sustancialmente decidido.

Palmario acaece así, que la labor de la segunda instancia, la cual adquiere competencia para pronunciarse sobre la decisión censurada y halla su derrotero a partir de los sustentados argumentos que ha de presentar el disidente y en tanto los mismos hallen plena correspondencia con el asunto debatido en la primera instancia y los argumentos que allí se enarbolaron[92], resulta imposible de acometer, inoperante si se quiere, si unos argumentos tales no concurren; existen pero comportan una crítica genérica o subjetiva de la decisión sin señalamiento de los yerros –*in iudicando* o *in procedendo*– que la hacen pasible de revocatoria, reemplazo o anulación, según el caso; o, sencillamente, sin esfuerzo adicional alguno y sin edificar en Derecho una antítesis de la tesis vertida por el funcionario judicial en la decisión objeto de confutación[93], se reproducen los enarbolados en primera instancia y respecto de los cuales ya hubo el pertinente pronunciamiento judicial, pues resulta irrebatible que en estos eventos no hay un verdadero reproche a los fundamentos fácticos y jurídicos en que se cimentó la decisión de la cual se disiente, tendiente

---

[92] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 04 de 2015, radicación No. 39417. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

[93] *Cfr.* auto marzo 16 de 2016, radicado No. 158389, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

a infirmar los mismos en procura de evidenciar su desacierto y la necesidad de anularla o de reemplazar la que en Derecho corresponda, resultando, por ende, más que procedente recordar que la jurisprudencia con razón ha sostenido que sustentar indebidamente, es como no hacerlo, y ello conduce inexorablemente a declarar desierto el recurso[94].

Uniforme posición que, como se aquilatare en recientes pronunciamientos de la Sala[95] y en el presente, se aviene con lo que en la materia preceptúan los artejos 363[96] del Código Penal Militar de 1999 llamado a regir los cauces rituales de la presente pesquisa penal y 322, inciso 5°, del Código General del Proceso[97], cánones que convergen en punto a la exigencia de la sustentación del recurso como presupuesto para su acometimiento y en relación con su declaratoria de desierto bien al incumplirse tal

---

[94] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia julio 27 de 2006, radicado No. 22.329.
[95] Tribunal Superior Militar y Policial, Tercera Sala de Decisión radicados No. 158742, auto mayo 30 de 2018 y 158959, auto octubre de 2018, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.
[96] *Vid*. Notas 77 y 84.
[97] Ley 1564 de 2012. "*Artículo 322. Oportunidad y requisitos. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas: 1…2…3. En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición.*

(….)

Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado."

exigencia, ora al desacatarse –por razón de las situaciones enlistadas *ut supra*- la carga argumentativa que incumbe al discrepante o recurrente, ello en los términos que sobre la eventual y residual aplicación del segundo de estos códices al rito penal militar por vía de integración normativa, ya ha precisado este órgano colegiado[98].

Inconcuso resulta en consecuencia, bajo la égida de un espectro conceptual, jurisprudencial y legal como el decantado en los párrafos inmediatamente precedentes, el aseverar que no resulta admisible, ni suficiente, para acometer la resolución del recurso de alzada, el que en el evento *sub judice* el respetado apelante haya dedicado esta oportunidad procesal a consignar supinamente en su escrito impugnatorio una serie de glosas que abierta y unívocamente son una extensión de aquellas alegaciones que utilizare en su inicial petición de revocatoria de la medida de aseguramiento impetrada en el juzgado instructor, misma que fuere resuelta el 03 de abril de 2018 aunque en forma adversa a su aspiración, lo que motivó el recurso de alzada, y que, por otra parte, desatienden la carga retórico demostrativa a que se ha hecho previa alusión a espacio y suficiencia en la medida que no comportan

[98] *Cfr.* auto mayo 25 de 2018, radicación No. 158240, en el que se acrisoló: "*Aseveraciones que imponen recordar que el artículo 82 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, que eventualmente tiene aplicabilidad en el rito penal militar en la medida que regule materias que no se hallen expresamente reguladas en el códex penal castrense o en otros códices de similar índole y no se opongan a la naturaleza de aquel...*".

crítica asertiva alguna, soportada en el método dialéctico[99], de las premisas conclusivas vertidas en la providencia recurrida, ni determinan por qué estas resultan erradas o *contra legem* y se torna imperiosa la revocación de la decisión que las contiene.

Desacierto que por sí sólo tiene suficiente entidad para declarar desierto el recurso incoado en tanto, como enseña el órgano de cierre de esta jurisdicción foral, la impugnación no es el escenario para rehabilitar argumentos anteriores o sustentar de mejor manera la solicitud primigenia, como quiera que de aceptarse ello se desnaturalizaría la esencia del recurso y se sorprendería al administrador de justicia autor de la decisión recurrida con argumentos ajenos a lo por él analizado y discernido para denegar lo pedido o para haber resuelto en el sentido que no comparte el opugnante[100], amén que -añade la Sala- torna inane el recurso así impetrado, pues en la medida que sólo se reitere lo aducido inicialmente, sin demostrar, retóricamente hablando, el yerro judicial que hace que la decisión atacada sea pasible –se insiste- de revocatoria, reemplazo o nulidad, por manera alguna se habilita la intervención de la segunda instancia en tanto ha de entenderse que los motivos y las premisas conclusivas

[99] El método dialéctico se puede describir como el arte del diálogo. Un debate en el que se investiga la verdad mediante el examen crítico de las percepciones y teorías, mediante el intercambio de proposiciones (tesis) y contra-proposiciones (antítesis), resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final (conclusión).

[100] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, No. 32537. MP Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. Septiembre 09 de 2009 y radicado No. 40357 del 12 de diciembre de 2012, MP. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

que sirvieron de piedra basal a aquella determinación se mantienen incólumes y, por ende, la impugnación carece de objeto.

Pero como si lo anterior no fuera suficiente para el no acometimiento de la pretensión recursal y la consecuencial declaratoria de desierto, refulge meridiano que lo argüido en el libelo impugnatorio signado por el abogado CASO, al igual que en el primer escrito que radicare este togado en el juzgado instructor[101], no sólo resulta abiertamente ajeno al trámite recursal, sino que además se erige en un intento soterrado por atacar, de manera por demás extemporánea, los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que cimentaron el auto adiado 19 de diciembre de 2017 a través del cual el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar resolviere provisionalmente la situación jurídica del CS. (R) AGON, cobijándolo con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin que una conclusión tal quede desvirtuada por el hecho evidenciado en el presente trámite consistente en que al prenombrado se le haya conferido el beneficio de libertad provisional.

Inferencia a la que perentoriamente arriba esta Corporación con sustentáculo en la naturaleza de la referida pretensión y en las postulaciones utilizadas al efecto, mismas que acusan la decisión definitoria de situación jurídica del acriminado de no valorar

[101] Folios 348 al 355 C.C. 2.

debidamente la prueba testimonial recaudada, ni el dictamen médico legal practicado y de no haberse ceñido a los requisitos legales que avalan la imposición de medida restrictiva de la libertad, estrategia del pluricitado abogado defensor que a todas luces se emplea como medio para subsanar la omisión en el ejercicio del derecho a la doble instancia –la que no se ejerció en tiempo como dan cuenta las fojas-, olvidando en el interregno, como ya acrisolare esta Corporación[102], que el artículo 538 de la Ley 522 de 1999[103] permite sustituir o revocar una medida de aseguramiento sólo en aquellos eventos en que la prueba arrimada con posterioridad a su imposición desvirtúe las exigencias para mantenerla, en otras palabras, cuando las probanzas así aupadas desvanezcan el indicio grave o inferencia razonable de responsabilidad penal, no de autoría, que sirvió de fundamento para imponer en su momento la medida correspondiente; operancia de dicho instituto que se extiende a cuando de los nuevos elementos de juicio se logre inferir la ausencia o carencia de eficacia para lograr los objetivos o fines constitucionales que aconsejan la imposición de la medida en al interior de una determinada causa penal.

---

[102] Auto diciembre 19 de 2016, radicado No. 158384.
[103] *"ARTÍCULO 538. SUSTITUCIÓN O REVOCACIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Cuando la nueva prueba aportada al proceso imponga la necesidad de variar o sustituir la clase de medida de aseguramiento que se haya proferido, así procederá el juez de oficio o a solicitud de cualquiera de los sujetos procesales.*

Se revocará la medida de aseguramiento si las pruebas que sobrevengan desvirtúan las exigencias para mantenerla."

Proceder de la defensa técnica del CS. (R) AGON -por demás irregular en tanto la decisión sobre la cual en últimas centra su reproche cobró ejecutoria desde el 03 de enero del 2018- que impone recordar lo que sobre un tópico tal ha aquilatado la Corte Constitucional[104], ello al amparo las siguientes premisas consideratívas:

> "*Tanto la revocatoria, entendida como el acto jurídico que deja sin efecto otro acto por decisión judicial, como la sustitución o cambio de la medida de aseguramiento por otra, constituyen instrumentos jurídico procesales destinados a preservar y garantizar el derecho a la libertad individual consagrada expresamente en el artículo 28 Superior, toda vez que llevan implícita la posibilidad de restablecer o recobrar la libertad que ha sido restringida legítimamente dentro del curso del proceso penal,* ***una vez sea aportado ante el juez de garantías el soporte fáctico que desvirtúe los requisitos legales que dieron lugar a la imposición de la medida de aseguramiento.***" (Destacado de la Sala)

Pronunciamiento en el que dicho órgano plural agregó, refiriéndose a caso rituado por la Ley 906 de 2004 pero con razonamientos *mutatis mutandi* aplicables al evento *sub judice*:

> "*Ha de observarse por la Corte que por expresa exigencia del artículo 318 de la Ley 906 de 2004* ***la solicitud de revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento que se formule*** *ante el juez de control de garantías* ***deberá hacerse "presentando***

[104] Corte Constitucional, sentencia C-456/06, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

> ***los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308".*** *Ello significa, como de ese texto se desprende que el solicitante tiene una carga procesal en cuanto ha de aportar elementos probatorios nuevos o información obtenida legalmente que no hubieren sido tenidos en cuenta con anterioridad cuando se decretó la medida de aseguramiento o la sustitución de la misma, pues sólo en esa hipótesis será posible al juzgador realizar una inferencia razonable para decidir si desaparecieron o no los elementos que estructuraron los requisitos que para el decreto de la medida de aseguramiento fueron tenidos en cuenta cuando ella se decretó y decidir, en consecuencia, lo que fuere pertinente."* (Negrillas ajenas al texto original)

A lo hasta aquí dicho habrá de sumarse, como fuere previamente advertido, que prístina resulta la estrategia del aludido defensor en procura de revivir etapas procesales superadas en tanto ejecutoriada sin impugnación alguna la decisión judicial que ahora pretende se revoque, lo que evidencia su pretensión de desconocer que el proceso penal consta de unas etapas consecutivas, delimitadas por un *dies a quo* y un *dies ad quem*[105], dentro de las cuales han de llevarse a cabo determinados actos procesales -bien de jurisdicción, ora de parte-, de modo que, una vez concluida cada una de ellas y elucidado el tema jurídico -sustancial o procesal- allí ventilado, la actividad de los sujetos procesales y del mismo administrador de justicia se agota, sin que sea

[105] Las expresiones latinas "*dies a quo*" y "*dies ad quem*" se refieren, respectivamente, al día inicial y al final en el cómputo de los plazos y términos.

plausible luego realizar tales actos porque, de hacerlo, carecerían de eficacia[106].

Conceptualización que se aglutina en el denominado el principio de preclusión de los actos procesales, mismo sobre el cual el órgano colegiado cancerbero de la indemnidad de la carta Política ha señalado:

> "…*el señalamiento de términos judiciales con un alcance perentorio, no sólo preserva el principio de preclusión o eventualidad sino que, también, permite, en relación con las partes, asegurar la vigencia de los principios constitucionales de igualdad procesal y seguridad jurídica, ya que al imponerles a éstos la obligación de realizar los actos procesales en un determinado momento, so pena de que precluya su oportunidad, a más de garantizar una debida contradicción, a su vez, permite otorgar certeza sobre el momento en que se consolidará una situación jurídica*.[107]".

Apotegma sobre el cual, con el mismo derrotero jurídico procesal, este Tribunal foral ha tenido la oportunidad de decantar:

> *"El togado se equivoca al pretender controvertir la providencia que resolvió la situación jurídica provisional del suboficial procesado a través del mecanismo consagrado en el artículo 538 del Código Penal Militar de 1999, puesto que el momento procesal idóneo para debatir la aptitud o capacidad*

---

[106] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, junio 17 de 2015, 2016AP3401-2015, radicado N° 45974, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ y auto mayo 17 de 2016, AP2702-2016, radicación N° 43263, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, entre otros.
[107] Corte Constitucional, sentencia T-213 del 28 de febrero de 2008, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA.

de los argumentos que sirvieron de fundamento para la imposición de la medida de aseguramiento debió darse durante el término de ejecutoria del interlocutorio proferido el 05 de julio de 2016, no con posterioridad al momento en que éste cobrara firmeza. Ello en virtud del principio de preclusión de los actos procesales o eventualidad, el cual consiste en la clausura de las actividades que pueden llevarse a cabo dentro de cada etapa del proceso.

Admitir que los sujetos procesales puedan rebatir en cualquier momento, bajo idénticos presupuestos fácticos y jurídicos a los que fueron enarbolados en un primer momento de ejercicio recursal, una decisión que ha cobrado ejecutoria vulneraría los principios constitucionales de igualdad procesal y seguridad jurídica. La ley al imponerles a éstos la obligación de realizar los actos procesales en un determinado momento, so pena de que precluya su oportunidad, a más de garantizar una debida contradicción, a su vez, permite otorgar certeza sobre el momento en que se consolida una situación jurídica[108]*.*"[109]

Inconcuso resulta, en consecuencia, que un recurso de apelación incoado con las falencias reseñadas como propias de aquel cuyo análisis concita en esta oportunidad la atención de esta Corporación, en desdoro de los lineamientos legales, doctrinales y jurisprudenciales reseñados con absoluta precisión y suficiencia en la presente providencia, resulta inane al interior de la actuación y contrario a los principios que rigen cualquier impugnación, por lo cual resulta inviable acometer su estudio, en tanto, categórico se aprecia que los argumentos enarbolados

---

[108] *Idem*.
[109] Tribunal Superior Militar, radicado 158562 del 20 de octubre de 2016, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ. En similar sentido radicado No. 158481 del 12 de julio de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ.

por el defensor del multicitado procesado, quien goza de la calidad de abogado con conocimiento de los asuntos penales sustantivos y adjetivos propios de una causa como la que se ventila en las fojas, distan mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el juez primario, razón por la cual esta Sala de Decisión se inhibirá de conocer el recurso apelado para en su lugar declararlo desierto como se plasmará en la *resolutio* del presente proveído.

Sin más consideraciones y en mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

X. R E S U E L V E

PRIMERO: DESATENDER los argumentos del recurrente, Procurador 216 Judicial I Penal de Sogamoso, y, en consecuencia, confirmar la decisión a través de la cual el Juez 78 de Instrucción Penal Militar denegó decretar la prescripción de la acción penal dentro de la actuación que se adelanta en disfavor del CS. ® AGON por la presunta comisión del reato de ataque al inferior, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación impetrado por el abogado CASO, defensor contractual

del CS. (R) AGON, en contra del auto del 03 de abril de 2018 por medio del cual el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar denegó la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva que le fuere impuesta al aludido uniformado dentro del proceso adelantado por el reato de ataque al inferior, ello de conformidad con lo expuesto en el *corpus* del presente auto.

TERCERO: En firme la presente decisión judicial de conformidad con la normatividad penal aplicable al rito procesal penal militar[110], vuelva la actuación al juzgado de origen, para lo de su competencia, una vez surtido el trámite que legal y jurisprudencialmente compete a la Secretaría común de la Corporación.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado Ponente

---

[110] Ley 600 de 2000. Artículo 187. "*Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	158989
Procedencia:	Juzgado de Primera Instancia Fuerza Naval del Caribe
Procesado:	CSCIM. EAST
Delito:	Abandono de comandos especiales
Motivo:	Apelación auto que decretó prescripción de la acción penal y cesó procedimiento
Decisión:	Revoca decisión

Bogotá D.C., cinco (05) de abril de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO POR RESOLVER

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe de la Armada Nacional[1], contra la providencia del 1° de agosto de 2018[2], proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe con sede en Cartagena de Indias D.T. y C. –Bolívar-, por medio de la cual declaró la prescripción de la acción penal y por

[1] Ver folio 1218 y ss., del C.O. 7.
[2] Ver folio 1169 y ss., *ídem*.

contera el cese de procedimiento dentro del proceso que se impulsó contra el CSCIM. EAST por el delito de abandono de comandos especiales.

II. HECHOS

Fueron precisados en la pieza acusatoria, así:

> *"Teniendo como base el material probatorio existente dentro de la presente investigación, se tiene que por medio de la Orden Fragmentaria No. 203 CBAFIM-3/11 de fecha 21 de junio de 2012 del Comando Batallón de Fusileros No. 3, se dispuso que el señor Cabo Segundo de Infantería de Marina EAST tomara el mando de la Unidad con indicativo "LEGITIMO 31", a efectos de realizar operaciones de control territorial, con el propósito de proteger permanentemente la población civil, sus bienes y los recursos del Estado, utilizando métodos de Registro y Control de área urbana y rural, -entre otros-; haciéndose especial énfasis en el municipio de Córdova* (sic) *(Bolívar) o en cualquier otro lugar de la jurisdicción asignada al BAFIM-3, con el fin de ubicar, capturar, desmovilizar o "en caso de resistencia y en legítima defensa dar muerte en combate" a los miembros de las milicias C.A.I. que delinquen en la jurisdicción del BAFIM 3, al igual que incautar material de guerra intendencia, documentación de importancia y logística de esas organizaciones, haciendo especial énfasis en el municipio de CORBOBA (BOLIVAR). Es así como dentro de las "Restricciones" de la mencionada orden fragmentaria, se encuentra la de: "No*

franquicias", impartiéndose otras instrucciones de coordinación para el cumplimiento de la "Misión" asignada.

Posteriormente fue enviado el procesado a comandar la Unidad "LEGÍTIMO 40 VITOLA" unidad cuya orden fragmentaria es la N° 151, en remplazo del C3CIM WGJ que salía de inicio de vacaciones, al mando de los 15 Infantes de Marina Regulares relacionados en el Parte Diario de la Compañía CHARLYE del BAFIM-3, llegando a dicha unidad el día 28 de junio de 2012, debiendo hacer especial énfasis en la "FINCA LA VITOLA" corregimiento de JESUS DEL RIO en el municipio DEL CARMEN DE BOLÍVAR (BOLÍVAR).

Es así de acuerdo a lo plasmado en el informe de fecha 30 de junio de 2012 suscrito por el señor STCIM JRG, se tiene que mientras la referida patrulla se encontraba ubicada en el caserío "La Vitola" del corregimiento Zambrano (Bolívar) en actividades de registro y control militar de área urbana y rural del municipio de Córdoba (Bolívar), el CSCIM EAST no contestó a las llamadas radiales ni telefónicas, razón por la cual tanto el citado oficial como el señor SPCIM CPH comandante de la compañía CHARLY del BIM13 y a su vez comandante del puesto militar de Zambrano (Bolívar), procedieron a buscarlos personalmente, digiriéndose al lugar donde se encontraba apostada la unidad militar y móvil y con la novedad de que no se hallaba el citado suboficial con el personal de la patrulla, siendo posteriormente sorprendido el CSCIM EAST por fuera del área asignada para tales fines, es decir en el municipio de Tenerife

(Magdalena), quien estaba separado de sus funciones, deberes y responsabilidades propias como comandante de la patrulla "LEGITIMO 40" desde el día 29 de junio de 2012 y sorprendiéndosele en estado de embriaguez; persona que huyera una vez se percata de la presencia de los señores STCIM JRG y SPCIM CPH, quienes debieron ingresar a una casa cerca del muelle para sacarlo de debajo de una cama donde se estaba escondiendo."[3].

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

3.1 Por los hechos que vienen de referirse el Juzgado 104 de Instrucción Penal Militar el 02 de noviembre de 2012[4], abrió formal investigación contra el CSCIM. EAST por el delito de abandono de comandos especiales, a quien vinculó mediante indagatoria, el 21 de diciembre posterior[5], y resolvió su situación jurídica provisional el 26 del mismo mes y año[6] con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por el anotado injusto penal, la que se hizo efectiva el 14 de enero de 2013[7] en las instalaciones del Batallón de Fusileros de Infantería de Marina N° 2[8] y se extendió hasta el 14 de mayo del mismo año[9], cuando se le concedió el beneficio de la libertad provisional.

3.2 Perfeccionada la instrucción, la Fiscalía Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la

[3] Folios 1023 a 1025 del C.O. 6.
[4] Folios 22 a 24 del C.O. 1.
[5] Folios 75 a 79 del C.O. 1.
[6] Folios 82 a 93 del C.O. 1.
[7] Folios 100 a 102 del C.O. 1.
[8] Folio 103 del C.O. 1.
[9] Folios 209 a 210 del C.O. 2.

Fuerza Naval del Caribe el 31 de agosto de 2017[10], cerró la etapa de investigación y el 23 de febrero de 2018[11] calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra del CSCIM. ERWIN EAST por el punible de abandono de comandos especiales.

3.3 Ejecutoriada la pieza acusatoria, el proceso pasó al Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe, el que el 09 de julio de 2018[12] realizó el control de legalidad, declaró la iniciación del juicio y corrió traslado para las solicitudes probatorias, en cuyo trámite de notificación la defensa solicitó decretar la prescripción de la acción penal, petición que el despacho judicial resolvió el 1° de agosto de 2018[13], en forma positiva; contra esta determinación la Fiscalía Penal Militar atrás referida, inconforme, presentó recurso de apelación[14] que hoy ocupa la vista de este Juez Plural.

Cabe destacar que discurrido el término de que trata el artículo 581 de la Ley 522 de 1999, la abogada de la defensa presentó memorial[15] solicitando mantener incólume la decisión apelada.

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

Para acoger el pedido de la defensa y decretar el cese de procedimiento por el advenimiento del fenómeno prescriptivo, el juzgado de instancia, luego de

[10] Folio 949 del C.O. 5.
[11] Folios 1023 a 1056 del C.O. 6.
[12] Folio 1132 del C.O. 6.
[13] Folios 1169 a 1185 del C.O. 6.
[14] Folio 1218 y ss., del C.O. 7.
[15] Ver folio 1258 a 1261 *ídem*.

precisar que los hechos tuvieron ocurrencia el 30 de junio de 2012 y de referir el marco jurídico que gobierna la resolución de este asunto, expresó que apartándose, como en Derecho corresponde, de las decisiones que sobre la materia han vertido la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar y Policial, su interpretación judicial es que frente a las conductas típicamente militares no opera el incremento previsto en el parágrafo del artículo 83 de la Ley 522 de 1999.

En efecto, dijo: "*(…) el Despacho quiere presentar y sin ir en contravía de las decisiones de las altas Corporaciones Judiciales, en especial las arriba citadas, que al parecer ese principio de igualdad con el que se toma la decisión de cobijar al miembro de la Fuerza Pública con parámetros prescriptivos como el que se viene haciendo mención, al parecer podrían tratarse con una visión diferente tal como lo que deja entrever la misma Corte Constitucional, cuando ha tocado el tema de ese principio constitucional, como es el de la igualdad, más enfáticamente en temas donde se encuentran comprometidas normas de la justicia penal militar y que chocan con las de la justicia penal ordinaria (…)*"[16].

Así, en punto del desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional le ha dado al principio derecho a la igualdad, refirió a la sentencia C-445 del 26 de agosto de 1998, cuyos apartes transliteró y analizó, así: "*En la sentencia antes mencionada y también siguiendo las orientaciones del mentado principio constitucional, se ocupa de tratar lo relativo a la suspensión de la condena*

[16] Folio 1177 del C.O. 6.

de ejecución condicional, cuando se pretende buscar la inexequibilidad del Artículo 62 vigente para ese entonces, en cuanto a la prohibición que viene existiendo para algunos delitos de naturaleza estrictamente militares en otorgársele el beneficio de la condena de ejecución condicional y que no guardaba consonancia con las posibilidades existente en la Justicia Ordinaria, pero la Corte, contrario a lo que expresó con la imposición de la pena del peculado por apropiación, acá viene a respetar lo que el Legislador quiso restringir al ser más contundente con la posibilidad que ciertos delitos militares no tuviese ese beneficio(…)"[17].

Aclaró que el vacío legal, en punto del término prescriptivo, del que se hizo mención en la anotada decisión de la Corte, fue superado con la expedición de las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, "*(…) por lo tanto se decantó y como reserva legislativa se consideró que solo debía existir aumento para los delitos comunes, es decir, los estrictamente militares seguían la suerte de la disposición general establecida en la propia normatividad penal militar, como es un mínimo de cinco años, considerándose que de la misma forma ese legislador tuvo a bien estructurar una serie de delitos que sólo debían ser cometidos por el miembro de la fuerza pública, así también le puso topes al tiempo máximo, para que los jueces militares actuaran frente a este tipo de investigaciones, entre otras, que la gran mayoría no alcanza sus penas máximas a cinco años, pero que por ningún motivo la prescripción podría ser inferior a ese término."*[18].

[17] Ver folio 1179 y 1180 *ídem*.
[18] Folio 1180 del C.O. 6.

Expresó que al no haber sido declarado inexequible el artículo 76 de la Ley 522 de 1999, la disposición se encontraba vigente y ella es taxativa en regular el termino de prescripción de cinco (5) años para los delitos no comunes cometidos por los miembros de la Fuerza Pública; hipótesis que se adecúa al caso presente y por cuya vía declaró la prescripción de la acción penal en el asunto que se ventila contra el CSCIM. EAST por el delito de abandono de comandos especiales.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La Fiscal Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe, apoyada en decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior Militar, aseguró que *"(…) el término de prescripción de la acción penal que debe aplicarse en el caso sub judice es el de seis (6) años y ocho (8) meses contados a partir de la ocurrencia del hecho, la cual se interrumpe con la ejecutoria de la Resolución de Acusación e inicia a contar por tiempo igual a la mitad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 83 del Código Penal Ordinario – Ley 599/00-, aumentándose una tercera parte, por ser el Agente un Servidor Público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos; tal como lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar en las diferentes providencias ya referidas por esta Fiscalía Penal Militar, desde que se avocara el conocimiento de la presente investigación y que constituye claramente "Precedente Judicial"."*[19].

[19] Folio 1222 del C.O. 7.

Refirió que ha sido el Tribunal Superior Militar y Policial el que, en distintos pronunciamientos como el del radicado 157978 del 22 de agosto de 2016 con ponencia del MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME y 158428 del 7 de junio del mismo año con ponencia del TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, ha precisado el término prescriptivo frente a los delitos típicamente militares.

Con ese soporte, insistió "*(…) se debe aplicar el aumento de una tercera parte del término de prescripción de la Acción Penal* (sic) *en el caso que nos ocupa seguido contra el señor CSCIM EAST, lo que se traduce en seis (6) años y ocho (8) meses, como lo advierte el artículo 83 de la ley 599 de 2000, norma a la que se acude por "Principio de Integración" contemplado en el artículo 14 de la ley 1407/10."*[20].

VI. ARGUMENTOS DE LA NO RECURRENTE

La abogada de la defensa pidió confirmar el auto apelado, porque en su parecer sí ocurrió la prescripción de la acción penal al considerar que "*(…) el delito que se investiga tiene una penalidad de 1 a 3 años, lo que significa que la resolución de acusación tomada en cuenta por la FISCALÍA PENAL MILITAR* (sic) *y el PROCURADOR JUDICIAL* (sic), *pidiendo revocatoria del fallo pronunciado por el AQUO* (sic), *es netamente carente de toda lógica y de toda interpretación jurídica, puesto que, la resolución acusatoria se produjo el 23 de febrero de 2018 esto es decir (sic) 7 años después de estar prescripto* (sic)*la acción la acción* (sic) *de prescripción*

[20] Folio 1226 del C.O. 7.

debe ajustarse al tiempo cronológico que establece la ley, y si la pena para este delito que se investiga es de 1 a 3 años, ese hecho delictuoso es inmerso en el fenómeno prescriptivo de la acción penal."[21].

VII. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 05 Judicial II Penal pidió atender el pedido de la recurrente y en consecuencia revocar la providencia apelada, como quiera que ésta no se encuentra ajustada a Derecho, ya que el término extintivo no es de cinco años como se planteó en el auto protestado sino de seis años y ocho meses por tratarse de un servidor público al que se le debe aplicar el incremento de una tercera parte, aun cuando se trate de delitos típicamente militares; afirmación que soportó en plurales decisiones vertidas por la Corte Suprema de Justicia (20719 del 22 de mayo de 2003, 28830 del 5 de diciembre de 2007, 26392 del 2 de diciembre de 2008, 32201 del 21 de abril de 2010, 34153 del 30 de junio de 2010 y 44829 del 7 de abril de 2015) y del Tribunal Superior Militar y Policial, radicado 158393 del 28 de julio de 2016.

VIII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Penal Militar, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que

[21] Folio 1258 del C.O. 7.

en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año[22], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Penal Militar de 2010, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

IX. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La discrepancia de la Fiscal Penal Militar con el proveído apelado, se sustenta en el hecho de que en su parecer en el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la acción penal, por cuanto frente a los delitos típicamente militares, contrario

[22] Autos según radicado 36412 de mayo de 2011; radicado 36737 del 22 de junio 22 de 2011, radicado 37797 del 08 de noviembre de 2011 y radicado 38401 del 07 de marzo de 2012, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

a lo argumentado por el *A quo*, sí corresponde hacerse el incremento de la tercera parte de que trata el canon 83 de la Ley 599 de 2000, aplicable por integración, expresó, conforme el artículo 14 de la Ley 1407 de 2010.

La resolución del presente asunto pareciera, *prima facie*, no revestir mayor esfuerzo argumentativo sino fuera porque la providencia objeto de ataque se originó dentro del ejercicio de una función judicial válida, que conlleva inexorablemente a hacer algunas precisiones.

9.1 Comencemos por destacar que, para declarar la prescripción del presente asunto, el funcionario judicial precisó, en un ejercicio argumentativo respetable que, frente a los delitos típicamente militares como es el caso que nos ocupa, no operaba el incremento del término prescriptivo establecido en la ley penal ordinaria, apartándose para ello de las plurales decisiones que sobre la temática se han originado en la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar y Policial.

En efecto, para el *A quo*, fue a raíz de una decisión de la Corte Suprema de Justicia vertida en el radicado 9997 del 20 de abril de 1999, con ponencia del DR. DÍDIMO PAEZ VELANDIA, que hizo carrera en forma desacertada la tesis judicial según la cual, indistintamente de que se tratara de un delito militar, militarizado o común, éstos debían seguir, en punto del tratamiento prescriptivo, la misma

regulación contenida en el Código Penal ordinario, así lo expresó:

> *"A raíz de ese pronunciamiento fue tomando carrera hasta la presente fecha, la tesis en la misma Corte Suprema de Justicia como en el Tribunal Superior Militar, que efectivamente se debe hacer el llamado, indistintamente que el delito sea de los que se conocen como eminentemente militares, militarizados o comunes y que corresponda investigarse en el seno de la jurisdicción agorada, éstos deben seguir la suerte del aumento del lapso de la prescripción de la acción penal, tal como está consagrado en la legislación penal ordinaria (…)"*[23].

Sin embargo, agregó, se trató de una comprensión equivocada de la anotada jurisprudencia como quiera que en esa oportunidad sí se homologó el tratamiento del término prescriptivo que debía dársele a los servidores públicos aforados de esta jurisdicción especial con el que recibían los servidores públicos cobijados por el código ordinario de las penas, por virtud de un vacío legislativo que se presentaba en la codificación castrense que conllevaba a un tratamiento inaceptablemente desigual sobre la anotada materia.

No obstante, subrayó, al haberse superado el vacío legal a partir de la expedición de la Ley 522 de 1999[24], la jurisprudencia debió transformarse, pues a

[23] Folio 1177 del C.O. 6.
[24] Artículo 83. Parágrafo. Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos.

través de dicha codificación el legislador no sólo equiparó, por virtud del principio de igualdad, el tratamiento prescriptivo que debía observarse frente a la comisión de delitos comunes cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, con el que debía atenderse cuando el mismo delito común fuera cometido por el resto de servidores públicos, sino que además expresamente distinguió que tal tratamiento sólo operaba frente a esos delitos y no los llamados militares o militarizados que podían cometer los miembros aforados.

La Sala entiende que para el juez a partir de la regulación que sucedió a la contenida en el Decreto 2550 de 1988, esto es, la Ley 522 de 1999, se debió hacer un cambio jurisprudencial en el que se fijaran nuevos principios o doctrinas jurídicas en punto del término prescriptivo que se debía atender cuando se estuviera frente a delitos comunes cometidos por los miembros de la Fuerza Pública y los que acometieran el resto de servidores públicos, por virtud del principio de igualdad.

9.2 Pues bien, sobre esa base de confrontación es menester empezar por recordar que, si bien los jueces de la República gozan de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y en las decisiones sólo están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley, dicha actividad encuentra un primer límite en el respeto por el principio de igualdad que es en sí mismo un propósito constitucional de la función judicial, el cual entraña dos garantías, por un lado,

el que tiene el ciudadano frente a la norma, y por el otro, el que debe recibir éste de parte de las autoridades de la República.

9.2.1 Sobre éste último elemento integrador de la garantía constitucional anotada, es imperioso evocar que innegablemente, como lo ha reconocido la doctrina constitucional, los jueces de la República en sus providencias desarrollan una labor creadora del Derecho a través de la interpretación e integración del ordenamiento jurídico, que va más allá de la tradicional concepción de subsunción de los hechos con la norma y que se concreta en la abstracción de las disposiciones particulares aterrizadas a un caso concreto para asignarle de esa manera al texto legal un significado coherente, concreto y útil, y por esa vía entonces atribuir a las partes en conflicto las consecuencias jurídicas que dimanan de esa interpretación.

9.2.1.1 Y, es aquí, en este proceso de interpretación y aplicación de la ley donde los jueces encuentran un primer límite al ejercicio independiente y autónomo de su función, como es el respeto por el principio de igualdad, que supone que los casos semejantes deben ser resueltos con base en las mismas razones de Derecho a efectos de evitar la defraudación de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe.

9.2.1.2 Un segundo límite al ejercicio autónomo e independiente de la función judicial, ha dicho la

doctrina constitucional, se encuentra dado por la estructura jerárquica del poder judicial y el respeto por el precedente vertical, miremos:

> *"4.4 Ahora bien, en la sentencia T-688 de 2003[25], se indicaron otros límites legítimos a la autonomía judicial en la interpretación y aplicación de la ley que no pueden ser desconocidos por los operadores judiciales. Dichos límites se encuentran articulados esencialmente desde dos perspectivas: la estructura jerárquica del poder judicial y el respeto al precedente. Así, de acuerdo con esa sentencia, el marco de la actividad de los jueces estaría dado por: (i) la posibilidad de que el juez superior controle la interpretación del juez inferior mediante los mecanismos procesales de apelación y consulta; (ii) el recurso de casación cuya finalidad es la unificación de la jurisprudencia nacional, al punto que la Corte Suprema de Justicia es la corporación encargada de revisar la interpretación propuesta y aplicada por los jueces y de determinar "la manera en que los jueces han de interpretar determinadas disposiciones."; y (iii) la sujeción al precedente vertical, es decir, al precedente dado por el juez superior en relación con la manera en que se ha de interpretar y aplicar una norma; y al precedente horizontal que implica el acatamiento al precedente fijado por el propio juez –individual o colegiado– en casos decididos con anterioridad". [26].*

[25] MP. DR. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
[26] Los límites de la autonomía judicial también pueden consultarse en las sentencias T-808 de 2007, T-302 de 2006, T-698 de 2004 y T-468 de 2003.

9.2.1.3 Y, finalmente, un tercer límite de la actividad judicial está dado por el *"(…) "el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico", los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como por el principio de supremacía de la Constitución que obliga a todos los jueces a interpretar el ordenamiento jurídico en compatibilidad con la Constitución. Igualmente, se reiteró que en virtud de las sentencias SU-120 de 2003 y C-836 de 2001, las decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia que constituyen doctrina probable deben ser respetadas por los jueces de la jurisdicción ordinaria, pues "dicho respeto*[27]*, además de apoyarse en el derecho a la igualdad, se desprende también del carácter unitario de la nación, y especialmente de la judicatura, que demanda la existencia de instrumentos de unificación de la jurisprudencia nacional."*[28]*.*

9.3 Precisados los anteriores conceptos, es claro que en este asunto el límite a la actividad judicial que reviste preponderancia para la resolución del problema jurídico planteado es el que tiene que ver con el respeto por el precedente judicial-vertical, como quiera que, como atrás se anotó, el servidor de justicia decidió apartarse de la doctrina judicial vertida por la Corte Suprema de Justicia y la línea de pensamiento que sobre la materia ha trazado el Tribunal Superior Militar y Policial, para resolver no aplicar el incremento del término prescriptivo que consagra el código ordinario de las penas y por esa

[27] En la aclaración de voto de los Magistrados Cepeda y Monroy a la sentencia C-836 de 2001, se habla más de obligatoriedad del precedente, que de respeto.
[28] Sentencia T-698 de 2004, MP. (E) DR. RODRIGO UPRIMNY YEPES.

vía entonces declarar la prescripción de la acción penal en este caso.

9.3.1 Recordemos que por mandato Constitucional y legal, a la Corte Suprema de Justicia se le encomendó la función de unificar la jurisprudencia ordinaria y esta labor no es más que una forma de realización del principio de igualdad[29], en la medida en que por su intermedio no sólo se garantiza una interpretación decantada, consistente y uniforme del ordenamiento jurídico, sino también una aplicación estable del texto legal que garantice los derechos subjetivos.

Es entonces, por virtud de la función no solo unificadora que tiene la Corte Suprema de Justicia, sino además integradora del ordenamiento jurídico al ubicarse en el vértice de la estructura judicial, que sus decisiones gozan de valor normativo formal, así lo ha enseñado la jurisprudencia constitucional, veamos:

> *"20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las*

[29] Sentencia T-123 de 1995, MP. DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Corte Constitucional.

autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un "plus" a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas."[30].

No obstante, es nítido que aun cuando las decisiones de la Corte, consideradas doctrina probable, gozan de fuerza normativa en el ordenamiento jurídico, tal valor no puede ser sacralizado al punto que los textos legales terminen siendo fuentes inflexibles incapaces de responder a las nuevas realidades sociales, de allí que los jueces en ejercicio de sus funciones, por virtud de su autonomía e independencia y bajo unas específicas condiciones, puedan interpretar y actualizar las normas a las venideras transformaciones de la sociedad.

9.3.1.1 Es, sin embargo, importante clarificar que no todo el texto de las decisiones de la Corte gozan de

[30] Sentencia C-836 del 09 de agosto de 2001, MP. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL, Corte Constitucional.

fuerza normativa, sino solo aquel aparte a través del cual la Corporación fija los principios y reglas jurídicas sobre un punto de Derecho y con los cuales se da solución al caso concreto, en palabras más jurídicas, el llamado *"(…) ratione decidendi o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.*[31]*"*[32].

Sobre dicho elemento del proveído judicial, en la sentencia T-117 de 2007[33], se expresó:

> *"la Corte ha referido que la* ratio decidendi *i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto*[34]*, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto*[35] *y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella"*[36].

9.3.1.2 Ahora, no se puede perder de vista, de un lado, que tampoco es fácil, en muchos casos, como jurisprudencialmente[37] se ha reconocido, identificar la

---

[31] Sobre los conceptos de ratio decidendi y obiter dicta ver las siguientes providencias: SU-168/99, (MP. DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), SU-047/99 (MP. DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO), SU-640/98 (MP. DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), T-961/00 (MP. DR. ALFREDO BELTRÁN SIERRA), T-937/99 (MP. DR. ALVARO TAFUR GALVIS), Auto A-016/00 (MP. DR. ALVARO TAFUR GALVIS), T-022/01 (MP. DRA. CRISTINA PARDO SCHLESINGER), T-1003/00 (MP. DR. ALVARO TAFUR GALVIS).
[32] Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, MP. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL, Corte Constitucional.
[33] MP. DRA. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
[34] T-492 de 2003. Cita la sentencia T-960 de 2002. También puede consultarse la sentencia T-461 de 2003.
[35] T-249 de 2003. MP. DR. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
[36] T-569 de 2001. MP. DR. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
[37] Sentencia C-836 de 2001, MP. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL. Corte Constitucional. *"Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión, son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La ratio decidendi de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo*

ratione decidendi de un proveído, de ahí que sea una tarea del juez interpretar el texto de la decisión, pero no en forma descontextualizada, sino identificando los fundamentos jurídicos inescindibles o reglas jurídicas fijadas para la resolución del caso, entre los hechos y la decisión.

La dificultad que ofrece en muchos casos la identificación de esos elementos vinculantes del texto judicial para la resolución de casos futuros, en términos de igualdad, es lo que abre paso a que el juez pueda desviarse de la doctrina jurídica que aparentemente resulta aplicable, miremos:

> *"Adicionalmente, el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. A contrario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación –tertium comparationis- que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos*

---

tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto."

aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar porqué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho."[38].

9.3.2 No obstante, hay que subrayar que el servidor judicial sólo podrá marginarse del precedente a condición de demostrar que los supuestos de hecho son radicalmente diferentes a los que regula la regla jurisprudencial[39], observemos:

"(…) De ahí que sea imperioso admitir, que en los eventos en que el precedente sea aplicable para solucionar el caso, el juez está autorizado, mediando una debida y suficiente justificación, para apartarse de la posición del órgano superior, cuando existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica[40]*. La Corte ha reiterado este punto en los siguientes términos:*

---

[38] *Ibídem.*
[39] Ver sentencia T-1625 del 23 noviembre 23 de 2000, MP. DRA. MARTHA VICTORIA SÁCHICA.
[40] *"Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera*

> *"En ese orden de ideas, la lógica consecuencia de lo anterior es que un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Los operadores jurídicos confían en que el tribunal responderá de la misma manera y fundamentan sus conductas en tal previsión. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho."*[41]*"*[42]*.*

9.3.3 Del otro lado, tampoco podemos desconocer que *"(…) la jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal y precedente vertical para explicar, a partir*

---

suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13)." Sentencia T-123 de 1995.

[41] Sentencia C-447 de 1997 MP. DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

[42] Sentencia T-1625 de 2000, MP. DR. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, Corte Constitucional.

de la estructura orgánica del poder judicial, los efectos vinculantes del precedente y su contundencia en la valoración que debe realizar el fallador en su sentencia[43]*. En este sentido, mientras el precedente horizontal supone que, en principio, un juez –individual o colegiado– no puede separase del precedente fijado en sus propias sentencias; el precedente vertical implica que los jueces no se pueden apartar del precedente establecido por las autoridades judiciales con atribuciones superiores, particularmente por las altas cortes."*[44]*.*

9.4 La anterior ilustración era necesaria porque en este asunto particular el juez de instancia se apartó no de su propio precedente (horizontal), sino del vertical, vertido de las plurales y casi uniformes decisiones de la Corte Suprema de Justicia y que han sido acatadas en múltiples proveídos por parte de este Tribunal Superior Militar y Policial, con la misma vocación.

9.4.1 A este respecto también tiene especial valor rememorar que por virtud de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, tal como atrás se dijo, los funcionarios judiciales en sus decisiones están vinculados al precedente que sobre un asunto concreto ha establecido el órgano unificador[45], que en nuestra jurisdicción es la Corte Suprema de Justicia cuando ésta resuelve la casación, pero en los demás negocios jurídicos que no son susceptible de

[43]Sobre precedente vertical y horizontal, se pueden consultar las sentencias T-441 de 2010 y T-014 de 2009.
[44] Sentencia T-918 de 2010, MP. DR. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Corte Constitucional.
[45] Al respecto puede consultarse la sentencia C-836 de agosto 9 de 2001, MP. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL.

este recurso extraordinario la pauta interpretativa la trazan los Tribunales Superiores, tal como lo ha dicho la guardiana del orden constitucional, revisemos:

> *"Cuando el proceso no tiene casación, en principio, carecería de una instancia que unifique los criterios de conformidad con los cuales debe interpretarse la normatividad. En estos casos, son los Tribunales Superiores la cúspide de los diversos distritos judiciales y los que, en consecuencia, cumplen la función de unificación jurisprudencial. Bajo ese entendido, serían entonces los encargados de desatar los diversos dilemas interpretativos, fijando para ello criterios ciertos y precisos."*[46].

9.5 Pues bien, aclarado el marco jurídico dentro del cual se ha de resolver este asunto, es pertinente revisar la decisión judicial que profirió la Corte Suprema de Justicia en 1999[47], a través de la cual se homologó el tratamiento prescriptivo que traía el Código Penal con el que consagraba el Estatuto sustantivo especial, de esa época, esto es, el Decreto 2550 de 1988, véamos:

> *"Y no consulta el principio de igualdad el hecho de que para el servidor público civil que comete*

[46] Sentencia T-441 de 2010, MP. DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, Corte Constitucional: *"De manera que para garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los funcionarios judiciales se encuentran vinculados en sus decisiones por la norma jurisprudencial que para el caso concreto ha dictado el órgano unificador[46]. En la jurisdicción ordinaria, cuando el caso es susceptible de casación, este órgano es la Corte Suprema de Justicia; en los asuntos que no son susceptibles de dicho recurso extraordinario, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de Distrito."*

[47] Radicado 9997 del 20 de abril de 1999, MP. DR. DÍDIMO PAÉZ VELANDIA, Corte Suprema de Justicia.

delito por razón o con ocasión de sus funciones o abusando de su investidura, el término de prescripción de la acción penal tenga un incremento de una tercera parte según lo dispone el artículo 82 del C.P., mientras que cuando el hecho punible es cometido por un servidor público investido de la calidad de miembro de la fuerza pública, por razón o con ocasión de sus funciones o con abuso de su investidura, ese incremento no tenga operancia ***porque el Código Penal Militar no lo contempla*** *expresamente. Ante iguales circunstancias de hecho la autoridad competente debe aplicar idénticas soluciones de derecho; este es el apotegma que rige el principio fundamental de igualdad de las personas ante la ley, y debe ser respetado. (negrillas nuestras)*

(…)

Bajo esta premisa, ***siendo evidente que en el C.P.M.,*** *aplicable exclusivamente a los servidores públicos militares y de la Policía Nacional en servicio activo "que cometen hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio (…)" -artículo 14 ibíd.-* ***no aparece regulado a integridad el tema de la prescripción de la acción penal,*** *excepción hecha del delito* ***específicamente militar de deserción*** *-artículos 115 y 74 aparte final-* ***para el que precisó que el término de prescripción de su acción es de dos años,*** *denotando a las claras esta puntualización que en el tema de la prescripción respecto de los demás delitos tanto militares como comunes cometidos por las personas sujetas a ese ordenamiento especial, por respeto al principio de la igualdad de las*

personas ante la ley, debe acudirse al principio de integración, tomando del Código Penal ordinario las previsiones cuyo vacío se advierte en la preceptiva especial. (resaltado de la Sala).

Esta nueva y equitativa visión de la ley penal en comentario, más acorde con los postulados constitucionales de la igualdad y del debido proceso, modifica la postura jurisprudencial adoptada por esta Sala hasta ahora, que de manera sobreentendida había admitido como término de prescripción de la acción penal para delitos cometidos por los sujetos a quienes les es aplicable el C.P.M., el mismo contemplado para el ciudadano común que vulnera el ordenamiento penal, e implica que en lo sucesivo se dará aplicación en punto al tema de la prescripción de la acción penal para dichos servidores públicos el mismo término previsto en la normatividad expresa del C.P.M. y en el artículo 82 del C.P. ordinario para todos los servidores públicos que delinquen en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o con abuso de su investidura, esto es el señalado en los artículos 74, 75 y 77 del C.P.M. en concordancia con el artículo 82 precitado."

Claramente se comprende, de los apartes reseñados, que la decisión fue proferida en vigencia del Decreto 2550 de 1988, o Código Penal Militar, en el que, como se destacó en el proveído, existía un vacío legal en relación con la regulación del término prescriptivo.

La anotada materia estaba disciplinada en los siguientes términos dentro del código de justicia penal militar de 1988:

> *"Artículo 74.* ***TERMINO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.*** *La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.*
>
> *En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años.*
>
> *Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años.".*

No obstante, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 522 de 1999, la temática se reguló de la siguiente manera:

> ***"ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.*** *La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.*
>
> *En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años.*

Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años.

***PARÁGRAFO. Cuando se trate de delitos comunes** la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos.”.*

Como se aprecia, y como con acierto lo destacó el juez primario, el vacío legal que existía en el Decreto 2550 de 1988, en punto de la regulación íntegra del término de prescripción, que fue lo que originó la decisión de la Corte vertida en el radicado 9997 del 20 de abril de 1999[48], fue superado con la expedición de la Ley 522 de 1999.

A todas luces, podría decirse que los fundamentos de Derecho que se tuvieron en cuenta en la prenombrada decisión de la Corte perdieron vigencia a partir de la expedición de la Ley 522 de 1999, razón que daría lugar para que el órgano de cierre en lo penal cambiara su jurisprudencia y la actualizara a la nueva realidad normativa, sin embargo ello no fue así, por lo que se hace necesario revisar qué aconteció jurisprudencialmente a partir de la vigencia de la Ley 522 de 1999, con relación al tratamiento del término prescriptivo.

Al hacerlo la Sala encontró, haciendo un recorrido de la jurisprudencia de la Sala Penal, que entre el 2007

[48] MP. DR. DÍDIMO PÁEZ VELANDÍA, Corte Suprema de Justicia.

y el 2018 se profirieron 10 decisiones de prescripción en procesos que se llevaron en nuestra jurisdicción, 8 de ellas referidas a delitos comunes y 2 a reatos típicamente militares, así:

DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EMITIDAS EN VIGENCIA DE LA LEY 522 DE 1999, SOBRE EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN	
DELITO COMÚN	**DELITO TÍPICAMENTE MILITAR**
1. Radicado 20179 del 22/05/03, MP. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. Delitos: **Falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad.**	**1.** Radicado 26392 del 02/12/08, MP. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO. Delito: **Ataque al inferior:**
2. Radicado 19976 del 05/05/04, MP. DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO Delitos: **Lesiones personales y homicidio culposo.**	**2.** Radicado 34153 del 30/06/10, MP. DR. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Delito: **Ataque al inferior.**
3. Radicado 24067 del 18/05/06, MP. DRA. MARÍA PULIDO DE BARÓN. Delitos: **Privación ilegal de la libertad y prolongación ilícita de la privación de la libertad.**	

4. Radicado 28830 del 05/12/07, MP. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. Delito: **Falsedad material en ejercicio de funciones.**	
5. Radicado 28547 del 04/06/08, MP. DR. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN. Delito: **Peculado por apropiación y falsedad en documento privado.**	
6. Radicado 22831 del 27/10/08, MP. DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. Delito: **Prevaricato por omisión.**	
7. Radicado 32201 del 21/04/10, MP. DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. Delito: **Peculado culposo.**	
8. Radicado 44829 del 07/04/15, MP. DR. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. Delito: **Privación ilegal de la libertad y abuso de autoridad especial.**	

Si bien en todas las decisiones que se vienen de enumerar el nicho citacional fue el mismo, esto es, el

contenido en el radicado 9997 del 20 de abril de 1999 con ponencia del DR. DÍDIMO PAEZ VELANDÍA, como lo puso de presente el *A quo*, tal circunstacia no constituye un equívoco que obligue a esta Colegiatura Castrense y Policial a marginarse hoy del precedente contenido en las plurales providencias reseñadas *ut supra* y de la postura que mayoritariamente sobre el tópico aquí también se ha manejado.

Como se puede observar de la reseña jurisprudencial hecha, no se trató de una decisión insular en la que se sentaron las bases de interpretación y aplicación normativa, sino que ésta ha sido una postura decantada y uniforme que por años la Corte Suprema ha mantenido y cuyos derroteros han hecho eco en este Tribunal de Justicia Especial.

Esos fallos judiciales hacen que tenga fuerza normativa la postura que sobre el instituto de la prescripción ha mantenido la Corte Suprema de Justicia, no solo desde el punto de vista cualitativo sino también cuantitativo, lo que conlleva a esta Sala a mantener la tesis según la cual, indistintamente si se trata de delitos típicamente militares, militarizados o comunes, el incremento del término prescriptivo consagrado en la legislación penal ordinaria debe también operar en nuestra jurisdicción especial, en tanto con ello se respeta no sólo el principio de jerarquización de las fuentes, sino principalmente el de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, cuyos conceptos y alcances atrás se comentaron, pues se itera, las decisiones de la

Corte Suprema de Justicia que líneas pasadas se resumieron fueron proferidas mucho después del cambio legislativo, de suerte que se entiende que la interpretación normativa se dio de cara a la nueva realidad legislativa, lo cual reafirma la tesis judicial que hoy se declara.

Es entonces por lo que se viene de expresar que la razón no se pone del lado de la judicatura sino de la apelante, sobre la materia hasta aquí analizada, en punto de lo cual se hace menester advertir que el respeto por el precedente, en todos sus órdenes, conlleva indefectiblemente la materialización de la defensa de otros principios y valores superiores, como los analizados en esta providencia, y que por esa mayúscula razón el marginamiento del precedente se constituye en una ardua tarea argumentativa por parte del servidor judicial que decida por esta opción, en tanto no se trata que al amparo de la autonomía y la independencia pueda anteponerse sus personales criterios, análisis y juicios, con desconocimiento de los límites materiales que el mismo ordenamiento jurídico ha impuesto y de los que pasajes anteriores se hizo mención.

9.6 Zanjada la discrepancia, lo consiguiente será determinar si en este asunto particular operó el fenómeno prescriptivo declarado por el servidor judicial.

Pues bien, al efecto conviene hacer varias recordaciones, de una parte, que el proceso se impulsa

en contra del CSCIM. EAST, comandante de la patrulla legítimo 40, por el delito de abandono de comandos especiales, por virtud de los hechos ocurridos el 30 de junio de 2012 en el sector de La Vitola, municipio de Zambrano (Bolívar), cuando al parecer éste fue hallado por el STCIM. JRG, Comandante de la Compañía Charlie BAFIM 3, fuera del área de operaciones asignada y en estado de embriaguez.

De la otra, que nuestro Código Penal fijó para el delito de abandono de comandos especiales una sanción máxima de tres (3) años de prisión[49].

Por otra parte, que el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 estableció que *"La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años (…)".*

Así mismo, que el canon 86 de la Ley 522 de 1999, aplicable, previó que *"La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación (…). Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código."*

Igualmente, y como con amplitud se ha venido explicando y está previsto en el parágrafo del artejo

[49] Artículo 104 de la ley 1407 de 2010.

76 de la Ley 1407 de 2010, es mandado acudir a las contemplaciones que sobre la materia están contenidas en el Código Penal, el que establece en el inciso del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 que: *"Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores."*

Al aterrizar el contenido de las anteriores disposiciones al caso particular, vemos que el término de prescripción, en la etapa de instrucción, que es el que se reputa en esta actuación, ocurriría en un lapso de 7 años y 6 meses, teniendo en cuenta que como el máximo de la pena fijada es menor a cinco años y la previsión legal señala que en ningún caso será inferior a este término, el tiempo de partida será entonces cinco años, al que se le hará el incremento atrás anotado que es de la mitad, lo cual nos da como resultante el tiempo antes anotado, que va entre el momento de la ejecución de la conducta y el instante en que cobra ejecutoria la resolución de acusación.

De esta manera, al revisar el *dossier* penal encontramos que como la conducta tuvo lugar el 30 de junio de 2012, el término de 7 años y 6 meses, que es el tiempo que tiene el Estado en la fase de instrucción para investigar, ocurriría el 30 de diciembre de 2019, por lo que a estas calendas es

evidente que la acción penal no ha prescrito, máxime si se toma en consideración que la pieza acusatoria fue suscrita el 23 de febrero de 2018[50], y cobró ejecutoria el 18 de mayo siguiente[51], momento este a partir del cual empieza a contabilizarse un nuevo término prescriptivo.

Coherentes con las reflexiones que nos vienen guiando, la Sala acogerá las pretensiones de la recurrente, en total acuerdo con el pedido del delgado ministerial ante esta instancia y, en consecuencia, revocará el auto apelado de la fecha atrás indicada y dispondrá que se continúe con el trámite procedimental establecido por la Ley.

Sin más consideraciones, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

X. RESUELVE:

PRIMERO: ATENDER los argumentos de la apelación y en consecuencia **REVOCAR** la providencia del 1° de agosto de 2018, proferida por la Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe de la Armada Nacional, por medio de la cual declaró la prescripción de la acción penal y por contera el cese de procedimiento, dentro del proceso que se impulsa contra el CSCIM. EAST por el delito de abandono de comandos especiales, de conformidad con los razonamientos expresados en la parte motiva del presente proveído.

[50] Folios 1023 a 1056 del C.O. 6.
[51] Folio 1098 del C.O. 6.

SEGUNDO: DEVOLVER el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez ejecutoriada esta decisión y surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDÚZ PERALTA
Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Tercera de Decisión

Magistrado Ponente : CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA

Radicación : 158976

Procedencia : Juzgado de Primera Instancia Policía Metropolitana de Cali

Procesado : AB (R) JSNA

Delito : Deserción

Motivo de alzada : Apelación auto decreta nulidad

Decisión : Revoca decisión.

Bogotá D.C., abril nueve (09) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, a adoptar la decisión que en Derecho corresponde dentro del presente trámite suscitado a raíz del recurso de apelación impetrado como subsidiario del de reposición por la abogada MDB, Fiscal 149 Penal Militar MECAL (encargada), contra el interlocutorio adiado 28 de junio de 2018 por medio del cual el Juzgado de

Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali decretare la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de investigación, ello dentro del proceso penal adelantado en contra del AB. (R) JSNA por la presunta comisión del delito de deserción.

II. HECHOS

Dan cuenta las fojas que siendo el entonces AB. JSNA orgánico del Grupo de Transporte Masivo MIO de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali (Valle del Cauca) y adscrito al grupo de Auxiliares Bachilleres, no se presentó a cumplir con los deberes derivados de la prestación del servicio militar obligatorio los días 12, 15, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26 y 28[1] de febrero, como tampoco lo hizo del 1° al 06 de marzo de 2017[2], del 08 al 12 de estos mes y año, ni los días 14 y 15 subsiguientes, sin que después de la última de las fechas en mención hubiese retornado a cumplir con su deber patrio.

Es de anotar que mediante resolución No. 0495 del 19 de julio de 2017[3] suscrita por el señor Mayor General Director de Talento Humano de la Policía Nacional, se dispuso ejecutar la sanción disciplinaria impuesta al aludido policial mediante fallo de primera instancia

---

[1] *Cfr.* Folios 02, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 43, 46, 50, 53, 55, 59, 445, 451, 454, 456, 463, 470, 472, 479, 481, 488 y 490 C.O. 1 y 3.
[2] *Ídem.*
[3] Folios 148 al 150 C.O. 1.

de tal naturaleza adiado 30 de junio de 2017, sanción consistente en "*DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS*".

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los hechos que anteceden, el 30 de junio de 2017[4] el Juzgado 157 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de indagación preliminar en contra del AB (R) JSNA por la presunta comisión del delito de deserción, misma que derivara en la apertura de investigación penal formal el 10 de noviembre del mismo año por el precitado delito[5]. Con el propósito de obtener su vinculación procesal al trámite en ciernes se libraron citaciones a las direcciones registradas en autos[6] y la secretaria del despacho llamó al abonado telefónico 3272964 en el cual logró contactar al sindicado quien, enterado del motivo de la llamada y del adelantamiento de la investigación por su inasistencia al servicio, manifestó que comparecería al juzgado el día 10 de octubre, sin que llegada tal fecha hubiese asistido[7].

A la par de ello, se libraron misiones de trabajo a la Seccional de Investigación Criminal de la Policía

---

[4] Folio 95 *ibídem*.
[5] Folio 163 *ibídem*.
[6] Folios 158, 165, 184 y 185 *ibídem*.
[7] Folio 173 *ibídem*.

Metropolitana de Santiago de Cali[8] sin resultados positivos.

Vía auto adiado 06 de diciembre de 2017[9], el señor Juez 157 de Instrucción Penal Militar atendiendo que a la fecha no se había logrado la comparecencia del procesado, dispuso el emplazamiento del AB (R) JSNA y su declaratoria de persona ausente en el evento de no comparecer al proceso, emplazamiento llevado a cabo mediante edicto fijado en la misma fecha[10] y desfijado el 12 de dichos mes y año.

La declaratoria de persona ausente se surtió el 14 de diciembre de 2017[11], notificándose de ello personalmente el 15 de diciembre subsiguiente al defensor de oficio designado[12] y al representante del Ministerio Público ante la primera instancia[13].

La situación jurídica del antes citado fue definida provisionalmente el 27 de diciembre siguiente[14], previa acotación que los hechos investigados eran la ausencia de servicio del ya citado bajo banderas del 08 al 12 de marzo de 2017, ello en el sentido de imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva con miras a asegurar su comparecencia al

---

[8] Folios 169, 170, 171, 175 y 177 al 183 *ibídem.*
[9] Folio 193 *ibídem.*
[10] Folio 194 *ibídem.*
[11] Folios 196 a 198 *ibídem.*
[12] Folio 201 *ibídem.*
[13] Folio 200 *ibídem.*
[14] Folios 206 al 218 C.O. 2.

proceso dada la manifiesta renuencia del mismo a hacerlo a la investigación, a la vez que se ordenó librar órdenes de captura para lograr su cumplimiento.

Estimado perfeccionado el ciclo instructivo por parte de dicho funcionario, el sumario fue remitido a la Fiscalía 149 Penal Militar el 17 de enero de 2018[15], despacho que dispuso la clausura del aquel mediante auto del 21 de febrero de la misma anualidad[16].

El mérito sumarial fue calificado el 29 de mayo de 2018[17], ello en el sentido de proferir resolución de acusación en contra del AB (R JSNA como autor del punible de deserción, pieza acusatoria que cobró ejecutoria el 19 de junio de 2018[18], remitiéndose el sumario el 22 de dichos mes y año al Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali[19].

Este despacho de conocimiento, al "*realizar el respectivo control de legalidad*"[20] el 28 de junio de 2018[21] decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de investigación al estimar conculcado el principio de congruencia y el derecho de defensa del procesado, consecuencialmente dispuso que el

[15] Folio 424 C.O. 3.
[16] Folio 550 *ibídem*.
[17] Folios 565 a 573 *ibídem*.
[18] Folio 588 *ibídem*.
[19] Folio 589 *ibídem*.
[20] Folios 591 *ibídem*
[21] Folios 591 al 596 *ibídem*.

sumario retornara a la Fiscalía 149 Penal Militar para lo de su competencia.

En contra de la aludida decisión la citada fiscal interpuso recurso de apelación[22], el cual centra la atención de esta Tercera Sala de Decisión.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Coronel ALBERT PADILLA RUSSI, Juez de Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de investigación, para lo cual indicó que la situación jurídica del AB. (R) JSNA fue resuelta por el juzgado instructor en auto del 27 de diciembre de 2017, en donde se le hizo la imputación fáctica por la ausencia al servicio durante el período comprendido del 08 al 12 de marzo de 2017, basando su afirmación en el informe suscrito por la señora Intendente LDGS, Coordinadora del Grupo de Auxiliares SITM-MIO.

Agregó que la Fiscalía Penal Militar profirió resolución de acusación el 29 de mayo de 2018 por la ausencia del servicio en forma continua del 28 de febrero al 15 de marzo de 2017, señalando al efecto que "… *aparece consagrado en la minuta de servicios que el aquí procesado no se presentó a laborar a partir del*

[22] Folios 612 a 614 C.O. 4.

01 de marzo de 2017 hasta el 6 del mismo mes y año, al igual que no lo hizo a partir de 8 al 12 de marzo de 2017 y con fecha 15 de marzo elaboraron el informe remitiendo los antecedentes de la inasistencia al servicio de JSNA a la jurisdicción castrense como aparece al interior del proceso", a lo que el juez de conocimiento añadió que el ente acusador sostuvo que "*…cosa contraria ocurrió a partir del 28/02/2017 cuando se ausentó del servicio en forma continua e ininterrumpida hasta el día 6 de marzo de 2017 y con fecha 15 del mismo mes se suscribió el último informe que daba cuenta que además a esa data el auxiliar JSNA seguía ausente del servicio…"*.

A raíz de lo anterior afirmó que "*existe incongruencia entre la imputación fáctica elaborada por el Juez Instructor y la imputación fáctica de la Resolución de Acusación proferida por la Fiscalía Penal Militar, vale decir, se trata de hechos diferentes. La Resolución de Acusación está sorprendiendo al Procesado con hechos nuevos que no fueron objeto del estudio y análisis de la Resolución de la situación jurídica del declarado ausente, y en consecuencia, le vulnera el derecho de defensa al Procesado. La falta de congruencia entre lo resuelto por el juzgado Instructor con la Resolución de Acusación de la Fiscalía penal militar, sorprende al procesado porque se trata de hechos diferentes. El juzgado instructor fue claro y preciso en hacer la imputación fáctica al Procesado por los hechos del ocho al 12 de marzo de 2017, que dicho sea de paso, no alcanza a configurar la conducta punible de Deserción, toda vez que la ley 1407 de 2010 en su artículo 109, exige que la*

conducta omisiva supere los cinco días consecutivos sin permiso, y al caso de marras, esto es, del ocho al 12 de marzo, no supera el tiempo impuesto por la ley"[23]

Concluyó que se vulneró el derecho de defensa al declarado ausente por falta de congruencia entre la resolución de situación jurídica y la resolución de acusación, además que el ente acusador nunca señaló desde cuándo empezó a contabilizarse la deserción ni cuando se perfeccionó la conducta punible, imputando hechos nuevos respecto de los cuales no hubo investigación, ni imputación fáctica por parte del instructor.

Precisó que se han de concretar dentro de la investigación hechos y fechas, la conducta punible o la necesidad de abrir nuevas investigaciones.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La doctora MDB, Fiscal 149 Penal Militar MECAL (E), deprecó la revocatoria de la providencia impugnada, para lo cual refirió que en lo que atañe a la fecha de los sucesos investigados si bien es cierto que el juzgado instructor estableció entre el 08 y 12 de marzo de 2017 como la fecha en que el procesado se ausentó de la prestación del servicio militar obligatorio, lo hizo basado en el informe suscrito

[23] Folio 594 C.O. 3.

por el comandante, en tanto que el ente acusador analizó el material probatorio arrimado en conjunto concluyendo que las fechas en las cuales dejó de asistir de manera ininterrumpida al servicio fueron entre el 28 de febrero y el 15 de marzo de dicha calenda, es decir "*contados cinco días a partir del 28 de febrero de 2017 se configura la conducta el 05 de marzo de 2017*"[24], estableciéndose en la resolución de acusación el espacio temporal dentro del cual se presentó ausencia del servicio.

En torno a la incongruencia entre la imputación fáctica elaborada por el juez instructor y la contenida en la resolución de acusación, adujo la apelante que la congruencia se predica de la resolución de acusación y la sentencia que en su momento emita el fallador de primer grado, aunado al hecho que es en la pieza calificatoria donde se establecen de manera concreta los cargos que se imputan al investigado para que se defienda de los mismos, pues la resolución de situación jurídica es provisional, aserto que apuntaló en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[25] y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[26].

Agregó que frente a las causales de nulidad establecidas en el artículo 388 del Código Penal

[24] Folio 612 C.O. 4.
[25] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 20134 de 2004, 21596 de 2006, 41342 de 2014.
[26] Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 20 de junio de 2005, asunto Fermín Ramírez vs. Guatemala.

Militar se advierte que no existen irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y mucho menos violación del derecho de defensa, en razón a que la defensa ha de predicarse respecto de los cargos imputados en la resolución de acusación, misma que debe estar en consonancia con la sentencia que emita el juez de instancia.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 05 Judicial II Penal, doctor CAVD, solicitó confirmar íntegramente la providencia impugnada, para lo cual, luego de transcribir los artículos 388 y 392 de la Ley 522 de 1999 y apartes jurisprudenciales de la Corte Constitucional[27] y la Corte Suprema de Justicia[28], afirmó que "*la fusión de la imputación realizada por el juez instructor y la realizada por la Fiscalía Penal Militar en la resolución de acusación constituyen un acto material complejo, único y unívoco en el que se concreta la acusación que circunscribe el objeto del juzgamiento, siempre y cuando se materialice respetando el "marco naturalístico de la imputación", esto es, el "núcleo fáctico" de la misma".*

Estimó que la adición realizada por la fiscalía penal militar en la resolución de acusación consistente en establecer fechas adicionales a las referidas por el

[27] Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2011.
[28] Corte Suprema de Justicia, radicados 32143 del 26 de octubre de 2011, 30043 del 04 de febrero de 2009, 29338 del 08 de octubre de 2008 y 32685 del 16 de marzo de 2011.

juez instructor, tiene la virtualidad de modificar el marco naturalístico o núcleo fáctico de la imputación, pues mientras la imputación inicial comprende una presunta ausencia injustificada entre el 08 y 12 de marzo de 2017, la acusación la amplía del 28 de febrero al 15 de marzo de la misma anualidad, circunstancia que vulnera el principio de congruencia, y de contera el derecho de defensa y contradicción, como quiera que sorprende a la defensa con hechos que modifican sustancialmente el núcleo fáctico imputado por parte del juez instructor.

VII. DE LA COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer del recurso de apelación inserto en las fojas y cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en esta oportunidad, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año[29], como de los ocurridos con posterioridad a la misma -no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta

[29] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial- mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados y las aristas básicas que los conforman –en el caso *sub examine* referentes al principio de congruencia-, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Llevada a cabo en los párrafos que preceden la sinopsis de las principales actuaciones procesales adelantadas en la presente causa, al igual que extractados los argumentos insertos tanto en la decisión judicial confutada como en el escrito de alzada a título de sustentación del disenso de la recurrente respecto de aquellas, como también la posición del representante de la sociedad ante esta instancia en su concepto de rigor, la Sala desde ya

habrá de anunciar que la decisión adoptada el 28 de junio de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali y por la cual se decretare la nulidad de lo actuado a partir del "*cierre de Investigación*", será objeto de revocatoria por las potísimas razones que *a posteriori* se señalarán.

Sirva como proemio a los acompasados razonamientos que conducen a la adopción de la determinación que así, de agraz, se anuncia, el rememorar que esta Corporación en pretéritas ocasiones[30] ha señalado que el modelo social y democrático de Derecho inmerso en la Carta Política de 1991 sugiere una concepción demoliberal del Derecho Penal, expresión del derecho penal de ciudadano, a través del cual el sistema actúa pero respetando sus límites, así como los derechos y garantías de los coasociados; aserto que ha sido reiterado al apuntalar que el principio de legalidad[31], mismo al que se han de ceñir las

[30] Auto mayo 26 de 2015, radicado 158121-7180-XIV-542-FAC, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA y auto julio 24 de 2015, radicado 158098-006-I-006-PONAL, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA.

[31] Este principio se concreta en el ámbito penal en el principio de tipicidad objetiva, en virtud del cual los tipos penales deben ser definidos por el legislador de manera previa, clara, cierta, escrita, estricta, entendible, sin anfibologías, y por ello se excluye la analogía en cuanto pueda perjudicar al procesado (*in malam partem*), no así en la medida que le sea beneficiosa (*in bonam partem*). Y no de otra manera se podría entender, pues si al ciudadano le es permitido hacer todo aquello que no le es prohibido expresamente, debe conocer y entender el contenido del tipo penal y lo que éste conlleva, pues sólo así puede hacer fluctuar su libre albedrío entre la decisión de delinquir y la de no hacerlo, circunstancia que tiene lugar en el marco de la presunción legal de conocimiento de la ley por parte de todos sus destinatarios. Conocimiento que no se logra si el contenido legal es oscuro o ambiguo, como tampoco cuando la capacidad cognitiva o el libre albedrío de aquel se hallan afectados. Dicho principio se extiende igualmente al establecimiento y

decisiones de los administradores de justicia al llevar a cabo el análisis de adecuación típica y el atinente a los otros aspectos dogmáticos del delito sobre los que gravita el juicio de responsabilidad penal que con el mismo inicia a edificarse, se erige en la esencia de la protección de la libertad individual frente a la eventual arbitrariedad o yerro en que puedan incurrir los funcionarios judiciales en ejercicio de su deber funcional, pues su acatamiento apareja la edificación de juicios jurídicos acordes con la realidad factual, con lo que, de paso, se garantiza el principio de igualdad de las personas ante la ley y el de seguridad jurídica[32].

Asimismo ha acrisolado este Tribunal que remedio procesal ante actos o actuaciones que vayan en franca contravía de lo anterior es el instituto procesal de la nulidad, obviamente bajo el entendido que, habida cuenta que lo que autoriza acudir a ella es la ocurrencia de situaciones en las que se afectan sustancialmente los derechos fundamentales de los sujetos procesales en virtud de su interés jurídico particular en el proceso y/o la estructura de éste último, aquella tiene operancia en situaciones que no pueden ser corregidas de otra manera.

---

dosificación de la sanción penal a imponer como consecuencia de la declaratoria judicial de responsabilidad penal.

[32] Radicado 158061 del 27 de enero de 2016, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

Bajo un entendido tal resulta lógico el estimar que una irritualidad se erige en sustancial cuando afecta trascendentalmente los derechos y garantías constitucional o legalmente consagradas para las partes procesales[33], lo que tiene lugar –en desdoro del sistema penal y de la administración de justicia- cuando se lacera el derecho a un debido proceso[34], público y sin dilaciones injustificadas; el de contradicción; el derecho de defensa; el principio de legalidad; el de favorabilidad; la presunción de inocencia; los derechos de las víctimas del delito a obtener verdad, justicia y reparación; o de manera general cualquier otro instituido en aquellos ámbitos como garantía de contenido político para regular la actividad represiva del Estado y como instrumentos de salvaguardia del ciudadano ante la omnipotencia del Estado o la arbitrariedad de sus funcionarios.

---

[33] En materia penal la Constitución Política prescribe claramente garantías especiales respecto de quienes intervienen en el proceso penal, entre ellas: i) la aplicación preferente de la ley más permisiva o favorable aun cuando sea posterior; ii) la presunción de inocencia mientras no se exista una declaración judicial de responsabilidad penal; iii) el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado para las etapas preprocesal (indagación preliminar) y procesal (investigación y juicio); iv) el derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; v) el derecho a la prueba en su doble dimensión de presentación de pruebas y controversia de las que se alleguen en su contra; vi) el derecho a impugnar las decisiones judiciales bien por la vía de la reposición, ora a través de la apelación o la casación (doble instancia); y vi) el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem). Ver Corte Constitucional, sentencia C-248/13, MP. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

[34] Hace parte del debido proceso que en el juicio de responsabilidad penal se respeten los principios de necesidad de la prueba (Ley 522 de 1999, artículo 395) y de investigación integral (Ley 522 de 1999, artículo 469), los que aparejan que la imputación objetiva y la imputación subjetiva de la conducta se correspondan con la realidad factual y probatoria.

Amén de ello, habida cuenta que no cualquier yerro o dislate que se cometa en el decurso procesal conspira contra la vigencia del proceso, pues la afectación por expresa disposición legal debe ser esencial y debe socavar, se itera, algún derecho fundamental de las partes o intervinientes o la propia estructura procesal en el entendido de un debido proceso[35], tanto quien depreca la nulidad como quien tiene a su cargo resolver lo que en estricto Derecho corresponda han de tener en cuenta que para afectar la validez del acto procesal o decisión objeto de reproche, amén de la postulación de la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, resulta de inexcusable observancia la precisión del tipo de irregularidad que alega, la demostración de su existencia, la acreditación del estado de la actuación en que tuvo lugar aquella y cómo ello comporta un vicio de garantía o de estructura, y, tal vez lo más importante, la verificación de la trascendencia del yerro.

Cometidos cuyo aseguramiento sólo se puede afianzar a través de los denominados "*principios que orientan la declaración de nulidades*", como ha precisado la jurisprudencia[36], y por virtud de los cuales

[35] Corte Suprema de Justicia, radicado No. 433562, SP931-201, febrero 03 de 2016, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ; "*…el concepto de debido proceso se integra por el de <<las formas propias de cada juicio>>, esto es por el conjunto de reglas y preceptos que le otorgan autonomía a cada clase de proceso y permiten diferenciarlo de los demás establecidos en la ley*".

[36] Ver entre otras Corte Suprema de Justicia, radicado 36827, auto septiembre 21 de 2011, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA y radicado No.

solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción -dado que las formas no son un fin en sí mismo-, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

433562, SP931-201, sentencia febrero 03 de 2016, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

Estos parámetros, se erigen en criterios de inexcusable observancia para quien solicita la declaratoria de una nulidad, fungiendo, a la vez, como precisos derroteros para el operador judicial en aras de adoptar la determinación que en Derecho corresponda, siendo del caso recordar que a los mismos la doctrina ha agregado el principio de seguridad jurídica o de conservación, según el cual antes del decreto de una nulidad es necesario tratar de darle validez a la actuación dudosa siempre y cuando no se afecten las garantías constitucionales y derechos fundamentales, y el principio de judicialidad, consistente en la vigencia del acto y sus efectos mientras judicialmente no se ha declarado nulo.

Asertos a los que habrá de añadir la Sala, replicando lo aquilatado en reciente pronunciamiento[37], que en tratándose de los hechos jurídicamente relevantes[38], es decir, de aquellos hechos naturalísticamente entendidos pero que comportan indubitable relevancia jurídica y penal en tanto sin los mismos resulta inteligible la imputación jurídica efectuada en la diligencia de inquirir, los mismos han de guardar perfecta consonancia con la definición provisional de

[37] Auto febrero 13 de 2019, radicado No. 159055.

[38] Los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales, es decir, que la relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal, obviamente sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia marzo 08 de 2017, SP3168-2017, radicado 44599.

situación jurídica, pues es en dicho acto procesal en el que el funcionario judicial -luego de oír las explicaciones injuradas de aquel a quien por virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso, o por haber sido sorprendido en flagrante delito, ha considerado autor o partícipe de la conducta investigada- valora lo que refieren los medios de prueba recaudados, tanto de cargo como de descargo, asignándoles un determinado grado de persuasión frente al compromiso penal que pueda caberle en la comisión de los hechos que se le endilgan y luego de ello resuelve si debe imponerle o no medida de aseguramiento, o de seguridad según se trate de inimputable, de resultar "*por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso*"[39].

Precisado lo anterior, se advierte que en el evento *sub examine* el juez primario afirmó que era procedente la declaratoria de nulidad al estimar que "*existe incongruencia entre la imputación fáctica elaborada por el Juez Instructor y la imputación fáctica de la Resolución de Acusación proferida por la Fiscalía Penal Militar, vale decir, se trata de hechos diferentes. La resolución de acusación está sorprendiendo al Procesado con hechos nuevos que no fueron objeto de estudio y análisis en la Resolución de la situación jurídica del declarado ausente, y en consecuencia, le vulnera el derecho de defensa al Procesado. La falta de*

[39] Ley 522 de 1999, artículo 522.

congruencia entre lo resuelto por el juzgado Instructor con la Resolución de Acusación de la Fiscalía penal militar, sorprende al procesado porque se trata de hechos diferentes."

Habida cuenta de lo así elucidado por dicho funcionario, se habrá de remembrar que el principio de congruencia ha sido considerado por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[40] como una garantía del derecho de defensa y postulado estructural del proceso que implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación y aceptación de cargos –esto último en los eventos en que procede el allanamiento a los mismos como forma de terminación anticipada del proceso penal y dicha acta se equipara al pliego acusatorio-, tanto en lo fáctico como en lo jurídico; es decir, en principio debe existir identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación o su equivalente y los fundamentos del fallo, de una parte, y, de otra, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en la sentencia.

Y ello es así, en tanto ambos actos procesales de jurisdicción se erigen en pieza procesal fundamental pues es en los mismos que el Estado a través del

[40] *Cfr*. sentencia de 26 de septiembre de 2007, radicación Nª 22702, entre otras.

operador de justicia delimita los cargos atribuidos al investigado penalmente, con miras a que a través de dicha concreción fáctica y jurídica conozca el ámbito y alcance exacto de la acusación, y en tal medida pueda planear y desarrollar la estrategia aneja al ejercicio del derecho de contradicción, como expresión del de defensa, dentro del marco de legitimidad propio del juicio a surtir en el procedimiento ordinario o, si es del caso, apelar la sentencia condenatoria -bien dentro de éste procedimiento, ora en el abreviado[41]- por circunstancias derivadas de la transgresión del principio de motivación de las decisiones judiciales, de la conculcación del principio de congruencia por abierta disonancia entre lo acusado y lo fallado, de errores aritméticos en la dosificación de la pena y de la concesión, o no, de los mecanismos sustitutivos de la sanción privativa de la libertad, que serían los únicos eventos en que de manera común sería dable ejercer el derecho a la doble instancia al interior de ambos procedimientos, esto como quiera que en

---

[41] *Cfr.* Tribunal Superior Militar y Policial, auto marzo 14 de 2018, radicado NO. 158700, en que se aquilatare "*..dentro de la categoría de formas propias de cada juicio, el legislador previó, en tratándose del proceso penal militar, dos tipos específicos de proceso a saber: uno ordinario que comporta el adelantamiento de la totalidad de las fases de investigación, imputación, definición provisional de situación jurídica, acusación, corte marcial o juicio oral, sentencia y ejecución; y otro, de índole abreviada, en el cual es dable la renuncia por parte del imputado o acusado –voluntaria, consciente, informada y asistida por un defensor técnico- al derecho de no autoincriminarse, a los derechos de defensa y contradicción y al derecho a tener un juicio público, oral contradictorio, concentrado, imparcial y sin dilaciones injustificadas, en el cual le es viable a aquel aceptar su responsabilidad penal en la comisión del injusto culpable endilgado a cambio, según la etapa en que dicha aceptación se produzca[41], de una concreta y específica rebaja en la pena que habría de corresponderle para el caso de ser hallado penalmente responsable a la culminación ordinaria de la acción penal.*"

tratándose del segundo de ellos y ante la aceptación de los cargos imputados, confutaciones afincadas en la comisión de yerros *in iudicando* en punto a aspectos dogmáticos o de valoración probatoria, no tendrían cabida.

Relevancia que igualmente halla génesis en que son los prenombrados actos acusatorios, los que trazan el derrotero que deberá seguir la actividad jurídico racional que incumbe al juez de conocimiento, pues es allí en donde quedan sentadas las premisas que cimentarán la sentencia y regirán el desenvolvimiento del juicio en los eventos en que este procede, razón por la cual, en observancia del prenombrado principio y garantía, el de congruencia, no es factible en ésta agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas o incluir agravantes no contempladas en aquella, so pena de vulnerar la citada garantía.

Pero es más, el contenido y el alcance de dicho principio en materia procesal penal tienen sustentáculo en la interpretación sistemática de los artículos 29 y 31 de la Constitución Nacional, del 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[42], y sobre cuya dimensión e importancia ha

[42] Incorporados a nuestro ordenamiento interno a través de las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente, que forman parte del bloque de constitucionalidad por mandato expreso del artículo 93 de la Constitución Política.

sido prolífica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[43], de la Corte Constitucional[44] y de la Corte Suprema de Justicia[45], debiéndose reiterar que una de sus principales aristas es la jurídica, misma que apareja la

---

[43] En sentencia del 20 de junio de 2005, en el asunto Fermín Ramírez vs. Guatemala, consideró lo siguiente: *"Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la "acusación" en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado "principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación."*

[44] Sentencia C-025 de 2010, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. "*En teoría general del proceso, el principio de congruencia configura una regla que condiciona la competencia de las autoridades judiciales, en el sentido de que sólo pueden resolver sobre lo solicitado y probado por las partes. De tal suerte que el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita) ni más de lo pedido (ultra petita). De allí la necesidad de fijar con precisión, desde el comienzo, el objeto del litigio.*

Ahora bien, en materia procesal penal, el principio de congruencia adquiere una mayor relevancia debido a su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa. De tal suerte que no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado."

[45] Sala de Casación Penal, radicado No. 24582 del 29 de octubre de 2008. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. "*El principio de congruencia, como lo destaca la Procuradora Delegada, y lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, en tanto garantía y postulado estructural del proceso, implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación de cargos, en lo fáctico como en lo jurídico; es decir, debe existir identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos del fallo, de una parte, y de otra, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en la sentencia.*". En el mismo sentido sentencia junio 18 de 2008, M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN; sentencia octubre 29 de 2008, radicado No. 24582, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA; sentencia octubre 08 de 2008, radicado No. 29338, M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO; y sentencia febrero 07 de 2018, radicado No. 49799, M.P. FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS, por sólo citar algunas.

correspondencia que debe existir entre los cargos imputados en la acusación -cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida (resolución de acusación, acta de aceptación de cargos, etc.)- y el fallo, erigiéndose, como se acotare líneas atrás, en una garantía del derecho de defensa del procesado, por cuanto a partir de ella puede desplegar los mecanismos de contradicción que estime pertinentes y porque resulta conocedor que, en el peor de los eventos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí.

Garantía que comporta, además, la concurrencia de identidad fáctica y personal entre la acusación y la sentencia, de modo tal que, de quebrarse dicha relación o consonancia, se configura una trasgresión al debido proceso con incidencia en el derecho de defensa que en algunos casos sólo es subsanable por vía de la nulidad, aserto sobre el cual la Sala Penal de la de la Corte Suprema de Justicia enseña:

> *"La Corte ha manifestado que la congruencia personal implica conformidad entre los sujetos a que se refiere la acusación y aquellos a los que se contrae la sentencia. La fáctica hace relación a la identidad entre los hechos y circunstancias definidos en la acusación, con los que sirven de sustento al fallo. Y, la jurídica, se traduce en la correspondencia que debe existir entre la calificación, entendiendo por tal el juicio que de los hechos se hace frente a su regulación jurídica, que contiene la acusación, y la que preside la sentencia.*

En ese sentido, es preciso que exista congruencia fáctica y jurídica entre aquélla y esta última. No obstante, la jurisprudencia ha sostenido que esa consonancia no se extiende hasta la estricta concordancia entre los fundamentos probatorios del fiscal y los del juez, en cuanto, de ser así, carecería de todo sentido el juicio. De modo que las erradas apreciaciones respecto a un punto determinado, no pueden ser seguidas sin reparo por el fallador."[46]

Postura reafirmada en posteriores pronunciamientos, resultando procedente evocar aquel en el que el órgano de cierre de la jurisdicción foral acrisolare:

"Se observa que para que exista congruencia entre el acto de acusación o su similar, según sea el caso, deben concurrir tres elementos entre dicho acto y la sentencia emitida por el juez correspondiente, los cuales se determinan de la siguiente forma:

- *Identidad de sujetos, también conocido como congruencia personal; esto es, que la misma o mismas personas que son objeto de acusación, sean a las que se refiere la sentencia.*

- *Identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, también denominado congruencia fáctica; lo que se traduce en que por los mismos hechos por los cuales se efectuó el acto de acusación, sea emitido el fallo.*

- *Correspondencia de la calificación jurídica; es decir, la equivalencia entre el tipo penal por el cual se acusa y por el cual se condena, salvo que opere en su modalidad relativa, esto es, cuando*

[46] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 28562 del 18 de junio de 2008, M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

dicha calificación jurídica varía, siempre que no se agrave la situación del procesado."[47]

Concomitante con lo anterior, se ha de rememorar que la jurisprudencia[48] igualmente ha precisado que la congruencia personal y fáctica son absolutas y la jurídica es relativa, esto en razón a que el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre *i)* que la nueva imputación respete el núcleo fáctico esencial de la acusación; *ii)* que se proceda por delitos del mismo género[49], *iii)* que no implique agravación de la situación jurídica del procesado; y *iv)* que no afecte los derechos fundamentales de otros sujetos intervinientes.

En torno a la evolución que ha presentado el principio de congruencia y la variación de la

---

[47] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32792, mayo 25 de 2011.

[48] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 38179 del 16 de abril de 2015, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

[49] Esto en el entendido clarificado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en punto a que cuando en sus pronunciamientos ha anotado que el nuevo tipo penal debe corresponder al mismo "género", ello no implica que se haya hecho referencia a la necesidad de que el nuevo tipo penal se halle inserto en el mismo título o capítulo del modificado, pudiendo la modificación de la adecuación típica de la conducta hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado, correspondiendo aquella limitación a una hermenéutica recogida en la medida que correspondía a eventos tramitados bajo la vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991, que no de la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004. *Cfr.* sentencias enero 24 de 2007, radicado No. 23540; julio 02 de 2008, radicado No. 25587; noviembre 08 de 2011, radicado No. 34495; septiembre 14 de 2011, radicado No. 33688; marzo 16 de 2016, SP3339, radicado No. 44288; noviembre 30 de 2016, radicado No. 45589; y febrero 07 de 2018, radicado No. 49799.

calificación jurídica, la Corte Constitucional[50] refirió:

> *"(…) bajo la vigencia del Decreto 2700 de 1991, es decir, en un sistema mixto con algunos elementos acusatorios* [similar a la de la Ley 522 de 1999 acota esta Sala de Decisión castrense], *esta Corporación elaboró unas líneas jurisprudenciales según las cuales (i) la provisionalidad de la calificación jurídica no vulnera el derecho de defensa del acusado[51]; (ii) a pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, éstas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia[52]; y (iii) al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse.[53] De igual manera, con ocasión de diversas demandas de inconstitucionalidad presentadas contra la Ley 600 de 2000, la Corte ha establecido, en lo que concierne al principio de congruencia y la variación de la calificación jurídica, que (i) la calificación inicial sobre el delito no puede ser invariable, ya que el objetivo de todo proceso penal, es esclarecer los hechos, los autores y partícipes con fundamento en el material probatorio recaudado, para administrar justicia con apoyo en la verdad y en la convicción razonada de quien resuelve[54]; (ii) el funcionario o Corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se inició el proceso[55]; y (iii) lo trascendente, desde una perspectiva constitucional, no es que la acusación se mantenga incólume, sino que ante la variación de*

---

[50] Sentencia C-025 de 2010, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.
[51] Sentencia C- 491 de 1996.
[52] Sentencia C-541 de 1998.
[53] *Ibídem*.
[54] Sentencia C- 620 de 2001.
[55] *Ibídem*.

la acusación el encartado también pueda modificar su estrategia defensiva, y que igualmente se le respete el derecho de contradecir los hechos nuevos, además de que se tengan en cuenta los propios[56]*.*

Ahora bien, con la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo en Colombia un sistema penal de tendencia acusatoria, dentro del cual el principio de congruencia ofrece una destacada importancia.

Al respecto, conviene recordar que la adopción mediante reforma constitucional de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio[57]*.*

---

[56] Sentencia C- 1288 de 2001.

[57] Sentencia C- 591 de 2005.

> *Pues bien, como lo reconoce la doctrina especializada,* ***la correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia,*** *configura un derivado de la vinculación judicial al objeto del proceso, "y en tal sentido, cohonestada primordialmente con el principio acusatorio"*[58]*. A decir verdad, el principio de congruencia,* ***que rige la relación existente entre la acusación y la sentencia,*** *configura un elemento central de un sistema penal acusatorio, caracterizado por (i) la separación entre el órgano que investiga y acusa con aquel que falla; (ii) el derecho que tiene el procesado a conocer la acusación formulada; y (iii) una comprensión estricta de la prohibición de la reformatio in pejus."*
> (Negrillas ajenas al texto original)

Ahora bien, de cara al procedimiento penal militar contemplado por la Ley 522 de 1999 aplicado a las causas que se hallan en curso, ello ante la ausencia de implementación del Sistema Penal Acusatorio establecido en la Ley 1407 de 2010, forzoso resulta para la resolución del caso que concita la atención de la Sala en esta oportunidad, rememorar lo aquilatado por la jurisprudencia penal y constitucional en punto a la relación que debe existir -habida cuenta del principio de progresividad que rige las etapas penales del trámite que en aquella se regula- entre las imputaciones fáctica y jurídica llevadas a cabo en la diligencia de indagatoria y las contenidas en la resolución de acusación, ello, habrá de recordarse, ya precisada párrafos atrás la correspondencia que también debe

[58] T. Armenta Deu, Principio acusatorio y derecho penal, Barcelona, 2003, p. 72.

darse entre las imputaciones realizadas en la diligencia de inquirir y aquellas sobre las cuales ha de gravitar la definición provisional de situación jurídica y una vez aquilatado, como bien se señala en precedente jurisprudencial traído a colación por el distinguido agente del Ministerio Público ante esta instancia en su concepto de rigor, que ningún efecto condicionante de congruencia o consonancia jurídica –salvada excepción de que el marco de referencia fáctico, su núcleo esencial, sea naturalísticamente el mismo- puede existir entre el acto de imputación y la acusación o la sentencia.

Esto ha decantado la Corporación guardiana de la indemnidad de la Carta Política sobre el tema que ocupa la atención de la Sala:

> *"A partir de esta exigencia, se ha entendido que el principal propósito de la diligencia indagatoria es vincular a quien se presuma tuvo relación con la realización de una conducta punible, informarle sobre los hechos que serán objeto de investigación, permitirle aportar pruebas que conduzcan a esclarecer su participación o la ausencia de ésta en los hechos objeto de estudio y, finalmente, informarle de la imputación jurídica provisional que la Fiscalía hace de los hechos que hasta el momento conoce.*
>
> *En este sentido, como se entrará a sustentar, de la indagatoria no se deriva la obligación de atribuir una tipificación definitiva –y que, por tanto, tenga carácter de decisión invariable- a los hechos que son objeto de investigación; esto, por cuanto es, precisamente, la absoluta certeza, claridad y*

precisión sobre lo ocurrido lo que constituye el objeto de la etapa de investigación, así que carecería de toda razonabilidad exigir una imputación jurídica definitiva cuando no se tiene claro qué ocurrió, cuáles fueron los detalles fácticos de lo investigado, quiénes participaron y a qué título en los hechos materia de la instrucción.

Si este es el carácter de la indagatoria, es claro que en el proceso previsto en la ley 600 de 2000 no puede exigirse una perfecta y absoluta congruencia entre la imputación jurídica hecha al inicio de la etapa de instrucción y la imputación jurídica que se hace al momento de la acusación, por imposibilidad material de quien acusa.

(…)

Finalmente, en la sentencia C-025 de 2010 la Sala Plena de la Corte Constitucional, mostrando plena armonía con la interpretación que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia había hecho de este principio, trajo a colación lo manifestado en una decisión de 2007 en la que se resumía el principio de decisión empleado en este aspecto. Consagró la sentencia C-025 de 2010:

> *"Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 28 de noviembre de 2007[59], consideró lo siguiente:*
>
> *(…)*
>
> ***'Para la Sala, la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.***
>
> *Lo anterior no conlleva a una inmutabilidad jurídica, porque precisamente los desarrollos y progresividad*

[59] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencia del 28 de noviembre de 2007, radicado No. 27.518.

del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto es posible que la valoración jurídica de ese hecho, tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle, además, de exigirse aún la imposibilidad de modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto la formulación de imputación como primera fase y antecedente de la acusación.

Aunque en vigencia de los anteriores estatutos adjetivos ***no se exigía congruencia entre la resolución de definición de situación jurídica y la resolución de acusación,*** *y no constituía desafuero procesal sancionable con nulidad, por cuanto la calificación realizada en aquélla era tan sólo provisional y no tenía la incidencia ni la capacidad para delimitar el ámbito normativo de la resolución de acusación, ya que era en ésta que una vez surtida la instrucción se concretaban los cargos,*[60] *ha de destacarse que cuando surgía un nuevo hecho debía ampliarse indefectiblemente la indagatoria a fin de imputar el nuevo delito y preservar de esa forma el debido proceso y el derecho de defensa. Es más, en los casos en que resuelta la situación jurídica el sindicado se acogía a los beneficios de la sentencia anticipada y se advertía la configuración de otro hecho o de una circunstancia que agravara la punibilidad debía, el acta de formulación de cargos, incluir esas nuevas connotaciones'."* (Negrillas de la Sala)

Por su parte la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al evaluar la relación de correspondencia entre la indagatoria y la acusación, en preceptos contenidos en la Ley 600 de 2000 aplicables al rito procesal castrense por vía de integración normativa y/o que guardan plena convergencia con los cánones que regulan referidos actos procesales en el *códex* penal militar de 1999, sostuvo:

[60] *Cfr*. Providencias septiembre 04 de 2003, radicación No. 12768; marzo 25 de 2004, radicación No. 14470 y mayo 27 de 2004, radicación No. 22314.

"i) la imputación típica que se haga en la indagatoria tiene un carácter provisional, que no determina o limita las posibilidades del ente acusador en la etapa de acusación;

ii) la coherencia entre una y otra etapa viene dada por los hechos que se informe al indagado son o serán objeto de investigación, de manera que la indagatoria define, sobre todo, parámetros fácticos que determinarán la labor del ente acusador durante la etapa de investigación; y

iii) la congruencia, entre la tipificación jurídica que se haga de una conducta y lo que puede ser objeto de decisión, se predica, ***sobre todo, entre la acusación y la sentencia****, en cuanto en este estadio aquella* ***sí*** *resulta un elemento fundamental para la concreción del derecho de defensa y, por esta vía, se constituye en la vía para hacer prevalecer el derecho al debido proceso.*

(…)

De esta forma concluye la Sala que el principio de congruencia resulta un elemento esencial para la garantía y respeto del derecho de defensa dentro del proceso penal; ***sin embargo, no es un principio de aplicación absoluta y estricta entre la indagatoria y la acusación con que concluya la etapa de instrucción. La exigencia en dicha etapa apunta, sobre todo, a la atribución fáctica que se haga al imputado, la que sí debe ser completa pues determinará de los hechos respecto de los que deba defenderse la persona vinculada por esta vía al proceso penal"***[61]*.* (Negrillas y subrayado fuera de texto).

[61] Citada por la Corte Constitucional en sentencia T-1067 de 2012, M.P. ALEXEI JULIO ESTRADA.

Debe, igualmente, resaltarse la claridad con que el antes citado órgano plural precisó los límites que tiene la indagatoria como acto procesal anejo a un proceso penal como aquel cuyos cauces rituales rige la normatividad penal militar vigente y aplicable a la fecha de hoy, ello en los siguientes términos:

"Uno. El reproche es real pues no hubo imputación jurídica provisional. Por ello, se alteraron las formas legales de la diligencia de indagatoria.

Dos. El defecto, sin embargo, no vulnera las garantías judiciales de defensa y de debido proceso al extremo de pensar en la invalidación de lo actuado.

Tres. De conformidad con el inciso segundo del artículo 338 de la ley 600 del 2000, el funcionario judicial ante quien se adelanta la diligencia de indagatoria, luego de los generales de ley y la individualización del procesado deberá

> *A continuación, se le interrogará sobre los hechos que originaron su vinculación y se le pondrá de presente la imputación jurídica provisional*

Cuatro. Constatada la informalidad, deberá ponderarse si la omisión impidió que el acto cumpliera sus finalidades y si, de conformidad con los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, hay razón para invalidar la actuación.

Cinco. Un ejercicio deductivo indica que la diligencia de indagatoria es, preferentemente, la manera de vincular al proceso al probable autor o partícipe, acto con el que se persigue el enteramiento al procesado de la pretensión penal,

pero a su turno, como pacíficamente lo tiene enseñado la jurisprudencia, es un medio de defensa.

Sobre el particular, la Sala puntualizó en otra oportunidad:

> *La indagatoria vincula jurídicamente al procesado como sujeto procesal. Es un medio de defensa, pues coincide con la oportunidad con que cuenta el sindicado para explicar su conducta, solicitar la práctica de pruebas, replicar las imputaciones y las pruebas de cargo. Es innegable que su naturaleza le permite ser un medio de prueba, y de ella derivarse otras, como la confesión, pruebas testimoniales u otras.*
>
> *(…)*
>
> *El conocimiento de la existencia de la investigación por parte del procesado y su vinculación temprana a la instrucción, así como del apoderado contratado por éste, les brindó la oportunidad de ejercer a plenitud las garantías constitucionales.*
>
> *(…)*

Como lo señaló el Procurador Delegado, el libelista olvidó que la indagatoria no se hace en relación con calificaciones jurídicas concretas, ***sino frente a los hechos que se consideran constitutivos de conductas penalmente reprochables****. Siendo así, tenía la obligación de demostrar que las preguntas formuladas a su defendido no tenían ninguna relación con los hechos materia de la actuación judicial. Nada de ello hizo el censor.* ***Tampoco precisó cuáles fueron los aspectos fácticos respecto de los cuales el procesado no fue interrogado, omisión que –ha debido probarlo- haría imposible la deducción de los cargos que le fueron imputados en la acusación y la posterior sentencia que declarara la responsabilidad.***

Seis. El acta de la diligencia de indagatoria celebrada el 28 de febrero del 2.002 ante la Fiscalía 219 de la Unidad Segunda de Delitos contra la Administración Pública, revela que el interrogatorio agotado satisfizo la comunicación material de las razones de la persecución penal, y, además, desde ese mismo momento se planteó la estrategia defensiva.

(…)

El cargo no tiene vocación de prosperidad, porque ***el factum que se comunicó en la indagatoria fue el mismo que se ponderó en la resolución de acusación, hechos conocidos desde los albores de la investigación por el procesado y respecto de los cuales ejerció la refutación. El reproche fue siempre el mismo: no consignar los recaudos parafiscales a la DIAN.****"*[62] (Negrilla ausente del texto original)

Pronunciamiento que ha de ser complementado para una adecuada omnicomprensión del pluricitado instituto jurídico de la congruencia, con aquel otro en que la Alta Corte precisó que éste no tiene operancia entre la providencia definitoria de situación jurídica y la resolución de acusación, siendo de destacar lo que de manera reiterada y uniforme ha señalado la Sala de Casación Penal de aquella[63], ello en pronunciamientos como aquel en que se apuntalare:

---

[62] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, julio 05 de 2007, radicado No. 26568.

[63] *Cfr.*, sentencias julio 04, 18 y 19 de 2001, radicados Nos. 13896, 11660 y 13881, con ponencia de los Magistrados HERMAN GALÁN CASTELLANOS, CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE y JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA, en su orden; noviembre 13 del 2001, radicado No. 16242, M.P. JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA y 04 de abril del 2002, radicado No. 16324.

"Así las cosas, ***independientemente de que en la definición de la situación jurídica*** *se haya impuesto o no medida de aseguramiento, del número de delitos allí endilgados, y de la denominación jurídica que se les hubiere dado,* ***es en la resolución de acusación en donde se definen los cargos, por lo tanto creer que entre las dos providencias debe existir congruencia es darle al primer pronunciamiento un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, esto es, que si después de definir la situación jurídica se puede seguir investigando, es de esperarse que las nuevas pruebas puedan dar lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones. Incluso podrían presentarse cambios sin que surjan nuevas pruebas, simplemente porque al momento de calificar ya se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y un más informado criterio para decidir****".*

(…)

"En síntesis, ***lo que se califica a continuación del cierre de la instrucción son los hechos que fueron objeto de la misma, y sobre los cuales se indagó al sindicado, y para hacerlo el criterio que se hubiere expuesto en la definición de la situación jurídica no constituye ninguna limitante, todo lo contrario, si en ese pronunciamiento se hubiere cometido algún error, es la oportunidad para subsanarlo.*** *Dicho de otra manera,* ***si bien la definición de la situación jurídica es un requisito procesal para poder cerrar la investigación, su contenido no limita el de la calificación****" (Sentencia del 31 de julio de 1997, Rad. 7.830, M. P. Ricardo Calvete Rangel)*[64]*.*

[64] En el mismo sentido, Sentencias de mayo 16 de 2002, Rad. 12.848, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO; julio 11 de 2002. Rad. 18.476, M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN; 2 de mayo de 2003, Rad. 13.341, M.P. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL.

(…)

Sin embargo, al ceñirse el legislador a elementales principios de derecho procesal, en dicho excepcional sistema no establece que la sentencia anticipada que debe pronunciarse sea con fundamento en los ilícitos atribuidos en el proveído que resuelve la situación jurídica, como lo afirma la defensa sin fundamento, sino que para ello servirán de base los cargos que le formule el Fiscal en ulterior acto, como se desprende con nitidez del inciso 2°., del mencionado precepto. Esto corrobora, en últimas, que en uno y otro trámite ***la resolución de la situación jurídica obra como presupuesto de la actuación procesal subsiguiente, pero no es reguladora del marco de la imputación****, pues, como se ha visto para uno se define la concreción de los cargos al momento previsto por el inciso 2°, y para el otro en la calificación del mérito probatorio del sumario, en los términos del artículo 438 y siguientes del Código de Procedimiento Penal entonces vigente.* ***Es más, en el trámite especial en comento, en el que no existe calificación del mérito del sumario, el acta que contiene los cargos referidos por el artículo. 37, es equivalente a la resolución de acusación****, como lo dispone el artículo 37 B - 2 ibídem,* ***lo cual corrobora la convicción de que, intrínsecamente, la providencia que resuelve la situación jurídica, en cualquier evento, cumple un papel puramente formal, siendo de carácter sustancial el posterior que contiene la relación de los cargos por los cuales ha de responder el procesado en juicio, sometido a condiciones de especial elaboración y de consecuencias propias, como que constituirá el eje y formará completa unidad con la sentencia que pondrá fin al proceso***[65]*„*[66]*.*

---

[65] Sentencia del 10 de marzo de 1995, M.P. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA.
[66] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 12768 del 04 de septiembre de 2003, M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

> *"12. No es cierto que se hayan desconocido las garantías del procesado al proferir en su contra resolución de acusación por las conductas punibles de homicidio agravado y porte ilegal de armas, así la medida de aseguramiento lo haya sido únicamente por homicidio simple porque, como bien lo acotó la Procuraduría,* ***la providencia que define la situación jurídica es de carácter provisional y su contenido no delimita ni condiciona de ninguna manera la calificación del mérito del sumario.*** *Esta providencia debe fundamentarse en los elementos de juicio que hayan logrado recaudarse durante la instrucción, sin perjuicio de los motivos jurídicos consignados para proferir medida de aseguramiento, pues en el calificatorio es donde se definen los cargos."*[67]

Así las cosas, ante la contundencia del marco conceptual y jurisprudencial abordado a espacio y suficiencia con inmediata precedencia, prístino se avizora que en el presente evento no se vulneró el principio de congruencia y por ende el derecho de defensa del AB (R) JSNA, esto en tanto que, contrario a lo señalado por el distinguido Juez de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, por manera alguna la imputación fáctica contenida en la pieza calificatoria proferida por la Fiscalía 149 Penal Militar[68] debía guardar estricta consonancia con la plasmada por el juez instructor en el interlocutorio por medio del cual se resolviere provisionalmente la situación jurídica del

[67] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 14470 del 25 de marzo de 2004, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

[68] Folios 565 al 573 C.O. 3.

acriminado[69], máxime que en un proceso penal como el que se ventila en autos es perfectamente plausible -dada la progresividad que caracteriza la sucesión estratificada de sus etapas y la dinamización del recaudo probatorio por virtud del cual los hechos inicialmente denunciados se esclarecen paulatinamente a través de la investigación integral, lográndose la aproximación judicial a la verdad histórica de lo sucedido-, que entre tales actos procesales exista una disonancia en la materia, esto claro está en la medida que, se enfatiza, el marco de referencia fáctico sea naturalísticamente el mismo y no se produzca laceración alguna de las garantías procesales que asisten al encartado.

Lo anteriormente expuesto es acorde con lo postulado desde tiempo atrás por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el siguiente sentido:

> *"4. La calificación jurídica del proceso se realizó en vigencia de la Ley 600 del 2000. Sobre la posibilidad de enmendar los errores cometidos en ella, ya sea por vía de la nulidad o de la variación de esa calificación, la Sala, en providencia del 14 de febrero del 2002 (radicado 18.457), expuso los siguientes argumentos que desde entonces han sido reiterados:*
>
> *1. Como es obvio, en la nueva normatividad se mantiene el principio de congruencia o consonancia que debe existir entre el pliego de cargos y la sentencia, que no sólo garantiza el derecho de*

[69] Folios 206 al 218 C.O. 2.

defensa y la lealtad procesal, sino la estructura jurídica y lógica del proceso, ya que aparece evidente que un acusado sólo puede ser condenado o absuelto por los cargos por los cuales fue llamado a responder.

Como en nuestro sistema penal la imputación que se hace en la resolución de acusación no sólo debe ser fáctica sino jurídica (art. 398.1.3 del C. de P. P.), sus variaciones se relacionan íntimamente con el fenómeno de la congruencia.

Sin embargo, es necesario anotar que tanto en la ley derogada como en la actual, la congruencia no puede entenderse "como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre los juicios de acusación y el fallo, sino ***como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico – jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como atadura irreductible****", por lo que en la sentencia, al fallar sobre los cargos imputados, el juez puede, dentro de ciertos límites, degradar la responsabilidad, sin desconocer la consonancia...*

2. En orden a prevenir la inconsecuencia que resultaba de que no se pudiera enmendar el error cometido en la calificación jurídica del comportamiento, al proferirse la resolución de acusación, o de que no se pudiera variar, ***no obstante que en la etapa probatoria del juicio se allegaran elementos de convicción que demostraban que era incorrecta****, el nuevo estatuto procesal penal permite que se cambie...*

3. En cuanto a las características de la variación, reglamentada en el artículo 404 del nuevo Código de Procedimiento Penal, tenemos las siguientes:

3.1. Lo que se permite cambiar es la imputación jurídica, esto es, la adecuación típica de la conducta punible.

Como se señaló, en nuestro sistema, la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y es jurídica. Lo que es procedente modificar es la segunda, pues el artículo 404 se refiere a "La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible", ***es decir, que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como acto humano, como acontecer real, no puede ser trocado.***

Pero como la conducta humana comprende una fase subjetiva y una objetiva o externa, es necesario que la Sala haga algunas precisiones al respecto:

La primera corresponde a la imputación subjetiva y la segunda a la imputación objetiva. En consecuencia, la imputación fáctica comprende la imputación subjetiva y la objetiva. La primera se puede modificar, ***no así la segunda en cuanto a sus elementos esenciales, ya que puede ser cambiada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto. Por lo tanto, lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica.***

En síntesis, la imputación subjetiva, las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de éste, esto es, su adecuación típica, pueden ser variados.

3.2. La intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica implica que no puede ser cambiado ni extralimitado.

Si se altera, se estará en presencia de otro comportamiento, y si se extralimita o desborda se estarán atribuyendo otros hechos, otra conducta punible, no incluida en el pliego de cargos."[70]

[70] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 23871 del 10 de agosto de 2005, M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. *Cfr.* Radicados 19590

Pero como si ello resultara insuficiente para arribar a la antes citada conclusión, meridiano resulta, verificado a detalle el material probatorio obrante en el cartulado, que los cargos formulados por el ente acusador guardan total relación con los hechos que se encuentran probados en el decurso pesquisitorio, consistentes en que el AB (R) JSNA no se presentó a cumplir con los deberes derivados de la prestación del servicio militar obligatorio los días 12, 15, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26 y 28[71] de febrero, como tampoco lo hizo del 1° al 06 de marzo de 2017[72], del 08 al 12 de estos mes y año, ni los días 14 y 15 subsiguientes, hechos jurídicamente relevantes que determinan el referente fáctico a tener en cuenta, siendo el *factum* esencial, el aspecto nuclear de la imputación fáctica, la ausencia del servicio por más de cinco días consecutivos, misma que el acopio probatorio progresivo propio de la etapa investigativa situó en el lapso comprendido entre el 28 de febrero y el 06 de marzo de 2017, como bien se precisara en la pieza calificatoria cuya invalidación fue recurrida en sede de apelación por la funcionaria autora de aquella.

---

del 09 de julio de 2002, M.P. NILSON PINILLA PINILLA y 51494 del 26 de septiembre de 2018 M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

[71] *Cfr.* Folios 02, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 43, 46, 50, 53, 55, 59, 445, 451, 454, 456, 463, 470, 472, 479, 481, 488 y 490 C.O. 1 y 3.
[72] *Ídem.*

Recuérdese que en la resolución acusatoria de la Fiscalía 149 Penal Militar se acotó que "… *aparece consagrado en la minuta de servicios que el aquí procesado no se presentó a laborar a partir del 01 de marzo de 2017 hasta el 6 del mismo mes y año, al igual que no lo hizo a partir de 8 al 12 de marzo de 2017 y con fecha 15 de marzo elaboraron el informe remitiendo los antecedentes de la inasistencia al servicio de NARANJO a la jurisdicción castrense como aparece al interior del proceso*" como bien señalare el juez de conocimiento en su providencia invalidatoria, a lo que aquella fiscalía agregó que "…*cosa contraria ocurrió a partir del 28/02/2017 cuando se ausentó del servicio en forma continua e ininterrumpida hasta el día 6 de marzo de 2017 y con fecha 15 del mismo mes se suscribió el último informe que daba cuenta que además a esa data el auxiliar NARANJO seguía ausente del servicio…*" como igualmente precisara el referido *Iudex A quo*.

No empece, lo que éste apreciado funcionario pasó por alto fue que allí mismo la titular de aquel otro despacho acotó previo al último de los transliterados razonamientos "*....se observa que JSNA se ausentó de la prestación del servicio de manera interrumpida sin dejar pasar cinco días de manera consecutiva entre el 12 y el 27 de febrero de 2017, según se despende de las anotaciones, informes y declaraciones de quienes fungían como comandantes del grupo MIO, adonde estaba adscrito el aquí procesado..*", elucubraciones inferenciales, esta y aquella última, con la que sin hesitación alguna fijaba la imputación fáctica propia del acto

acusatorio ínsito a la presente causal penal, misma que, respetando el núcleo fáctico esencial de la fijada previamente, delimitaba con precisión y en plena convergencia con el material probatorio recaudado, las fronteras dentro de las cuales ha de dictarse en Derecho el fallo que corresponde.

Acto calificatorio que no se ve maculado por la discordancia que en punto a las fechas de ausencia resulta de lo señalado en la definición de situación jurídica, mismas que resultaban, como acertadamente lo indicara el juez de conocimiento, erradas e indiferentes al derecho penal, pues ello no tiene en este estadio procesal incidencia sustancial alguna dada la pluricitada progresividad que caracteriza el proceso penal militar; la dinámica probatoria del mismo que torna viable que posterior a la vinculación del procesado y a la resolución de aquella situación jurídica, las nuevas pruebas den dar lugar a modificaciones de lo consignado en este último acto procesal; y las precisiones jurídico conceptuales plasmadas en los párrafos antecedentes.

Lo hasta aquí dicho, aunado a que el funcionario *A quo* por manera alguna hizo suya la observancia de los "*principios que orientan la declaración de nulidades*" mencionados y desarrollados *ut supra*, falencia que aparejó que pretermitiera expresar con concreción diamantina las limitaciones defensivas que experimentó el procesado a consecuencia de la supuesta

irregularidad denunciada en su particular visión, conllevan a que por esta Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial se acojan los planteamientos vertidos en el recurso de alzada por la apelante, abogada MDB, en su condición de Fiscal 149 Penal Militar y, consecuencialmente, se revoque el auto interlocutorio adiado 28 de junio de 2018 por medio del cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali decretare la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, para en su lugar disponer que dicho despacho continúe con el trámite establecido en el artículo 1° de la Ley 1058 de 2006, tomando, eso sí, las acciones pertinentes para evitar que opere la prescripción de la acción penal.

Una decisión de esta naturaleza no es óbice para llamar la atención en punto a la falta de pesquisa judicial sobre la ausencia del servicio protagonizada por el aquí procesado a partir del día 14 de marzo de 2017 y por más de cinco días consecutivos, falencia sobre la cual el antes citado juez de conocimiento deberá tomar la acción que corresponda dentro de su órbita funcional.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE

PRIMERO: ATENDER los argumentos de la apelante, abogada MDB, en su condición de Fiscal 149 Penal Militar y, en consecuencia, **REVOCAR** el interlocutorio adiado 28 de junio de 2018 por medio del cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali decretare la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, ello dentro del proceso penal adelantado en contra del AB (R) JSNA por la presunta comisión del delito de deserción, de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de esta decisión judicial.

SEGUNDO: En firme la presente decisión de conformidad con la normatividad penal aplicable al rito procesal penal militar[73], vuelva la actuación al juzgado de origen, para lo de su competencia, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría común de la Corporación.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

---

[73] Ley 600 de 2000, articulo 187, ***"EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS.*** *Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente".

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	158981
Procedencia:	Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá
Procesado:	PT. JFJP
Delito:	Abandono del puesto
Motivo de alzada:	Apelación auto que negó conceder la prisión domiciliaria
Decisión:	Confirma decisión.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por la defensa del PT. JFJP contra el auto interlocutorio de calenda 5 de diciembre de 2019, por medio del cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá negó sustituir la pena privativa de la libertad por la prisión domiciliaria,

dentro del proceso en el que se le condenó por el delito de abandono del puesto.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Fueron resumidos en la sentencia condenatoria, así:

> *"Son puestos en conocimiento de la Justicia Penal Militar, por el señor Capitán JTCR Comandante para la época de la Estación de Policía Envigado de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, mediante informe calendado 15 de diciembre de 2014, en el cual afirma, que al pasarle revista a eso de las 05:10 horas de la mañana de la fecha indicada al servicio policial denominado "Puesto de Información Escobero" localizado en jurisdicción del CAI "Las Cometas", encontró dormido al señor Patrullero JFJP quien era el encargado de ese servicio, el cual estaba profundamente dormido al interior de la carpa descuidando su armamento, que tomó el Oficial y dejó guardado en consigna en el armerillo de la Estación de Policía Envigado."*[1].

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 Por los hechos que se vienen de referir, el PT. JFJP fue investigado, juzgado y vencido en juicio, por

[1] Folio 303 del C.O. 2

lo que mediante sentencia del 15 de mayo de 2018[2] fue condenado como autor del delito de abandono del puesto a la pena principal de doce (12) meses de prisión, sin beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; determinación contra la cual la defensa, inconforme, presentó recurso de apelación[3] que resolvió esta Sala de Decisión con ponencia de quien hoy cumple igual cometido, el 9 de septiembre de 2019[4], confirmando en su integridad el fallo de primer grado.

3.2 Encontrándose en trámite el cumplimiento de la pena, el abogado del justiciado solicitó[5] al juez de ejecución de penas sustituir la pena de prisión intramuros impuesta por la prisión domiciliaria, petición que le fue negada mediante proveído del 5 de diciembre del mismo año[6], contra la que el solicitante presentó recurso de apelación[7] que hoy ocupa la vista de este Juez Plural.

3.3. Previo a remitirse el expediente a la Colegiatura, el PT. JFJP fue capturado el 6 de febrero de 2020[8] y recluido, por virtud de este proceso, en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario CPMMSFFA en

[2] Folios 303 al 324 del C.O. 2.
[3] Folios 346 a 357 del C.O. 2
[4] Folios 374 a 411 de los C.O. 2 y 3.
[5] Folios 447 a 451 del C.O. 3.
[6] Folios 469 a 489 del C.O. 3.
[7] Folios 498 a 501 del C.O. 3.
[8] Folios 519 a 521 del C.O. 3.

Facatativá – Cundinamarca, lugar en el que se encuentra a la fecha.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para negar la concesión del sustituto penal, el *A quo* dijo que ello obedecía al hecho de que la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión no aparece regulado en la Ley 522 de 1999, ni en la Ley 1407 de 2010, y ello obedecía no a una omisión legislativa sino a razones de política criminal bajo el entendido que las infracciones que cometen los miembros de la Fuerza Pública tienen connotaciones diferentes, dado que se afectan deberes especiales.

A más de lo anterior, recordó, ha sido una postura pacífica la que en esa materia ha tenido el Tribunal Superior Militar y Policial; para el efecto citó los radicados 158542-048-XIV-102-PONAL del 28 de noviembre de 2018, con ponencia del TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ y 158520 0043-I-047-PONAL del 13 de diciembre de 2018, con ponencia del CN. (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA.

Con ese argumento, concluyó, tampoco es procedente el sustituto de la prisión domiciliaria, ni siquiera bajo los lineamientos trazados por la Corte Suprema de Justicia en el radicado 40282 del 5 de abril de 2017, con ponencia del DR. LUIS GUILLERMOS SALAZAR OTERO.

A renglón seguido, argumentó que tampoco es procedente la concesión del mecanismo sustitutivo en razón a que el condenado JFJP no reúne, conforme a la ley y la jurisprudencia, la condición de padre cabeza de familia.

En efecto, dijo: *"…si bien se avizora que los hijos del condenado han estado económicamente a su cargo, pero la dependencia de las menores no es exclusiva en este caso del padre y en este sentido, no podría concluirse, que aquellos menores se encuentran en un estado de abandono afectivo, económico, familiar y social, pues se encuentran en todo caso bajo la tutela de las señores NADE y SIMO, madres de los menores, de manera que si bien la ausencia del padre como consecuencia de la pena privativa de la libertad que cumplirá en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Facatativá, representa para sus hijos una merma en los cuidados y afecto que aquel le prodiga en calidad de progenitor, pero no se columbra que por este hecho sus hijos se hallen en una situación irregular de abandono total o parcial o en peligro físico o moral ante la ausencia del condenado JFJP."*[9].

Finalmente, señaló que tampoco es procedente la concesión del beneficio penal bajo el argumento que JFJP es cabeza de hogar, pues esta condición no la logró acreditar; además, si bien es cierto éste tiene obligaciones con MIPM, ésta no hace parte de la

[9] Folios 484 a 485 del C.O. 3.

población considerada de la tercera edad, pues tal condición se adquiere a partir de los 57 años, por una parte, y por la otra, aun cuando es verdad, a partir del informe médico ocupacional, que la señora padece de artritis reumatoidea, ello *per se* no la hace ser una persona incapaz físicamente o con un impedimento tal que no pueda desempeñarse laboralmente y asumir su propio sustento, amén que conforme al sistema ADRES se conoce que ella está cubierta por el régimen subsidiado de salud y en esa dirección puede asistir a los controles y tratamientos sugeridos en el informe médico ocupacional.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El apelante pidió revocar el auto apelado y en su lugar conceder a su cliente la sustitución de la pena privativa de la libertad por la prisión domiciliaria, considerando que aun cuando el código penal militar no contempla la figura, el tema fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado 40282 del 5 de abril de 2017, con ponencia del DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

Expresó que lo que busca es que se materialice la prevalencia de los derechos de los menores hijos de su representado, IJD, de 2 años de edad, y JJJM, de 1 año de edad, quienes dependen económica de él, pues, aunque tienen su madre ésta no cuenta con los recursos

económicos suficientes para sufragar la manutención de aquellos.

Argumentó que su representado tiene la condición de padre cabeza de familia, por cuanto: "*Tiene a cargo la responsabilidad alimentaria de los menores IJD(02) años y JJJM (01) años). 2. Su responsabilidad es de carácter permanente, puesto que no puede sustraerse de esta obligación y es la preocupación por cumplirla, que motiva a mi representado para acudir a los honorables magistrados a través de este recurso de alzada. 3. Las madres, aunque no los hayan abandonado no están en capacidad de satisfacer las necesidades alimentarias de los menores. 4. Existe el riesgo de que los menores afronten serias afugias, que atente contra sus derechos superiores, ya que las madres no están en capacidad de asumir la totalidad de la responsabilidad alimentaria, siendo un motivo poderoso la carencia de empleo. 5. Tanto la familia de mi representado como la de las madres, son personas humildes, que no están en condiciones de sustituir a mi representado en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias.*"[10].

Agregó, que también es un imperativo para su poderdante, por virtud del principio de solidaridad, velar por el cuidado de su madre quien hace parte del régimen subsidiado y vive en condiciones de precariedad, que, aunque no es de la tercera edad tiene dificultades para conseguir empleo en razón a la edad que tiene.

[10] Folio 500 del C.O. 3.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 11 Judicial II Penal solicitó decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto por medio del cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá asumió el conocimiento de este asunto como Juez de Ejecución de Penas, en virtud a que los hechos se presentaron en Envigado – Antioquia y la competencia para adelantar el juicio era del Juez de Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, como en efecto ocurrió, no obstante que la sentencia haya sido suscrita en Bogotá, por lo mismo era ese despacho al que le correspondía ejercer como Juez de Ejecución de Penas y no al Juez de Instancia de la Metropolitana de Bogotá.

En efecto, dijo: *"…como la solicitud de la defensa de conceder a su defendido prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión conoció el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, con función de ejecución de penas y medidas de seguridad, resulta palmario que éste Despacho Judicial carecía de competencia para decidir al respecto, toda vez que no conoció del proceso en primera instancia, por manera que en este caso concreto se presenta la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 388 de la Ley 522 de 1999, vigente aún en su parte procesal, en virtud de la falta de competencia del juez, la cual no puede subsanarse sino a través de la declaratoria de nulidad, a partir del*

auto en que el aludido Juzgado asumió el conocimiento del presente proceso."[11].

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por la defensa, de conformidad con el artículo 283.3 de la Ley 522 de 1999, la que se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 de la misma obra, de tal suerte que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el impugnante, salvo la nulidad y los inescindiblemente vinculados a la investigación.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para empezar, es necesario precisar que como el delegado del Ministerio Público para esta Instancia, en su concepto de rigor, advirtió la ocurrencia de una posible irregularidad con vocación de nulidad, será este entonces el primer abordaje temático que la Sala hará, de una parte, porque no solo le es permitido a los sujetos intervinientes en el trámite del diligenciamiento hacer planteamientos de esa índole en cualquier estado del proceso, con las excepciones de ley, sino que, además, también es un deber de la judicatura decretarlas cuando su ocurrencia se avizore, tal como está mandado en el canon 389 de la Ley 522 de

[11] Folio 500 del C.O. 3.

1999, lo cual, valga la pena aclarar, no significa que ello haya acontecido, pues será por esa misma razón la primera constatación que se realizará.

Y, de la otra, porque la competencia de la Corporación no solo está restringida a la revisión de los aspectos impugnados[12], sino también a aquellos que inescindiblemente estén ligados al objeto de la apelación y en la misma forma a la verificación de *"(…)la existencia de vicios que afectan la estructura del debido proceso o las garantías de los intervinientes en la actuación procesal, así como el señalamiento de la consecuencia procesal inmediata de una tal situación, aun cuando tales temas no formaran parte de los motivos de la impugnación."*[13].

Lo expresado conlleva a sostener que es imperioso hacer un estudio previo de los presupuestos de validez del trámite sometido a escrutinio, habida cuenta que no se puede adoptar una decisión cuando medien actos procesales que hagan ineficaz la actuación cumplida y sometida a conocimiento de la segunda instancia, máxime cuando, como en este caso, se repite, el Agente Social para esta Instancia así lo planteó.

En efecto, para el delegado del Ministerio Público en este asunto se desconoció el mandato contenido en el

[12] Artículo 583 de la Ley 522 de 1999.
[13] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 22855 del 25 de mayo de 2005.

canon 584 de la Ley 522 de 1999, el cual dispone que el competente para ejecutar la sentencia definitiva es el juez penal militar y policial que conoció del proceso en primera instancia, por lo que, habiendo sido el juez de conocimiento de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá quien sentenció al acusado, mal podía el juez de instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá decidir la petición de sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria que realizó la defensa del condenado.

Ciertamente el dispositivo referido determinó que el juez de instancia que conoció del proceso en primera o única instancia es al que le corresponde ejecutar la pena, sin embargo, se aprecia que el procurador delegado pasó por alto que del folio 267 a 275 del cuaderno original 3, obra la Resolución 00291 del 1 de junio de 2017, por medio de la cual la directora ejecutiva de la Justicia Penal Militar y Policial, en ejercicio de las facultades que rigen la función administrativa, en especial la conferida por el artículo 209 de la Constitución Política y la Resolución Ministerial N° 1295 de 2004, dispuso asignarle al Juzgado de Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá el conocimiento de los asuntos que estuviera tramitando el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá.

Bajo ese mandamiento, se determinó: "*Realizar la entrega de los procesos activos, inactivos y causas en ejecución, que cusan en el Juzgado de Policía Metropolitana Valle de Aburrá con sede en Medellín – Antioquia al Juzgado de Policía Metropolitana Bogotá con sede en Bogotá D.C., quien las conocerá en el estado en que se encuentren, así como su archivo.*"[14].

Como se aprecia, la actuación que surtió el juzgado de instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá se dio en el ejercicio legítimo de su competencia, a partir de lo dispuesto en la anotada resolución.

Aclarado como quedó que en este caso no existe actuación procesal que adolezca del vicio alegado por el Delegado Social, lo consiguiente será realizar el estudio del objeto del recurso que como se anotó, está encaminado a que se conceda el mecanismo sustitutivo de la pena de prisión por prisión domiciliaría.

Para el logro de su pretensión, el recurrente insistió en que la medida era procedente por cuanto el tema ya había sido, según sus palabras, decantado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a través del radicado 40282 del 5 de abril de 2017, con ponencia del DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

[14] Folio 275 del C.O. 3.

En la decisión que trajo el jurista, la Corte le reconoció a la condenada el mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, a partir de la comprensión de los fines de la pena que están consagrados en el artículo 17 de la Ley 522 de 1999 y por aplicación del principio de analogía, del que se abstrae que donde hay la misma razón de hecho debe existir la misma razón de derecho, interpretación bajo la cual determinó que:

> *"Ahora bien el carácter especial que identifica a la justicia penal militar, en razón a los sujetos para los cuales está destinada y a la descripción de tipos penales propios a su naturaleza, no constituye impedimento alguno para que en atención a la función de la pena privativa de la libertad, la prisión domiciliaria regulada en el Código Penal Ordinario pueda otorgarse a los miembros de la fuerza pública que habiendo cometido delitos relacionados con el servicio deben ser investigados y juzgados bajo los lineamientos del Código de Justicia Penal Militar.*
>
> *(…)*
>
> *La prisión domiciliaria en condición de pena sustituta reglada en el artículo 38 del Código Penal, es compatible con los derechos humanos y la dignidad humana del condenado, al permitir que la prisión se cumpla sin el rigor inherente al centro*

carcelario y sin desarraigo de su entorno familiar en condiciones que facilitan su rehabilitación e incorporación a la sociedad en un mayor grado, por las múltiples ventajas derivadas del sustituto fundado en la idea de la reinserción social de quien ha delinquido.

De ese modo, si la pena en el derecho penal militar al igual que en la jurisdicción penal ordinaria cumple funciones preventivas, resocializadoras y protectoras, las cuales según lo dicho justifican la existencia de la prisión domiciliaria, es viable que en razón del fin de la sanción penal a ella puedan tener derecho los miembros de la fuerza pública juzgados por delitos cometidos en relación con el servicio, siempre que cumplan los requisitos fijados en el Código Penal ordinario para tener derecho a dicho sustituto.

Con fundamento en lo dicho, no existen razones que justifiquen tratamiento diferenciado en la ejecución de la pena, ya que quienes son sujetos del Código Penal ordinario y del Código Penal Militar, tienen derecho en los términos previstos en cada uno de ellos a los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la libertad condicional, de modo que nada explica que los segundos no puedan ser beneficiarios de la prisión

domiciliaria a partir de la función asignada a la pena en uno y otro código."[15].

La regla de interpretación jurídica que se trazó en la aludida decisión, indica que la prisión domiciliaria en la justicia penal militar tiene cabida, dentro de los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, más allá de su no consagración en el Código Penal Militar y Policial, por virtud de los fines previstos para la pena tanto en el Código Penal Ordinario como el Instrumento Penal Militar, en acatamiento del principio de analogía consagrado en el artículo 12 de la Ley 522 de 1999.

No obstante el argumento defensivo, vemos que para el juez de la causa la petición no tiene lugar a partir de las directrices sentadas en la aludida jurisprudencia, fundamentalmente porque el subrogado de la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad no aparece consagrado en la Ley 522 de 1999, ni en la Ley 1407 de 2010 y ello es así no por omisión legislativa sino por voluntad del legislador dentro del diseño de la política criminal querida para esta jurisdicción.

Pues bien, sin mayor esfuerzo puede la Sala anunciar desde ya, con relación a este punto, que la razón se

[15] Corte Suprema de Justicia, radicado 40282 del 5 de abril de 2017, MP. DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

pone del lado de la judicatura en tanto que sus argumentos respetan los procedentes verticales y horizontales que sobre la materia se han trazado.

Empecemos por recordar, que conforme a la doctrina constitucional *"Por precedente*[16] *se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de* ***(i)*** *patrones fácticos y* ***(ii)*** *problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.*[17] *La anterior noción, se ha adoptado en sentencias como la* ***T-794 de 2011***[18]*, en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:*

---

[16] Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro "Desencanto para abogados realistas", el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones; (i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y **(iv) precedente- ratio decidendi consolidada** o precedente orientación. Este último hace referencia a *"es la ratio decidenci por hipótesis común a -y repetida en- una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (…) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo , con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir ahora,(…)".* Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

17 El precedente, se diferencia del antecedente en que este último se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[18] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

> *"(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente."*[19]*"*[20].

De la misma manera conviene referir, que la jurisprudencia Constitucional ha distinguido dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, según la autoridad de la que emanan, en los siguientes términos:

> *"Ahora, la Corte ha diferenciado dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el* ***horizontal*** *y el* ***vertical.***[21] ***El primero*** *hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial.* ***El segundo,*** *se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que*

[19] Cfr. sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio. Ver también las sentencias T-1317 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[20] Corte Constitucional, sentencia T-360 de 2014, MP. DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
[21] Ver entre otras, sentencias T-794 de 2011 M.P. JORGE IVÁN PALACIO, T-082 de 2011 M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, T-209 de 2011 M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

> *deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción[22]. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.[23]"[24].*

Lo anterior era del caso expresarlo porque, contrario a lo sostenido por el libelista, la Corte Suprema de Justicia sí ha manejado una línea jurisprudencial amplia, reiterada y de tiempo atrás, en punto de la negativa de conceder la prisión domiciliaria como un mecanismo sustitutivo de la pena de prisión en nuestra jurisdicción especial, bajo el argumento que por razones de especialidad y por política criminal el mecanismo penal no fue considerado en nuestra codificación, sin que ello comporte transgresión a las normas superiores; miremos:

> *"1.- Radicado 20748 del 1 de junio de 2005, resolvió una acción de tutela que reclamaba a través del principio de igualdad la remisión a la*

[22] Ver entre otras, T-123 de 1995, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, T-766 de 2008 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA y T-794 de 2011 M.P. JORGE IVÁN PALACIO.
[23] Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, T-161 de 2010 M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y T-082 de 2011 M.P, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
[24] Corte Constitucional, sentencia T-360 de 2014, MP. DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Ley 599 de 2000 para la aplicación de la prisión domiciliaria y la libertad vigilada, al respecto concluyó la alta Corporación que no era procedente toda vez que el régimen penal militar cuenta con una regulación propia y especial de sus institutos penales que deriva del artículo 221 de la Constitución, así que no es aceptable tratar de acudir al derecho a la igualdad para equiparar los códigos penales militares con los ordinarios [25].

2.- Radicado 31455 del 14 de junio de 2007, en este fallo se señaló que no es posible conceder la prisión domiciliaria como pena sustitutiva en la justicia penal militar por la especialidad de que goza la jurisdicción penal castrense[26].

3.-Radicado 40893 del 19 de marzo de 2009, consideró que fue acertada la postura de los accionados por cuanto no existe norma que obligue equiparar los códigos penales militares frente a los ordinarios, señalando que no existe vacío legal frente a la pena sustitutiva que pueda ser llenado acudiendo a la norma penal común dado que se trata de regímenes penales distintos[27].

4.-Radicado 75350 del 28 de agosto de 2014, negó la concesión de la prisión domiciliaria a una accionante uniformada que alegó ser madre cabeza

[25] Corte Suprema de Justicia, Sala de tutelas, Radicado No.20748 del 1 de junio de 2015.
[26] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (Acción de tutela), Radicado 31455 del 14 de junio de 2007, MP. MARINA PULIDO DE BARÓN.
[27] Corte Suprema de Justicia, Sala de tutelas, Radicado No.40983 del 19 de marzo de 200. MP. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMAN.

de familia, aduciendo que la negativa en conceder lo solicitado no era contraria al ordenamiento jurídico ni violatoria de ningún derecho fundamental, toda vez que la decisión fue sustentada en fallos de tutela anteriores como el Radicado 20748 de 2005, 28840 de 2006, 29501 y 31455 de 2007 de la Corte Suprema de Justicia[28].

5.-Radicado STC15304 del 4 de noviembre de 2014, donde se avaló la decisión de los accionados (Juzgado de Instancia y Tribunal Superior Militar) al negar la concesión de la prisión domiciliaria al accionante por cuanto la negativa en conceder la pena sustitutiva reflejaron un criterio razonado ajustado a la ley y a los precedentes judiciales[29].

6.-Radicado 57493 del 4 de febrero de 2015, concluyó que la decisión de negar la pena sustitutiva de prisión domiciliaria no causó un perjuicio irremediable al accionante, como quiera que las decisiones demandadas obedecieron a una argumentación razonable y ajustada a la hermenéutica establecida sobre el tema[30].

7.- Radicado STC15738 del 17 de noviembre de 2015, reiteró que no era procedente la aplicación de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal

[28] Corte Suprema de Justicia, Sala de tutelas, Radicado No.75350 del 28 de agosto de 2014, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.
[29] Corte Suprema de Justicia, Sala de tutelas (Sala civil), Radicado STC15304, Mp. MARGARITA CABELLO BLANCO.
[30] Corte Suprema de Justicia, Sala de tutelas, Radicado 57493 del 4 de febrero de 2015, Mp. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ.

militar como pena sustitutiva toda vez que el artículo 221 constitucional, el artículo 195 de la Ley 522 de 1999 y el artículo 171 de la Ley 1407 de 2010 que se complementan con la jurisprudencia constitucional justifican la improcedencia de esa pena sustitutiva. Igualmente señaló que en temas de punibilidad no existen vacíos en la ley penal militar que deban ser suplidos haciendo remisión a la ley ordinaria, resaltando que tampoco hay violación al principio de igualdad y favorabilidad del condenado por razones del fuero militar[31]*.”*[32]*.*

Al ser entonces las reglas jurídicas de interpretación consagradas en las plurales decisiones de la alta Corporación que se vienen de citar, consistentes, generalmente acogidas, consolidadas y afianzadas, y por tanto con vocación de criterio dominante de interpretación, su estructura las convierte no solo en precedentes, sino también en verdadera doctrina probable, en los términos consagrados en la Ley 169 de 1896 y en los que la Corte Constitucional le ha otorgado, conforme a la sentencia C-836 de 2001.

No olvidemos que para que una decisión de las altas cortes constituya verdadero precedente es mandado que reúna los siguientes requisitos:

[31] Corte Suprema de Justicia, Sala de tutelas, Radicado STC15738 del 17 de noviembre de 2015, MP. MARGARITA CABELLO BLANCO.
[32] Tribunal Superior Militar, radicado 158542-048-XIV-102-PONAL del 28 de noviembre de 2018, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.

> *"(…)(i) que sea consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que esté plenamente consolidada o afianzada, como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos"*[33].

A partir de allí, dichos precedentes han sido acogidos de manera pacífica y reiterada por parte de este Tribunal de Justicia Penal Militar y Policial. En la línea judicial, al efecto, encontramos los radicados: 158250-0034-XIV-088-EJC del 14 de abril de 2016, con ponencia del TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; 158207-0010-I-010/030-PONAL del 12 de julio de 2016, MP. CN (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA; 158374-XV-263 ARC del 20 de junio de 2017, con ponencia de quien hoy cumple igual cometido y 158542-048-XIV-102-PONAL del 28 de noviembre de 2018 con ponencia del TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, entre otras.

[33] Corte Constitucional – Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013.- MP: DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Para el asunto, resulta conveniente evocar que esta misma Sala de Decisión, con ponencia de quien hoy ejerce la misma función, en una pasada oportunidad cuando resolvió un recurso de apelación y se peticionó la concesión de la pena de prisión como mecanismo sustituto de la pena de prisión con fundamento en las directrices sentadas en la sentencia que hoy en este caso presenta el apelante, dijo:

> *"8.2 Ahora bien, en lo que toca con la pretensión subsidiaria encaminada a que se le conceda la prisión domiciliaria, como mecanismo sustitutivo de la pena aflictiva, amparado en la decisión que sobre el particular profirió la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 40282 con ponencia del DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, habrá entonces que decirse lo siguiente:*
>
> *No existe discusión, conforme a los cánones 234, 237 y 241 de la Carta Superior, que, a la Corte Constitucional, a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado les corresponde unificar la jurisprudencia en cada una de las respectivas jurisdicciones, por tanto, sus decisiones constituyen precedente judicial de obligatorio cumplimiento, por virtud del respeto a los principios de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe.*

En esa medida, siendo el precedente "la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"[34], su caracterización, cuando quiera que ella reúna los presupuestos cualitativos y cuantitativos[35], se erige en verdaderos límites al ejercicio autónomo e independiente de la actividad judicial.

Sobre el particular así lo ha referido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

> *"Ahora, no se trata apenas de que la ratio decidendi de una determinada decisión por sí misma constituya precedente jurisprudencial, pues para que tal suceda, es necesario combinar criterios cuantitativos y cualitativos.*
>
> *Los primeros dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.*
>
> *A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas*

[34] Sentencia SU-053 de 2015.
[35] Radicado 29877 del 1° de agosto de 2011, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera."[36].

Así las cosas, estima la Sala que la decisión de la Corte Suprema de Justicia vertida en el radicado 40282 con ponencia del DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, no constituye precedente obligado en tanto que ella no reúne los requisitos cuantitativos y cualitativos de los que atrás se hizo mención, menos aún, doctrina probable en los términos del artículo 4° de la Ley 169 de 1896.

En primer lugar, porque se trata de una sola decisión que se marginó de la posición decantada que traía la Alta Corporación, la que de manera reiterada y pacífica había negado la concesión de tal beneficio en esta jurisdicción especial, en la que por política criminal el legislador no quiso incorporarla para los miembros de la Fuerza Pública, sin que por ello se haya trasgredido principios o valores superiores.

En segundo lugar, porque la anotada decisión no asumió el estudio detallado de la problemática al punto que a partir de esa nueva intelección se derruyeran y recogieran las posturas que

[36] Radicado 29877 del 1° de agosto de 2011, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

decantadamente manejaba la Corte, como para que de esa forma, sí, la nueva interpretación pudiera servir de guía para la resolución de los casos posteriores.

Bajo la anterior comprensión y entendiendo que la decisión de la Corte Suprema de Justicia atrás comentada, que soportó el pedido del recurrente, no se constituye en fuente obligada, la Sala confirmará como en otras ocasiones lo ha hecho y como decantadamente lo ha sostenido la jurisprudencia del máximo órgano de cierre en lo penal, que la prisión domiciliaria no tiene cabida en nuestra jurisdicción.

No sobra decir que la postura decantada de la Corte ha sido respetada por esta Colegiatura Militar y Policial que en plurales decisiones ha resuelto negar los pedidos de esa naturaleza. Al respecto, vale la pena rememorar las razones por las cuales esta misma Corporación, con ponencia del Magistrado TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, en un caso anterior de similares características al que ahora nos ocupa resolvió negar la anotada pretensión, las cuales hoy perviven:

> ***"8.2.- De la Improcedencia de la Prisión Domiciliaria como Sustitutiva de la Prisión en la Jurisdicción Penal Militar. -***

Esta Corporación ha sostenido reiterativamente la improcedencia de aplicar la prisión domiciliaria dentro de la jurisdicción foral, teniendo en cuenta que la Justicia Penal Militar es una jurisdicción especial y autónoma dada la condición funcional de sus destinatarios y los bienes jurídicos protegidos, entronizada en el sistema jurídico por la libertad de configuración legislativa atribuida al Congreso de la República en virtud del mandato constitucional (Constitución Política, arts.116 inc.1 y 221)[37]*.*

En esas condiciones, el legislador en ejercicio de dicha potestad (C. Const. Rad. C-073 feb.2010)[38] *y por razones de política criminal*

---

[37] Artículo 116. Constitución Política de Colombia. *"La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar."*
Artículo 221. Constitución Política de Colombia. *"De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.*
En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.
La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública."

[38] Radicado C-073 del 10 de febrero de 2010, MP. HUMBERTO SIERRA PORTO, Corte Constitucional. *"Finalmente, la Corte precisa que el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa al momento de diseñar el proceso penal, y por ende, de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales. Lo anterior por cuanto no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético-políticas*

decidió excluir la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión en la Jurisdicción Penal Militar; razón suficiente por la que dicho instituto no encuentra aplicación al interior de la jurisdicción castrense, máxime cuando se trata de delitos respecto de los cuales, dada la entidad del bien jurídico que se busca proteger con el tipo penal, se excluye la concepción de subrogados penales como la libertad provisional y la condena de ejecución condicional (Arts. 71 y 539-1 Ley 522 1999). Frente al particular la Honorable Corte Constitucional (C. Const. Rad. C-709 sept.2002), señaló:

"El derecho penal militar es un derecho especial en que la mayoría de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, supone la infracción grave de los deberes especiales que se encuentran relacionados con la disciplina a la cual se encuentran obligados los militares y con los deberes especiales en relación con el servicio, precisamente por ello, el legislador les ha otorgado un plus de antijuridicidad excluyéndolos de los beneficios o subrogados penales.

Al respecto es importante recordar que esta Corporación al analizar aspectos del principio de igualdad y las diferencias de punibilidad

---

y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas. En efecto, el legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional."

entre hechos punibles en la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria, expresó que un tratamiento diferenciador puede partir del supuesto de la mayor o menor entidad del hecho punible o del grado de la lesión de los bienes jurídicos tutelados "también la alternativa puede depender de la mayor o menor importancia que el legislador confiera a los bienes que se busca proteger, o del grado de culpabilidad que denote la conducta descrita. De cualquier manera, la opción mencionada dependerá del concepto valorativo del legislador respecto de estos elementos, valoración que, a su vez, estará condicionada por las circunstancias históricas, políticas y sociales que pueden llevar al legislador, como en efecto ha sucedido, a considerar que una conducta que hoy es delictiva, mañana pueda ser tenida como contravencional o viceversa"[39].

Así las cosas, el legislador al excluir del beneficio de la ejecución condicional de la sentencia, de la libertad provisional, de exceptuar de la posibilidad de prestar caución juratoria o prendaria y de establecer la procedencia de la detención preventiva para los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional y contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria, buscó como finalidad

[39] Radicado C-361 del 02 de abril de 2001, MP. DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Corte Constitucional.

desestimular la comisión de estos delitos en los miembros de la Fuerza Pública, dada la misión constitucionalmente otorgada a las Fuerzas Militares, la cual exige una alta calidad operativa, de suerte que se puedan verificar los fines esenciales del Estado como son, entre otros, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

No encuentra la Corte que las normas acusadas resulten discriminatorias, ni que se violen los principios de proporcionalidad y racionalidad, como lo afirma el actor, como quiera que los objetivos de las normas cuestionadas se encuentran ajustados plenamente a los fines constitucionales para cuya efectividad se encuentran instituidas las autoridades de la República (art. 2 C.P.).

La diferencia de trato entre los delitos intrínsecamente militares y los tipos penales comunes que también pueden ser cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en relación con el servicio, no puede ser analizada solamente desde el aspecto punitivo como lo hace el demandante, pues dada la complejidad que pueden alcanzar los asuntos de la defensa nacional, imponen al legislador la observancia de otros aspectos o circunstancias como lo señaló la Corte en la sentencia C-361 de 2001, ya citada. Adicionalmente, hay que tener en

cuenta que la procedencia de los beneficios penales en los delitos comunes en que pueden incurrir los militares, requiere que la sanción impuesta sea de arresto o bien que no supere determinado tiempo de prisión (2 o 3 años), lo que significa que el legislador atendiendo precisamente la gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, restringe la procedencia de los subrogados penales también para esta clase de delitos.

Observa la Corte, que la disparidad de trato en cuanto a la procedencia de los subrogados penales se encuentra ajustada a fines constitucionalmente válidos, porque los delitos en los que se excluyen los beneficios penales, son aquellos que se encuentran directamente relacionados con la función asignada a los miembros de la Fuerza Pública, en tanto que los delitos que el actor cita como parámetros de comparación, a saber, el devastamiento, el saqueo y el peculado, si bien requieren la cualificación del sujeto activo de la conducta, no se encuentran directamente relacionados con las funciones asignadas a la Fuerza Pública.

Es claro para la Corte que el legislador, en ejercicio de la potestad configurativa de la ley puede diseñar y establecer la política criminal del Estado. Así, para erigir ciertas conductas en delitos, para determinar las penas que a ellos correspondan, para establecer subrogados penales, beneficios de carácter

administrativo en el cumplimiento de las penas, así como para indicar cuando es procedente la detención preventiva, o cuando se puede exceptuar esa medida de aseguramiento con la prestación de cauciones juratoria o prendaria, respecto de cuáles delitos y con qué requisitos puede concederse por el juez en algunos casos la libertad provisional o la condena de ejecución condicional, sin que por ello se viole la Constitución Política."[40]

Atendiendo a esa libertad de configuración legislativa, ni la Ley 522 de 1999 ni la Ley 1407 de 2010 instituyeron para la Jurisdicción Penal Militar el instituto de la prisión domiciliaria como sustitutivo de la pena de prisión, lo que denota la voluntad del Legislador Colombiano para no aplicar dicha figura en materia penal militar, como en efecto se concibió desde la comisión redactora del Código Penal Militar de 2010, cuando en una de sus sesiones expresó:

"(…) en la parte relacionada con capturas y medida de aseguramiento quedó exactamente igual como lo tenemos nosotros, no se consideró la detención domiciliaria por la naturaleza de la Fuerza Pública, por ser norma especial (…)"[41].

[40] Radicado C-709 del 03 de septiembre de 2002, MP. DR. ALFREDO BELTRAN SIERRA, Corte Constitucional.
[41] Actas Comisión Redactora Código Penal Militar (sesión del 27 de julio de 2005). Página 505.

En otras palabras, es indiscutible que la Ley Penal Militar actual no contempló el instituto de la prisión domiciliaria como subrogado o mecanismo sustitutivo de la pena intramural, razón por la cual, no es posible aplicarlo en la jurisdicción foral castrense dada la autonomía de éste régimen, así como la libertad de configuración del legislador, en relación con la facultad de dotar a cada ordenamiento (militar u ordinario) de instituciones propias, de contenido similar o diferente (C.Const.Sent.C-1068.oct.2001)[42]. Condición por la que la jurisprudencia ha afirmado la impertinencia de los ejercicios argumentativos orientados a establecer violaciones de garantías fundamentales, a partir de identificar diferencias entre uno y otro procedimiento (C. Const. Sent.T-677 ago.2002)[43] (CSJ. Rad.17709 jul.2004)[44].

Distinción que, en criterio de la Sala, no comporta vulneración a principios como el de igualdad, en tanto que a semejanza de lo que

---

[42] Radicado C-1068 del 10 de octubre de 2001, MP. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL. *"Dado que la propia Constitución contempla la existencia de un código penal especial para el juzgamiento de los militares en servicio activo y en razón de los actos cometidos en relación con el mismo servicio, y que por la naturaleza misma de los códigos, estos buscan regular de manera completa una materia, el Código Penal Militar contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que si bien debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y responde por consiguiente a los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, puede diferenciarse del mismo, cuando así lo exijan las especiales condiciones para las cuales está previsto, o cuando de tal diferencia no se derive detrimento de la Constitución."*

[43] Radicado T-677 del 21 de agosto de 2002, MP. DR. JAIME ARAUJO RENTERÍA, Corte Constitucional.

[44] Radicado 17709 del 21 de julio de 2004, MP. DR. HERNAN GALÁN CASTELLANOS, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, entre *otras.*

ocurre en la jurisdicción ordinaria con los delitos incluidos en el inciso 2 del artículo 68A de la Ley 599 de 2000[45]*, el legislador excluyo dichos comportamientos del beneficio de la prisión domiciliaria por la trascendencia social que registran. Eventos en donde, en criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el confinamiento intramural debe atender las funciones de la pena en sus componentes de prevención general, retribución justa y prevención especial, que en su orden, trasmiten a la comunidad el mensaje de la particular tutela y severidad de la sanción que envuelve la afrenta a un determinado bien jurídico, precisamente para que la sanción sirva de elemento disuasivo a quienes potencialmente pretendieran infringir la ley*[46]*.*

---

[45] "*Como corresponde a los delitos de delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal*".

[46] Sentencia del 31 de agosto de 2011, radicado 35153, MP. DR. SIGIFREDO ESPINOZA PÉREZ, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Situación que es precisamente la que ocurre con los tipos penales de función dentro de la jurisdicción penal militar, puesto que por tratarse de bienes jurídicos de contenido institucional su vulneración amerita el tratamiento intramural, precisamente por la relevancia que su comisión registra al interior de la comunidad castrense, en la medida que afectan la disciplina y el servicio y, por consiguiente, tanto el funcionamiento, como la existencia de la Fuerza Pública, así como, la finalidad constitucional que cumple, lo que resquebraja el ordenamiento institucional que comporta el Estado Social y Democrático de Derecho.

8.3.- De la Fuerza Vinculante del Precedente Jurisprudencial.

Rememorando los argumentos en los que el Juez Décimo Penal Militar de Brigada fundó su decisión de conceder la pena sustitutiva de prisión domiciliaria al condenado CT. DFIA (Sentencia fols.443-444)[47]*, se evidencia que pese a evocar sendos pronunciamientos jurisprudenciales tanto del Tribunal Superior Militar (TSM.Rad.157399 agos.2012) (TSM. Rad.156165 mar.2012) (TSM. Rad.157016 jun.2011), como de la Corte Suprema de Justicia (CSJ. SP. Rad.20748 jun.2005) (CSJ. SP. Rad.28840 Dic. 2006) en los que se negó dicho*

[47] Sentencia del 13 de junio de 2017 -folios 443 y 444- Juzgado 10° Penal Militar de Brigada.

beneficio, el A Quo optó por acoger la novísima y única decisión de esta última (CSJ. Rad.40282 abr.2017)[48]*, que consideró viable la prisión domiciliaria en esta jurisdicción.*

Frente a ello, estima la Sala prudente acotar que en anteriores y reiterados pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han señalado de manera pacífica que no es posible aplicar el referido instituto en la Justicia Penal Militar, dado que no se presenta un vacío legal que amerite ello, pues en tratándose de una jurisdicción especial en la que se debe tener en cuenta la calidad de los sujetos destinatarios de la norma y las misiones asignadas por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública, no necesariamente debe contener una regulación idéntica a la establecida en las normas que regulan la jurisdicción ordinaria, y no por ello se puede predicar vulneración de derechos fundamentales.

Conviene precisar que el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, norma aún vigente, prevé que, "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso que juzgue erróneas las decisiones anteriores", esto es,

[48] Radicado 40282 del 05 de abril de 2017, MP. DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

fija los presupuestos para que una decisión de la Corte Suprema de Justicia pueda ser considerada como doctrina probable (C. Const. Rad.C-836 ago.2001)[49].

Así las cosas, se debe señalar que la sola razón de ser de una decisión, no constituye doctrina probable, pues se requiere de la existencia de un conjunto de decisiones del Supremo órgano unificador que, de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema concreto de derecho y lo desarrollen (factor cuantitativo), en el que efectivamente se asuma el estudio detallado de una cuestión problemática, y que, esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera, dada la trascendencia y consecuencias de esas decisiones (factor cualitativo)(CSJ.SP. Rad.29877 ago.2011)[50].

---

[49] Radicado C-836 del 09 de agosto de 2001, MP. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL, Corte Constitucional. "*(…) siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión*".

[50] Radicado 29877 del 1° de agosto de 2011, MP. DR. JAVIER ZAPATA ORTÍZ, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia "*(…) Ahora, no se trata apenas de que la ratio decidendi de una determinada decisión por sí misma constituya precedente jurisprudencial, pues para que tal suceda, es necesario combinar criterios cuantitativos y cualitativos.*
Los primeros dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.
A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera."

Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, han precisado la independencia, autonomía y especialidad de la Justicia Penal Militar, dada la existencia de una legislación íntegra y autónoma en el Código Penal Militar, tanto en materia sustantiva como procesal, precisando que tales regulaciones pueden ser distintas a las contenidas en el código penal y de procedimiento penal ordinarios, sin que por esa sola diferencia resulten contrarios a la Constitución Política o se pueda alegar una situación de desigualdad, razones por las cuales consideran que no se presenta ningún vacío legal en estas disposiciones, por tanto, no se hace necesario traer institutos o figuras jurídicas reguladas en otras disposiciones.

A manera de ejemplo, se estima prudente relacionar las decisiones más relevantes: de la Corte Constitucional, sentencias, C-358 de 1997, C-368 de 2000, C-709 de 2002, C-228 de 2003, C-073 de 2010, T-677 de 2002 y T-011 de 1999; de la Corte Suprema de Justicia las sentencias proferidas en los radicados, 11660 del 18 de julio de 2001, 17709 del 21 de julio de 2004, 25392 del 23 de enero de 2008, 29501 de 2007, entre otras, y en sede de Tutela radicados 20748 del 1° de junio 2005, 31455 del 14 de junio de 2007, 75350 del 28 de agosto de 2008, 40893 del 19 de marzo de 2009, STC15034 del 4 de noviembre de 2014, 57493 del 4 de febrero de 2015, 82103 del 29 de septiembre de

2015, STC15738 del 17 de noviembre de 2015, entre otras, decisiones que niegan el beneficio de prisión domiciliaria para esta jurisdicción, siendo las cuatro últimas posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014 que reformó el código penal (Ley 599 de 2000) y el código penitenciario y carcelario (Ley 65 de 1993).

Queda claro, entonces, que la decisión de la Corte Suprema de Justicia con radicado 40282 del 5 de abril de 2017, es el único pronunciamiento que en contravía a la línea jurisprudencial trazada en precedencia, avaló la concesión de la prisión domiciliaria en esta jurisdicción, pero ésta, pese a ser una sentencia del órgano de cierre de la Jurisdicción Penal Militar como Tribunal de Casación, por sí sola no tiene la virtualidad de constituirse en doctrina probable, ni en precedente judicial con fuerza vinculante, en cuanto no reúne aún los criterios cuantitativos y cualitativos, referidos en la jurisprudencia que aquilata el precedente judicial.

Así las cosas, verificado como quedó que las razones de la revocatoria se encuentran amparadas por el marco legal que rige la figura de la prisión domiciliaria y reiterando el criterio de la Corporación con fundamento en la línea jurisprudencial que se ha trazado frente a la negativa a otorgar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en la Justicia

> *Penal Militar, la Sala confirmará la revocatoria de dicho beneficio al condenado CT. DFIA tal como lo hiciera el A Quo en la parte resolutiva del proveído impugnado."*

Coherentes con la línea de pensamiento que nos viene guiando, este Juez Plural no encuentra alternativa distinta que denegar las pretensiones del recurrente, en contraposición con la postura asumida por el Ministerio Público ante esta instancia."[51].

La postura que se acaba de citar de manera extensa, confirma el criterio de interpretación que sobre la materia de análisis tiene y mantiene esta Corporación Judicial, en respeto no solo al precedente vertical que atrás se reseñó, sino al propio.

Guiados por el anterior análisis, la Sala reitera su postura, en punto de que la decisión de la Corte Suprema de Justicia producida dentro del radicado 40282 del 5 de abril de 2017, con ponencia del DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, no puede asumirse como doctrina decantada o precedente jurisprudencial, como lo pretende el accionante, pues la regla normativa allí sentada no solo no es idéntica y uniforme con las que atrás se citaron, sino que tampoco está plenamente consolidada y afianzada, como sí lo están las reglas

[51] Tribunal Superior Militar y Policial, radicado 156962-XV-331 PONAL del 5 de diciembre de 2018.

jurídicas trazadas en los pronunciamientos antes reseñados, a partir de los cuales se conoce el verdadero sentido de la norma, sus alcances y efectos para la resolución de asuntos de esta naturaleza.

Desde esa perspectiva, es nítido que el argumento del apelante no tiene vocación de prosperidad, en tanto que, como atrás se consignó, la providencia recurrida, sobre el aspecto analizado, guarda coherencia jurídica con la jurisprudencia acuñada.

Ahora bien, debe la Sala precisar que la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, dentro de las prerrogativas jurídico penales consagradas en la codificación penal militar y policial, no tiene cabida, por virtud del principio de estricta legalidad de la pena, al no tener regulación alguna en nuestro código, tal como así lo ha entendido la jurisprudencia citada tantas veces atrás.

Sin embargo, una cosa es que el mecanismo no encuentre consagración en el Código Penal Militar y que por tanto no tenga operancia, bajo la comprensión de ser una prerrogativa jurídico penal, y otra bien distinta es que no tenga cabida bajo la teleología de la Ley 750 de 2002.

La prisión domiciliaria, como prerrogativa jurídico penal o como mecanismo sustitutivo de la pena de

prisión, encuentra su sustento en las finalidades que están previstas para la pena, pero, la prisión domiciliaria consagrada en la Ley 750 de 2002 tiene una naturaleza y comprensión distinta, que no de privilegio jurídico penal, sino de mecanismo de apoyo especial a un grupo poblacional que demanda una protección especial, así lo entendió la jurisprudencia penal, revisemos:

> *"De la armonización de estas dos leyes se extrae que la prisión domiciliaria bajo la modalidad de madre cabeza de familia opera cuando la condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el único soporte de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de trascribir.*
>
> *La anterior conclusión se aviene a los argumentos expuestos en el Congreso de la República durante el trámite de discusión de la referida ley:*
>
> > *En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto, es un hecho reconocido que los hijos menores* ***y otras personas incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia recluida****, quedan desamparados y a merced de las más nefastas influencias de la*

> *sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer recluida, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido.*[52]
> (…)
>
> *Este especial apoyo se dirige a permitir que la mujer cabeza de familia recluida,* ***pueda reintegrarse de facto a su círculo familiar***[53] *a fin de desempeñar el rol que le corresponde, mediante la figura de la "pena sustitutiva de prisión domiciliaria" y su relacionada medida de aseguramiento denominada "detención domiciliaria" y/o mediante la redención de su pena, encuéntrese o no recluida en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario.*[54]*"*[55]*.*

De lo analizado se abstrae que la Ley 750 de 2002 no buscó reformar los mecanismos sustitutivos consagrados en los instrumentos penales, tanto del ordinario como del penal militar y policial, sino que, surgió, se

[52] Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.
[53] Negrilla no hace parte del texto original.
[54] Ibídem.
[55] Corte Suprema de Justicia, radicado 53863 del 13 de noviembre de 2019, MP. DR. PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

insiste, como un mecanismo de apoyo especial, de afirmación en favor de las madres cabeza de familia, también extensivo a los padres[56] que tengan esa condición, y es entonces por ello que su otorgamiento debe estar precedido de un análisis proteccionista hacia los niños y niñas y las personas en situación de incapacidad que dependan de quien tenga la condición de madre o padre cabeza de familia.

Siendo ello así, estima la Sala, la procedencia de la prisión domiciliaria prevista en el marco de la Ley 750 de 2002 no conspira contra la regulación especial que en materia de subrogados penales está consagrada en nuestra codificación, en tanto que, se itera, aquella no las reformó, sino que su naturaleza tiene un origen distinto, como la protección especial a un grupo poblacional de especial amparo a nivel interno como supranacional.

No puede, por tanto, las regulaciones previstas para nuestra jurisdicción especial marginarse del resto del ordenamiento jurídico, principalmente cuando de protección a derechos y garantías superiores se trata, menos aun cuando su fuente es de rango Constitucional[57] legal[58], y supranacional[59], sino que

[56] Corte Constitucional, sentencia C-722 del 3 de agosto de 2004, MP. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL.

[57] Artículo 43 Constitución Política: "La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. **El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia**." (negrillas fuera del texto).

por el contrario debe integrarse y armonizarse con éstas.

Desde ese enfoque considera la Colegiatura que bien hizo la juez de la causa al analizar la procedencia de la prisión domiciliaria en punto de las consideraciones de la Ley 750 de 2002.

En consonancia con lo decantado, para esta Célula Judicial, en este caso particular, no se dan los presupuestos consagrados en la Ley 750 de 2002 y 82 de 1993, como lo precisó la juez de la causa penal en su providencia, para concederle al PT. JFJP el beneficio de la prisión domiciliaria, por las siguientes explicaciones:

Rememoremos que por mujer cabeza de familia, conforme al artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por la Ley 1232 de 2008, se entiende a: " *(…)quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar".*

[58] Ley 82 de 1993.
[59] Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

La comprensión de cabeza de familia, hay que destacarlo, también se hace extensiva al hombre que reúna dichos requisitos, tal como se sobreentiende de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, observemos:

> *"En esos eventos, ha dicho la Corte, en desarrollo de los principios de igualdad y protección especial del menor, las medidas de protección de la mujer cabeza de familia resultan así mismo aplicables a los menores que estén a cargo de un hombre que se encuentre en las mismas condiciones que la ley ha previsto para la mujer cabeza de familia. Esto es, las medidas de protección que la ley ha previsto para los menores a cargo de una mujer cabeza de familia también se aplican en los eventos en los que sea un hombre quien tenga a su cargo, de manera exclusiva, desde el punto de vida social y económico, el cuidado de los menores, y carezca de apoyo y de otros recursos."*[60].

Del aparte reseñado claramente se comprende que la protección de la ley no solo abarca a los niños y niñas, sino también a las personas incapaces o incapacitadas para trabajar[61], como así también lo ha entendido la jurisprudencia penal, revisemos:

---

[60] Corte Constitucional, sentencia C-722 del 3 de agosto de 2004, MP. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL.

[61]. Ver al respecto la Ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No.150 (Senado): "por la cual se decretan normas de apoyo a la mujer cabeza de familia". Gaceta del Congreso No.112 del lunes 19 de octubre 1992 Página 2.

*"De la literalidad de la ley se extrae que el carácter de madre cabeza de familia no solo se adquiere cuando se tiene a cargo a hijos menores de edad. En efecto, el legislador previó expresamente la posibilidad de adquirir dicha calidad cuando esa relación de dependencia se presenta frente a "**otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**"*

Esta postura fue reiterada, en términos generales, en la sentencia SU 388 de 2005. Más puntualmente, en la sentencia T-200 de 2006 la Corte Constitucional concluyó que una de las demandantes era madre cabeza de familia por el hecho de tener a cargo (según las reglas allí establecidas) a su padre, dada la ancianidad y el precario estado de salud de este. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), concluyó que la demandante tenía la calidad de madre cabeza de familia por estar a cargo de su esposo, quien padecía una grave afectación mental (CSJSP, 12 feb. 2014, Rad. 43118)."[62]

Al aterrizar el anterior marco jurídico al caso concreto, encontramos que el razonamiento que hizo la juez de la causa fue acertado al estimar que como el condenado no logró demostrar que los menores hijos dependían exclusivamente de él, no solo en lo

[62] Corte Suprema de Justicia, radicado 52863 del 1 de noviembre de 2019, MP. DR. PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

económico, sino también en cuanto a la protección, afecto, educación y orientación, no podía hacerse acreedor al beneficio establecido en la Ley 750 de 2002.

Nótese que los hijos del justiciado conviven con sus progenitoras y reciben de su padre la cuota alimentaria, tal como quedó acreditado a partir del acta de conciliación extrajudicial que se aportó, lo que no es indicativo que los menores tengan una dependencia exclusiva de éste, en lo afectivo, en lo económico y en lo social, como lo establece la Ley.

Es más, obsérvese cómo en el acta de conciliación extrajudicial que el libelista aportó se ve que NADE, madre de IJD, acordó ante el centro de conciliación asumir el cuidado personal de la menor, de lo que se infiere que ésta no está en situación de desamparo y tiene asegurada la protección afectiva y social, por lo mismo, tampoco se acreditó que JJJM estuviera desamparado y no tuviera asegurado el sustento afectivo, económico o social, pues lo que se conoce es que convive bajo el amparo y protección de su madre.

De las madres ningún reporte existe acerca de que padezcan alguna incapacidad física, sensorial, síquica o moral que les impida ejercer su rol como madre y que por tanto pongan en riesgo el cuidado y la protección

de los menores, que demande por tanto la presencia exclusiva del condenado en el seno del hogar.

Por otra parte, en cuanto tiene que ver con la madre del PT. JFJP, esto es, MIPM, tampoco se logró acreditar que ésta fuera incapaz o estuviera incapacitada para trabajar y que dependiera exclusivamente del cuidado de aquél, por el contrario, como con acierto lo reflexionó la juez en este asunto, si bien la señora padece artritis reumatoidea desde el 2012, también lo es que ello no es indicativo que se encuentre en situación de incapacidad, pues como el mismo informe médico ocupacional lo refiere la enfermedad puede generarle una limitación funcional, lo que no significa que la esté padeciendo y que ésta sea de un grado incapacitante que la haga depender exclusivamente de aquél.

Véase cómo el mismo informe médico ocupacional[63] permite apreciar que la señora no ha recibido controles desde el 2018 a pesar que su patología fue confirmada desde el 2012, por una parte, y por otra, que JFJP no es el único hijo de MIPM, pue también lo es CAMILO JOJOA PABÓN, según se aprecia a folio 463 adverso del cuaderno original 3, lo que es indicativo que MIPM no se encuentra en deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

[63] Folio 461 del C.O. 3

En este orden de cosas, y orientados por las anteriores reflexiones, la Sala no encuentra alternativa distinta que denegar las pretensiones del recurrente y en consecuencia confirmar en su integridad el auto apelado de la fecha atrás indicada.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER las pretensiones del recurrente y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el auto interlocutorio de calenda 5 de diciembre de 2019, por medio del cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá negó concederle al PT. JFJP el sustituto de la prisión domiciliaria por la pena de prisión, dentro de la presente causa penal; de conformidad con las razones esbozadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez sea notificada esta decisión y sea surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE. –

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente

Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	157046
Procedencia	:	Juzgado de Primera Instancia Inspección General
Procesado	:	ST (R) FAGM PT. RANP
Delito	:	Prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público
Motivo de alzada	:	Apelación auto niega prisión domiciliaria
Decisión	:	Confirma auto apelado.

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponda en relación con el recurso de apelación impetrado por la doctora CLGC, defensora del ST (R) FAGM, en contra del auto interlocutorio adiado

20 de septiembre de 2018 por medio del cual el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional con asiento en la ciudad de Bogotá, D.C., denegó la sustitución de prisión intramural por prisión domiciliaria solicitada a favor de su prohijado.

II. HECHOS

Se encuentran compendiados por esta Sala en pretéritos pronunciamientos de la Tercera Sala de Decisión de esta Corporación[1], ello en los siguientes términos:

> *"Data del 31 de julio de 2006, en el municipio de Pacho –Cundinamarca, cuando los patrulleros RANP, durante actividades propias del servicio requisan al señor LAOM, a quien se le encontró un revólver marca Llama, calibre 38 largo, número externo IM6702U, sin el respectivo permiso de porte de arma, por lo que fue trasladado a la sala de retenidos de la Estación de Policía de la municipalidad a efectos de realizar el trámite de judicialización ante la autoridad correspondiente; sin embargo, horas después es dejado en libertad, omitiéndose la judicialización ante la Fiscalía General de la Nación, y en su lugar, el patrullero RANP elabora acta de incautación del arma en cita, pero, a nombre del propietario señor FPC, por la causal de portarla en espectáculo público y considerar que podía hacer uso indebido de la misma".*

[1] Auto septiembre 30 de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIO OSMA, folio 1061 C.O. 6 y sentencia segunda instancia, marzo 27 de 2017, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIO OSMA, folio 1836. C.O. 10.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Mediante sentencia adiada 30 de agosto de 2016[2] el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional condenó al ST (R) FAGM a la pena principal de 04 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 05 años al hallarlo responsable en calidad de autor del reato de falsedad ideológica en documento público, negando por otra parte la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional. En la misma sentencia se absolvió de responsabilidad al oficial en cita y al IT (R) JAPS por el delito de prevaricato por omisión, de igual forma al PT. RANP por los reatos de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público.

Contra la anterior determinación el abogado SSMQR, defensor del oficial en retiro condenado, interpuso recurso de apelación[3], alzada también interpuesta por el TF (r) HBG, Fiscal Penal Militar ante el antes citado juzgado de instancia Encargado, siendo resueltas dichas impugnaciones por esta Corporación, Tribunal Superior Militar y Policial, mediante proveído del 27 de marzo de 2017[4] en el sentido de confirmar la absolución del IT (R) JAPS por el delito de prevaricato por omisión, asimismo de revocar lo dispuesto en los artículos

[2] Folios 1648-1720 *CO. 9*.
[3] Folios 1727 a 1765 CO. 9.
[4] Folios 1835-1895 CO. 10

segundo y cuarto de la sentencia confutada para en su lugar condenar al ST (R) FAGM a las penas de 54 meses de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual tiempo y a la accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública como autor responsable de los delitos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por omisión.

De igual forma se dispuso revocar la sentencia absolutoria proferida a favor del PT. RANP, para en su lugar condenarlo a la pena principal de 54 meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual tiempo y a la accesoria de separación absoluta de la Fuerza P99ública como autor de los reatos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por omisión, negándoles, coetáneamente, la concesión del subrogado de condena de ejecución condicional.

El 04 de septiembre de 2018[5] la ahora defensora del condenado FAGM, abogada CLGC, radicó memorial solicitando la sustitución de la prisión intramural por prisión domiciliaria, para lo cual arguyó que su poderdante es esposo y padre, sin contar con más antecedentes, purga una pena de 54 meses de prisión por el delito de prevaricato por omisión en concurso con falsedad ideológica en documento público, e indicando adicionalmente que desde que su prohijado fue retirado

[5] Folios 2062 - 2072 CO. 11.

de la Policía Nacional ha laborado en varias empresas de seguridad para responder por su familia, amén que siempre ha vivido bajo el mismo techo familiar con su compañera permanente, su menor hijastra y su hijo por nacer y debe responder económica y moralmente por ellos.

Agregó que debe tenerse en cuenta las calidades humanas y de preparación laboral del condenado FAGM, quien si bien tenía sus ahorros por los diferentes cargos desempeñados para lograr solventar la situación económica de su familia, estos se agotaron desde que fue privado de la libertad, a la par que la condición de embarazo de alto riesgo de su compañera permanente, por lo que ésta no podía hacerse cargo de los gastos del hogar.

Indicó la defensora en comento, que FAGM colaboró con la justicia y siempre se presentó ante los requerimientos de los despachos judiciales, y si bien no compareció para el cumplimiento de la sentencia, ello fue porque no se enteró, ni fue notificado de la decisión de inadmisión de la demanda de casación, pese a figurar su dirección en el expediente.

Con basamento en lo anterior, reiteró su solicitud de que se conceda al prenombrado la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia que ostenta, *petitum* que abonó con los diferentes

pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-389 de 2005, misma en que se establecieron una serie de presupuestos para obtener la condición de padres cabeza de familia y al que adicionó que por integración, debía remitirse a lo preceptuado en la Ley 906 de 2004, artículo 314, que regula los eventos en que procede la sustitución de detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia, siendo uno de ellos el que arguye en su escrito.

Asimismo, sostuvo que su defendido no sólo cumple con los deberes con la sociedad, sino que también tiene bajo su cuidado y manutención a su esposa, a su menor hijastra de 11 años y al nuevo hijo que está por nacer, lo que demuestra su calidad de padre cabeza de familia dado que no cuenta con otro familiar que pudiere suplir su ausencia.

Todo lo anterior, afirmó, pone a FAGM como potencial acreedor del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia, quien además había demostrado su arraigo en el expediente, y, por otro lado, su compañera permanente estaba con un embarazo de alto riesgo, razones para que el condenado continuara asumiendo ese rol que venía desempeñando, encargado no solo del apoyo económico sino afectivo a su familia.

Luego de transcribir unos apartes de la sentencia C-228/03 referentes a la necesidad, la utilidad y la función preventiva de la pena, en tanto por un lado disuade de la comisión de conductas delictuales o al menos las disminuye y por otra parte, cometidas, reafirma la decisión del Estado de conservar y proteger los bienes jurídicos tutelados por la ley, manifestó ser consciente que el hecho de ser padre de familia no es suficiente para la sustitución de prisión domiciliaria de acuerdo con la normatividad actual, en tanto, debía demostrarse que su defendido no constituía un peligro para la sociedad, de allí que aportó informe suscrito por RRO, técnico criminalística de la empresa UNIDAD DE INVESTIGACIÓN FORENSE CRIMINALÍSITCA PROFESIONAL, que recoge entrevistas a personas pertenecientes al ámbito laboral y social en que se desenvuelve el condenado, quienes manifestaron no tener queja alguna en contra de él, por el contrario elogiaron el rol como buen ciudadano, situación que además quedó plasmada en las certificaciones laborales también aportadas.

A lo así argüido sumó que las funciones de la pena recogidas por el artículo 11 del Código Penal Militar "*se cumplen a cabalidad*" pues su prohijado se ha reinsertado rápidamente a la sociedad, es padre cabeza de familia, buen hijo, tiene arraigo social y familiar, "*ha cumplido cada llamado judicial*" y no ha reiterado comportamientos reprochables ni jurídica ni

socialmente, por ende, concluyó, "*no reviste peligro para nuestra sociedad*".

Finalmente, previa transcripción de unos partes que atribuyó a "*la SP-5104 del 5 de abril de 2017*", sin datos adicionales, afirmó que en una ponderación de derechos de los menores frente a las finalidades de la pena, "*esta última no saldría afectada*" al no representar el condenado un peligro para la comunidad por tratarse de un primer ingreso al SPOA, tener arraigo familiar, social y laboral, y sobre todo, porque "*no ha vuelto a reincidir en conductas que quebranten el ordenamiento jurídico*", circunstancias que, adicionó, sirve de paso a los fines de la concesión de la prisión domiciliaria con permiso para trabajar, pues no tendría sentido que obtenga dicho beneficio para quedarse en la casa, no obstante si se considera prudente que labore desde la casa en la modalidad teletrabajo, así será, máxime si la empresa de seguridad Bolívar presentó una propuesta formal en la que acepta el reintegro del condenado a sus funciones, circunstancia que podría garantizarse mediante caución sobre la obligación de no cambiar de residencia "*sin autorización del juez*", en especial porque "en donde cumple la pena" es un inmueble que tomó en arriendo hace tiempo y allí podría ingresar el INPEC para la verificación correspondiente.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Coronel LUIS FERNANDO REY TOVAR, Juez de Primera Instancia de la Inspección General con función de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, denegó la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria, arguyendo que tal subrogado no es aplicable en la jurisdicción castrense en razón de la imposibilidad de aplicar por vía de integración favorabilidad o analogía en una norma ordinaria, por cuanto el tema fue expresamente regulado en la ley penal militar vigente.

Para soportar su decisión recordó las sentencias de la Corte Constitucional C-679 de 1998, C-361 de 2001, C-709 de 2002 y C-228/03, en las que, haciendo alusión a que esta última fue citada por la abogada CLGC en su memorial, aquella Corporación sostuvo, como se extracta de los apartes transliterado por aquel juez, que la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural no es de aplicación en la justicia penal militar, esto por el principio de especialidad de la jurisdicción penal militar que no lo admite, sin que la diferencia en el tema de las normas penales militares con las ordinarias vulnere ningún mandato constitucional, ni atente contra el derecho a la igualdad, amén que pudiendo depender el trato diferenciador de la mayor o menor importancia que el legislador confiera a los bienes jurídicos que se quieren proteger, del grado de la lesión de los mismos, del grado de culpabilidad que denote la condicha descrita o de la mayor o menor entidad del hecho

punible, resulta claro que el legislador quiso dar especial protección a ciertos bienes jurídicos.

Respecto de la condición de padre cabeza de familia del condenado que alega la defensa, afirmó el juez ejecutor de penas y medidas de seguridad que no es de considerar que FAGM tenga la responsabilidad exclusiva de su hija recién nacida o de la niña de 11 años o de su compañera permanente MPV, pues esta última, que es madre de las dos menores, no está incapacitada física, mental o moralmente y tampoco es de la tercera edad.

Hizo mención a la sentencia No. SP-77522017 (46277) del 31 de mayo de 2017, M.P. PATRICIA SALAZAR, para recordar que en lo atinente a la figura de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, se deben cumplir los requisitos exigidos en los artículos 314, numeral 5°, y 481 de la Ley 906 de 2004, amén de demostrar las circunstancias a que alude aquel pronunciamiento.

Interpuesto recurso de reposición, y en subsidio apelación, contra la anterior determinación, el Juez de Primera Instancia de la Inspección General con función de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad desató el recurso horizontal mediante auto de fecha 20 de noviembre de 2018[6] en el que resolvió no reponer el proveído impugnado al evidenciar que la defensa en el recurso de reposición no presentó nuevos, ni

[6] Folios 2270 a 2271 CC. 12

suficientes argumentos de convicción jurídicos, ni procesales, para cambiar la decisión disentida, ordenando remitir la actuación ante este Tribunal para efectos de la resolución del recurso de apelación.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensora CLGC en el escrito por el cual interpuso los antes citados recursos de reposición y subsidiariamente el de apelación, deprecó revocar la providencia recurrida para en su lugar conceder a su representado la sustitución de prisión intramural por domiciliaria, para lo cual arguyó que el juzgado fundamentó que la figura de prisión domiciliaria no estaba contemplada en la ley penal militar, sin embargo, afirmó, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la analogía en el tramite penal sin desconocer la presunción de legalidad, y se ha reconocido la necesidad de que se implementen garantías procesales no previstas en la justicia penal militar, tal como se sostuvo en la sentencia C-928 de 2007 Corte Constitucional al acotar que "*el legislador, dentro del margen de configuración normativa de que dispone, podría introducir algunas garantías procesales del sistema acusatorio al proceso penal militar*"[7].

Agregó que además la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP-5104 del 05 de abril de

[7] Folio 2233 CC. 12

2017 dejó la posibilidad de aplicar la analogía, por lo cual afirmó que en el caso concreto es viable el reconocimiento de la prisión domiciliaria en atención a la condición de padre cabeza de familia de su prohijado.

Adujo que si bien le asistía razón al juez al indicar que en la justicia penal militar no existía la prisión domiciliaria, debe reconocerse que con la evolución jurisprudencial actualmente se admite ese sustituto en tanto se cumplan los requisitos previstos en la Ley 750 de 2002.

Dijo tener claro que el juez encontró que su defendido no reunía los requisitos de padre cabeza de familia por no haberse acreditado si tenía o no responsabilidad exclusiva sobre su hija recién nacida o sobre la niña de 11 años o sobre su compañera permanente, de quien insistió no era incapacitada ni pertenecía a la tercera edad, pero que ello se dilucidaba acudiendo a lo preceptuado en sentencia SU-389 de 2005 en la que se desarrolló el concepto de padre cabeza de familia y se reguló algunas situaciones que debía cumplir el hombre que ostentara esa calidad.

Por lo anterior, dijo, debía analizarse la historia clínica de la señora MPV quien presentaba embarazo de alto riesgo, lo que le impedía continuar trabajando, máxime si su contrato era bajo la figura de prestación

de servicios con tiempo definido, el que feneció antes del inicio de gestación, de allí la dependencia exclusiva del núcleo familiar en cabeza del condenado, situación que quedó más que acreditada por los extrajuicios que presentara la señora MPV.

De ahí que insistió en que su defendido cumple a cabalidad los requisitos para ser considerado padre cabeza de familia, para lo cual pidió se tenga en cuenta lo establecido en sentencia SU-385 de 2005, ya que se requiere la presencia del condenado en la atención de sus hijos menores, especialmente el recién nacido, pues como lo acotó la Corte Constitucional el padre cabeza de familia no es sólo aquél que provee al núcleo familiar sino también el que dispensa todo lo necesario como afecto, cuidado personal, protección, apoyo, etcétera, a sus hijos menores de edad, tal como acontece en el caso concreto, sin que se pueda dejar de lado su buen comportamiento como esposo, padre, trabajador, con arraigo familiar y laboral, quien ha acudido a los llamados judiciales, además que no ha reincidido en la comisión de conductas punibles.

A la par de ello reputó probado, en punto a los fines de la pena, que el condenado se reincorporó a la sociedad y que con el trabajo que realiza de alguna manera contribuye al fin social de la seguridad de los coasociados como se desprende de las certificaciones vecinales, de la constancia laboral y de la propuesta

de continuidad en el cargo, no comportando peligro para la sociedad.

Razones por las cuales solicitó la revocatoria de la decisión recurrida y se disponga la concesión de la prisión domiciliaria a su prohijado, habida cuenta de lo anunciado en la página oficial de la rama judicial en punto al contenido de la sentencia SP-5104 del 05 de abril de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, que se verificó el cumplimiento de los fines de la pena al determinarse en el informe del técnico en criminalística RRO su desempeño social, familiar, personal, laboral y arraigado, y también dada su condición de padre cabeza de familia, demostrándose a cabalidad el acatamiento de las funciones de la pena consagradas en el artículo 17 del Código Penal Militar.

Finalmente, solicitó se reconozcan las necesidades del núcleo familiar de acuerdo con el antes citado informe, esto con el fin de solicitar permiso de trabajo a favor de su defendido, teniendo en cuenta la propuesta realizada por la compañía de seguridad privada Simón Bolívar Ltda., el que se cumpliría en las instalaciones de la sede de la empresa ubicada en el centro comercial Paseo La Rivera de Melgar (Tolima) ubicado en la calle 5 No. 19- 116.

Pidió que, en caso de negarse el permiso para trabajar fuera del domicilio del condenado, la compañía de

vigilancia otorgaba la posibilidad de que continuara con el cargo en las condiciones que el juez lo dispusiera.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora 14 Judicial II, Doctora SIVM, deprecó la confirmación de la decisión apelada -no empece estimar que a la luz de los pronunciamiento traídos a colación por la apelante, en su sentir resulta viable la procedencia de la prisión domiciliaria en la Justicia Penal Militar por resultar acorde a los derechos y garantías procesales-, pues en este caso no resulta procedente su concesión, si se tiene en cuenta que uno los delitos por los cuales se condenó al oficial en retiro FAGM fue excluido del señalado beneficio, por virtud del artículo 68 A del Código Penal.

Dijo no compartir las afirmaciones "*del juez de primera instancia*" al negar la prisión domiciliaria con fundamento en que en esta jurisdicción especial no tenía aplicación tal beneficio y recordó lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 05 de abril de 2017, radicado 40282, con ponencia del Magistrado LUIS GUILLERO SALAZAR OTERO, en la que se sostuvo que el carácter de jurisdicción especial, su autonomía y libertad, no impedían considerar el otorgamiento de la prisión domiciliaria a quienes

estaban sometidos a ella "*a partir de los principios humanistas consagrados en la Carta Política y los Tratados Internacionales con de las funciones de la pena, pues las mismas razones que la justifican para los condenados por la justicia penal militar aplican para los que lo son por la penal militar*".

Añadió que, persiguiendo la pena, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la castrense, fines similares, se impone dar aplicación a la interpretación menos restrictiva tal como lo reconoce la Corte Suprema en la referida sentencia, es decir, a la que resulte más garantista y beneficiosa en materia de derechos y garantías, y por supuesto que cumplir la detención preventiva o la pena en domicilio y no en centro carcelario militar o policial, resulta ser más favorable para el sujeto pasivo de la acción penal.

No obstante, añadió, verificados los requisitos señalados en el artículo 38B del Código Penal ordinario, es evidente que en el numeral segundo, se exceptúan los delitos que atentan contra la administración pública, reforma introducida por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, tal como ocurre en el caso de análisis.

Respecto de la solicitud en la condición de padre cabeza de familia del condenado, afirmó que le asistía razón al juez de instancia, en tanto no se logró demostrar por parte de la defensa del ST (R) FAGM que

éste sea la única persona que pueda velar por el cuidado de los hijos menores de edad, y menos aún, que su compañera sentimental y madre de los pequeños no está en capacidad de brindarles el amor y los cuidados que sus hijos necesitan.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año[8], como de los ocurridos con posterioridad a la misma - no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año - mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar como es costumbre inveterada de la Sala, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1.999 en el sentido de

[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Precisado lo anterior y con miras a dilucidar el tópico que concita la atención de la Sala, se seguirá, como se hiciere en pronunciamiento adiado diciembre 13 de 2018 adoptado en el radicado No. 15852 al interior de un caso de idénticas connotaciones fácticas y jurídicas que aquel sobre el cual gravitan la decisión confutada y el bastión de alzada, el siguiente derrotero metodológico a título de carta de navegación: *i)* se rememorará la importancia del precedente judicial y la doctrina probable; *ii)* se hará un recuento respecto a las decisiones que han abordado la procedencia o improcedencia del instituto de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar; y, finalmente, *iii*) se adoptará la decisión que en Derecho corresponde respecto del asunto sometido a conocimiento de esta Colegiatura.

i) **La importancia del precedente judicial y la doctrina probable.**

Para efectos del cometido señalado en la parte final del párrafo inmediatamente procedente, más que pertinente resulta el remembrar que la actividad judicial implica la interpretación permanente de las diferentes disposiciones jurídicas, por lo que el juez en su función de administrar justicia no puede limitarse a efectuar una disquisición literal de la ley, por el contrario, ésta actividad, dinámica por naturaleza, debe orientarse a lograr la interpretación armónica del sistema normativo, esto es articularse bajo la idea de consistencia y coherencia de un sistema jurídico[9], razón por la cual debe apuntalarse en criterios hermenéuticos como el histórico, el finalista, el valorativo, el de ponderación de intereses y, además, en el precedente judicial.

Este último, mismo en el que las autoridades avaladas al efecto desentrañan el sentido lógico jurídico de las normas, ha adquirido en el último siglo creciente importancia en nuestro sistema jurídico de tradición romano-germánica, tornándose en fuente de derecho, al punto que la Corte Constitucional al estudiar el artículo 230 de la Carta Magna que prescribe que los jueces solo se encuentran sometidos al imperio de la ley, aclaró que la palabra "*ley*" debe ser interpretada de manera amplia, como el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico, incluidos los

[9] WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. A. Azurza, Madrid: Civitas, 1988, pp. 48 a 50.

precedentes judiciales, esto es el concepto de ley en sentido material[10].

Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país, adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se le considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento[11].

Y ello es así, en tanto las normas y reglas jurídicas imperantes son susceptibles de traer consigo vacíos o ambigüedades que pueden generar diversas interpretaciones, derivadas incluso de la imprecisión del lenguaje, haciendo necesaria la existencia de órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, esto en pro de la igualdad, la buena fe, la seguridad jurídica y la necesidad de coherencia del orden jurídico.

---

[10] Corte Constitucional, sentencias C-836 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, C-539 de 2011 y C-634 de 2011, ambas con ponencia del Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. La consideración sobre el carácter amplio del concepto "imperio de la Ley", como referente único de las decisiones judiciales, fue sostenida por la Corte desde la sentencia T-448 de 1998, y desde entonces, ha sido un elemento fundamental en la interpretación del artículo 230 de la Carta Política.

[11] Cfr. T-292 de 2006: "*En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.*"

Ello adquiere mayor preponderancia en la medida que con una actividad interpretativa tal se garantiza el respeto del derecho de la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (art. 13 Constitución Política de 1991) que demandan, como elemento racionalizador de la actividad judicial, que problemas jurídicos semejantes o que planteen un punto de derecho semejante, sean resueltos por quienes administran justicia en condiciones de igualdad en punto a la interpretación de la norma a aplicar, ello por virtud del denominado principio de coherencia[12].

En este orden de ideas, los precedentes de la Corte Constitucional como intérprete por antonomasia de la Carta Política deben tener, en primer término, un lugar privilegiado en el análisis de casos por parte de los operadores jurídicos, so pena de quebrantar principios constitucionales como la igualdad y la supremacía de la Constitución[13]. En consecuencia, los jueces están obligados a acoger los precedentes constitucionales en la medida en que deben interpretar el derecho en

[12] Principio según el cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra, pues comportaría una trasgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno, presupuesto del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables. *C.fr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 1° de 2012, radicado No. 34853, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

[13] Corte Constitucional, sentencia SU-640 de 1998, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

compatibilidad con la Carta.[14] Es así, indudablemente, un límite a la autonomía judicial.

Dicha obligatoriedad implica de un lado, como se aquilatare en el pronunciamiento citado al inicio de éste acápite, la fuerza *erga omnes* de las decisiones que se adoptan en los fallos de control constitucional abstracto de las leyes y, por otra, la protección del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación e interpretación del derecho llamado a regir problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho análogos. Al respecto la guardiana suprema de la indemnidad de la Constitución Política precisó en sentencia hito en la materia que:

> *"16. En lo que toca a los fallos de constitucionalidad o de juicio abstracto de constitucionalidad, el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional se desprende de los efectos erga omnes de la sentencia, y de la cosa juzgada constitucional de que están revestidas dichas providencias -por mandato expreso del artículo 243 Superior los contenidos normativos que la Corte declara contrarios a la Constitución no pueden ser reproducidos por ninguna autoridad-. Toda vez que* ***la ratio decidendi de la sentencia contiene la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados****, esta debe ser atendida por las demás autoridades judiciales para que la aplicación de la ley sea conforme con la Constitución*[15]*. En relación con las sentencias de*

[14] Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
[15] Al respecto, resulta particularmente ilustrativo el concepto de *cosa juzgada material* en el que se evidencia la necesidad de acudir a las razones consignadas en los fallos de la Corte para determinar si una nueva disposición reproduce un contenido normativo retirado del ordenamiento jurídico por la

revisión de tutela, el respeto por la ratio decidendi de estos fallos (i) es necesario para lograr una concreción del principio de igualdad en la aplicación de las leyes; (ii) constituye una exigencia del principio de confianza legítima que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con actuaciones imprevisibles y; (iii) representa un presupuesto para garantizar el carácter normativo de la Constitución y la efectividad de los derechos fundamentales así como la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico[16].” La doctrina contenida en la parte motiva de las sentencias de revisión de tutela que constituyen la ratio decidendi de tales fallos, prevalece sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales, en virtud de la competencia institucional de la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución[17]. (…)

Corte, y en cuanto a la importancia de la interpretación constitucional en las sentencias de exequibilidad puede pensarse en la relevancia absoluta que poseen las consideraciones constitucionales en las sentencias condicionadas en las que la Corporación determina la interpretación conforme con la constitución de las disposiciones legales.

[16] Cfr. Sentencia T-292 de 2006 (M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA): “*Por las razones anteriores, puede concluirse que en materia de tutela, - cuyos efectos ínter partes eventualmente pueden llegar a hacerse extensivos en virtud del alcance de la revisión constitucional -, la ratio decidendi sí constituye un precedente vinculante para las autoridades. La razón principal de esta afirmación se deriva del reconocimiento de la función que cumple la Corte Constitucional en los casos concretos, que no es otra que la de “homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales” a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela (artículo 241 de la C.P). En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable. De no aceptarse este principio, la consecuencia final sería la de restarle fuerza normativa a la Constitución, en la medida en que cada juez podría interpretar libremente la Carta, desarticulando el sistema jurídico en desmedro de la seguridad jurídica y comprometiendo finalmente la norma superior, la confianza legítima en la estabilidad de las reglas jurisprudenciales y el derecho a la igualdad de las personas*”.

[17] Al respecto en sentencia T-292 de 2006 la Corte señaló lo siguiente: “*En síntesis, la Corte ha considerado que la obligatoriedad de la ratio decidendi de los fallos de tutela se desprende del principio de igualdad y del acceso a la administración de justicia pues (de no ser así) la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente*

26. Igualmente, en la sentencia T-292 de 2006 el Tribunal explicó la conducta que las autoridades judiciales deben observar en relación con las sentencias de control abstracto de constitucionalidad y concreto de revisión de tutela. Al respectó manifestó que "En materia constitucional, la aplicación de los precedentes por parte de los jueces de instancia, desde una perspectiva vertical, puede tener las siguientes características: || i) Si el juez de la causa se encuentra frente a un precedente que implica inexequibilidad, deberá el juez abstenerse de aplicar normas retiradas del ordenamiento, y ***tendrá la obligación dentro del fuero de sus competencias, de aplicar igualmente la ratio decidendi de la sentencia de inexequibilidad en aquellos casos donde disposiciones con contenido normativo similar a las estudiadas previamente por esta Corporación, contradigan la ratio decidendi constitucional que hizo que las primeras salieran del ordenamiento.*** *Lo anterior en cumplimiento del artículo 243 de la Carta en relación con la cosa juzgada constitucional. Los jueces*[18]*, las autoridades y los particulares deberán en estos últimos casos, privilegiar en su interpretación y aplicación de las normas, la Constitución, en los términos del artículo 4 de la Carta.(…)||ii) Si la sentencia es de exequibilidad, la ratio decidendi vinculante implicará que el juez no pueda apartarse de la interpretación fijada por la Corte Constitucional para su decisión. Para el caso de las sentencias condicionadas, la ratio decidendi establecerá la interpretación conforme de tales normas, es decir el sentido que las disposiciones estudiadas deben tener para ajustarse a la Carta, sentido que será en los precisos términos descritos por la Corte, que por demás es obligatorio para los operadores jurídicos.||iii) En el caso de un precedente relevante en materia de tutela, el juez estará obligado a conocerlo y a acogerlo a fin de asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, salvo*

---

diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez" y al acceso a la administración de justicia porque "…las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas."

[18] En estos eventos, si es el juez al estudiar la situación encuentra que la *ratio decidendi* de la sentencia es i) determinante y (ii) necesaria para la resolución del caso, y aun así aplica la norma, aunque sea inconstitucional, incurre en una vía de hecho por defecto sustancial. Cfr. T-774 de 2004, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

que encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte"."[19] (Negrillas y subrayado fuera de texto).

En esta misma decisión y en punto a la fuerza vinculante del precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción foral, la referida Corporación sostuvo:

"6. La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios

[19] Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL,

formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable. Sin embargo, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema.

7. El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley –entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico- y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad –como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces"

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema[20], reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, resultando procedente evocar lo aquilatado en sentencia del 1° de febrero de 2012[21] en la que se acotare:

"Entre los varios motivos para derivar la fuerza vinculante de la jurisprudencia, se tiene el de la coherencia, según el cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de

[20] Sentencia febrero 09 de 2009, radicado 0571 del 9; auto febrero 18 de 2009, radicado 30775; auto abril 16 de 2009, radicado 31115; auto abril 28 de 20103, radicado 3659; revisión mayo 19 de 2010, radicado 32310; sentencia mayo 06 de 2010, radicado 33331; auto septiembre 19 de 2011, radicado 36973.
[21] Radicado 34853, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

otra, pues comportaría una trasgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno, presupuesto del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables.

Afirmar la fuerza vinculante de la jurisprudencia, también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora que en algunos casos puede derivar en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.

Y se dice que también la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia), es fuente de derecho como se afirma de la ley, en la medida en que de antaño, se aclaró que el contenido del artículo 230 de nuestra Constitución Política cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley formal que es la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico[22]*, en el que se incluyen por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros."*

Colígese de lo anterior, que las autoridades públicas, y en especial aquellas que administran justicia, deben

[22] Sentencia C 836 de 2001.

ceñirse en el ejercicio de su rol funcional a las pautas previamente trasuntadas, lo cual apareja la obligación de respetar y aplicar, en general, el precedente sentado por los tribunales a los que compete unificar la jurisprudencia, y, en particular, los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores, obligación que persiste mientras no exista un cambio de legislación que varíe el principio o regla jurisprudencial definida en la *ratio decidendi* de aquellos, aclarando que no empece lo hasta aquí dicho, asiste a tales autoridades la posibilidad de apartarse del mismo, en ejercicio de la autonomía judicial, siempre y cuando -ceñidas a los criterios de transparencia y suficiencia-, argumenten de manera adecuada, razonada, fundada y con estricto apego al principio de suficiencia, los motivos por los cuales se apartan del precedente, motivos que habrán de hallar cabal sustentáculo en la misma jurisprudencia de los altos tribunales[23].

Precisión esta última, se hace preciso recordar, que con apalancamiento en la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente en la sentencia C-836 de 2001 varias veces aquí citada, hiciere la Sala Penal del Alto Tribunal en precedente mencionado párrafos atrás[24], ello en los siguientes términos:

---

[23] Ver entre otras sentencias C-836 de 2001, T-683 de 2006, y T-170/15 de la Corte Constitucional.
[24] *Vid.* Nota 21.

"Empero, no se trata de que el acatamiento del precedente, se comporte en un método rígido de aplicación de la ley que imponga criterios inamovibles. La jurisprudencia debe acoplarse a las realidades sociales y permitir recoger las imprecisiones interpretativas en las que en un momento dado hayan podido incurrir los altos Tribunales, pero se reitera es una fuente formal y material de derecho, de la cual deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

(….)

No obstante, como se afirmó en líneas anteriores, es la sentencia C 836 de 2001, la que estudia y define la cuestión sobre la fuerza normativa de la jurisprudencia de corporaciones distintas al Tribunal Constitucional. En dicho fallo se estudió la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1896, el cual refiere a lo denominado como doctrina probable que a la letra dice:

> *"Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso que juzgue erróneas las decisiones anteriores"*

En esta sentencia que declaró la exequibilidad de la norma en el entendido que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, también quedó claro que en Colombia existe un sistema relativo de jurisprudencia, pues aunque los

precedentes son vinculantes, no obligan de manera absoluta.

Y se dice de un sistema relativo, toda vez que los jueces en determinados casos, pueden desacatar las decisiones de las altas Cortes, pero bajo unos condicionamientos claros y específicos que no obedecen simplemente a su capricho o a la mera disparidad de criterios, bajo el argumento del respeto al principio de imparcialidad y autonomía judicial.

La jurisprudencia deja de ser obligatoria, siempre que el inferior funcional la encuentre irrazonable a partir de la demostración de alguno de las siguientes hipótesis: (i) Que a pesar de la similitud entre dos supuestos de hecho, de todas formas ***existan diferencias relevantes que no fueron consideradas en el primer caso, las cuales al ser analizadas, derivan en situaciones disímiles****; (ii) Debido a un cambio social posterior a la primera decisión, la misma resulta inadecuada para volverse a aplicar por lo diferente del contexto social; (iii) Que el juez concluya que la decisión es contraria a los valores y principios en los que estructura el ordenamiento jurídico y (iii) Variación de la norma legal o constitucional interpretada en la decisión de la cual el juez pretende apartarse."* (Negrillas y subrayas de la Sala)

Atinente a esta temática, la Corte Constitucional en sede de tutela[25] decantó tiempo después:

"En efecto, precisamente por esa sujeción, las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores, pues esta sujeción impone la obligación de respetar el

[25] Sentencia T-170/15, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

principio y derecho de igualdad cuando resuelven casos similares. Así, mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial[26]*.*

Al respecto, vale precisar que ***la figura del precedente, ha sido comprendida por la Corte de la siguiente manera:***

> *"…* ***el precedente, es aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia.***
>
> *La pertinencia de un precedente, se predica de una sentencia previa, cuando: "(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente*[27]*; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente"*[28]*.*

(….)

No obstante lo expuesto, el respeto y sometimiento a ***las decisiones de los altos Tribunales no puede entenderse de manera absoluta****, pues con ello se anularía por completo el principio de autonomía judicial y, adicionalmente, la jurisprudencia se tornaría inflexible frente a los cambios sociales. De ahí que sea imperioso admitir, que en los eventos en*

[26] Al respecto, ver Sentencia T-1317 de 2001, M.P. RODRIGO UPRIMNY YEPES.
[27] *Ídem.*
[28] Sentencia T-292 de abril 06 de 2006, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

> *que el precedente sea aplicable para solucionar el asunto de que se trate,* ***el juez está autorizado, mediando una debida y suficiente justificación y argumentación, para apartarse de la posición del órgano superior, cuando existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica***[29]***.”*** (Destacados ajenos al texto original)

De las anteriores precisiones jurisprudenciales y normativas resulta prístino, en consecuencia, lo siguiente: *i)* que cuando se presentan tres o más decisiones uniformes emanadas de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación sobre un mismo punto de Derecho germina la denominada doctrina probable, misma que -en tanto originada en la función de dicho órgano plural de unificar la jurisprudencia ordinaria y en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se sustenten en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico-, tiene fuerza normativa y vinculante; *ii)* que aun así, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable; *iii)* que no empece ello, el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda y arbitraria para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por

[29] Al respecto, ver sentencia T- 683 de 2006, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

la Corte Suprema de Justicia; *iv)* que se erige en precedente judicial con igual fuerza normativa aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de adoptar la decisión que le competa; y *v)* que la pertinencia de un precedente se predica de una sentencia previa, cuando su *ratio decidendi* formula una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente, se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son similares o plantean un punto de derecho análogo al que se debe resolver posteriormente.

A esto cabe agregar que dado que no se trata de un sistema hermenéutico rígido o absoluto, como de manera meridiana dejaren por sentado las prenombradas Altas Cortes en las decisiones parcialmente transliteradas, es plausible al operador judicial apartarse de la doctrina probable o del precedente judicial[30] –vertical u horizontal- pero compete al dispensador de justicia que así lo haga –singular e incluso al plural autor de la doctrina y/o precedente que se trate- precisar de manera fundamentada la razón para ello, decisión que

[30] En este sentido ver Corte Constitucional, sentencias SU-047 de 1999, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO: C-836, agosto 09 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL; y C-621, septiembre 30 de 2015, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Asimismo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 1° de 2012, radicado No. 34853, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

puede tener como sustentáculo una o varias de las circunstancias que enlistará la Sala acto seguido, sin que con ello se pretenda sentar un catálogo taxativo de las mismas: *a)* por un cambio en la norma legal o constitucional en que se afincó la anterior posición jurisprudencial de la cual el juez pretende apartarse; *b)* cuando los principios y reglas jurisprudenciales sentados con anterioridad pierden vigencia y ya no tienen la capacidad para responder adecuadamente a la realidad social, política o económica ahora imperante; *c)* cuando no existe claridad en cuanto al precedente aplicable debido a que las sentencias que sentaron posición frente a unos mismos supuestos de hecho relevantes, contienen ambigüedades, anfibologías o contradicciones que hacen inviable extraer el fundamento de las mismas y la regla o principio que postulan; y *d)* cuando, a pesar de la similitud entre dos supuestos de hecho, existen elementos de juicio o diferencias relevantes no considerados en su oportunidad por el superior, que permiten desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica, la regla o principio sentados con antelación.

Pero es más, habrá de remembrarse, la sola *ratio decidendi* de una determinación judicial no se constituye *per se* en un precedente judicial, sino que se requiere de la existencia de un conjunto de decisiones del supremo órgano unificador que, de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema

concreto de derecho y lo desarrollen (factor cuantitativo), en el que efectivamente se asuma el estudio detallado de una cuestión problemática sentando una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla, y que esa posición, en tanto lo anterior, sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera, dada la trascendencia y consecuencias de esas decisiones (factor cualitativo)[31].

Tradúcese lo anterior en que la existencia de un solo pronunciamiento atinente a un punto de Derecho o institución jurídica, por manera alguna puede abrogarse, menos se le puede atribuir, el calificativo de doctrina probable o precedente judicial, pues, se itera, ha de combinar los referidos criterios cuantitativos y cualitativos[32] para que alcance a

---

[31] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 29877 del 1° de agosto de 2011, M.P. JAVIER DE JESUS ZAPATA ORTIZ: "*Ahora, no se trata apenas de que la ratio decidendi de una determinada decisión por sí misma constituya precedente jurisprudencial, pues para que tal suceda, es necesario combinar criterios cuantitativos y cualitativos.*
Los primeros dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.
A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera.". Reiterado en auto agosto 15 de 2013, radicado 40093, M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

[32] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 46176 del 02 de diciembre de 2013. MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA: "*Y en el hipotético caso que así fuera, ello no es suficiente para considerar una providencia como precedente judicial, pues, como se viene diciendo por la Corte, es imperativo combinar criterios cuantitativos y cualitativos*".
Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 29877 del 1° de agosto de 2011: "*Los primeros* [los criterios cuantitativos] *dicen relación con la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema de derecho y lo desarrollen, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales asumirla o continuarla.*

estructurar un criterio hermenéutico dominante, relevante o significativo que permita establecer el verdadero espíritu de la norma[33] y determinar su alcance con la suficiente transcendencia que sirvan de guía para ser aplicados en casos similares por todo administrador de justicia.

***ii)* La prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar.**

Atinente a este particular hito del derrotero metodológico *ut supra* trazado por esta Sala de Decisión, ha de evocarse que esta Corporación, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales trazados en la materia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido una línea de pensamiento sólida referida a que al interior del proceso penal surtido en la jurisdicción foral no es dable dar aplicación al instituto jurídico de la prisión domiciliaria, ello en virtud a la especialidad

---

A su turno, el aspecto cualitativo remite a la trascendencia y consecuencias de esas decisiones, ora porque efectivamente asume el estudio detallado de una cuestión problemática, ya en atención a que se busca que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera…".

[33] Corte Constitucional. Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013. MP. DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB: "*Para que la jurisprudencia y la doctrina adquieran el carácter de derecho viviente, es necesario que se cumplan ciertas exigencias o requisitos. De acuerdo con lo señalado en la Sentencia C-557 de 2001, reiterada por la sentencia C-426 de 2002, puede considerarse que constituye derecho viviente "la interpretación jurisprudencial y doctrinal: (i) que sea consistente, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que esté plenamente consolidada o afianzada, como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos".*

de la misma, pues está dirigida a juzgar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, como así lo estableció el artículo 221 de la Constitución Política.

Conteste con ello, ésta jurisdicción cuenta con una codificación especial, diferente, singular y autónoma, ello habida cuenta de los sujetos a los cuales va dirigida, a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y a las condiciones especiales que se derivan de la función que le corresponde cumplir a la Fuerza Pública Colombiana.

Expresión de ello es la normativa compendiada en los Códigos Penales Militares vigentes en la actualidad en el ordenamiento jurídico nacional, Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, en los que fue intención del legislador, por razón de lo anterior, no consagrar el instituto de la detención domiciliaria como tampoco el de la prisión domiciliaria, ni como principales ni como sustitutivos.

Pero, sea bueno reiterar, ello no tuvo génesis en una falta de previsión normativa u olvido del legislador generador de vacío susceptible de ser llenado por la vía de la integración normativa o de la favorabilidad o de la analogía *in bonam partem*[34] -esta última es la

[34] *Cfr*. Corte Constitucional, auto 232 de 2001, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA en que se dijo "*El principio de la analogía consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, supone la presencia de tres (3) elementos para su configuración: Ausencia de norma exactamente aplicable al caso en cuestión; Que el caso*

única admisible en el ámbito penal[35]-, sino porque por razón de la amplia potestad de configuración normativa de que goza el legislador primario en tratándose de esta jurisdicción especial -potestad que por virtud de la cual debe diseñar lo atinente a la política criminal del Estado, definiendo cuáles conductas han de ser consideradas punibles, fijando las penas correspondientes a tales comportamientos y diseñando los procedimientos penales y las instituciones vinculadas con ellos-, resulta palmar que su voluntad siempre se orientó a que un instituto jurídico tal no tuviere aplicabilidad en los procesos penales que se surten en la jurisdicción penal militar, esto con total ajenidad e independencia de las funciones que en la jurisdicción ordinaria está llamado a cumplir según su consideración y momentos de la actuación procesal en que allí resultan viables[36].

---

previsto por la norma sea similar o semejante al asunto carente de norma o previsión por el legislador; Que exista la misma razón, motivo o fundamento para aplicar al caso no previsto el precepto normativo". Aserto transliterado en su tenor literal en el auto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de junio 13 de 2017, AP3784-2017, radicado 49502, Conjuez Ponente JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN.

[35] Recuérdese que, existiendo una norma que le confiere a un supuesto de hecho determinado una consecuencia de derecho, es viable otorgarle, a un evento similar, igual tratamiento normativo, cuando quiera que el legislador haya omitido regular el asunto y el beneficio jurídico obtenido, sea en todo caso, benévolo a los intereses del procesado. Este criterio responde al principio general del derecho, según el cual, donde existe la misma razón, deben aplicarse las mismas disposiciones de derecho (*ubi eadem ratio; ibi eadem dispositio juris debet*). *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP, agosto 26 de 2009, radicado 26136 y sentencia febrero 11 de 2015, SP1245-2015, radicación No. 42724, M.P. EYDER PATIÑO CABRERA, entre otras.

[36] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 77598, STP1276-2015, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, en que se dijere "*La detención domiciliaria tiene que ver con el decurso del proceso; la prisión domiciliaria, con el proferimiento del fallo; y la sustitución de la pena, con la efectividad corporal de esta.*
Se trata, entonces, de fenómenos jurídicos bien diversos, que cumplen funciones en diferentes momentos de la actuación procesal. Los requisitos, así, son particulares para cada uno de ellas, lo que implica que no puede

Postura definitivamente acorde, se insiste, con lo que de antaño ha decantado el Tribunal Superior Militar y Policial[37] de la República de Colombia con sustento en precedentes de la Corte Constitucional[38] y de la Corte Suprema de Justicia[39], cuando ha señalado enfáticamente la inexistencia de vacío normativo en punto a la prisión domiciliaria, resultando, en consecuencia improcedente pregonar su aplicación por vía del antes citado principio de integración como postula la censora en su escrito recursal, mismo regulado en los artículos 18 de la Ley 522 de 1999 y 14 de la Ley 1407 de 2010.

En este orden de ideas, resulta plenamente procedente traer a colación el pronunciamiento de este Tribunal castrense en el que, de manera conteste con lo anterior, se acrisoló:

---

haber incompatibilidad de la normativa de los dos primeros, o de alguno de ellos, con el tercero.
En casos como este, desde el punto de vista estructural y desde el punto de vista temático, no es posible afirmar, entonces, que una norma modifique, subrogue, abrogue o derogue otra.
La sustitución de la pena, por tanto, no tiene el mismo escenario procesal ni la misma sustancia que la detención domiciliaria, ni que la prisión domiciliaria".

[37] Denominación que adquirió el Tribunal Superior Militar a raíz de la expedición de la Ley 1765 de 2015 la cual se halla vigente en el ordenamiento jurídico colombiano e irradiando sus efectos en el mismo desde el 23 de julio de dicho año en que se produjere su promulgación.

[38] Corte Constitucional, sentencias C-709 de 2002, C-361 de 2001, C-228 de 2003.

[39] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados Nos. 11660 del 18 de junio de 2001, 17709 del 21 de julio de 2004, 20748 del 1° de junio de 2005, 28840 del 12 de diciembre de 2006, 29501 del 06 de febrero de 2007 y 31455 del 14 de junio de 2007. Asimismo, sentencias de tutela de esta Alta Corte Nos. 20748, junio 1° de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA; 28840, diciembre 12 de 2006, M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ y 31455, junio 14 de 2007, M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN y Corte Constitucional, sentencia de tutela 677, agosto 21 de 2002, M.P. JAIME ARAUJO RENTARÍA, entre otras.

"(…) debe precisarse que ha sido el Legislador quien dentro de su libertad de configuración y como expresión de política criminal, ha dispuesto no considerar dentro de la ley penal militar, sustantiva y procesal, este tipo de beneficios; razón por la cual no resulta certero, como lo depreca la Defensa, expresar que existe un vacío u omisión Legislativa que ha de llenarse por vía de los principios de integración o favorabilidad con la aplicación de las normas que regulan la materia en el Código Penal común, esto es, las consagradas en las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1142 de 2007 y 1453 de 2011.

Al estudio de las actas de la Comisión Redactora del Código Penal Militar, hoy Ley 1407 de 2010, se advierte que el debate sobre la temática analizada se orientó en el siguiente sentido:

> *"(…) en la parte relacionada con capturas y medida de aseguramiento quedó exactamente igual como lo tenemos nosotros**, no se consideró la detención domiciliaria por la naturaleza de la Fuerza Pública. Sugiere el Doctor LOMBANA y que él expresó que por delitos de competencia en la jurisdicción penal militar no procederá la detención domiciliaria, porque como ésta es norma especial** (…)"*[40]

Esta breve cita deja claro cuál era la voluntad del Legislador, máxime si se tiene en cuenta el texto definitivo, aprobado y sancionado mediante Ley 1407 y vigente desde el 17 de agosto de 2010, por lo que insistimos no existe vacío, ni omisión Legislativa, sino a contrario la voluntad de no incorporar este subrogado en el Código Penal Militar, dada la particular naturaleza de la Fuerza Pública, la vocación de norma especial frente a la general, lo que de suyo generaba efectos de derogatoria tácita. Por manera, que acudir al artículo 14 de la citada normatividad castrense, para que por vía del principio de integración se traigan los artejos 38 y 38A de la ley 599 de 2000 y sus

[40] Actas Comisión Redactora Código Penal Militar, sesión del 27 de julio de 2005. Pág. 505.

modificaciones, no resulta viable, toda vez que hacerlo si se opone a la naturaleza del Código Penal Militar."[41] (Destacado fuera del texto original)

Oportuno también resulta señalar que aún por vía de tutela se ha intentado, con resultados infructuosos, sea pertinente señalarlo, que en esta jurisdicción especializada opere la concesión de la prisión domiciliaria, habiéndose pronunciado la Corte Suprema de Justicia al respecto en el siguiente sentido:

"En el caso analizado, el accionante cuestiona las decisiones del Inspector General de la Policía Nacional y el Tribunal Militar, que negaron al sentenciado Hildebrando Torres Ávila los institutos de la prisión domiciliaria y la libertad vigilada a través de mecanismos electrónicos, como sustitutitos de la prisión intramuros, pronunciamientos que se sustentaron en la consideración de que el régimen militar no preveía estos institutos, y que la remisión al procedimiento ordinario para su eventual aplicación resultaba improcedente.

Estos pronunciamientos son producto de una clara postura interpretativa del ordenamiento jurídico, concretamente sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad al procedimiento penal militar de institutos previstos para el procedimiento ordinario, que se revela razonable, en cuanto se soporta en el artículo en su artículo 221 de la Constitución Nacional (modificado por el Acto Legislativo 02 de 1995, artículo 1°), que contempla la existencia de un régimen especial para el juzgamiento de los militares en servicio activo por conductas relacionadas con el servicio, distinto del ordinario, dotado de instituciones propias.

[41] Tribunal Superior Militar, radicado 154032 del 26 de julio de 2013, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

También se sustenta en decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema, en las cuales ha sido reconocida la autonomía de dicho régimen (el militar), así como la libertad de configuración del legislador en esta materia, específicamente en relación con la facultad de dotar a cada ordenamiento (militar y ordinario) de instituciones propias, de contenido similar o diferente; consideraciones a partir de las cuales la jurisprudencia ha afirmado la impertinencia de los ejercicios argumentativos orientados a afirmar violaciones de garantías fundamentales a partir de establecer diferencias entre uno y otro procedimiento (Confrontar Corte Constitucional, sentencia de tutela 677 de 21 de agosto de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentaría; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 21 de julio de 2004, Rad.17709, Magistrado Ponente doctor Herman Galán Castellanos, entre otras)"[42].

Diáfana posición reiterada en aquella decisión en que el referido órgano plural sostuviere:

"Por último, en relación con lo decido por las autoridades accionadas de negar al actor la prisión domiciliaria, de interés resulta traer a colación un pronunciamiento de esta corporación que abordó dicha temática, en tratándose de asuntos de competencia de la jurisdicción Penal Militar:

"En estas condiciones, resulta errado que el actor haya acudido en este caso a la tutela con el propósito de desconocer la actuación cumplida por los funcionarios judiciales demandados, por cuanto no se ha incurrido en las vías de hecho aducidas, puesto que el trámite se ha surtido con sujeción a lo previsto en el Código Penal Militar, normatividad que constituye una excepción al principio del Juez natural general, tiene por tanto carácter especial y debe ser aplicada en forma restrictiva tal como

[42] Sentencia de tutela 20748, junio 1° de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C - 878 de 2000. incluso, porque en otro pronunciamiento se dijo que la legislación penal militar era autónoma tanto en materia sustantiva como en materia procesal y por ende podía tener diferencias con los códigos penal y de procedimiento penal ordinarios, sin que ello fuera suficiente para afirmar que sea contraria a la Carta Política. (Cfr. Sentencia C-1068 de 2001).

Ahora bien, respecto del derecho fundamental a la igualdad, ningún desconocimiento se advierte, porque, se reitera, para adoptar la determinación los Jueces Militares se fundamentaron en el artículo 221 de la Constitución y el Código Penal Militar, razón por la cual con fundamento en el citado derecho no se puede pretender establecer paridad con el ordenamiento penal ordinario, además, la inclusión o no de la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria en la legislación penal militar, es un asunto que corresponde decidir única y exclusivamente al legislador en los términos del artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución, mas no al Juez de tutela y menos por la vía de la integración"[43]".[44]

Al igual que en aquel otro pronunciamiento de más reciente data en que se decantare:

"(…) 3. En el caso concreto, la queja de la accionante recae en las decisiones de las autoridades castrenses que vigilan la ejecución de la pena que le fuere impuesta, por medio de las cuales no se accedió a su solicitud para la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria; el juzgado de primer grado al no encontrar reunidos los requisitos para su concesión como madre cabeza de familia en los términos de la Ley 750 de 2002, y el Tribunal Superior Militar, al considerar que

[43] Sentencia de tutela, radicado 28840, diciembre 12 de 2006.
[44] Sentencia de tutela, radicado 31455, junio 14 de 2006. M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN.

tal subrogado no es aplicable a la justicia penal militar.

3.1. A juicio de la Sala, la intención de la accionante no es otra que propiciar la intervención del juez constitucional para imponer su criterio sobre el de los jueces naturales de la actuación, lo cual deviene inaceptable. En efecto, la negativa frente al instituto pretendido no requiere de enmienda alguna por parte del juez de tutela, como quiera que en la misma no se advierte un yerro que suponga la transgresión de los derechos de la actora.

3.2. Así razonó la Corporación accionada, mediante la transcripción de múltiple jurisprudencia por ella emitida, así como de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

> *"Desde ya estima la Sala que la pretensión del apelante no está llamada a prosperar y en consecuencia se confirmará la providencia recurrida, no por los argumentos en ella señalados, sino, porque como se consignará más adelante, y como lo impetra acertadamente el Ministerio Público ante esta instancia, la Justicia Penal Militar es una jurisdicción especial, con una codificación singular y autónoma que no introdujo este sustituto dentro de su normativa por voluntad de configuración legislativa, por ello no es viable otorgar el sustituto de prisión domiciliaria a la Subintendente (r) CAUS quien fuera condenada a la pena de sesenta y seis (66) meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.*
>
> *Esta afirmación se ha venido apuntalando en pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como de la misma Corte Suprema de Justicia, generando así una línea jurisprudencial afianzada sobre presupuestos claros en materia de la excepcionalidad de la Justicia Penal Militar.*
>
> *(…)*

Finalmente debe señalarse que recientemente se reformó el Código Penitenciario y Carcelario – Ley 65 de 1993-, lo que incluyó aspectos puntuales sobre la materia sometida a estudio considerados en la Ley 599 de 2000, expidiéndose así la Ley 1709 de 2014 actualmente en vigencia.

En la citada reforma el legislador en materia de la Justicia Penal Militar especifica en su artículo 19 cuales son los sitios de reclusión para los miembros de la Fuerza Pública, tanto para el cumplimiento de la detención preventiva como para el caso de las condenas que conduzcan a la privación de la libertad, no estableciendo en ninguno de sus apartes la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión para dicha jurisdicción o reformando en este sentido la legislación penal militar vigente; lo que sí efectuó respecto de la ley 599 de 2000 – Código Penal – modificando sus artículos 38, 38B, 38C, 38D, 38E, pero como se advirtió de manera precedente, única y exclusivamente para la jurisdicción ordinaria."

4. La anterior disertación jurídica en nada se observa contraria a derecho o violatoria de garantía fundamental alguna, así que a pesar de la insatisfacción de CAUS con la determinación cuestionada, no se advierte que desconozca mandatos constitucionales y legales, ni se ofrece quebrantadora de garantías de rango superior, pues se encuentra debidamente motivada y sustentada en jurisprudencia aplicable, incluidas, decisiones en sede de tutela proferidas por esta Célula Judicial, verbigracia, las sentencias CSJ STP radicados 28840 de 2006, 29501 y 31455 de 2007.

De manera particular, en la sentencia CSJ STP del 1 de junio de 2005, rad. 20748, una Sala de Decisión de Tutelas sostuvo:

"En el caso analizado, el accionante cuestiona las decisiones del Inspector General de la Policía Nacional y el Tribunal Militar, que negaron al sentenciado Hildebrando Torres Avila los institutos de la prisión

domiciliaria y la libertad vigilada a través de mecanismos electrónicos, como sustitutitos de la prisión intramuros, pronunciamientos que se sustentaron en la consideración de que el régimen militar no preveía estos institutos, y que la remisión al procedimiento ordinario para su eventual aplicación resultaba improcedente.

Estos pronunciamientos son producto de una clara postura interpretativa del ordenamiento jurídico, concretamente sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad al procedimiento penal militar de institutos previstos para el procedimiento ordinario, que se revela razonable, en cuanto se soporta en el artículo en su artículo 221 de la Constitución Nacional (modificado por el Acto Legislativo 02 de 1995, artículo 1°), que contempla la existencia de un régimen especial para el juzgamiento de los militares en servicio activo por conductas relacionadas con el servicio, distinto del ordinario, dotado de instituciones propias.

También se sustenta en decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema, en las cuales ha sido reconocida la autonomía de dicho régimen (el militar), así como la libertad de configuración del legislador en esta materia, específicamente en relación con la facultad de dotar a cada ordenamiento (militar y ordinario) de instituciones propias, de contenido similar o diferente; consideraciones a partir de las cuales la jurisprudencia ha afirmado la impertinencia de los ejercicios argumentativos orientados a afirmar violaciones de garantías fundamentales a partir de establecer diferencias entre uno y otro procedimiento (Confrontar Corte Constitucional, sentencia de tutela 677 de 21 de agosto de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentaría; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 21 de julio de 2004, Rad.17709, Magistrado Ponente doctor Herman Galán Castellanos, entre otras).

Además de tratarse de una interpretación fundamentada del ordenamiento jurídico, y que esto sería suficiente para negar la pretensión de tutela, se tiene que en el caso de la solicitud de reconocimiento del instituto de la prisión domiciliaria, formulada sobre la base de ser

el procesado cabeza de familia, los juzgadores analizaron los presupuestos requeridos para su procedencia, y concluyeron, dentro del marco de una argumentación racionalmente plausible, que no cumplía tal condición, decisión que en manera alguna puede llegar a ser considerada vía de hecho."

5. En tal virtud, infundada surge la pretensión de la accionante al aspirar con ello a imponer sus razones frente a lo resuelto, con miras a propiciar la injerencia del juez de tutela en un asunto que fue objeto de decisión al interior de la actuación. Así las cosas, no resulta posible acceder al pedimento de amparo, toda vez que ello sería desconocer el <contenido de las distintas jurisdicciones y el carácter residual del instrumento constitucional, ya que no es posible invocarlo para cuestionar las decisiones de los jueces con las cuales se mantiene inconformidad, toda vez que ello no se compadece con su espíritu."[45]

Ahora bien, en punto a la aplicación de la providencia de la Corte Suprema de Justicia de radicado 40282 adiada 05 de abril de 2017 a que se hace alusión en el trámite recursal, misma por la cual éste órgano plural adoptare decisión contraria a la línea jurisprudencial trazada hasta ese momento pero sin acotar expresamente recoger su propio precedente, ni las reglas jurídicas e interpretativas decantadas de manera uniforme y pretérita, esta Corporación[46] ha decantado a espacio y suficiencia en previas oportunidades las razones que la han llevado a apartarse de manera sustentada y razonada

[45] Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 1, radicado No. 75350 del 28 de agosto 2014, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.
[46] Tribunal Superior Militar. Radicado 158405 del 17 de noviembre de 2017, M.P. MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 158808 del 24 de noviembre de 2017, M.P. TC (RA) NORIS TOLOZA GONZALEZ; radicado 158876 del 22 de marzo de 2018, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.

de aquella, siendo pertinente destacar, entre otras decisiones, la siguiente:

"En punto del nuevo problema jurídico planteado por la representante del Ministerio Público en su concepto, referido a la viabilidad de conceder el beneficio de la prisión domiciliaria en el caso bajo estudio, dando aplicación a lo señalado en "la ratio decidenci" de la sentencia del 5 de abril de 2017, proferida por la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 40282, con ponencia del DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, la Sala estima prudente señalar que para abordar este tema debe hacerlo bajo las fórmulas de doctrina probable y precedente judicial.
Ello en cuanto se trata de una única decisión y la primera de la Corte Suprema de Justicia en la que considera viable la prisión domiciliaria en esta jurisdicción, en tanto que, en reiterados pronunciamientos anteriores de esa misma Corporación y la Corte Constitucional ha señalado de manera pacífica que no es posible aplicar los referidos institutos, dado que no se presenta un vacío legal, en razón a que se trata de una jurisdicción especial en la que teniendo en cuenta la calidad de los sujetos destinatarios de la norma y las misiones asignadas por la Constitución y la ley a la fuerza pública, no necesariamente debe contener una regulación idéntica a la establecida en las normas que regulan la jurisdicción ordinaria, sin que por ello se pueda predicar vulneración de derechos fundamentales.

(…)

Por el contrario, del estudio realizado por este Juez Colegiado a las decisiones de estas Altas Cortes, se evidenció la existencia de una línea jurisprudencia reiterativa y pacífica, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, que precisan la independencia, autonomía y especialidad de la Justicia Pena Militar, dada la existencia de una regulación completa y autónoma en el Código Penal Militar, tanto en

materia sustantiva como procesal, precisando que tales regulaciones pueden ser distintas a las contenidas en los códigos Penal y de Procedimiento Penal ordinarios, sin que por esa sola diferencia resulten contrario a la constitución o que se pueda alegar una situación de desigualdad, razones por las cuales estiman que no se presenta ningún vacío legal en estas disposiciones, por tanto, no se hace necesario traer institutos o figuras jurídicas reguladas en otros códigos.

Consecuente con la anterior postura hermenéutica de las Cortes, solo por citar a manera de ejemplo, la Sala estima prudente relacionar las más relevantes, así, de la Corte Constitucional las sentencias C-358 de 1997, C-368 de 2000, C-709 de 2002, C-228 de 2003, C-073 de 2010, T-677 de 2002 y T-011 de 1999, entre otras.

De la Corte Suprema de Justicia las sentencias proferidas en los radicados 11660 del 18 de julio de 2001, 17709 del 21 de julio de 2004, 25392 del 23 de enero de 2008, 29501 de 2007, entre otras, y en sede de Tutela radicados 20748 del 1 de junio 2005, 31455 del 14 de junio de 2007, 75350 del 28 de agosto de 2008, 40893 del 19 de marzo de 2009, STC15034 4 de noviembre de 2014, 57493 del 4 de febrero de 2015, 82103 del 29 de septiembre de 2015, stc15738 del 17 de noviembre de 2015, entre otras, la mayoría de estas últimas negando la prisión domiciliaria y las cuales cuatro últimas, posteriores a la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014, invocada por la representante del Ministerio Público y la Defensa.

Atendiendo el anterior recorrido, la Sala debe señalar que se presenta una línea jurisprudencial consistente, reiterativa y pacífica, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia sobre los aspectos arriba relacionados, no obstante, en la sentencia del 5 de abril de 2017 proferida por la Corte Suprema de Justicia y que hoy la representante del Ministerio Público pretende hacer valer, ese Alto Tribunal no expresó las razones por las cuales se apartaba de sus

propios precedentes, estando en la obligación de hacerlo, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2015[47]*.*

Por las anteriores razones y como quiera que se trata de una sola decisión de la Corte Suprema de Justicia en ese punto de derecho, que además resulta contraria a la línea jurisprudencial trazada con anterioridad, por sí sola no tiene la virtualidad de constituirse en doctrina probable, ni en precedente judicial, a pesar que, se trata de una sentencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Penal como Tribunal de Casación, en cuanto no reúne los criterios cuantitativos y cualitativos, referidos en la jurisprudencia que aquilata el precedente judicial.

Siendo ese el tamiz de la doctrina probable y el precedente judicial y atendiendo las razones expuestas en precedencia, esta Sala de Decisión expresando el profundo respeto que le merecen todas las decisiones de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, así como el acatamiento que le merecen todas sus decisiones, sin importar que se trate de doctrina probable, de un precedente judicial o de una única decisión, como ocurre en el caso concreto, estima que se debe apartar de la "ratio decidende" de la sentencia del 5 de abril de 2017, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 40282.

Las razones que llevan a este Juez Colegiado a apartarse de la "ratio decidendi" de la providencia en cita, no son otras que, además que no existe identidad fáctica entre los hechos objeto de investigación dentro del proceso en el que se produjo esa decisión y el que hoy

[47] Corte Constitucional – Sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015.- MP: DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB: "*Finalmente la Sentencia C-836 de 2001 consagró también la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia se aparte de su doctrina probable, (precedente horizontal) en tres supuestos: 1) cambios sociales que hagan necesario un ajuste en la jurisprudencia. 2) cuando encuentre que su jurisprudencia contradice "valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico" y 3) cuando exista un cambio relevante en el ordenamiento jurídico legal o constitucional.*"

ocupa la atención de esta Sala de Decisión, en la sentencia del 5 de abril de 2017, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 40282, no expresó las razones por las cuales se apartó de sus propios precedentes judiciales y con argumentos abiertamente contradictorios con los que había sustentado las providencia arriba citada, decide adoptar una decisión contraria a la que había adoptado en las anteriores decisiones judiciales, en franca discrepancia con la regla de derecho que había construido la línea jurisprudencial."[48]

Asimismo, el reciente pronunciamiento en que, con ponencia del Honorable Magistrado TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, se afirmare:

"Sobre el particular, estima la Sala que la decisión adoptada por el Juzgado del Departamento de Policía de Cundinamarca fue acertada, dado que en anteriores y reiterados pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han señalado de manera pacífica que no es posible aplicar la pena sustitutiva referenciada en esta jurisdicción, como quiera que no se trata de un vacío legal que amerite acudir a la integración de las normas o al principio de igualdad para forzar su aplicación, pues en tratándose de una jurisdicción especial, en la que se debe tener en cuenta la calidad de los sujetos destinatarios de la norma y las misiones asignadas por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública, no necesariamente debe contener una regulación idéntica a la establecida en las normas que regulan la jurisdicción ordinaria, sin que por ello pueda predicar vulneración de derechos fundamentales.

[48] Tribunal Superior Militar, radicado 158405, noviembre 17 de 2017, M.P. MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.

En esas condiciones, conviene reiterar que el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 refiere que la doctrina probable emitida por la Corte Suprema de Justicia consiste en tres decisiones uniformes proferidas por ese tribunal de cierre sobre un mismo punto de derecho, lo cual hace que los funcionarios judiciales puedan aplicarla a casos similares, no obstante, el alto Tribunal puede variar su propia doctrina por considerar como equivocadas sus decisiones anteriores.

De esta manera, se debe señalar que la sola razón de ser de una decisión, no constituye doctrina probable, pues se requiere de la existencia de un conjunto de decisiones del supremo órgano unificador que, de manera reiterada y pacífica aborden a profundidad un tema concreto de derecho y lo desarrollen (factor cuantitativo), en el que efectivamente se asuma el estudio detallado de una cuestión problemática, y que esa solución hallada sirva de guía o norte para que casos similares se resuelvan de igual manera, dada la trascendencia y consecuencias de esas decisiones (factor cualitativo)[49]*.*

Consecuente con lo anterior, la Corte Constitucional ha reiterado la independencia, autonomía y especialidad de la Justicia Penal Militar, dada la existencia de una legislación íntegra y autónoma en el código penal militar tanto en materia sustantiva como procesal, precisando que tales regulaciones pueden ser distintas a las contenidas en el código penal y de procedimiento penal ordinarios, sin que por esa sola diferencia resulten contrarios a la Constitución Política o se pueda alegar una situación de desigualdad, razones por las cuales consideran que no se presenta ningún vacío legal en estas disposiciones,

[49] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 29877 del 01-08-11, MP. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

por tanto, no se hace necesario traer institutos o figuras jurídicas reguladas en otras normas[50]*."*[51]

***iii)*Análisis y resolución del caso concreto.**

La libelista, se habrá de recordar, dedicó el reproche ínsito al recurso de alzada a postular que si bien le asistía razón al juez de primera instancia al indicar que en la justicia penal militar no existía la prisión domiciliaria, no sucedía lo mismo con lo también aseverado por él en punto a la inaplicabilidad de la prisión domiciliaria en la jurisdicción castrense pues no podía desconocer el funcionario que con la evolución jurisprudencial actualmente se admite ese sustituto en tanto se cumplan los requisitos previstos en la Ley 750 de 2002.

A lo anterior agregó que su prohijado sí cumple con los presupuestos para el otorgamiento del sustituto de la prisión domiciliaria pues éste reunía los requisitos para ello en tanto es padre cabeza de familia y además se "*verificó*" el cumplimiento de los fines de la pena en la medida que se reincorporó de nuevo a la sociedad cumpliendo un trabajo que de alguna manera contribuye al fin social de la seguridad de los coasociados, es buen hijo, tiene arraigo social y familiar, "*ha cumplido*

[50] Sobre el presente tema, téngase en cuenta las sentencias C-358 de 1997, C-368 de 2000, C-709 de 2002, C-228 de 2003, C-073 de 2010, T-677 de 2002 y T-011 de 1999 que afianzan la independencia y autonomía de la Justicia Penal Militar.
[51] Tribunal Superior Militar y Policial, auto noviembre 28 de 2018, radicado 158542.

cada llamado judicial" y no ha reiterado comportamientos reprochables ni jurídica ni socialmente, por ende, concluyó, "*no reviste peligro para nuestra sociedad*".

Asertos a los que agregó que el juez ejecutor de la pena -quien además fundamentó la negativa de la prisión domiciliaria en la consideración de no haberse demostrado que el condenado tuviere la responsabilidad exclusiva respecto de sus hijas ni de su compañera permanente, sin que esta fuere incapacitada ni de la tercera edad-, no reparó que en el plenario reposa la historia clínica del embarazo de alto riesgo que padecía MPV lo que le impedía laborar y además la certificación de la custodia que tenía sobre su menor hija de 11 años.

En este orden de ideas, cernidos estos argumentos por el tamiz que ofrece el marco conceptual y jurisprudencial vertido en el presente proveído con diamantina claridad y suficiencia, habrá de anunciarse que la decisión a adoptar resultará adversa a las pretensiones de la recurrente, abogada CLGC, en tanto si bien aludió de manera general a los requisitos y presupuestos exigidos por la ley para el reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia, adobando ello con algunos apartes de las Altas Corte del país sobre dicha figura y los presupuestos para su cabal reconocimiento, como también sostuvo que los fines de la pena se habían cumplido por las circunstancias por

ella anotadas –esto último habrá de decirse de manera infundada e indemostrada, no empece haber traído a colación la sentencia C-228 de 2003 en la que la Corte Constitucional en punto a la necesidad, la utilidad y la función preventiva de la pena aquilató que con esta se disuade de la comisión de conductas delictuales o al menos las disminuye y, además, se reafirma la decisión del Estado de conservar y proteger los bienes jurídicos tutelados por la ley-, pretermitió que, como se precisara *ut supra*, dicho instituto jurídico no tiene operancia al interior de los procesos penales rituados en esta jurisdicción castrense, como ampliamente lo han señalado la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y este Tribunal, sin que sea dable afirmar, por razones que resultan más que palmares, que con la decisión proferida el 05 de abril de 2017 por el órgano de cierre de la jurisdicción especializada dentro del radicado 40282, haya habido un cambio en el precedente jurisprudencial relevante con afincamiento en las circunstancias que esta Colegiatura penal militar se ocupare de enlistar párrafos atrás, máxime si se tiene en cuenta que lo allí consignado no ha sido objeto de reiteración en posteriores providencias y, de contera, carece de las notas características de reiteración, calidad y cantidad que permitan tenerlo como doctrina probable o precedente de imperiosa observación.

Pero es más, ha de precisar la Sala, olvidó la respetada apelante que, aun aceptando hipotéticamente

la procedencia de la prisión domiciliaria en esta jurisdicción foral en los términos que la regulan las normas de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal comunes por ella citadas en su escrito sustentatorio del recurso de alzada, resultaría evidente -sin necesidad de entrar en otras consideraciones relativas a la demostración o no de los presupuestos para el reconocimiento de la calidad de padre cabeza de familia-, su improcedencia en el caso *sub examine* por estricta prohibición legal[52], como acertadamente lo pusiera de relieve la distinguida representante de la sociedad ante esta instancia en su concepto de rigor, pues habrá de recordarse que el ST (R) FAGM fue penado como autor responsable de la comisión dolosa de los punibles de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público, siendo el primero de estos reatos uno de aquellos injustos penales respecto de los cuales el legislador dispuso la exclusión de beneficios y subrogados penales al tratarse de un delito atentatorio del bien jurídico de la Administración Pública.

Edificadas así las razones que conducen a esta Corporación a la adopción de la decisión anunciada con

---

[52] *"Artículo 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES. <Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; (…)".

antelación, esto es, a la desestimación del anhelo ínsito al recurso de apelación interpuesto por la respetada recurrente en contra del auto interlocutorio del 20 de septiembre de 2018 proferido por el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional con funciones de ejecución de penas y medidas de seguridad -mismo por el cual negara la sustitución de la ejecución de la pena-, habrá de proceder esta Corporación a la confirmación integral de dicho auto al estimarse acertados los planteamientos enarbolados por referido despacho, decisión esta que así se plasmará en la *resolutio* del presente proveído.

Finalmente se comisionará con amplias facultades, con miras a que se surta la notificación del presente proveído al ST (R) FAGM, privado de la libertad en el Centro Carcelario para miembros de la Policía Nacional sito en Facatativá (Cundinamarca), al director de dicho establecimiento.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE

PRIMERO: DESATENDER LOS ARGUMENTOS DE APELACIÓN y en consecuencia **CONFIRMAR** la decisión proferida el 20 de septiembre de 2018 por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la

Policía Nacional denegara la sustitución de prisión intramural por prisión domiciliaria a favor del ST (R) FAGM, esto de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de esta decisión judicial.

SEGUNDO: COMISIONAR con amplias facultades al Director del Centro Carcelario para miembros de la Policía Nacional sito en Facatativá (Cundinamarca) a fin de que notifique personalmente de la presente decisión al ST (R) FAGM, privado de la libertad en dichas instalaciones.

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad penal aplicable al rito procesal penal militar[53], y surtido el trámite que normativa, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de la Corporación, vuelva la actuación al juzgado de origen, para lo de su competencia.

CÓPIESE, RADÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

---

[53] Ley 600 de 2000, Artículo 187, "***EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS.*** *Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ
Magistrado

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	159039
Procedencia:	Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General
Procesado:	PT. (R) ELC
Delito:	Abandono del servicio
Motivo de alzada:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión:	Confirmar

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020).

I.ASUNTO A RESOLVER

Se conoce de los recursos de apelación interpuestos por la defensa y la procuradora 18 judicial II penal contra la sentencia del 14 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, con sede en Bogotá, por medio de la cual condenó al PT. ELC a la pena principal de un (1) año de prisión, sin beneficio de la condena de ejecución condicional, como autor responsable del delito de abandono del servicio.

II. HECHOS

Fueron precisados en la sentencia apelada, así:

> *"El Patrullero ® ELC quien se encontraba asignado a la Compañía de Seguridad para la Erradicación Manual Nro. 13 de la Dirección Antinarcóticos debía presentarse el día 5 de enero de 2011 por el término del permiso que le había sido concedido, pero no lo hizo, ni lo hizo dentro de los cinco (5) días siguientes a esa fecha."*[1].

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 Por los hechos que se vienen de referir, el Juzgado 193 de Instrucción Penal Militar, el 31 de enero de 2011[2], abrió formal investigación contra el PT. ELC por el delito de abandono del servicio, a quien vinculó mediante indagatoria el 20 de abril de 2012[3] y resolvió su situación jurídica provisional, el 13 de julio siguiente[4], absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento por el referido punible.

3.2 Clausurada la etapa instructiva, la Fiscalía 143 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, el 29 de abril de 2014[5], declaró el cierre de la investigación y, el 11 de noviembre siguiente[6], calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra del referido policial por el reato de abandono del

---

[1] Folio 520 del C.O. 3.
[2] Folio 25 del C.O. 1.
[3] Folios 68 a 69, 80 a 84 del C.O. 1.
[4] Folios 121 a 131 del C.O. 1.
[5] Folio 413 del C.O. 3.
[6] Folios 427 a 438 del C.O. 3.

servicio, la que fue recurrida, sin éxito, por vía de reposición[7].

3.3 Agotada la fase calificatoria, el Juzgado de Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, el 7 de septiembre de 2018[8], fijó fecha para la celebración de la audiencia de corte marcial que tuvo lugar el 11 de octubre de ese mismo año[9], al cabo de la cual, el 14 de noviembre siguiente[10], condenó al acusado por el delito y a la pena atrás referenciada. Contra esta decisión la defensa, inconforme, presentó recurso de apelación que hoy ocupa la vista de este Juez Plural.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El *a quo* empezó diciendo que la ocurrencia de los hechos se encuentra debidamente acreditada a partir de los testimonios del MY. HJRC, coordinador del grupo de erradicación manual de Caucasia, del SI. DAV, coordinador (e) del grupo de auxiliares del EMCAR DIRAN y del PT. DARA, secretario de la oficina de talento humando de la DIRAN, así como de las fotocopias del libro de anotaciones en el que se registró el retardo y la ausencia del acriminado.
Expresó, en cuanto a la tipicidad subjetiva, "*…que las tres situaciones que el procesado manifiesta en su indagatoria como justificantes a su retardo a saber, el accidente, la moto y el miedo, no afectaron el conocimiento que este tenía de que no se estaba*

[7] Folios 454 a 456 del C.O. 3.
[8] Folio 497 del C.O. 3.
[9] Folios 517 a 519 del C.O. 3.
[10] Folios 520 a 541 del C.O. 3.

presentando oportunamente, es decir, sabía que tenía que presentarse en esa fecha y no lo hizo, además quiso hacerlo, él era consciente de su actuar y su voluntad no estaba afectada, valga aclarar que el miedo no hace parte de esta categoría, pero sí de la culpabilidad que se analizará más adelante, huelga entonces señalar que no le asiste razón al defensor al adverar (sic) que no hay dolo en la conducta."[11].

Subrayó que *"…acá refulge la importancia de la claridad con que relata los hechos en su indagatoria porque no niega los mismos pero a renglón seguido se los atribuye a las tres razones expuestas, pero ninguna de ellas le impidió actuar con conciencia y voluntad de su acción, por el contrario, lo dicho en la indagatoria resalta su actuar doloso pues precisamente de allí se extrae la afirmación de que sabía lo que estaba haciendo (elemento cognoscitivo) es decir no asistir al servicio y quiso hacerlo (elemento volitivo)"*[12].

Dijo que en este caso no existe ninguna justificación en el comportamiento del sumariado, pues, *"…si hubiera sido cierto que la moto fue hurtada y que de allí se desencadenara un pago para que se la devolvieran, tal circunstancia no lo relevaba de la obligación de presentarse a su servicio en la fecha señalada y menos aún si el robo se produjo después de esa fecha, no, el robo de una moto aun cuando tenga un efecto de desconcierto en el afectado, como es natural, no impide o justifica su no presentación a la unidad a la que pertenecía como tampoco impedía que si la situación era tan apremiante y su presencia fuera indispensable, se comunicara con sus*

[11] Folio 528 del C.O. 3.
[12] Folio 528 del C.O. 3.

superiores o por lo menos informara de esta circunstancia para que le concedieran un permiso adicional o quizás unas vacaciones, pero no lo hizo ni intentó hacerlo con lo cual su coartada queda desacreditada."[13]

Argumentó que *"Tampoco tiene vocación de éxito como justificante la lesión en el dedo de su mano derecha, al respecto aparecen una excusa de servicio por 14 días hasta el 24 11 2010, otro ilegible que se encabeza con ortopedia, otra copia de historia clínica de fecha 11 de noviembre de 2010, empero al igual que ocurre con el asunto de la moto, aunque en este caso si se puede verificar que sufrió dicha lesión, no de un disparo como dice la esposa, tampoco se torna en una justificante para no presentarse el 5 de enero de 2011 si la lesión ocurrió en noviembre y la excusa de servicio abarcó hasta el 11 de noviembre de 2010, luego tampoco existe una conexión temporal entre la lesión y la no presentación al termino del permiso, mucho menos existe una prueba o mención que durante el permiso o concretamente el 5 de enero hubiera sido atendido por esa causa en sanidad de la policía o en algún otro servicio de salud o hubiera consultado a galeno alguno, por manera que esta exculpación tampoco está llamada a prosperar."*[14].

Aseveró que el policial no solo era imputable al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, tal como se desprende de la experticia psiquiátrica, sino que además por su experiencia en el seno de la institución y su formación policial podía discernir sobre el hecho y sus consecuencias, así se sobreentiende del acta de instrucción que éste firmó

[13] Folios 529 a 530 del C.O. 3.
[14] Folio 530 del C.O. 3.

antes de salir de permiso, pues aquí se les recordó sobre el delito de abandono del servicio y sus efectos.

Puntualizó, respecto a la no exigibilidad de otra conducta, que el miedo propuesto tampoco tiene vocación de prosperidad como quiera que "*…en relación con la lesión en el dedo, ninguna atención médica se evidenció o alguna atención por un profesional de la salud durante el lapso del permiso o concretamente entre el 5 de enero y el 10 de enero de 2011 de donde se pudiera evidenciar que el tratamiento del estrés postraumático que advierte la psiquiatra forense en su pericia haya sido la razón para no presentarse al término del permiso o durante los cinco días siguientes, pues la primera atención que aparece probada dentro del expediente data del 4 de febrero de 2011 ante la doctora YAG en el área de sanidad del departamento de Policía Cauca.*"[15].

Insistió que del testimonio de la DRA. YAG, psicóloga del Departamento de Policía Cauca, como de la historia clínica del procesado se sabe que "*…ni durante el lapso que permaneció sin presentarse al servicio o después del 30 de abril y hasta aproximadamente el mes de julio se evidencia que él hubiera solicitado o asistido al médico para ser tratado de su situación de salud mental.*"[16].

Valoró que "*En el dictamen médico legal y los testimonios de los familiares del procesado e incluso en lo registrado en la historia clínica del departamento de policía Cauca surge evidente que ELC estaba preocupado y resulta coincidente en estos medios de conocimiento, que él había*

[15] Folio 531 del C.O. 3.
[16] Folio 531 del C.O. 3.

presentado y tenía situaciones de agresividad, ansiedad, mal sueño etc, sin embargo tal como lo concluye la pericia eso no afectó su capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento ni de determinarse de acuerdo con esa comprensión, empero itérese que la primera atención que él recibe data del 4 de febrero de 2011, que las copias de la atención realizada a ELC por la doctora LCL son de septiembre de 2012 y que el dictamen médico-legal fue realizado el 18 de marzo de 2014 en donde se referencia sintomatología psiquiátrica de cuatro años de evolución y en este último se diagnostica estrés postraumático y condiciones de inferioridad psicológica, no obstante cuando el examen se refiere a los hechos desencadenantes y no determina si el punto de partida son las "vivencias" o la "inasistencia", toda vez que se refiere en términos imprecisos "vivencia emocionalmente perturbadoras", "en función de la actividad policial", "en el marco del conflicto armado" "sintomatología no documentada de los acontecimientos traumáticos", "asociados a la actividad de alto riesgo que realiza", "expuesto a vivencias traumáticas", "expuesto a vivencias donde estaba en peligro su vida y la de sus compañeros de trabajo", se baja exclusivamente en lo dicho por el procesado sin que se tenga noticia de ningún evento en particular que lo hubiera afectado a él o del que él hubiera participado, lo cual permite señalar que si bien es cierto en nuestro país la violencia ha campeado y que consecuencia de ello el miedo latente en la sociedad no se puede desconocer, todos los policías que han ingresado voluntariamente a la institución están preparados para ello y saben los riesgos que son connaturales a la profesión y además saben del miedo generalizado en los ciudadanos."[17].

[17] Folio 535 del C.O. 3.

Agregó que: "*…ningún hecho particular de combate, emboscada o ataque tiene soporte probatorio en el expediente, adicional a lo expresado genéricamente por el procesado, tampoco un hecho particular en el cual este haya observado la muerte, las amputaciones o similares situaciones que él refiere en su indagatoria, ante la psicóloga del departamento de policía Cauca o ante la Psiquiatra forense, no obstante esta última lo da por hecho y hace incurrir en la misma apreciación al Ministerio público y a la defensa cuando se refieren de manera genérica al conflicto armado que vive el país.*"[18].

Dijo que la teoría del miedo propuesta por la defensa y el ministerio público, como causal de inculpabilidad no tiene cabida, como quiera que "*…no se está juzgando a un particular o a un hombre medio, se está juzgado a un policía que al momento de los hechos tenía preparación y al menos cuatro años de experiencia, por tanto el estándar del miedo para un policía no es el mismo que resulta tolerable para un ciudadano común, pues el hombre policía está preparado para ello…*"[19], y se apoyó en la decisión de la Corte Constitucional vertida en el radicado C-563 de 1995, con ponencia del DR. CARLOS GAVIRÍA DÍAZ.

Insistió en que "*No se evidencia un miedo insuperable como una amenaza real y exterior que derive en una situación extraordinaria de miedo interno en el procesado ELC, el miedo que señala la ley y la jurisprudencia para constituir una causal de inculpabilidad no solo debe ser insuperable sino que no debe dejar ninguna otra posibilidad de actuar y en este caso eran múltiples las posibilidades de acción del procesado como ir al médico,*

[18] Folio 536 del C.O. 3.
[19] Folio 536 del C.O. 3.

avisar a sus superiores o mejor aún contestar las llamadas, pedir vacaciones etc, pero ninguna de ellas utilizó o intentó utilizar sin que estuviera incapacitado para ello como lo muestra el dictamen médico-legal de psiquiatría."[20].

Finalmente, adujo que los hechos desencadenantes del miedo y del estrés postraumático fueron imprecisos y por ello no puede colegirse que éste haya tenido por causa exclusiva la situación de orden público, pues pudo ser también la posibilidad de enfrentar un proceso penal, como en efecto ocurrió y frente a lo cual el valorado expresó que si lo metían a la cárcel se mataba, "*…y es que si se analizan los testimonios de los familiares no se precisa cuando fue que acudieron al chaman o le dieron los remedios caseros pues ello bien pudo haber ocurrido posterior a la consumación del delito de abandono del servicio (10 de enero), insístase que él acude a sanidad es el 4 de febrero de 2011.*"[21].

Con fundamento en los anteriores argumentos, condenó al acusado a la pena y por el delito precedentemente anotado, al encontrar satisfechos los presupuestos del canon 396 de la Ley 522 de 1999.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 De la defensa:

Del confuso escrito contentivo del recurso, logra extraerse que para la defensa el *a quo* no valoró en

[20] Folio 537 del C.O. 3.
[21] Folio 537 del C.O. 3.

conjunto las pruebas que nutren el expediente, como quiera que en su parecer no se sopesó la pericia psiquiátrica que daba cuenta que su cliente presentaba un *"schok postraumático"* (sic).

Aclaró que su representado judicial nunca aceptó la responsabilidad en la comisión de la conducta como lo pregonó el juez primario.

Refirió que: *"Dice la sentencia impugnada que los testimonios dan certeza de la ocurrencia del hecho, es obvio que los testigos se refieran y hagan alusión porque mi defendido no se presentó el día ordenado pero ello tenía una fuerza mayor el trauma por el cual pasaba mi prohijado por lo tanto Siendo el condenado afectado en la apreciación, valoración de la prueba para no menoscabar el reconocimiento y ejercicio de un derecho, es garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes consagrados en la Constitución art. 2 y el derecho a la igualdad de trato art 13 C.N. en lo que estamos de acuerdo, pero lo que hemos sostenido es que dicha apreciación y valoración de la prueba no se dio con la FISCAL ni con el señor Juez mientras el Ministerio Público representado en este caso por la DRA GAR fue acuciosa y analizo* (sic) *la prueba con detenimiento y expresa que el fallo debe ser absolutorio dado que tuvo en cuenta el dictamen del medico* (sic) *legista cuyo concepto dice que el condenado tiene un padecimiento de schok* (sic) *postraumático -después de producirse el fallo apelado se ve a simple vista que el fallo no fue objetivo y no cumplió con lo preceptuado por la constitución y la ley, insubsistencias- lo que en íntima relación de causalidad nos demuestra el poder distorsionado y disfrazo* (sic) *con*

que se aplicó la figura de que es autor de un delito que no cometió. Con todo respeto lo digo, no se estaba pretendiendo con el control jurisdiccional desconocer la diferencia que existe entre facultad sancionadora y facultad discrecional, sino demostrar que ésta última facultad se tomó viciada, limitada por una circunstancia que al ser tenida en cuenta para ambos efectos (al desconocer una prueba y la sanción que se ve sumergido mi representado) demuestra desviación de poder porque la íntima relación de causalidad alegada se tornó irrefutable, evidenciándose fines ocultos que pretendió legitimar la instrucción penal militar con un fallo, inaceptado (sic) *contrariamente por la sentencia que quiere poner fin a un asunto que merece ser estudiado y decidido en derecho sin abusar del poder discrecional. Ordenamiento supra legal en los preceptos citados."*[22].

Insistió que *"…la sentencia recurrida, no valoro* (sic) *la necesidad y urgencia del demandante para prevenir un posible daño ius fundamental se incurre en un defecto factico* (sic) *en la cual se debe ordenar subsanar, respecto de las sentencia las cuales se presentaron con irregularidades sustanciales no de forma si no* (sic) *de fondo, ya que en ambas, no se valoro* (sic) *la prueba en conjunto e incluso se le da valor semántico a suposiciones o conjeturas, es aquí donde, pues la naturaleza del defecto alegado se subsane mediante una orden dirigida a que el Juez de conocimiento examine el material probatorio dejado de apreciar…*(sic) *el valor de una prueba depende de la realidad fáctica o de lo que diga la ley no de la voluntad del juez o funcionario."*[23]

[22] Folios 554 a 555 del C.O. 3.
[23] Folio 555 del C.O. 3.

Afirmó que *"con las conclusiones de la sentencia no alcanzamos a comprender qué pueda entenderse como responsable del delito de abandono del servicio sin tener en cuenta que hay ruptura del nexo causal", existen varias pruebas- en contraposición "o de otra índole"-, sino varias testimoniales, entre otras, en su orden: - Pruebas que en valoración y estudio conjunto y concatenado nos llevan a establecer la existencia de la desviación de poder como cargo principal. Por ello, insistí os* (sic), *contrario a lo sostenido en la providencia apelada, no solo se alegó la inocencia de mi defendido, sino que se demostró la íntima relación de causalidad que lo configura y establece. Ya que el honorable juez quiso construir o conformar una investigación con fundamento a un sanción disciplinaria la cual su fallo tiene un defecto sustantivo en razón a que no se ajustó al debido proceso (art 29 c.n) violando tajantemente el derecho de contradicción el cual jamás fue oído ni vencido en juicio pero lo más sorprendente es que* (sic) *IUS PUNIENDI está prescrito toda vez que no se hizo de acuerdo a los términos previstos en el nuevo Código de Justicia Penal Militar…".*

Con el anterior argumento pidió revocar la condena y absolver a su procurado judicial.

5.2 De la procuradora 18 judicial II penal

Solicitó revocar la sentencia apelada y en su lugar emitir una de carácter absolutorio, en razón a que, contrario a lo valorado por el *a quo*, sí está probatoriamente acreditado a partir de los testimonios de los familiares del procesado y la prueba pericial, que la ausencia al servicio por parte de este no

obedeció a su querer doloso sino a una fuerza superior.

Aclaró que la prueba pericial muestra que para el momento en que el uniformado debió presentarse a laborar ya padecía una crisis de ansiedad, por tanto, su salud mental no era óptima para tomar decisiones acertadas, muy a pesar que no se haya presentado a solicitar valoración por psiquiatría o recibir el tratamiento que fuera adecuado.

Dijo, que: *"Se evidencia de la lectura de la historia clínica la lucha interna que sostenía, pues claro tenía que debía presentarse y manifiesta su deseo de acudir lo antes posible, pero aquí latente, el temor, se lo impidió. Nótese cómo esta atención psicológica fue reseñada en el mes de febrero, poco menos de un mes en que debió presentarse a laborar, luego podemos establecer que para el 10 de enero, ya el señor ELC no se encontraba bien de salud, pues conocido es que éstas enfermedades mentales no desaparecen de la noche a la mañana."*[24].

Afirmó que la pericia psiquiátrica, desechada por el juez de instancia, era determinante para excluir de responsabilidad penal al justiciado como quiera que de ella se infiere que el comportamiento del institucional estuvo gobernado por una situación de miedo a raíz del estrés postraumático y trastorno depresivo grave que padecía fruto de vivencias emocionalmente perturbadoras originadas en la actividad laboral y en el marco del conflicto armado.

[24] Folio 561 del C.O. 3.

Indicó que el miedo era de tal entidad que por ello el policial *"…trató de evitar tales vivencias, llegando al punto de estar en esos momentos en condiciones de inferioridad psíquica, sin que aquí se esté señalando inimputabilidad".*[25]*.*

Señaló que *"En el caso sometido a estudio es un caso excepcional, el patrullero se enfermó, adquirió en esos campos minados y con ocasión del servicio una dolencia mental, pues no todos los seres humanos tenemos la misma capacidad de soportar ciertas vivencias y en este caso se acreditó la afectación mental el miedo que sintió de volver a su trabajo. Se advierte cómo en el servicio que prestaba con anterioridad al de erradicación manual, no tuvo ningún inconveniente y obsérvese cómo no era su voluntad abandonar el servicio, y tanto es así que se presentó de manera voluntaria ante el comandante en Bogotá a pedirle que lo reintegrara a trabajar en la Policía. Señala el artículo 6° del C.P.M. como principio y regla fundamental "el derecho penal militar tendrá como fundamento el respeto por la dignidad humana" y es la aplicación de este principio que se reclama. Resulta evidente que el pt ingresó sano a la policía nacional, que se enferma de estrés, pero es sancionado disciplinariamente de manera severa y ahora se va a condenar penalmente por un hecho que está absolutamente justificado y desprovisto de culpabilidad por su enfermedad? Creemos que así no se administra justicia, pues como quedó anotado quedó proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y debe el juzgador examinar los criterios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, éste último no se evidencia en el caso sub judice y que como lo ha señalado la Corte Constitucional, no podría*

[25] Folio 561 del C.O. 3.

imponérsele una pena pues realizado el correspondiente juicio de reproche, y en el estado de inferioridad psíquica, no podía exigírsele comportarse de conformidad con el ordenamiento, esto es, acudir al servicio en el estado de evitación y enfermedad en que se hallaba."[26].

Con base en los anteriores argumentos pidió revocar la condena y absolver al acusado de los cargos formulados.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La procuradora sexta Judicial II Penal pidió revocar el fallo apelado y en su lugar emitir uno absolutorio, esencialmente, porque en su parecer no se acreditó con certeza la concurrencia del dolo en el actuar del procesado, por causa de falencias de tipo probatorio.

En efecto, dijo que el juez primario desatendió y no valoró las situaciones y circunstancias de tipo físico y psicológico que presentaba el uniformado y que fueron puestas de presente en el dictamen psiquiátrico, como la situación de estrés y ansiedad, que desencadenaron en éste un miedo insuperable.

Manifestó que fue desafortunado para los derechos y garantías del acriminado que se haya desechado la experticia médico legal, pues de ésta se aprecia que para el momento de los hechos el uniformado se encontraba en condición de inferioridad psíquica.

[26] Folio 562 del C.O. 3.

Agregó que el yerro del administrador de justicia fue tanto, que citó una jurisprudencia de la Corte Constitucional de manera seccionada para aplicar sus conceptos en disfavor del procesado, pero dejó de lado aquellos apartes de la misma decisión que le favorecían a éste.

Aseguró que las reglas de la experiencia científica indican que *"…la situación de estrés, ansiedad o de pánico que puede presentar una persona, sea la causa que sea, puede ser eventualmente un desencadenante que condicione o invalide su voluntad. Por esa razón el análisis del a-quo sobre la plena prueba de concurrencia de dolo en el actuar del investigado queda en entredicho, y por esa misma vía sus apreciaciones acerca de la no concurrencia de causal que lo exonere de responsabilidad."*[27].

Señaló que como en la actividad investigativa no se garantizó el principio de investigación integral, *"…no debe hacer curso los argumentos del juez de primera instancia en relación a que el procesado no demostró que el suceso de la pérdida de su moto fuese cierta, o que no demostró la conexión entre la lesión personal sufrida en su dedo y la no presentación en la fecha en que expiraba el permiso, o que no demostró que se hubiese hecho atender por un galeno, o que la valoración psicológica es practicada con posterioridad a la fecha en que el procesado debía presentarse. Las dichas argumentaciones son evidentemente violatorias del principio de presunción de inocencia, habida consideración que la carga de la prueba le corresponde al Estado y las falencias*

[27] Folio 574 del C.O. 3.

probatorias a cargo del Estado no debe ser cargadas al procesado."[28].

Y, finalizó expresando que se llegó a juicio y se condenó al acusado sin que se contara con la prueba esencial e idónea que desvirtuara la de descargos que favorece al justiciado.

Con base en las anteriores reflexiones, conceptuó que se debe revocar el fallo censurado.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por la defensa y la procuradora 18 judicial II penal, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de ese año[29], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Penal Militar de 2010, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice*, dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación, en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción

[28] Folio 575 del C.O. 3.
[29] Autos según radicado 36412 de mayo de 2011; radicado 36737 del 22 de junio de 2011; radicado 37797 del 08 de noviembre de 2011; y radicado 38401 del 07 de marzo de 2012, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para empezar, es necesario precisar que los argumentos de la defensa son tan confusos e imprecisos que dificultan, por no decir que impiden, la tarea definitoria que corresponde a esta Sala de Decisión.

No obstante, su abordaje se hará a partir de la complementación que a dicha argumentación hizo la Procuradora Sexta Judicial II Penal, en su concepto de rigor.

8.1 Aclarado ello y como quiera que en el trámite propio de la instancia se insinuó por parte de la delegada Social ante esta Corporación la presunta violación del principio de investigación integral, es obligado que la Colegiatura comience por dilucidar ésta proposición, como quiera que de tener éxito haría ineficaz la actuación cumplida y sometida a conocimiento de esta instancia.

Lo anterior se hará tomando como premisa que la competencia de la Corporación no solo está restringida a la revisión de los aspectos impugnados[30], sino también a aquellos que inescindiblemente estén ligados al objeto de la apelación, y en la misma forma a la verificación de *"(…)la existencia de vicios que afectan la estructura del debido proceso o las garantías de los intervinientes en la actuación procesal, así como el señalamiento de la consecuencia procesal inmediata de una tal situación, aun cuando tales temas no formaran parte de los motivos de la impugnación."*[31].

Pues bien, recuérdese que quien alega la violación del derecho de defensa por omisión al principio de investigación integral, no solo tiene el indeclinable deber de señalar la prueba o pruebas dejadas de practicar, sino también acreditar su trascendencia, es decir, demostrar que la misma apareja un evidente beneficio procesal para el acriminado, por medio de los juicios de pertinencia, conducencia y utilidad, pero además, también debe probar que el funcionario judicial se negó en forma arbitraria a su práctica o no se interesó por averiguar aspectos relevantes, tal como en este sentido lo ha irradiado la jurisprudencia penal, miremos:

> *"Siempre que se alegue el deterioro del deber de plena investigación que corresponde al Estado, en todos aquellos aspectos inherentes a los hechos*

[30] Artículo 583 de la Ley 522 de 1999
[31] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 22855 del 25 de mayo de 2005.

cuya dilucidación procesal se persigue, que no solamente es imperioso señalar la prueba o pruebas dejadas de aportar al proceso, sino que se debe además fijar con toda precisión y claridad la idoneidad legal y fáctica del medio en procura de demostrar que él es relevante para la investigación, esto es, determinar su conducencia y pertinencia e igualmente la utilidad del medio, como única forma de establecer su real trascendencia en términos de mejoramiento para la situación personal del procesado a través del conocimiento más real de los hechos que entonces se propiciaría.

Pero también se ha puntualizado que la violación a la investigación integral, como elemento garantizador de la verdad procesal que conduce a la invalidación de lo actuado, debe suponer forzosamente que el funcionario judicial se ha negado en forma arbitraria a disponer la práctica de pruebas determinantes para el proceso o cuando por inercia investigativa elude la averiguación de aspectos relevantes"[32].

Pues bien, al aterrizar el anterior derrotero al caso puntual, encuentra la Sala que la Agente Social no satisfizo la carga procesal de la que atrás se hizo mención, por las razones que se pasan a exponer:

En primer lugar, porque no explicó puntualmente cuáles fueron las pruebas que se dejaron de practicar durante la instrucción, como quiera que lo único que hizo fue

[32] C.S.J., S.P, 18 feb. 2004, radicación 17885, reiterada en sentencia de única instancia, 12 septiembre 2007, radicación 18578.

plantear el aparente yerro, en forma abstracta y no concreta como era debido; por la misma razón, al no puntualizar cuáles pruebas fueron las omitidas, tampoco destacó cuál era su trascendencia para la investigación, y, menos aun, que la aparente omisión probatoria haya sido consecuencia de la negativa arbitraria de la justicia o de la inercia investigativa por auscultar aspectos relevantes para el proceso.

En segundo lugar, tampoco tuvo en cuenta que si el aparente yerro, con la pretendida vocación de invalidación, tuvo lugar en la etapa de instrucción, la oportunidad para alegarlo iba hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación, tal como se sobreentiende del contenido del canon 391 del Instrumento Adjetivo Militar.

Bajo la anterior comprensión y desde el punto de vista normativo, la alegación no tiene lugar a la prosperidad, menos aun cuando, de cara al lacónico argumento de la delegada del Ministerio Público sobre el anotado aspecto, la realidad procesal lo que muestra es un panorama bien distinto al planteado, revisemos:

Recordemos que en parecer de la procuradora sexta judicial II penal *"…se advierte como* (sic) *en la etapa instructiva se desatendió por parte de la autoridad respectiva su deber funcional de realizar una investigación integral, situación que no debe ser atribuida al procesado y mucho menos con interpretaciones*

in mallam parte. En primer lugar, debió tenerse en cuenta que el procesado adujo tener miedo insuperable a que se viera afectada su vida e integridad personal y, que señaló esa situación específica como la causa determinante de su determinación de no regresar después del tiempo autorizado."[33].

No obstante, la Sala encuentra que el aspecto mental del sumariado sí fue un asunto que interesó a la instrucción y sobre el cual se construyó una línea investigativa, tal como se comprende del contenido del auto por el cual se le resolvió la situación jurídica provisional al PT. ELC. En este, el instructor consideró:

"… ¿cuánto tiempo tardó en seguir la siguiente novedad y por qué no dio aviso de esta, es decir de sus quebrantos en su salud mental? Hecho que inevitablemente se concatena con su tercera exculpación, de la que tampoco se tiene fechas exactas de atención con el fin de determinar en qué momento fue trasladado a sanidad de Popayán y quién fue la persona que lo atendió. Solo se limita a dar unos datos muy ligeros en cuanto a la sintomatología y unas órdenes médicas muy superior, incluso de mucho tiempo después de sucedida la novedad, esto es 30 de mayo de 2012, pero no obra ningún antecedente de atención durante el año 2011, ni dentro o fuera de la institución, ni documento que indique mínimamente que se estaba padeciendo de un quebranto de salud, hecho que en definitiva no entiende el despacho y por lo que debe verificarse si en realidad fue un hecho que se presentó o lo que sucedió se trató (sic) *de un hecho fruto de la irresponsabilidad del investigado, quien en últimas optó por negarse a informar lo sucedido,*

[33] Folio 572 del C.O. 3.

o a tener cualquier comunicación, demostrando su intención de evadir cualquier responsabilidad como servidor público… En todo caso y en aras de realizar una investigación completa e integral, que se enfoque en lo favorable y desfavorable dentro de la misma, se oficiará con el fin de solventar las dudas que tiene el despacho con respecto de la salud mental y la relación con los hechos investigados y si puede verse justificado el hecho o se trata de un Policía que no tenía clara su misión constitucional como miembro de la Policía Nacional y no tenía motivos suficientes para faltar a sus deberes. Por esta razón y al no encontrar suficiente material probatorio que comprometa la responsabilidad del investigado, en especial considerando las exculpaciones que presentó en la indagatoria, se hace indispensable completar dicho material y verificar su realidad para darle completa claridad a los hechos investigados."[34].

Y, entonces, a partir de dicha consideración el despacho de instrucción dispuso: *"2. Ofíciese a la Clínica de la Policía del Valle de Aburrá con el fin de que se remita la Historia Clínica de atención del investigado desde el mes de septiembre de 2010 en especial las atenciones que se tengan por psicología o psiquiatría. 3. Ofíciese a la Clínica de la Policía de Popayán con el fin de que se remita la Historia Clínica de atención del investigado desde el mes de septiembre de 2010 en especial la atención que se tengan por psicología o psiquiatría. Así mismo se deberá certificar si para el año 2011 hubo atención por urgencia o consulta externa de este uniformado en psicología. 4. Se oficiará al investigado para que certifique las fechas de atención en sicología en la ciudad de Medellín, la descripción de la sicóloga que*

[34] Folios 128 a 129 del C.O. 1.

lo atendió, la fecha en que se presentó ante la dirección de antinarcóticos al señor coronel RUSSY y la fecha en la que recibió la llamada del teniente de disciplina. 8. Una vez allegados los antecedentes de diagnóstico y atención del investigado se remitirá a medicina legal con el fin de que se le absuelvan los interrogantes del despacho y en especial la relación con éstos con los hechos investigados y si ameritaban la ausencia en el cumplimiento de sus responsabilidad como servidor público durante 115 días."[35].

A partir de ese planteamiento investigativo el juzgado de instrucción le ofició a la directora de la Clínica de la Policía del Valle de Aburrá para que remitiera la *"historia clínica de atención desde el mes de septiembre de 2010 en especial las atención que se tengan por psicología o psiquiatría del señor PT. ® ELC…"* y *"Certificar si en los registros sistematizados o escritos que aparecen del mismo uniformado aparece atención de urgencias o consulta en el año 2011 en la clínica de la Policía de Medellín u otra ciudad en el área de psicología."*[36].

También le requirió al jefe de sanidad del Departamento de Policía Cauca, para que informara el *"1. Nombre de la profesional en psicología que laboraba en el Area (sic) de Sanidad de esa unidad para enero de 2011. 2. Certificar si para el año 2011 hubo atención por urgencias o consulta externa en el área de psicología del señor PT ® ELC…3. Remitir historia clínica de atención en esa unidad desde el mes de septiembre de 2010 en especial las atenciones que se tengan por psicología o psiquiatría del mismo uniformado. 4. Se informe si tuvo que ser*

[35] Folio 130 del C.O. 1.
[36] Folio 143 del C.O. 1.

remitido a la Clínica de la Policía en la ciudad de Cali el patrullero prenombrado y en caso afirmativo por qué razón.”[37].

Igualmente, le pidió, en cinco ocasiones, al PT. ELC: *“1. Documento realizado por ud.* (sic) *en donde conste las fechas de atención en psicología en la ciudad de Medellín y Popayán con ocasión a los hechos investigados. 2. Nombre y/o descripción de la psicóloga que lo atendió en Sanidad del Departamento de Policía Cauca…4. Fotocopia de los documentos de propiedad de la motocicleta que supuestamente le robaron el 3 de enero de 2011. De no tenerlos suministre los datos de identificación de la misma y en dónde se encuentra en la actualidad.”*[38].

Y, finalmente a todos los declarantes les formuló el siguiente interrogante: *“De acuerdo a las manifestaciones del investigado uno de los motivos de su retardo fue una novedad que tuvo en octubre de 2010, lo que lo llevó a una cirugía en su dedo anular lo que le ocasionó evidentes traumas psicológicos. Indique al despacho si recuerda haber observado alteraciones psicológicas en este uniformado o que él hubiera manifestado algún tipo de problema como este antes de la novedad de su retardo.”*[39].

Como se puede ver de la reseña procesal que se viene de realizar, no es cierto, como lo afirmó la delegada del Ministerio Público, en su concepto de rigor, que la instrucción no se haya ocupado por allegar prueba que permitiera conocer la salud mental y emocional del

[37] Folios 144 y 172 del C.O. 1.
[38] Folios 145, 173, 225, 242 y 251 de los C.O. 1 y 2.
[39] Folios 178 a 179, 184 a 185, 191, 236 a 237, 249 A 250 de los C.O. 1 y 2.

entonces uniformado, así como la incidencia que ésta pudo tener en la realización de la conducta investigada.

Pues, contrariamente, lo que se evidencia de la exposición procesal es que fueron plurales los esfuerzos realizados por la judicatura para acopiar pruebas tendientes no solo a la verificación de los dichos del procesado, sino también, puntualmente, a obtener aquellas que podían eventualmente exonerarlo de responsabilidad penal.

Tanto fue así, que por ejemplo, por virtud del principio de carga dinámica de la prueba, el despacho requirió al procesado en cinco infructuosas oportunidades para que le suministrara información más detallada y puntual que sólo era de su conocimiento y con la cual se podía realizar la labor investigativa tendiente a allegar los medios de convicción que le favorecerían.

Sin embargo, pese a dichos requerimientos el procesado lo que mostró fue un total desinterés, seguido de la negativa a suministrar la información solicitada pese a que también era su deber soportar su pretensión defensiva y en esa dirección ejercitar la tarea demostrativa para desvirtuar la contundencia de las pruebas que se habían acopiado, particularmente, porque, como en este caso, había mucha información que solo era de su conocimiento.

A éste respecto, conviene recordar que el concepto de carga dinámica de la prueba no puede entenderse propio del sistema de procesamiento con tendencia adversarial, consagrado en la Ley 906 de 2004; no, este principio, como lo ha reconocido la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, también tiene cabida en la sistemática de la Ley 600 de 2000, de similares rasgos a los parámetros procesales de la Ley 522 de 1999, observemos:

> *"….No se compadece con la realidad procesal afirmar que se invirtió la carga de la prueba y que al procesado se le conminó a probar todos y cada uno de los supuestos de hecho relevando de esta manera a las autoridades judiciales del deber de derruir el principio de presunción de inocencia, tal aserto no es correcto, toda vez que el censor deliberadamente desatiende que por virtud d* ***el principio de la carga dinámica de la prueba,*** *conforme lo ha precisado la Corte en otras oportunidades dentro de la dinámica del sistema de adversarios que rige la Ley 906 de 2004 y* ***aún en el sistema de la Ley 600 de 2000 resulta posible*** *en aras de* ***controvertir la fortaleza de la acusación a cargo de la Fiscalía y en el evento de que se cuenten con elementos que así lo permitan,*** *que tanto la defensa como el procesado los pongan a su disposición*[40]*:*
>
> > *"Incluso dentro de los parámetros de la Ley 600 de 2000, que, se recuerda, contempla dentro del sistema mixto acogido allí, una verdadera actividad judicial del Fiscal*

[40] Cfr. sentencia del 23 de marzo de 2009, radicación 31103.

durante la fase de la instrucción, al punto de obligarlo, dentro del presupuesto de investigación integral, a allegar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado (art. 20), ***existen limitaciones a esa carga probatoria, demandando del procesado o su defensor,*** *en los casos en los cuales el ente investigador ha allegado pruebas de cargos suficientes,* ***adelantar su propia tarea demostrativa para desvirtuarlas,*** *en seguimiento del principio de Carga Dinámica de la Prueba, de esta manera delimitado por la Sala*[41]*:*

"A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de "carga dinámica de la prueba" que tiene ***relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.***

Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde

[41] Sentencia del 9 de abril de 2008, radicado 23754.

entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.
Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba[42]*, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.*

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

Por eso, ***el concepto de carga dinámica*** *de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado,* ***sino para desvirtuar lo ya probado por***

[42] El principio de la carga dinámica de la prueba, que trae como consecuencia la inversión de la carga de la prueba a la parte que tenga mayor facilidad para comprobar o no un hecho, a nivel interno, por tradición, sólo se ha aplicado en el campo del proceso civil y del administrativo. También se ha empleado por la Corte Constitucional, en asuntos relacionados con el principio de buena fe en el caso de desplazados, ya que si se presume ésta en la actuación de los particulares, se invierte la carga de la prueba, y por ende son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene calidad de desplazado (T-321 de 2001).

***éste**-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.*

*Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, **sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador.**"*

No sobra recalcar que el concepto de carga dinámica de la prueba opera de manera asaz restringida, dado que el sistema penal consagra límites precisos para su aplicación, en atención a esa obligación estatal de derruir la presunción de inocencia erigida como imperativo constitucional a favor del procesado. Ha sido esa la razón para que el instituto haya tenido desarrollo en áreas eminentemente privadas del derecho, como las que competen a la rama comercial o administrativa y solo en eventos puntualísimos, como se dijo, pueda tener operancia en el campo probatorio penal."

> *Tal postura, no pervierte de ninguna manera la exigencia que tiene la Fiscalía de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del acusado en la dinámica de la Ley 600 de 2000, sino que busca esencialmente que se controvierta la acusación."*[43] (Negrillas fuera del texto)

Bajo la anterior comprensión, mal puede señalarse que se violentó el principio de investigación integral, como infundadamente lo sugirió la delegada del Ministerio en su concepto, máxime si se toma en cuenta que cualquier "… *omisión en la práctica de determinada prueba no comporta per se violación a la garantía de la investigación integral, correspondiéndole al funcionario judicial en uso de sus facultades de director de la investigación penal, procurar el recaudo de las pruebas que considere necesarias en desarrollo de los criterios de economía, celeridad y racionalidad.*

4. En estas condiciones es posible afirmar que la no práctica de aquellas diligencias que razonablemente considere inocuas, superfluas o intrascendentes a los fines de la investigación, ***o de las que a pesar de haber sido decretadas no pudieron ser realizadas por circunstancias ajenas a los administradores de justicia,*** *no pueden originar menoscabo de los derechos de quien ha solicitado su práctica,* ***ni mucho menos de quienes en su condición de sujetos procesales nada hicieron por invocarla.***"[44] (negrillas de la Sala).

---

[43] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 39291 del 18 de diciembre de 2013, MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA
[44] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 39291 del 18 de diciembre de 2013, MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA.

8.2 Así las cosas, al tener claro que no existió violación a los derechos y garantías del procesado y, que, por tanto, no hay actuación alguna que haga ineficaz la tarea a desarrollarse por parte de la Colegiatura, lo consiguiente será examinar el reproche formulado por los recurrentes, que fundamentalmente se soporta en la inexistencia de dolo en el comportamiento del justiciado como se concluyó en la sentencia recurrida.

En efecto, tanto para la defensa como para la Procuradora 18 Judicial II Penal existió una omisión en la valoración probatoria que llevó a que, al parecer, se desestimara la apreciación de la experticia psiquiátrica y por esa vía no se reconociera que el PT. (R) ELC actuó al amparo de una causal de inculpabilidad.

En palabras de la defensa, *"El fallo objeto del litigio es contrario a la Constitución y la ley, toda vez que no se valoró la prueba en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, toda vez que existe dentro del plenario resultado médico legista que establece que mi defendido tenía un schok postraumático.(sic)"*[45].

Similar señalamiento realizó la Procuradora 18 Judicial II Penal, que en los siguientes términos expresó: "*Sin embargo, esta prueba pericial es desechada por el juez de primera instancia…"*[46].

[45] Folio 553 del C.O. 3
[46] Folio 56
1 del C.O. 3

Pues bien, corresponderá a la Sala, en principio, determinar si en este asunto se presentó o no un defecto fáctico por una aparente omisión en la valoración probatoria, como lo alegaron los recurrentes.

Para ello, es conveniente precisar lo que la doctrina constitucional ha entendido por defecto fáctico, sus facetas y rasgos distintivos. Miremos:

> "*…el defecto fáctico tiene lugar "cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado..."*[47]*. Y ha sostenido de igual manera, que la acción de tutela únicamente procede cuando se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Así, ha indicado que "el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia..."*[48]*.*
>
> *La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y*

[47] Ver sentencia T-567 de 1998.
[48] Sentencia *Ibídem*.

caprichosa[49] *u omite su valoración*[50] *y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente*[51]*. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez*[52]*. Y una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución.*[53]

---

[49] *Ibídem.*

[50]Cfr. sentencia T-239 de 1996. Para la Corte es claro que, "cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria".

[51] Ver Sentencia T-576 de 1993.

[52] Ver, por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

[53] Ver Sentencia T-538 de 1994. Recientemente en sentencia T-086 de 2007 se explico de la siguiente manera: "(ii) Se produce un defecto fáctico en una providencia, cuando de la actividad probatoria ejercida por el juez se desprende, - en una dimensión negativa -, que se omitió la "valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. En esta situación se incurre cuando se produce "la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración, o cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente". En una dimensión positiva, el defecto fáctico tiene lugar, cuando "la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no se puede apreciar, sin desconocer la Constitución". Ello ocurre generalmente cuando el juez "aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.). En estos casos, sin embargo, sólo es factible fundar una acción de tutela por vía de hecho cuando se "observa que de una manera manifiesta, aparece arbitraria la

La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado las distintas modalidades que puede asumir el defecto fáctico: (i) Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas; (ii) Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio (iii) Defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica[54]*.*

En la sentencia T-902 de 2005 se hizo un amplio estudio de dichas categorías que a continuación se resume.

a. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas.

Esta hipótesis acaece cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.

(…)

b. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio.

Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite considerar elementos probatorios

---

valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba "debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia".

[54] Sentencias T-902 de 2005 y T- 458 de 2007.

que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente.

(…)

c. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio.

Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.
(…)

Del anterior recuento jurisprudencial se tiene que el supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de

la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso.

En concordancia con lo anterior, y tal como lo ha advertido la Corte, sólo es factible fundar una acción de tutela frente a una vía de hecho por defecto fáctico cuando se observa que la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia es manifiestamente arbitraria. El error en el juicio valorativo de la prueba "debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia"[55]."[56]

A partir de la anterior comprensión, lo mandado es contrastar las citadas directrices con la pieza censurada para determinar si se presentó el yerro

[55] Cfr. sentencia T-442 de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.
[56] Sentencia T-1108 del 6 de noviembre de 2008, MP DR. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

anotado, esto es, si en verdad el juez primario omitió valorar la experticia psiquiátrica.

Al otear el fallo atacado encontramos las siguientes consideraciones judiciales, que son necesarias reseñarlas *in extenso*:

> *"Si bien es cierto que los testimonios acopiados dan cuenta de la certeza en la ocurrencia de los hechos, es decir que en efecto el procesado no se presentó el 5 de enero de 2011 al término del permiso, tales probanzas al igual que la copia de la historia clínica y el dictamen forense de psiquiatría están referido a establecer las razones o justificación por la que ELC no se presentó al final del permiso… En lo referente a la tipicidad subjetiva se puede afirmar que la conducta del procesado fue dolosa, conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y quería su realización, la defensa del procesado ha propuesto que la conducta es atípica y se refiere concretamente a la ausencia del dolo en la conducta de su pupilo,…acá refulge la importancia de la claridad con que relata los hechos en su indagatoria porque no niega los mismo pero a renglón seguido se los atribuye a las tres razones expuestas, pero ninguna de ellas le impidió actuar con conciencia y voluntad de su acción, por el contrario, lo dicho en la indagatoria resalta su actuar doloso pues precisamente de allí se extrae la afirmación de que sabía lo que estaba haciendo (elemento cognoscitivo) es decir no asistir al servicio y quiso hacerlo (elemento volitivo)… En relación con el juicio de CULPABILIDAD…se partirá*

entonces precisando que el Patrullero ELC era imputable al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, así lo ratifica el examen médico legal, tenía la capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión… En lo que respecta a la no exigibilidad de otra conducta dentro de la que se engloban distintos supuestos de exclusión de la culpabilidad como el miedo que se propone vigorosamente tanto por la defensa como por la representante del ministerio Público tampoco tiene vocación de éxito para excluir la culpabilidad del acusado y lo primero que ha de señalarse es que al igual se analizaba supra en relación con la lesión en el dedo, ninguna atención médica se evidenció o alguna atención por un profesional de la salud durante el lapso del permiso o concretamente entre el 5 de enero y el 10 de enero de 2011 de donde se pudiera evidenciar que el tratamiento del estrés postraumático que advierte la psiquiatra forense en su pericia haya sido la razón para no presentarse al término del permiso o durante los cinco días siguientes, pues la primera atención que aparece probada dentro del expediente data del 4 de febrero de 2011 ante la doctora YAG en el área de sanidad del departamento de Policía Cauca….Ahora bien, resulta una prueba total el dictamen médico legal de psiquiatría realizado por la Dra. Liliana Charry Lozano al procesado el 18 de marzo de 2014 en el que in extenso referencia las técnicas utilizadas… En el dictamen médico-legal y los testimonios de los familiares del procesado e incluso en lo registrado en la historia clínica del departamento de policía Cauca…sin embargo tal como lo concluye la pericia

eso no afectó su capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento ni de determinarse de acuerdo con esa comprensión…"[57].

De los apartes transliterados se aprecia sin dificultad que no es cierto, como lo alegaron los recurrentes, que el juez primario hay omitido valorar la prueba pericial, como quiera que fue a partir de la ponderación de la experticia psiquiátrica que el administrador judicial concluyó que el procesado era imputable para el momento de los hechos, esto es, que tenía capacidad de comprensión y de determinación conforme a esa comprensión, y que por virtud de esa acreditada condición lo juzgó y le impuso la pena atrás comentada.

Bajo ese entendido mal haría la Sala en acoger la crítica recursiva que pregonó la existencia de un defecto fáctico, en su faceta negativa, por omisión probatoria.
No obstante, lo que ahora debemos preguntarnos es si en la valoración de la prueba pericial el *a quo* se separó por completo de los hechos en ella probados, al punto que su ponderación resulte ser abiertamente irracional, arbitraria y caprichosa, como para que no haya reconocido, como lo pretenden los recurrentes, la causal de inculpabilidad de miedo insuperable.

Para resolver el anterior planteamiento es necesario precisar que el artículo 426 de la Ley 522 de 1999 establece que el juez, al momento de apreciar el

[57] Folios 526 a 528, 530 a 531 y 535 del C.O. 3.

dictamen pericial, *"…tendrán especialmente en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y la idoneidad de los peritos."*.

La anterior regulación encuentra perfecta armonía con las disposiciones contenidas en los cánones 401 y 402 *ibídem*, según las cuales *"Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica."* y *"Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este código."*

La coherencia regulativa antes citada conlleva implícitamente a entender que en nuestra fórmula de procesamiento no tiene operancia el sistema de tarifa legal probatoria sino el de la sana crítica racional.

Al comprender así las cosas, fácil resulta colegir que las pruebas periciales deben ser valoradas, como los demás medios de prueba, en conjunto y de manera racional y reflexiva, y no en forma incondicional o mecánica, como una verdad apodíctica, tal como en este sentido lo ha interpretado la jurisprudencia penal, revisemos:

> "[…] *como ocurre con todos los medios probatorios, la pericial debe ser considerada racionalmente por el juez, porque en la apreciación del dictamen resulta imperativo tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia*

registrado y los demás elementos que obren en el proceso.

Por ello de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia ha entendido que los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, de modo que resulta intolerable una actitud pasiva o de irreflexiva aceptación del juez frente al dictamen, ***pues fácilmente pueden potenciarse y extenderse los errores que como humano puede cometer el perito.***"[58] (destacado nuestro).

A partir de allí, es importante subrayar que lo que debe ser objeto de valoración por parte el juez, en punto de la prueba pericial, no es la conclusión en sí misma que emita el experto, sino, como está mandado en el referido artículo 426 ídem, su "*…firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y la idoneidad de los peritos.*" y, como lo tiene señalado la jurisprudencia penal "*…el procedimiento en que él sustenta sus afirmaciones.*"[59], observemos:

"En ese sentido, la Corte ha precisado que en esencia el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es la conclusión del

[58] Corte Suprema de Justicia, radicado 31795 del 16 de septiembre de 2009, MP. YESID RAMÍREZ BASTIDAS
[59] Corte Suprema de Justicia, radicado 49047 del 23 de enero de 2019, MP. DRA. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

perito, sino el procedimiento que sustenta sus afirmaciones:

> […] *en el proceso de reconstrucción histórica de la conducta punible, se pueden presentar circunstancias donde se requieren conocimientos extrajurídicos ajenos al funcionario judicial, motivo por el cual debe acudir al auxilio de personas versadas en esos temas para que lo ilustren, como son los peritos.*
>
> *Sin embargo, recuérdese que el medio de prueba no es propiamente el dictamen del perito, sino el procedimiento técnico científico empleado para su examen, pues es éste el que en definitiva el que convencerá al juez de su acierto o desatino. Por ello se ha dicho que cuanto interesa al juzgador tratándose de pericia documentaria* ***no es la conclusión en sí, sino la forma como fue adoptada***[60]***.”***

(…)

En consecuencia, puede el juez, en su proceso de valoración probatoria, apartarse de las conclusiones de los expertos presentados en el juicio, proponiendo razones para la desestimación de sus conclusiones, puesto que, como se viene planteando: «(i) dicho medio de prueba debe ser valorado racionalmente por el juez, (ii) el objeto de apreciación no son las conclusiones del perito, es el proceso técnico o científico que lo condujo a presentarlas y (iii) el tema de debate en el juicio oral era la inimputabilidad de la acusada, categoría de índole jurídica que le compete

---

[60] CSJ SP, 27 jun. 2012, rad. 32882.

decidirla al juez y no es determinable por los expertos en otros ámbitos»[61]*"*[62].

Bajo el anterior entendido, lo consiguiente será auscultar el contenido del fallo a efectos de determinar si éste se ajusta o no a las premisas mencionadas.

Al efecto, es necesario reseñar algunas de las estimaciones hechas en la sentencia, particularmente las referidas a la valoración de la prueba pericial, las cuales presentaremos *in extenso* para mayor claridad, así:

"En lo que respecta a la no exigibilidad de otra conducta dentro de la que se engloban distintos supuestos de exclusión de la culpabilidad como el miedo que se propone vigorosamente tanto por la defensa como por la representante del ministerio Público tampoco tiene vocación de éxito para excluir la culpabilidad del acusado y lo primero que ha de señalarse es que al igual se analizaba supra en relación con la lesión en el dedo, ninguna atención médica se evidenció o alguna atención por un profesional de la salud durante el lapso del permiso o concretamente entre el 5 de enero y el 10 de enero de 2011 de donde se pudiera evidenciar que el tratamiento del estrés postraumático que advierte la psiquiatra forense en su pericia haya sido la razón para no presentarse al término del permiso o durante los cinco días siguientes, pues la primera atención

[61] CSJ SP, 6 mar. 2013, rad. 39559.
[62] Corte Suprema de Justicia, radicado 49047 del 23 de enero de 2019, MP. DRA. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

que aparece probada dentro del expediente data del 4 de febrero de 2011 ante la doctora YAG en el área de sanidad del departamento de Policía Cauca."[63]

(…)

En el dictamen médico legal y los testimonios de los familiares del procesado e incluso en lo registrado en la historia clínica del departamento de policía Cauca surge evidente que ELC estaba preocupado y resulta coincidente en estos medios de conocimiento, que él había presentado y tenía situaciones de agresividad, ansiedad, mal sueño etc, sin embargo tal como lo concluye la pericia eso no afectó su capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento ni de determinarse de acuerdo con esa comprensión, empero itérese que la primera atención que él recibe data del 4 de febrero de 2011, que las copias de la atención realizada a ELC por la doctora LCL son de septiembre de 2012 y que el dictamen médico-legal fue realizado el 18 de marzo de 2014 en donde se referencia sintomatología psiquiátrica de cuatro años de evolución y en este último se diagnostica estrés postraumático y condiciones de inferioridad psicológica, no obstante cuando el examen se refiere a los hechos desencadenantes y no determina si el punto de partida son las "vivencias" o la "inasistencia", toda vez que se refiere en términos imprecisos "vivencia emocionalmente perturbadoras", "en función de la actividad policial", "en el marco del conflicto armado" "sintomatología no documentada de los

[63] Folio 531 del C.O. 3

acontecimientos traumáticos", "asociados a la actividad de alto riesgo que realiza", "expuesto a vivencias traumáticas", "expuesto a vivencias donde estaba en peligro su vida y la de sus compañeros de trabajo", se baja exclusivamente en lo dicho por el procesado sin que se tenga noticia de ningún evento en particular que lo hubiera afectado a él o del que él hubiera participado, lo cual permite señalar que si bien es cierto en nuestro país la violencia ha campeado y que consecuencia de ello el miedo latente en la sociedad no se puede desconocer, todos los policías que han ingresado voluntariamente a la institución están preparados para ello y saben los riesgos que son connaturales a la profesión y además saben del miedo generalizado en los ciudadanos."

"*En efecto, ningún hecho particular de combate, emboscada o ataque tiene soporte probatorio en el expediente, adicional a lo expresado genéricamente por el procesado, tampoco un hecho particular en el cual este haya observado la muerte, las amputaciones o similares situaciones que él refiere en su indagatoria, ante la psicóloga del departamento de policía Cauca o ante la Psiquiatra forense, no obstante esta última lo da por hecho y hace incurrir en la misma apreciación al Ministerio público y a la defensa cuando se refieren de manera genérica al conflicto armado que vive el país."*[64]

(…)

[64] Folios 535 a 536 del C.O. 3.

"La imprecisión de los hechos desencadenantes del miedo y por supuesto del estrés postraumático y de las condiciones de inferioridad psicológica diagnosticados en la pericia médico-legal no están exclusivamente originados en la situación de orden público del país, refiere la profesional: (las condiciones mentales durante los hechos donde se describe por el examinado una motivación estresante asociada a los síntomas de trastorno mental, problemas económicos y al robo de una motocicleta, que ocasionan el rechazo el reingreso laboral por miedo y temor intenso…no se reintegra a la actividad laboral estresante, para evitar la exposición y por el temor por su vida. La eventual participación de factores desencadenantes tales como problemas económicos y otros emocionalmente equivalentes podría haber facilitado la actuación…), luego resulta claro que ninguna mención le mereció a la perito forense, como hecho desencadenante, la posibilidad de enfrentar un proceso penal por un delito militar por la inasistencia al servicio como en efecto ha ocurrido, a pesar de que en la entrevista afirmó que si lo metían a la cárcel se mataba, y es que si se analizan los testimonios de los familiares no se precisa cuándo fue que acudieron al chaman o le dieron los remedios caseros pues ello bien pudo haber ocurrido posterior a la consumación del delito de abandono del servicio (10 de enero), insístase que él acude a sanidad es el 4 de febrero de 2011."[65]

[65] Folios 531, 535 y 537 del C.O. 3

De la reseña presentada se aprecia que el ejercicio apreciativo que realizó el juez primario, en punto de la pericia psiquiátrica, se aviene con los derroteros anteriormente anunciados, como quiera que su estimación la hizo no solo frente al procedimiento empleado por la experta, sino también con relación a su firmeza y la precisión de sus fundamentos de cara a la base fáctica acreditada dentro del proceso.

Por tanto, la ponderación judicial de la pericia, en los aspectos comentados, no resulta irracional, arbitraria o caprichosa, pues ella no solo tiene perfecto soporte en la base factual que develan las pruebas, sino que además encuentra subsunción lógica en las normas llamadas a gobernar el asunto, contrario a lo pregonado por la procuradora apelante.

Destáquese que para el *a quo* si bien es cierto en la experticia psiquiátrica se diagnosticó que el procesado padecía estrés postraumático y condiciones de inferioridad psicológica de cuatro años de evolución, también lo es que "*…cuando el examen se refiere a los hechos desencadenantes y no determina si el punto de partida son las "vivencias" o la "inasistencia", toda vez que se refiere en términos imprecisos "vivencia emocionalmente perturbadoras", "en función de la actividad policial", "en el marco del conflicto armado" "sintomatología no documentada de los acontecimientos traumáticos", "asociados a la actividad de alto riesgo que realiza", "expuesto a vivencias traumáticas", "expuesto a vivencias donde estaba en peligro su vida y la de sus compañeros de trabajo", se basa exclusivamente en lo dicho por el procesado sin que se tenga noticia de ningún evento*

en particular que lo hubiera afectado a él o del que él hubiera participado, lo cual permite señalar que si bien es cierto en nuestro país la violencia ha campeado y que consecuencia de ello el miedo latente en la sociedad no se puede desconocer, todos los policías que han ingresado voluntariamente a la institución están preparados para ello y saben los riesgos que son connaturales a la profesión y además saben del miedo generalizado en los ciudadanos."[66].

El anterior raciocinio no fue infundado, pues en verdad al repasar la foliatura no se encuentra prueba alguna que confirme los hechos que el peritado le expuso a la psiquiatra durante la valoración y por los cuales ésta interpretó que aquél padecía un trastorno por estrés postraumático. Revisemos:

> *"VERSIÓN DE LOS HECHOS DEL ENTREVISTADO… salí trasladado para Antioquia a Caucasia al grupo de allá, estuve no recuerdo, allá tuve un accidente una fractura en el cuarto dedo de la mano derecha, eso fue en octubre de 2010, no me hicieron tratamiento estuve en el área hasta que el dije al teniente que lo iba a denunciar porque mi dedo se colocó necrótico me sacaron a un helicóptero, en el momento que salí me operaron estuve quince días excusado, allá teníamos muchos hostigamientos, yo con una sola mano me defendía porque no podía hacer nada más desde ahí empecé a sufrir ya todo la vida me cambió porque a mi ante todo eso tengo entendido que antes de empezar en un grupo debe recibir instrucción y nunca o hubo (sic), uh…tenía que presentarme el día 5 de enero no pude regresar*

[66] Folio 535 del C.O. 3.

el (sic) miedo al comando ya tenía muchas pesadillas no podía estar tranquilo mis papás me llevaban y yo me devolvía, pues ya luego me llamaron yo les dije que estaba mal, me había aparte robado la moto que tenía no tenía recursos… EXAMEN MENTAL…refiere haber estado expuesto a vivencias emocionalmente perturbadoras (caracterizados por muertes, exposición a la muerte, observación de amputaciones) a lo que ha respondido con temor y horror intenso… En el último año de trabajo fue asignado al área de antinarcóticos y ubicado en zona de mayor recrudecimiento del conflicto armado que vive el país, expuesto a vivencias que fueron especialmente traumáticas donde estaba expuesta u vida, por el riesgo propio de la labor que le habían asignado…que decide no presentarse principalmente por la sintomatología psicológica descrita, que tenía mucho temor de regresar y exponerse a las vivencias… La sintomatología descrita es compatible con un Trastorno por Estrés postraumático Crónico y un Trastorno Depresivo Recurrente Episodio grave actual. Estos trastornos están asociados a la actividad de alto riesgo que realizaba. CONCLUSIÓN….El señor ELC con antecedente de patología mental por exposición a vivencias traumáticas en función de la actividad laboral, que se caracterizaba por la reesperimentación dolorosa del suceso, y genera un patrón de evitación de dichas vivencias, no se reintegra a la actividad laboral estresante, para evitar la exposición y por el temor por su vida…"[67].

[67] Folio 395, 403, 405 y 407 del C.O. 2.

Como se observa, el peritado le hizo saber a la psiquiatra que cuando fue trasladado al grupo EMCAR en Caucasia – Antioquia, tuvo un accidente que le causó fractura en el cuarto dedo de su mano derecha y muchos hostigamientos, de los que, según él, se defendía con una sola mano porque no podía hacer más y a partir de aquí fue que su vida empezó a cambiar.

Adicionalmente le contó que, posterior a los hechos que aquí nos convoca, cuando decidió regresar a sus labores, y luego de haberse entrevistado con la psicóloga del DECAU, esto es, en febrero de 2011, se le presentó a un Coronel que lo envió a laborar a Tumaco, "*…nuevamente al área como una persona normal, allá fue mucho más peor, ahí* ***había*** *demasiada guerrilla,* ***combates, hostigamientos varios erradicadores mochos amputados*** *duramos tres meses, me sentí mal, todos los días llamaba a mis padres, les decía que no quería estar allá, que mucha pesadilla mucho combate, pero pues por la voluntad de mis hijos tenía que seguir…*"[68] (Negrillas nuestras).

A partir de esa narrativa la experta forense en el aparte que denominó examen mental expuso: "*…refiere haber estado expuesto a* ***vivencias emocionalmente perturbadoras*** *(caracterizados por muertes, exposición a la muerte, observación de amputaciones) a lo que ha respondido con temor y horror intenso*"[69] y con base en ello analizó: "*Se trata de un adulto joven, sin antecedentes de trastornos neuropsiquiátricos previos a la*

[68] Folio 376 del C.O. 2.
[69] Folio 402 del C.O. 3.

actividad en la Policía Nacional, con sintomatología desde hace cuatro años posterior a la ***exposición a vivencias emocionalmente perturbadoras en función de la actividad laboral y en el marco del conflicto armado*** *que vive el país que se ha interpretado como un Trastorno por Estrés Postraumático…"*[70](Destacado de la Sala).

No obstante, la estimación pericial fundada en los hechos narrados por el procesado, en el expediente no milita elemento de convicción alguno que permita corroborarlos.

Por el contrario, lo que se aprecia del panorama probatorio que nutre el *dossier* penal, no solo es la falta de comprobación de dichos hechos, a pesar de los esfuerzos judiciales realizados para ello, sino una evidente diferencia con los que el procesado expuso durante su indagatoria.

Véase cómo en la diligencia de inquirir el justiciado manifestó que fueron tres las razones, que valoró como de fuerza mayor, por las que no regresó a laborar: *"…la primera en el mes de octubre de 2010 tuve un accidente laboral lo cual* (sic) *me fracture* (sic) *el cuarto dedo de la mano derecha el anular, ocasionándome la pérdida de la uña y la cogida de puntos y perdí la inmovilidad* (sic), *yo me encontraba como detectorista de metales íbamos bajando un cerro y yo lleva* (sic) *el fusil con la mano derecha y al caerme me ocasione* (sic) *el accidente, el fusil me cayó encima y me machuco* (sic) *el dedo y me cogieron los puntos y por el terreno las condiciones no eran las mejores, mi dedo se empezó a*

[70] Folio 403 del C.O. 3.

colocar necrótico y salí evacuado del área, donde ya me trasladaron al hospital Cesar Uribe Piedrahita de Caucasia Antioquia, donde tuve una cirugía en el cual salí excusado o con incapacidad de 15 días, ***pero yo me sentía mal piscológica*** (sic) ***porque toda la piel del dedo me la quitaron*** *y me quedó un hueco en el dedo, y con remedios caseros hechos por mi madre, ya poco a poco empezó a reconstruir el dedo…" (Negrillas fuera del texto).*

A partir de la anterior información el juzgado de instrucción, por virtud del principio de investigación integral, trazó una primera línea investigativa a efectos de determinar la salud mental del procesado y con ese objetivo le solicitó a las Clínicas de la Policía del Valle de Aburrá y de Popayán le enviaran los antecedentes que reposaran en la historia clínica del PT. ELC, en punto de la atención que éste recibió desde el mes de septiembre de 2010, por el servicio de sicología o psiquiatría y estas fueron las respuestas que se obtuvieron:

El jefe de la seccional de sanidad Antioquia respondió que: *"…desde el mes de septiembre de 2010 a la fecha no le aparece ningún registro de atención médica prestada en esta al señor PT. ELC…"*[71]*;* y la jefe del área de sanidad del Departamento de Policía Cauca informó[72] que el PT. ELC recibió atención por el servicio de psicología el 4 de febrero de 2011 y fue atendido por la DRA. YAG. De la atención recibida se remitió copia de la historia médica[73], de la que se conoce que esa fue la primera consulta por dicha especialidad. Durante la

[71] Folio 150 del C.O. 1.
[72] Folio 231 del C.O. 2.
[73] Folio 232 del C.O. 2.

valoración, el procesado hizo saber, entre otras cosas, que se sentía preocupado porque llevaba un mes sin presentarse a laborar. Esta afirmación fue confirmada con el testimonio de la profesional que lo atendió, esto es, la psicóloga YAG[74].

Como se puede ver del recuento probatorio, no existe elemento de convicción que permita evidenciar que el procesado, entre el mes de agosto de 2010 -cuando fue agregado al grupo de erradicación manual del EMCAR y luego trasladado a Caucasia-Antioquia- y el mes de octubre de ese mismo año -cuando sufrió el accidente que le causó fractura en el cuarto dedo de su mano derecha- haya participado en enfrentamientos armados o sido objeto de hostigamientos por parte de grupos irregulares, como lo hizo saber a la experta en psiquiatría forense.

Es más, hay que recordar que durante la indagatoria el sumariado contó que su afección psicológica se debió al daño en el dedo, y no a otra situación, como hostigamientos o combates como se lo contó a la psiquiatra durante la valoración.

Tampoco, hay que subrayarlo, existe antecedente que él haya solicitado y recibido atención psicológica o psiquiátrica antes ni durante los hechos, a raíz de la afección mental que dijo padecer al ver que la piel del dedo que se fracturó se le caía, pues ésta solo tuvo lugar hasta el 4 de febrero de 2011, posterior a los hechos origen de este proceso, cuando acudió por

[74] Folio 249 a 251 del C.O. 2

primera vez al servicio de psicología en el Departamento de Policía Cauca, en donde hizo saber de su preocupación por llevar más de un mes sin presentarse a laborar.

También hay que relievar que en la instrucción el operador judicial le interrogó a quienes llamó a declarar, si sabían o habían escuchado que el procesado presentó afecciones psicológicas durante su permanencia en el grupo de erradicación manual, ante lo cual nadie aseguró tener conocimiento de ello, ni siquiera sugirieron que tal vez hubiesen estado expuestos a vivencias emocionalmente perturbadoras, como hostigamientos, muertes o similares.

Se sobreentiende así que las vivencias emocionalmente perturbadoras, caracterizadas por muertes, exposición a la muerte, mutilaciones, que en parecer de la psiquiatra le generaron al procesado estrés postraumático, no encuentran respaldo probatorio alguno en el expediente, amén que las mismas, según el dicho del valorado durante su indagatoria[75], tuvieron ocurrencia cuando éste laboró en Tumaco-Nariño, esto es, después de los hechos aquí investigados.

Resulta importante clarificar que durante la diligencia de descargos el indagado presentó dos escenarios bien diferenciables, uno, el que va desde el momento en que fue asignado al grupo de erradicación manual y cuando salió al permiso en diciembre de 2010, y otro, cuando, según narró, fue

[75] Folio 82 del C.O. 1

trasladado, luego de los hechos, en el mes de mayo de 2011, a laborar en Tumaco-Nariño.

En el primero de ellos, el justiciado aseguró que tuvo afecciones psicológicas por el hecho de verse un hueco en su dedo y la piel que se le caía, pero que fueron superándose cuando veía su recuperación; y, en el segundo, contó que: *"…ya en el área sucede demasiadas novedades de orden público, en el cual miré varias mutilaciones de compañeros y muerte y enfrentamientos contra grupos guerrilleros…"*[76].

En ese contexto, es claro que mal podía el juez primario asumir el contenido de la prueba pericial de manera irreflexiva o como una verdad apodíctica que hiciera perdurar cualquier tipo de error en el que hubiese podido incurrir la experta durante la valoración.

Bajo ese entendido, al no encontrar soporte probatorio aquellas circunstancias emocionalmente perturbadoras como hostigamientos, muertes o exposición a la muerte, que en parecer de la forense le generaron al procesado estrés postraumático y a las cuales éste respondió con temor y horror intenso, con patrones "*…de evitación de dichas vivencias, no se reintegra a la actividad laboral estresante, para evitar la exposición y por el temor por su vida…*"[77], mal puede acogerse, como lo pretenden los recurrentes y lo asintió la delegada del Ministerio Público ante esta instancia, la teoría del miedo

[76] Folio 82 del C.O. 1
[77] Folio 395, 403, 405 y 407 del C.O. 2.

insuperable, por las razones que más adelante se explicarán.

Tampoco puede asentirse que para la época de los hechos el justiciado se encontraba en condiciones de inferioridad psíquica como se concluyó en el examen pericial, como quiera que ésta tiene por causa el trastorno mental de estrés postraumático, se insiste, no acreditado probatoriamente.

Hay que destacar que la versión ofrecida por el procesado durante su indagatoria tiene especial relevancia para llegar a las conclusiones que se vienen presentando, no solo porque procesalmente fue la más próxima a los hechos, con relación al desarrollo de la investigación, sino fundamentalmente porque ella encuentra, en aspectos puntuales, soporte en otros medios de prueba.

Lo anterior era del caso precisarlo porque dentro del expediente también militan los testimonios de los padres del justiciado, ELD y ARC, como de su compañera permanente, EAOM, que no solo son posteriores al momento en que el procesado rindió su indagatoria, sino que además en aspectos fundamentales, como el momento en que, según el procesado durante su indagatoria, tuvo vivencias emocionalmente perturbadoras, no coinciden; lo cual les resta poder persuasivo.

Aclarada así las cosas, lo debido es evocar las directrices jurisprudenciales que sobre la naturaleza

y requisitos del miedo insuperable, como causal excluyente de responsabilidad, ha trazado la Corte Suprema de Justicia, así:

> *"3.1. En relación con el miedo insuperable previsto en el numeral 9° del artículo 32 del cp, la Corte se pronunció sobre su naturaleza y requisitos para que se pueda admitir como eximente de responsabilidad en los siguientes términos:*
>
> > *El miedo, según el Diccionario de la Academia, es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario; "recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que se desea". Esta circunstancia puede afectar la conducta del sujeto dependiendo de su intensidad, del grado que alcance el estado emocional, que según el tratadista Emilio Mira y López comprende seis fases bien caracterizadas, a saber:*
> >
> > *Primera fase que se denomina prudencia, en la que el sujeto todavía es previsor, reflexivo, en el plano objetivo no quiere entrar en conflicto; una segunda llamada cautela, en la que el sujeto está atemorizado pero domina sus respuestas ante la situación, hay exaltación anímica pero controla sus movimientos; la tercera fase denominada alarma en la cual el sujeto ya es consciente de la situación intimidante, hay alarma y gran desconfianza, su conciencia y prospección disminuyen; la cuarta corresponde a la angustia donde definitivamente el individuo pierde el control, está ansioso y angustiado, hay mezcla de temor y furor incontenibles, aparece la cólera; la quinta*

llamada la fase del pánico, en la que la dirección de la conducta es automática, es decir que el sujeto no obra con conciencia y dominio, pueden presentarse impulsos motores de extraordinaria violencia en los cuales no se puede interferir, el sujeto escasamente se da cuenta de lo que ocurre o realiza; y la sexta, grado máximo de intensidad del miedo desencadena en terror, estado en el que hay una anulación del individuo, quien apenas conserva las actividades neurovegetativas mínimas para subsistir, pero no hay vida psíquica y puede llegar hasta la muerte[78]*.*

Dependiendo de la fase emocional que alcance el sujeto, la conducta se verá afectada en distintos grados y por consiguiente son diversas las consecuencias jurídicas, según si se encuentra en una situación en la que no puede exigírsele un comportamiento distinto al desplegado, caso en el cual el estado emocional podrá incidir en el ámbito de la culpabilidad, o si definitivamente se altera la capacidad mental, caso en el cual se afectará el ámbito de la imputabilidad.

En este punto, la doctrina no ha sido uniforme, pues mientras unos se inclinan por considerar que el miedo insuperable excluye la antijuridicidad, otros opinan que es una causa de inimputabilidad análoga al trastorno mental transitorio, y los demás, que se inscriben en la posición dominante, propugnan por una causa de inculpabilidad por "constituir un supuesto de inexegibilidad de otra conducta a un sujeto concreto en una situación concreta al ser

[78] MIRA Y LÓPEZ, Emilio. Cuatro Gigantes del alma. Librería el Ateneo Editorial, Florida 340-Buenos Aires, 1962, pág. 43 y ss.

legítima la resolución parcial del conflicto conforme a sus propios intereses bajo ciertos y determinados respectos[79].

La legislación colombiana no tiene tradición en la previsión del miedo como causal excluyente de responsabilidad, pero sí como circunstancia atenuante de la punibilidad, así, por ejemplo, el Código Penal de 1936 incluía en el artículo 38-3 como circunstancia de menor peligrosidad "el obrar en estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor o temor, o en ímpetu de ira provocada injustamente"; por su parte, el artículo 64-3 del decreto 100 de 1980, incluía como circunstancia de atenuación punitiva "el obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso", y en el Nuevo Código Penal [Ley 599 de 2000], artículo 55-3, se reitera como circunstancia de menor punibilidad "el obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso".

El temor intenso, estado de emoción o pasión excusable, contemplado en nuestra codificación como circunstancia de menor punibilidad [Ley 599 de 2000, artículo 55-3]… no puede confundirse con el miedo insuperable, que consagra el Nuevo Código Penal como causal de ausencia de responsabilidad en el artículo 32-9, bajo la formula de que no habrá lugar a responsabilidad cuando "se obre impulsado por miedo insuperable".

En la exposición de motivos al proyecto de ley por el cual se expidió el Nuevo Código, se afirma la necesariedad de su regulación "toda

[79] BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1999, págs. 381,382.

vez que tal situación, que desde el punto de vista sicológico está muy cercana a la insuperable coacción ajena, no queda comprendida en ésta por la exigencia de una conducta proveniente de un tercero".

El miedo al que aquí se alude [Ley 599 de 2000, artículo 32-9] es aquél que aún afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término "insuperable" ha de entenderse como "aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros"[80]*. Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito. La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad.*

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

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

b) El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna

[80] MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pag. 410

posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.

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

d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.[81]

En posterior pronunciamiento la Sala trató la diferencia entre la insuperable coacción ajena y el obrar impulsado por miedo insuperable como causales de ausencia de responsabilidad, al expresar:

(…)

En el mismo sentido, con la expedición de la Ley 599 de 2000, se consagró como causal de ausencia de responsabilidad la de obrar "impulsado por miedo insuperable" (artículo 32, numeral 9°) que, de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto que presentó la Fiscalía General de la Nación, "tal situación, que desde el punto de vista psicológico está muy cercana a la insuperable coacción ajena, no queda comprendida en ésta por la exigencia de una conducta proveniente de un tercero".

[81] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* de diciembre 12 de 2002, radicado 18983, criterio reiterado en *Sentencia* de noviembre 28 de 2005, radicado 19840.

> *La diferencia entre obrar "bajo una insuperable coacción ajena" y obrar "impulsado por miedo insuperable", consiste en que la primera el miedo tiene su génesis en el comportamiento arbitrario e ilegal de otra persona patentizado en una fuerza irresistible tendiente a condicionar la voluntad del sujeto con el fin de que realice una acción determinada; mientras que en la segunda el miedo surge en el ánimo del hombre sin que exista coacción o intimidación, en la medida en que el mismo puede provenir antes peligros reales o imaginarios o tratarse de miedo instintivo, racional o imaginativo.*

(…)

En torno al miedo insuperable, luego de recordar lo plasmado en la sentencia de diciembre 12 de 2002, radicado 18983, y su diferencia con el obrar bajo insuperable coacción ajena, expresó:

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

Las condiciones de grave, inminente y no justificado atribuidas al móvil del miedo, respectivamente obligan a considerar: la entidad o importancia del bien jurídico amenazado en la concreta situación que lo origina, la proximidad del mal o daño temido y, por último, la imposibilidad de alegar como causa de aquél el cumplimiento de deberes jurídicos que el sujeto está en la obligación de observar, o el acatamiento de órdenes o decisiones legítimas impartidas por autoridad competente, ya que para todos los asociados es inexcusable someterse a los dictados de éstas.

(…) Hechas las anteriores precisiones, resulta claro que la diferencia entre obrar bajo insuperable coacción ajena y obrar impulsado por miedo insuperable, consiste en que la primera tiene génesis en el comportamiento arbitrario, ilegal de otra persona que exterioriza una fuerza irresistible (violencia física o psíquica) tendiente a condicionar la voluntad del sujeto con el fin de que realice una acción delictiva determinada, mientras que la segunda se origina en el miedo que emerge en el ánimo del hombre por estímulos reales, graves, inminentes e injustos, distintos a la coacción de un tercero, en razón de lo cual, para librarse del mal que lo amenaza, incurre en un comportamiento típico y antijurídico.[82]*.”*[83]

Como puede comprenderse, de la extensa reseña jurisprudencial que se viene de presentar, el miedo

[82] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *sentencia* julio 22 de 2009, radicado 27277.
[83] Sentencia radicado 32585 del 12 de mayo de 2010, MP. DR. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

que tiene la capacidad de excluir de responsabilidad penal es aquel que por su intensidad y el grado que alcanza en el estado emocional del sujeto impide exigirle a éste un comportamiento distinto al realizado, dado que, aunque no excluye totalmente su voluntad de acción, si enerva su capacidad necesaria para autodeterminarse.

Para el caso en concreto no se evidencia en el proceso elemento de convicción alguno del que se pueda establecer, con certeza razonada, que para el momento de los hechos el justiciado se encontraba emocionalmente afectado a partir de una situación real, objetiva y verídica y no de su imaginario, pues como se ha dicho, con suficiencia, las vivencias emocionalmente perturbadoras de las que la psiquiatra derivó en el evaluado el trastorno mental por estrés postraumático, no se encuentran acreditadas procesalmente como en pasajes anteriores se analizó.

Tampoco, hay que decirlo, el robo de la moto puede entenderse como un elemento motivacional estresante de tal envergadura que le haya impedido al justiciado comportarse de manera distinta, al punto que haya eliminado su capacidad autodeterminación, pues la prueba nos indica que con relación a ese evento el policial lo que hizo fue, según él, gestionar un crédito para pagar el rescate del velocípedo, amén que el supuesto hurto se dio el 3 de enero de 2011, es decir, dos días antes del día en que debía presentarse, y la recuperación de la misma cinco días después. De allí se sigue que su capacidad de

comprensión y de determinación no se vieron menguadas por la afectación en su ánimo.

Siendo esto así, ¿cómo avalar que a partir de ellas el procesado asumió patrones comportamentales de evitación por el temor y horror[84] intenso que según la psiquiatra le generaron aquellas experiencias traumáticas?

Insístase que la única experiencia traumática que encuentra sustrato objetivo y probatorio, previa a los hechos, es aquella que se presentó a raíz del accidente que tuvo el acriminado cuando resbaló y cayó sobre su fusil y se fracturó el dedo, lo que requirió intervención quirúrgica; sin embargo, el trauma fue superándolo, según lo narró el sumariado, a medida que veía su recuperación.

No obstante, para la Sala, la afectación emocional a raíz de esa experiencia traumática no se advierte de tal intensidad y grado que le hubiera impedido al procesado comportarse de manera distinta a como lo hizo, es decir, no se evidencia una perturbación en el ánimo o en su funcionalidad psíquica basal de tal nivel que frente a ésta el uniformado hubiera respondido con miedo, horror o evitación, como se valoró en la pericia psiquiátrica.

Reitérese que ninguna noticia existe que el uniformado se haya ido al descanso, en el mes de diciembre, con alguna perturbación psicológica, nadie dio cuenta de

[84] Informe pericial 392 a 408 de los C.O. 2 y 3

ello, ni siquiera el procesado, pues este lo que dijo fue que aunque lo afectó psicológicamente ver su dedo herido, ello fue pasando a medida que se le iba sanando. Miremos:

> "*…pero yo me sentía mal psicológica (sic) porque toda la piel del dedo me la quitaron y me quedó un hueco en el dedo, y con remedios caseros hechos por mi madre, ya poco a poco empezó a reconstruir el dedo, de lo cual allego a esta investigación la historia clínica en 10 folios…"*[85]

Tan claro resulta ser ello, que por eso no requirió atención por el servicio de psicología o psiquiatría durante los hechos, tampoco puso en conocimiento situación similar a su comandante a pesar de que ese había sido el compromiso cuando salió a disfrutar de su descanso, tal como se lee del contenido del acta de instrucción que suscribió el 15 de diciembre de 2010, observemos:

"ACTA QUE TRATA DE LA INSTRUCCIÓN DADA POR EL SEÑOR MAYOR HJRC, COORDINADOR ERRADICACIÓN MANUAL BAJO CAUCA AL PERSONAL DEL EMCAR DIRAN N° 13, LOS CUALES SALDRAN CON 15 DÍAS DE PERMISO ORDENADO POR LA DIRECCIÓN DE ANTINARCÓTICOS. DESDE EL 20 DE DICIEMBRE DE 2010. HASTA EL 05 DE ENERO DE 2011….3. consignas y recomendaciones:…5. El personal de Suboficiales y Patrulleros cuando salgan de permiso y se les presente alguna novedad como excusa médica u otros deberán informar de manera inmediata al coordinador de la erradicación…GRUEM al teléfono 4397433,

[85] Folio 82 del C.O. 1.

con el fin de ser tenido en cuenta para la revisión de novedades de la siguiente fase."[86].

Bajo la anterior consideración es nítido que en el presente caso no están dados los presupuestos para adecuar el comportamiento del procesado dentro de la causal excluyente de responsabilidad de miedo insuperable.

8.3 Corolario de lo anterior, la Sala no ve alternativa distinta que denegar las pretensiones de los recurrentes, en total desacuerdo con el concepto emitido por la delegada del Ministerio Público ante esta Instancia, y en consecuencia confirmar el fallo apelado de la fecha atrás indicada.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de los recurrentes y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia del 14 de noviembre de 2018 proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, con sede en Bogotá, por medio de la cual condenó al PT. ELC a la pena principal de un (1) año de prisión, sin beneficio de la condena de ejecución condicional, como autor responsable del delito de

[86] Folio 13 y 16 del C.O. 1

abandono del servicio, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[87].

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente

[87] Sentencia AP6540-2016 radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Cfr. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11) y 48713 (28-09-16) *Ídem.*

Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDÚZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	***Segunda de Decisión***
Magistrado Ponente:	***CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ***
Radicación:	***159167.***
Procedencia:	***Juzgado Once Penal Militar de Brigada***
Procesado:	***SLR. (r) JGPM***
Delito:	***Deserción***
Motivo de alzada:	***Apelación sentencia condenatoria***
Decisión:	***Redosifica pena***

Bogotá, D.C., febrero veintiuno (21) de dos mil veinte (2020)

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a resolver el recurso de apelación impetrado por el Procurador 376 Judicial Penal I contra la sentencia de calenda 10 de junio de 2019, a través de la cual el Juzgado Once Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional condenó al SLR. (r) **JGPM** a la pena principal de ocho (08) meses de prisión como autor responsable del delito de deserción, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Se desprende de la actuación que el entonces SLR. **JGPM,** orgánico del Batallón de Alta Montaña No. 2 "*Gr. Santos Gutiérrez*" acantonado en la guarnición de Socotá (Boyacá), traspasó sin permiso de sus superiores los límites de la base de patrulla móvil cuando prestaba turno de centinela en uno de los núcleos de reacción en la vereda Alto Calarcá, el 13 de diciembre de 2016, aproximadamente a las 02:30 horas. Hecho que advirtió el C3. **AGG,** comandante de la primera sección, al pasar revista de los puestos establecidos y hallar abandonado el material de guerra e intendencia en el lugar donde dormía el uniformado. Ausencia del servicio que perduró hasta el 05 de junio de 2019, fecha en que se presentó al Juzgado 11 Penal Militar de Brigada para la celebración de la audiencia de acusación y aceptación de cargos.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Por los sucesos referidos, dados a conocer por el SS. **JLGM** –comandante del Pelotón "Himalaya 1" del Batallón de Alta Montaña No. 2 "*Gr. Santos Gutiérrez Prieto*"- el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar inició formal investigación[1] contra el SLR. **JGPM** por la presunta comisión del delito de deserción.

[1] Folio 17 y ss. C.O.1

El 13 de junio de 2018, el despacho instructor vinculó al proceso al SLR. **JGPM** a través de declaratoria de persona ausente[2]. La situación jurídica provisional[3] se resolvió el 20 de junio siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

3.2. A su turno, la Fiscalía 26 Penal Militar, tras clausurar el ciclo instructivo[4], calificó el mérito sumarial el 26 de marzo de 2019 con resolución de acusación[5] en disfavor del precitado uniformado, como autor del reato de deserción, pieza procesal que cobró ejecutoria el 12 de abril del mismo año[6].

3.3. La etapa de juicio fue adelantada por el Juzgado 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, que tras realizar el control de legalidad de la actuación, fijó fecha y hora para dar inicio a la audiencia de acusación y aceptación de cargos[7], misma que se llevó a cabo el 05 de junio de 2019[8] con asistencia del procesado, a cuyo término la juez de instancia anunció el sentido condenatorio del fallo.

Mediante sentencia del 10 de junio de 2019[9], la juez de conocimiento condenó al sumariado a la pena principal y única de ocho (08) meses de prisión, negándole coetáneamente la concesión del subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena

---

[2] *Folio 165 y ss. C.O.1*
[3] *Folio 171 y ss. C.O.1*
[4] *Folio 237 C.O.2*
[5] *Folio 244 y ss. C.O.2*
[6] *Folio 251 anverso C.O.2*
[7] *Folio 261 C.O.2*
[8] *Folio 271 y ss. C.O.2*
[9] *Folio 274 y ss. C.O.2*

por expresa prohibición legal, decisión apelada por el representante del Ministerio Público y ahora objeto de estudio por la Sala.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

La Juez Once Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, luego de resumir el trámite surtido durante la audiencia de acusación y aceptación de cargos, señaló que en torno a la tipicidad objetiva la conducta del incriminado encuentra adecuación en la descripción contenida en el artejo 109.3 de la Ley 1407 de 2010, puesto que el enjuiciado "*traspaso* (sic) *el 13 de diciembre de 2016 sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares y no retorno* (sic) *a la unidad militar*", hecho probado a través de los testimonios vertidos al infolio, que dan cuenta de la evasión del procesado y su ausencia de las huestes.

En cuanto a la tipicidad subjetiva adujo que el comportamiento desplegado por el SLR. **JGPM** era doloso, habida cuenta que conocía la obligación de cumplir con el servicio militar, lo que se colige de la información registrada en los documentos personales de incorporación.

Añadió que el procesado encaminó de manera libre y voluntaria su comportamiento para incumplir el deber de presentarse dentro de los cinco (5) días siguientes de haber traspasado los límites de la

base y no retornar a sus deberes como militar. Luego, se trata de un "*dolo avalorado… donde el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y la voluntad de ausencia se encuentran acreditados*"[10].

Tras citar doctrina nacional en relación con la antijuridicidad material, indicó que la conducta del sumariado merece juicio de desvalor ya que atentó de manera efectiva y sin justificación alguna contra el bien jurídico protegido por el legislador, afectación derivada "*de la ausencia al servicio sin justa causa, es decir, por la vulneración en la que quedó expuesta la unidad militar ante el incumplimiento del deber de presencia del* ***SLR. ® JFJP***" (negrillas en el texto original).

Respecto a la culpabilidad, señaló que el procesado actuó consciente de que su conducta se enmarcaba dentro del injusto de deserción, pues había recibido instrucción de delitos típicamente militares y le fueron "*advertidas las prohibiciones que tenía durante la prestación del servicio militar*".

Añadió que el acusado comprendía la ilicitud de su conducta y por tal motivo le era exigible como militar activo continuar desempeñando su rol funcional asignado en la jurisdicción del Batallón de Alta Montaña No. 2 "*Gr. Santos Gutiérrez Prieto*".

[10] *Folio 279 C.O.2*

Finalmente, estimó que la conducta ejecutada por el SLR. **JGPM** se torna en "*TÍPICA, ANTIJURÍDICA y CULPABLE con fundamento en lo expuesto en el artículo 15 y subsiguientes de la ley 1407 de 2010 y, en consecuencia, se declarará penalmente responsable a título de AUTOR del delito de DESERCIÓN*", conforme lo anunció en la audiencia de acusación y aceptación de cargos.

Para la dosificación del *quantum* punitivo, tras aseverar que se encuentran reunidos a cabalidad los presupuestos del artículo 396 del Digesto Punitivo Castrense para enarbolar sentencia condenatoria en contra del SLR. **JGPM**, así como el grado de certeza de la conducta endilgada y la responsabilidad del uniformado en la comisión del delito de deserción, previa consideración que el artejo 109.3 de la Ley 1407 de 2010 contempla una pena para el referido injusto penal que oscila entre 08 meses y 02 años, es decir, de 243 a 730 días de prisión, arguyó:

> "*(…) Para establecer el margen se aplicará la siguiente ecuación matemática: 730 – 243 = 487*
>
> *Teniendo en cuenta lo anterior, dividiremos el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.*
>
> *(…)*
>
> *Entonces, el mínimo oscilará entre 243 y 364 días…*
>
> *Ahora bien, como quiera que se encuentra acreditada la existencia de antecedentes penales como circunstancia de mayor punibilidad, la pena debe establecerse dentro del cuarto mínimo conforme lo previsto en el artículo 61 de la ley 1407 de 2010, esto es, entre 243 y 364 días.*
>
> *Así las cosas, la pena a imponer al SLR.* ***JFJP****, como AUTOR del delito de* ***DESERCIÓN****, corresponde a la de*

243 días de PRISIÓN cuya conversión es de OCHO (8) MESES DE PRISIÓN, por tener antecedentes penales, y por ende no se le hará la rebaja de la sexta parte, otorgada en la ley por aceptación de cargos… atendiendo la gravedad de la conducta atribuida al acusado, el daño real causado con la misma al bien jurídico tutelado, la intensidad del dolo con el que obró y además atendiendo los fines de prevención general, retribución justa y prevención especial"[11].

No concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal contenida en el artejo 63.3 de la Ley 1407 de 2010.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El representante del Ministerio Público, DR. **CAMM,** presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra el fallo de calenda 10 de junio de 2019; requirió revocar el monto de la pena impuesta al enjuiciado y redosificarla, toda vez que fue condenado a ocho (8) meses de prisión, sin que se hubiera aplicado la "*rebaja de la sexta parte de la pena imponible a la que tiene derecho el declarado culpable por haber aceptado cargos*" en la audiencia que para el efecto tiene establecida la Ley 1058 de 2006.

Adujo que, pese a que el procesado aceptó cargos en la respectiva audiencia de corte marcial, la falladora consideró en la sentencia que la pena imponible correspondía a ocho meses de prisión por registrar antecedentes penales, por lo que omitió aplicar la rebaja punitiva de una sexta parte.

[11] *Folio 282 – 283 C.O.2*

Luego de reseñar el procedimiento previsto en los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999, modificados por el artejo 1° de la Ley 1058 de 2006, explico que es innegable que el SLR. **JGPM**, en la audiencia celebrada el 05 de junio de 2019, aceptó los cargos de deserción endilgados por la Juez 11 Penal Militar de Brigada, "*de manera libre e informada estando asistido de su defensor, y le fue anunciado que tenía derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena.*", pero una vez dictado el fallo condenatorio en la tasación punitiva no se aplicó dicho beneficio punitivo.

Agregó, que la juez para dosificar la pena refirió que la condena correspondía a ocho (8) meses de prisión por que el procesado registraba antecedentes penales, pero "*en el expediente no se observa documento o información alguna en la que se indique que José Gabriel Pico Moreno posee antecedentes penales, o por lo menos hasta el momento en que se profirió sentencia condenatoria por el delito de deserción*"[12]. Por el contrario, indicó que milita en el infolio documentos expedidos por autoridad competente que acreditan que el enjuiciado "*no registra antecedentes penales, anotaciones ni órdenes de captura de la DIJIN, ni antecedentes carcelarios y penitenciarios*", razón más que suficiente para afirmar que la operadora judicial se equivocó.

[12] *Folio 293 C.O.2*

Señaló que, si bien es cierto la carencia de antecedentes penales es una circunstancia de menor punibilidad, también lo es que no se puede considerar que al existir los mismos se afectaría la rebaja de pena o debía negarse el beneficio que es consecuencia de la declaratoria de culpabilidad por aceptación de cargos, máxime cuando en el cartulario no obra registro de esta situación.

Finalmente, señaló que si la sanción imponible es de ocho (8) meses, al fijarla dentro del cuarto mínimo e individualizarla en el extremo punitivo mínimo del mismo, a ese monto se le debe rebajar una sexta parte, que corresponde a 40 días, quedando la pena en 6 meses y 20 días.

VI.CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 4 Judicial II Penal, DR. **JECR,** conceptuó que le asiste razón a su homólogo de la primera instancia por cuanto se cometieron yerros por parte de la falladora al dosificar la pena, debiéndose estudiar nuevamente la tasación punitiva que a todas luces resulta más favorable al condenado.
Seguidamente, explicó el sistema de cuartos de movilidad a tener en cuenta para la tasación correcta de la pena a imponer al SLR. **JGPM,** para replicar que la juez se equivocó al hacer la división de los cuartos al punto de superar la pena

máxima prevista para el delito deserción, colocándola en 730 días.

Afirmó que, al no existir circunstancias de mayor punibilidad en la conducta ejecutada por el sumariado, debió el sentenciador ubicarse en el primer cuarto de movilidad, vale decir, de 240 a 360 días. Luego aseguró que a ese mínimo de la pena debe hacérsele la reducción de una sexta parte por aceptación de cargos, pues no hay razón válida para soslayar la prerrogativa que favorece al condenado, máxime cuando fue el compromiso que hizo el juzgador al suscribir el acta de aceptación de cargos con el procesado, su apoderado y el ente acusador.

Consideró que al realizarse el descuento punitivo la pena a imponerle al SLR. **JGPM** sería doscientos (200) días, o lo que es lo mismo, seis (6) meses y veinte (20) días de prisión, resultado que daría de restarle a 240 días la sexta parte que equivale a 40 días.

VII.DE LA COMPETENCIA

Conforme lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia[13], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub*

[13] *CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.*

júdice es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238.3 ídem, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el representante del Ministerio Público en procura que se redosifique la pena impuesta al condenado en la sentencia proferida por el Juzgado Once de Instancia de Brigada del Ejército Nacional el 10 de junio de 2019.

VIII CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurrente presenta su inconformidad frente a la dosificación punitiva realizada por la Juez 11 Penal Militar de Brigada, por omitir aplicar a la pena impuesta al condenado la rebaja de una sexta parte por aceptar de manera libre, consciente y voluntaria los cargos endilgados en la audiencia dispuesta para el efecto, a pesar que el acuerdo fuera avalado por la falladora primaria en la vista pública.

Sea lo primero rememorar que el instituto del allanamiento a cargos, concebido en la Ley 1058 de 2006, surge en una etapa específica del proceso, donde ya se cuenta con la prueba necesaria y suficiente para haber proferido una resolución de acusación, aquel precepto sólo es concebible en los delitos dispuestos por el Legislador y en la medida que el juez pueda verificar que se reunieron el fiscal, el procesado, su defensor y que se llegó al acuerdo de aceptar los hechos y la responsabilidad, en razón a que el acusado comprende claramente y sin error las implicaciones de su admisión. Por esa

razón, en la audiencia de acusación y aceptación de cargos corresponde al fiscal establecer los fundamentos fácticos y jurídicos de la calificación y, consecuentemente, frente a esa imputación el juez pregunta al procesado si se declara inocente o culpable, lo que sugiere que dicha manifestación debe hacerla el investigado única y exclusivamente ante el juez penal militar de conocimiento, de forma personal, directa, libre y voluntaria.

Significa lo anterior que, en ejercicio del derecho de libre disposición, a lo que renuncia el procesado es a tener un juicio público y oral, es decir, se desiste de una de las etapas del proceso, expresado en la corte marcial, y no al derecho de defensa, menos aún, al debido proceso que son principios rectores. Por ello, la importancia que al momento de realizar el acuerdo esté presente el defensor, el fiscal, quien explica el alcance del acuerdo, y el procesado, quien luego de comprender su alcance, lo pueda aceptar de manera informada, libre y voluntaria ante el juez.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1260 de 2005, enseñó:

> "*(…) La Corte debe abordar como problema jurídico si la posibilidad que tiene un imputado o procesado de renunciar a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas en el que pueda interrogar en audiencia a los testigos de cargo y obtener la*

comparecencia de testigos o peritos, así se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada viola el debido proceso (art. 29 de la Constitución) y el Estado de derecho (art. 1 de la Constitución), en la medida que para el actor se está ante un derecho de carácter irrenunciable.

(…)

Debe precisar la Corte que lo que consagra esta disposición es la posibilidad del imputado o procesado de renunciar a una de las etapas del proceso, la del juicio, y no a la posibilidad de renunciar a cada uno de los principios que rigen dicha etapa en particular. En otras palabras, consagra la ley la facultad para el imputado o procesado de renunciar a ser vencido en juicio, siempre y cuando tal renuncia se exprese de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, es decir bajo el conocimiento y aceptación voluntaria de todas las consecuencias que ello implica, a fin de que el proceso termine de manera anticipada con sentencia condenatoria.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, el proceso puede terminar de manera anticipada, es decir, sin haberse surtido todas las etapas correspondientes, en los casos en que se celebre acuerdo entre la fiscalía y el imputado o procesado y éste sea aprobado por el juez. El fin de estos acuerdos, que implican la terminación del proceso de manera anticipada, es humanizar la actuación procesal y la pena;

obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso[14]*, en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria(…)"*[3]

Así las cosas, cuando el procesado acepta los cargos lo que en Derecho corresponde es que el juez de instancia anuncie el sentido del fallo que ha de ser de carácter condenatorio, amén que previamente, esto es, en el control de legalidad que debe hacer el funcionario antes de fijar fecha para la audiencia de acusación y aceptación de cargos, verifica si se cuenta con la prueba que permita inferir que el procesado efectivamente es responsable, en otras palabras, en razón de la prevalencia del principio de culpabilidad, el funcionario judicial al anunciar el sentido del fallo ha comprobado, no sólo que la manifestación del procesado sea libre, voluntaria, con plena conciencia de las consecuencias jurídicas, sino que, además, se reúnen los requisitos para proferir condena contra el acusado, sobre la base de prueba que con grado de certeza sugiere su responsabilidad.

Protocolo que una vez revisado el cartulario fue observado a cabalidad por la Juez 11 Penal Militar

[14] *Ley 906 de 2004, art. 348*
[3] *MP. Clara Inés Vargas*

de Brigada para declarar penalmente responsable al SLR. **JGPM.** Sin embargo, erró al desconocer la aplicación de la rebaja de pena postdelictual a que se hacía acreedor el acusado por haber aceptado los cargos, máxime si se tiene en cuenta que dicha reducción fue anunciada en la vista pública por la falladora y que con sobrada razón reclama el representante del Ministerio Público en el recurso.

En el caso bajo examen, es un hecho cierto e indiscutible que el enjuiciado, SLR. **JGPM**, aceptó los cargos en la audiencia que está dispuesta para tal fin[15], momento procesal oportuno y que es expresión y consecuencia del allanamiento a los cargos realizado entre fiscal, procesado y defensor, estipulación que deviene en eficaz para alcanzar los fines de la administración de justicia, la economía y celeridad procesal. Luego, resultaba imperioso para la falladora de primer grado reconocer la disminución de una sexta parte (1/6) de la pena imponible por esa declaratoria de culpabilidad, en acatamiento a lo previsto en el inciso 9° del artículo 579 de la Ley 522 de 1999.

Al respecto, se tiene que, luego de hacer los cálculos correspondientes para la aplicación del sistema de cuartos, la juez se ubicó en el cuarto mínimo de movilidad, el cual oscila para el delito de deserción entre 240 y 360 días, y no como lo condensó en la parte motiva de la sentencia donde individualizó la sanción en un total de doscientos

[15] *Audiencia de acusación y aceptación de cargos*

cuarenta y tres (243) días de prisión, con fundamento en aspectos como la supuesta existencia de antecedentes penales, la gravedad de la conducta, el daño real causado con la misma al bien jurídico, la intensidad del dolo con el que actuó y, además, atendiendo los fines de prevención general, retribución justa y prevención especial.

Apreciaciones genéricas que estableció la funcionaria en su argumentación, sin desarrollar de manera fundada las razones por las cuales desestimó la aplicación de la reducción de pena, pues como se observa se limitó simplemente a referir "*por tener antecedentes penales, y por ende no se le hará la rebaja de la sexta parte, otorgada en la ley por aceptación de cargos*", aseveración que también carece de soporte probatorio, habida cuenta que, contrario a ello, sí obran documentos expedidos por las autoridades competentes que acreditan que el sumariado no registra antecedentes penales, anotaciones ni órdenes de captura.

La Sala estima necesario recordar que los fenómenos postdelictuales como comportamientos del autor o actos de carácter procesal posteriores al delito, no corresponden a factores modificadores de los extremos punitivos sino de la pena una vez individualizada en concreto, como ocurre con la rebaja por aceptación de cargos que introdujo la Ley 1058 de 2006. En otras palabras, la disminución de 1/6 parte debe ser aplicada en la pena concreta y no en la fijación de los extremos punitivos en

abstracto[16], lo que determina que la disminución por aceptación de cargos debe aplicarse a la pena de ocho (8) meses de prisión impuesta al acusado.

Por otro lado, olvidó además la falladora de primer grado que al deducir en la sentencia causales de agravación no imputadas expresamente en la resolución de acusación por la fiscalía militar determina la incursión en un vicio de incongruencia que afecta el debido proceso y el derecho de defensa[17], que debe ser corregido de oficio por el *Ad quem* o bien en casación. Recuérdese que la congruencia en un sistema procesal mixto, como el adoptado por la Ley 522 de 1999, se predica entre la resolución de acusación y la sentencia, tanto en su aspecto personal, fáctico y jurídico, por lo que de no guardar identidad en alguno de ellos se quebrantan las bases fundamentales del proceso penal militar y se vulnera el derecho de defensa, puesto que se sorprende al procesado con imputaciones que no fueron incluidas en la pieza acusatoria, como ocurre en este evento.

En consecuencia, ante la omisión de la Juez *A quo* de aplicar la rebaja de una sexta parte por la aceptación de los cargos, corresponde al Tribunal atender el reparo que plantea sobre ese único aspecto el apelante, por lo que, realizada la disminución a los ocho meses establecidos como pena, se obtiene en definitiva seis (6) meses y veinte

[16] *Corte Suprema de Justicia, Rad. 16778 del 08 de abril de 2003.*
[17] *Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. 20116 del 02 de junio de 2004.*

(20) días de prisión y en este sentido será modificada la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. **RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia calendada 10 de junio de 2019, proferida por la Juez 11 Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, en el sentido que la pena privativa de la libertad que corresponde purgar al SLR. **JGPM** es de seis (6) meses y veinte (20) días de prisión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtidos los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**

Magistrado

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	***Segunda de Decisión***
Magistrado Ponente:	***TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ***
Radicación:	***159108***
Procedencia:	***Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada***
Procesado:	***SLR. (R) JJBL***
Delito:	***Hurto de Armas y Bienes de Defensa***
Motivo de alzada:	***Apelación sentencia condenatoria***
Decisión:	***Confirma***

Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019).

I.- VISTOS.-

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a pronunciarse frente al recurso de alzada presentado por el procesado SLR. (R) **JJBL** en contra de la sentencia condenatoria fechada 10 de abril de 2019, por medio de la cual la Juez Séptima Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional lo condenó como autor responsable del delito de hurto de armas y bienes de defensa, imponiéndole la pena principal de setenta (70) meses de prisión y accesorias de separación absoluta de la

Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la sanción principal, negando al penado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

II.- HECHOS.

2.1. Datan del 28 de febrero de 2018, cuando siendo aproximadamente las 12:30 horas en las instalaciones del Batallón de Instrucción y Entrenamiento No. 06 del Ejército Nacional ubicado en Piedras (Tolima), al pasar revista al primer pelotón de la Compañía de Instrucción y Reemplazos del Cuarto Contingente de 2017, surgió como novedad el faltante del fusil Galil calibre 5.56 mm. No. 98224162 que había sido asignado a SL. **CEBM.**

2.2. Siendo aproximadamente las 22:00 horas de la referida calenda, el SL. **CACS** informó al C3. **JSM** comandante de escuadra del primer pelotón de Compañía de Instrucción y Reemplazos del Cuarto Contingente de 2017, que el entonces SLR **JJBL** orgánico del Batallón de Infantería No. 18 *"Cr. Jaime Rooke"*, había tomado el fusil No. 98224162 escondiéndolo en la maraña cerca al área del vivac, circunstancia que el suboficial informó al SS. **CAME**, suboficial de contrainteligencia del Batallón de

Infantería No. 18 *"Cr. Jaime Rooke"*, quien dispuso la búsqueda inmediata del arma en el sector.

2.3. Transcurrido un tiempo y sin obtener resultados el C3. **JSM** requirió al para esa época SLR. **JJBL** con el fin que informara dónde se encontraba el fusil, desplazándose hasta sitio por él indicado y procediendo a su recuperación sobre las 23:30 horas.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1- Con fundamento en el escrito de denuncia suscrito por el TC. **GAAT -**Comandante del Batallón de Infantería N. 18 *"Cr. Jaime Rooke"* del Ejército Nacional- fechado el 9 de marzo de 2018 (Fol.1r/v), el Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar en auto de impulso que data del 21 de marzo de 2018 (Fols.27-28), dispuso la apertura de investigación formal en contra del SLR. (R) **JJBL** por el presunto delito de hurto de armas y bienes de defensa, vinculándolo a la investigación a través de injurada llevada a cabo el 3 de mayo de 2018 (Fols.76-80).

Posteriormente, el Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional representado por la abogada **MLMQ** presentó demanda de constitución de parte civil (Fols.125-128), la cual fue admitida por el Juzgado 79 de

Instrucción Penal Militar a través de decisión fechada el 8 de junio de 2018 (Fols.139-143).

Surtido lo anterior, el despacho instructor resolvió la situación jurídica provisional al encausado por medio de auto interlocutorio del 18 de julio de 2018, decretando medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del SLR. (R) **JJBL** por la presunta comisión del delito de hurto de armas y bienes de defensa (Fols.166-1747v).

3.2- Finalizada la instrucción fueron enviadas las diligencias a la Fiscalía 19 Penal Militar que, en decisión del 16 de enero de 2019, ordenó el cierre de la fase instructiva (Fol.270).

Posteriormente, el día 9 de febrero de 2019 se hizo efectiva la captura del SLR. (R) **JJBL** (Fol.293), librando la Fiscalía 19 Penal Militar el día 12 de febrero de 2019, boleta de encarcelamiento ante el comando del Batallón de Infantería No. 18 *"Cr. Jaime Rooke"* del Ejército Nacional (Fol.299).

Surtido lo anterior, la Fiscalía 19 Penal Militar a través de interlocutorio adiado el 27 de febrero de 2019 calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra del SLR. (R) **JJBL** como autor del

punible de hurto de armas y bienes de defensa (Fols.301-331).

3.3- En firme la acusación, fue remitido el sumario para conocimiento del Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada, que decretó la iniciación de la etapa del juicio en auto fechado el 18 de marzo de 2019 (Fol.339), llevando a cabo audiencia de corte marcial el 9 de abril de 2019 (Fols.352-354), y profiriendo sentencia el 10 de abril de 2019 (Fols.355-372) mediante la cual condenó al SLR. (R) **JJBL** como autor del delito de hurto de armas y bienes de defensa. Fallo que fue apelado por el condenado (Fols.375-380), recurso que fue concedido en el efecto suspensivo ante esta instancia mediante auto de trámite del 25 de abril de 2019 (Fol.381).

IV.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.

La Juez Séptima Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional abordó los considerandos de la decisión señalando que se probó en la causa que, para el momento de los hechos esto es el 28 de febrero de 2018, el SLR. (R) **JJBL** era miembro activo del Ejercito Nacional, circunstancia que le otorga la competencia a la justicia penal militar para juzgar al encausado.

Señaló en relación con la tipicidad, que siendo el verbo rector del ilícito de hurto de armas y bienes de defensa el apoderamiento, es necesario que este recaiga sobre armas de fuego y municiones de uso privativo de la Fuerza Pública como sucedió en el *sub judice*, cuando el SLR. (R) **JJBL** tomó el fusil Galil calibre 5.56 mm No. 98224162 lo envolvió en una bolsa negra y lo escondió bajo tierra en el área del vivac.

La falladora hizo referencia al contenido del testimonio del SLR. **CARLOS ANDRES CEPEDA SABOGAL**, quien aseguró que el encausado le había comentado su intención de apoderarse de un arma de fuego, circunstancia que informó una vez se echó de menos el fusil. A su vez hizo mención al testimonio del SS. **CAME** suboficial que refirió que el mismo SLR. (R) **JJBL** los llevó hasta la maraña donde había escondido el arma.

Resaltó que el procesado en desarrollo de la diligencia de indagatoria aceptó haber tomado el fusil Galil No. 98224162 para venderlo con el fin de pagar el embargo de la casa de su señora madre, detallando cómo lo escondió y cómo después llevó hasta el lugar al personal de inteligencia para recuperar el arma.

Con fundamento en ello estimó que la conducta del SLR. (R) **JJBL** se enmarca en el tipo penal de hurto de armas y bienes de defensa en el que incurrió al momento de sustraer el fusil de la esfera de vigilancia y dominio del SLR. **CEBM**, quien ostentaba la tenencia de la misma, ocultándola con el propósito de venderla.

Así las cosas, la juez de instancia disintió del planteamiento defensivo que sostuvo encontrarse ante un delito tentado, asegurando para ello que el arma objeto del hurto no salió ni del área del vivac ni de las instalaciones del Batallón de Instrucción y Entrenamiento No. 6, al estimar que cuando el SLR. (R) **JJBL** sustrajo el fusil del armerillo en las horas de la mañana del 28 de febrero de 2019, el bien entró a su esfera de dominio, despojando de su tenencia al SLR. **CEBM** a quien le había sido asignada, recordando que la conducta de hurto es instantánea y se consuma cuando se materializa el apoderamiento del bien, cuya recuperación nada tiene que ver con el perfeccionamiento de la conducta delictiva.

En punto de la tipicidad subjetiva expresó que el SLR. (R) **JJBL** en indagatoria señaló haber tomado el fusil de un compañero para que las sospechas no

recayeran sobre él, lo que indica que comprendía la ilicitud de su comportamiento y dirigió su conducta hacia el apoderamiento del arma con el propósito de venderla, conocimiento y voluntad que comportan el actuar doloso.

Refirió respecto de la antijuridicidad que el bien jurídico de la seguridad pública resultó vulnerado cuando el procesado dispuso de un bien público clasificado como de uso privativo de la Fuerza Pública (Decreto 2335,1993 art.8), que de llegar a manos de grupos delincuenciales genera un riesgo para la seguridad de la Fuerza Pública y la comunidad en general, apartándose del argumento defensivo que señala que en momento alguno se generó afectación al Ejercito Nacional o al Estado. Por el contrario, estimó la falladora de instancia que efectivamente se vulneró la seguridad de la Fuerza Pública, al punto que fue necesario realizar labores de contra inteligencia para recuperar el fusil.

Ahora bien, en relación con la culpabilidad manifestó que el SLR. (R) **JJBL** es jurídicamente inimputable habida cuenta que además de ser mayor de edad, no padece trastornos mentales o inmadurez psicológica, agregando que tampoco se evidencia error alguno en la comprensión de la ilicitud.

De lo anterior concluyó que la conducta desplegada por el SLR. (R) **JJBL** es típica, antijurídica y culpable, estimando cumplidos los requisitos legales para proferir sentencia condenatoria (Ley 522,1999 art.396), procedió a dosificar la pena a imponer a partir de los criterios establecidos en la Ley Penal Militar (Ley 1407,2010 art.55 s.s.), determinando que al no concurrir circunstancia genérica de mayor punibilidad y sí de menor punibilidad como lo es la carencia de antecedentes penales, la pena a imponer se tasará dentro del cuarto mínimo de punibilidad.

La falladora ponderó la gravedad del hecho en tratándose de la afectación al bien jurídico tutelado de la seguridad de la Fuerza Pública, y al mismo tiempo estimó que el SLR. (R) **JJBL** luego de consumado el delito informó el lugar donde había escondido el arma de fuego objeto del hurto.

En ese orden de ideas y atendiendo los principios de proporcionalidad y razonabilidad, determinó que la pena imponible corresponde a ochenta y cuatro (84) meses de prisión, a partir de la cual tasó la rebaja correspondiente a la confesión en indagatoria (Ley 522,1999 arts.443 y 446), resolviendo condenar al SLR.(R) **JJBL** a la pena de setenta (70) meses de prisión como autor del delito de hurto de armas y bienes de defensa, imponiéndole las penas accesorias de

separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad.

Al mismo tiempo, se abstuvo de imponer condena por daños y perjuicios dado que la parte civil no elevó solicitud indemnizatoria alguna, negando a la par el subrogado de la condena de ejecución condicional por no cumplir con el requisito objetivo impuesto por la norma para su concesión y reconociendo como pena cumplida los sesenta y un (61) días que el condenado ha permanecido privado de la libertad.

V.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.-

El enjuiciado fundó su inconformidad con la sentencia de primer grado solicitando la modificación de la misma en lo relacionado con el *quantum* de la pena impuesta por la aceptación de cargos realizada desde el día de la ocurrencia de los hechos, de conformidad con lo establecido en el artículo 493 del Código Penal Militar, estimando que el procedimiento para la imposición de la misma reviste serias irregularidades.

Añadió que la juez de instancia dejó de lado no solo el contenido del artículo 28 de la Ley 1407 de 2010

que hace referencia a la tentativa, sino también el artículo 401 del Código Penal Colombiano.

En relación con la dosificación punitiva, señaló que pese a que el *A quo* hizo referencia a la carencia de antecedentes penales, la aceptación de cargos y el haber informado donde se encontraba el arma que sustrajo, al momento de imponerle la pena desconoció el contenido del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010 relacionado con la rebaja de la pena por la aceptación de los cargos.

Arguyó que, si bien es cierto no hizo preacuerdo alguno con la Fiscalía, aceptó lo cargos desde el día en que se consumó el delito por lo que el juez tenía la obligación de dar aplicación al principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con los artículos 7° y 8° del Código Penal Militar, 6° del Código Penal y 6° del Código de Procedimiento Penal.

A su vez, señaló que la rebaja de pena que se le hizo con fundamento en el artículo 446 de la Ley 522 de 1999 es violatoria de las normas antes citadas, teniendo en cuenta que la referida codificación fue derogada por la Ley 1407 de 2010 con la que fue juzgado por hechos ocurridos en febrero de 2018, solicitando en consecuencia se modifique la pena

impuesta teniendo en cuenta para ello la rebaja correspondiente a la aceptación de cargos contenida en el artículo 493 de la ley 1407 de 2010, así como la disminución por tratarse de un delito tentado.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador Segundo Judicial II de Apoyo a Víctimas en punto de descorrer el traslado que esta instancia le hiciera del recurso de apelación, conceptuó frente a la tentativa que se evidencia la presencia de actos idóneos e inequívocos para la consumación del delito por el que fue llamado a juicio el SLR. (R) **JJBL.** Así, por ejemplo, el haber ideado de manera previa como apoderarse del fusil que escondió para que no pudiera ser encontrado como en efecto sucedió, situación distinta fue que al verse descubierto el acusado hubiera informado el lugar en el que lo había ocultado lo que desnaturalizan el argumento del recurrente que enmarca la conducta en la tentativa.

A su vez, el delegado del Ministerio Público estimó contradictorios los argumentos de impugnación planteados en el entendido que, de un lado se reclama la rebaja de pena en virtud de lo consagrado por el artículo 401 del Código Penal ante el

reintegró de lo apropiado y, por otro, se aduce la presencia de un delito tentado y no consumado. Contradicción que imposibilita atender la pretensión del acusado, además, porque no fueron sustentados ni a lo largo de la investigación, ni en desarrollo de la corte marcial.

Por otro lado, en relación con la solicitud de reconocimiento de la aceptación de cargos consagrada en la Ley 1407 de 2010, señaló que a pesar de la expedición de dicho código la aplicación de la parte procedimental quedó supeditada al régimen de implementación que a la fecha no se ha cumplido y consecuente con ello se impone la aplicación del régimen que establece la Ley 522 de 1999.

Finalmente, estimando que la pena impuesta cumple con los requisitos exigidos en el artículo 443 de la Ley 522 de 1999, el procurador delegado ante esta instancia solicitó la confirmación de la sentencia recurrida.

VII.- DE LA COMPETENCIA.-

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia (CSJ.SP.Rad.44046 jun.2015)[1], no obstante los

[1] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (17 de junio de 2015) Rad. 44046 [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero].*

hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999.

Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el enjuiciado SLR. (R) **JJBL** contra la sentencia condenatoria fechada el 10 de abril de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, quien solicita le sea revisada y redosificada la pena que le fue impuesta en el referido fallo.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Sea lo primero recordar que frente a la apelación ésta se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los inherentes a ésta que se puedan visualizar en la investigación objeto

de estudio.

El día 10 de abril de 2019, el Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional profirió la sentencia por medio de la cual declaró la responsabilidad penal del SLR. (R) **JJBL** como autor del delito de hurto de armas y bienes de defensa (Fols.355-372), inconforme con la condena el acusado interpuso el recurso de apelación que nos ocupa, censurando la sentencia en cuanto consideró que en la pena impuesta la falladora no le reconoció: i) la rebaja de pena por aceptación de cargos consagrada en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, ii) la tentativa en la conducta investigada, y iii) el contenido del artículo 401 del Código Penal Colombiano.

8.1.- En relación con la solicitud substancial que el censor elevó ante esta instancia en su recurso, relacionada con la aplicación de la rebaja de pena por haber confesado su responsabilidad *"desde la comisión del hecho"* a la luz de lo ordenado en el inciso 1° del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, revisadas las diligencias la Sala encuentra que para el día de los hechos el procesado, SLR. (R) **JJBL,** entregó el fusil Galil calibre 5.56 mm. No. 98224162 que había sustraído y ocultado al verse descubierto por el C3. **JSM,** quien fundado en lo manifestado por

el SL. **CACS** (Fols.4-5)[2], requirió al procesado la entrega del arma de la que se había apropiado, lo que determina que esta no fue voluntaria o espontánea por parte del SLR. (R) **JJBL** (Fol.78)[3].

Sin embargo, al momento de la vinculación del SLR. (R) **JJBL** a la investigación a través de la diligencia de inquirir, este admitió haberse apoderado del arma de fuego referida (Fol.77)[4], aceptando su responsabilidad luego de la imputación fáctica y jurídica que el instructor le hiciera, así:

> ***"EL DESPACHO LE HACE CARGOS COMO PRESUNTO AUTOR DEL HURTO DE ARMA SY (sic) BINES DE DEFENSA ARTICULO 168 DEL CODIGO PENAL MILITAR, DE ACUERDO A QUE EL 28 DE FEBRERO DE 2018 USTED SE APROPIO DEL FUSIL GALIL NO 98224162 CALIBRE 5.56 MM PERTENECIENTE A LOS CARGOS DEL BATALLÓN ROOKE, MIENTRAS SE ENCONTRABA EN LAS INSTALACIONES DEL BATALLÓN DE INSTRUCCIÓN Y ENTRENAMIENTO NO 6 EN PIEDRAS TOLIMA. DIGA AL DESPACHO QUE TIENE QUE DECIR AL DESPACHO Y COMO SE DECLARA CONTESTÓ.*** *Me declaro culpable"* (subrayado fuera

[2] *Informe de Novedad C3. JSM- comandante de escuadra primer pelotón I/R 4C/2017 (1 de marzo de 2018) (Fols. 4-5) "… transcurriendo aproximadamente las 22:00 horas el soldado CACS, me dice que sabe quien cogió el fusil (…) el soldado me dice que el día anterior el soldado JJBL le dijo que hace días estaba esperando la oportunidad de hurtarse un fusil, lo cual había efectuado el presente día cuando al término de la instrucción de especialistas escondió un fusil en la maraña cerca del área de vivac, y que después que saliera de permiso volvía por el fusil, según versión del soldado testigo (…) se opta por llamar al soldado presuntamente autor de los hechos, a quien se le dice que ya tenemos conocimiento de que el es responsable de la perdida de fusil y que la mejor opción es que nos indique el lugar exacto donde lo escondió para que no empeorara la situación, el presunto autor inicialmente niega ser el responsable, pero después de varios minutos se logra convencer y nos lleva hacia el lugar donde lo tenia escondido, se procede a realizar el respectivo procedimiento se llega a l lugar y se logra recuperar el fusil siendo aproximadamente las 23:30 horas".*

[3] *SLR. John Jairo Bolívar Largo (3 de mayo de 2018) indagatoria (Fol. 78) "… como a la una de la mañana me llamaron a mi, me llamaron a mí, mi sargento CAME y otros de inteligencia y me dijo que él sabia que yo había cogido el fusil y que lo entregara, yo le dije que yo no sabía nada y al rato le dije que si y los leve hasta donde lo tenia y yo lo entregué".*

[4] *Ibídem (Fol.77) "Si yo cogí el fusil (…) cogí el fusil para venderlo".*

de texto original) (Fol.80).

De manera que, la petición encaminada a que se aplique la rebaja de pena por aceptación de cargos consagrada en el primer inciso del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, desde ahora se avizora improcedente dado que el procedimiento que gobierna el trámite de la presente causa es el establecido en la Ley 522 de 1999. En efecto, aunque el recurrente arguyó que la Ley 1407 de 2010 derogó la Ley 522 de 1999, esta afirmación ha de interpretarse a la luz de lo ordenado en el nuevo Código Penal Militar que supeditó la aplicación de su parte adjetiva o procedimental a la implementación del sistema penal oral acusatorio en la Justicia Penal Militar (Ley 1407,2010 arts.623, 627 y 628)[5]. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia señaló:

> *"En efecto, si bien la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de dicho año, su eficacia o efectiva aplicación, en tanto se hable del sistema oral acusatorio que en ella se diseñó también para la Justicia Penal Militar, quedó condicionada, como se hizo con la Ley 906 de 2004 en su momento y lo indicó la Sala en su decisión del 7 de marzo de 2012, Rad. No. 38401, a un proceso de implementación*

[5] *Artículo 623 [Titulo XIX]. Código Penal Militar. [Ley 1407 de 2010] "Proceso de implementación. El Gobierno Nacional previo estudios respectivos, tomará las decisiones correspondientes para la implantación sucesiva del sistema contemplado en este código".*

Artículo 627 [Titulo XIX]. Código Penal Militar. [Ley 1407 de 2010] "El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del sistema acusatorio en la justicia penal militar acorde con el marco fiscal de mediano plazo del sector defensa y el marco de gasto de mediano plazo del mismo sector".

Artículo 628 [Titulo XIX]. Código Penal Militar. [Ley 1407 de 2010] "DEROGATORIA Y VIGENCIA. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad ~~al 1o de enero de 2010~~, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen."

> *territorial, de modo que ésta sólo resultaba realmente aplicable a partir de ciertas fechas (…) En la Ley 1407 acontece algo similar, porque aunque entró a regir el 17 de agosto de 2010 la aplicación del sistema oral acusatorio y obviamente de las normas que lo regulan, depende de que en el respectivo territorio se haya implementado; así se previó en su artículo 627: "El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del Sistema Acusatorio en la justicia penal militar acorde con el marco fiscal de mediano plazo del Sector Defensa y el marco de gasto de mediano plazo del mismo sector*
>
> *(…)*
>
> *Es decir,* ***a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contenidos en la Ley 522 de 1999,*** *lo cual por demás patentiza este asunto, haciendo de paso evidente que en ese sentido la demanda carece de fundamento al pretender vulnerado el axioma de legalidad."* (negrilla fuera de texto original)[6]

Criterio que encuentra respaldo en pronunciamientos análogos de la Corte Suprema de Justicia (CSJ.SP.Rad.42519 Dic.2013[7] y Rad.41600 Ago.2014[8]), donde el

[6] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (15 de julio de 2015) Rad. 15632 [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero]*

[7] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (11 de diciembre de 2013) Rad. 42519 [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero] "Cabe precisar que no obstante la fecha de comisión de los hechos, febrero de 2011, la norma procesal aplicable para este caso resulta ser la Ley 522 de 1999, toda vez que si bien la Ley 1407 de 2010, según la sentencia C-444 de 2011, sólo rige para sucesos acontecidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010 por ser esta la fecha en la que dicha norma entró en vigencia, razón por la cual la procedencia del recurso de casación para el presente asunto, corresponde ser analizada bajo los artículos 368 y siguientes de la Ley 522 de 1999, primera normativa mencionada."*

[8] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (13 de agosto de 2014) Rad. 41600 [M.P. Patricia Salazar Cuellar] "Pese a que los hechos que originaron el proceso penal seguido contra la doctora (…), ocurrieron el 26 de enero de 2012, el procedimiento atiende los lineamentos del Código Penal Militar de 1999, debido a que la nueva legislación –Ley 1704 de 2010- a la fecha no cuenta con un régimen de*

máximo órgano de la jurisdicción penal corrobora que a pesar que los hechos investigados hayan tenido ocurrencia con posterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia de la ley 1407 de 2010, como ocurre en el *sub judice* cuyos hechos datan del 28 de febrero de 2018, el procedimiento aplicable es el reglado en la Ley 522 de 1999.

Ahora bien, la razón por la que aunque la pena que se impuso es la consignada en el artículo 154A de la Ley 1407 de 2010[9] y la rebaja que se reconoció por la confesión se fundamentó en un estatuto distinto, esto es la Ley 522 de 1999, obedece a que el artículo 154A de la Ley 1407 de 2010 que tipifica el delito de hurto de armas y bienes de defensa, es una norma sustancial cuya esencia es describir las conductas y su punibilidad, en razón de ello la adecuación típica de los comportamientos cometidos a partir de la fecha de la vigencia de la ley que las consagra se ha de ajustar a los contenidos de esta normatividad[10].

---

implementación, como lo ordena el artículo 623 de la última norma en mención, a fin de aplicar el sistema con tendencia acusatoria."

[9] *Artículo 154A [Título V] Código Penal Militar [Ley 1407 de 2010] "HURTO DE ARMAS Y BIENES DE DEFENSA. <Artículo adicionado por el artículo 100 de la Ley 1765 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El que se apodere de armas, municiones, material de guerra o efectos o bienes destinados a la seguridad o defensa nacional, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de siete (7) a quince (15) años."*

[10] *Así lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-444 de 2011, al señalar: "En el presente caso la modulación de los efectos de la presente providencia debe construirse teniendo como norte la supremacía material de la Constitución y el efecto útil del derecho, de manera que no se afecte el caro derecho a la libertad o el derecho al debido proceso de las personas, más cuando se percibe que la intención del legislador no era otra que una aplicación posterior a la vigencia de ésta. En consecuencia, como en el presente caso estos derechos pueden verse violentados la Sala estima necesario declarar la inexequibilidad*

Así las cosas y teniendo claro que para la fecha de los hechos la Ley 1407 de 2010 había derogado la parte general y especial de la Ley 522 de 1999, la juez de instancia en estricta legalidad adecuó la conducta del SLR. (R) **JJBL** al punible de hurto de armas y bienes de defensa consagrado en el artículo 154A de la Ley 1407 de 2010 y con cimiento en dicho precepto dosificó la pena que le impuso (Fol.368)[11].

Ahora bien, siendo las normas de procedimiento aquellas que desarrollan la formalidad de la causa, nótese como del contenido del mismo inciso 1° del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, norma procesal que consagra la rebaja por aceptación de cargos, se extracta que esta solo es aplicable en el contexto de una formulación de imputación que hace parte del esquema procesal penal oral acusatorio.

En ese orden de ideas, la juez de instancia con acierto reconoció la rebaja de pena correspondiente a la confesión que el SLR. (R) **JJBL** realizó en la indagatoria, con fundamento en lo establecido en el

---

desde el momento en que la norma fue promulgada, es decir que el fallo tendrá efectos desde el 17 de agosto de 2010 fecha de su publicación en el Diario Oficial, a partir de la cual se entenderá vigente la norma para todos los efectos, sin perjuicio de la aplicación de lo prescrito en aparte final del artículo 628 –no demandado-, según el cual los procesos en curso -al entrar en vigencia la ley- continúan su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que la modifiquen, aspecto que no demanda realizar ningún tipo de integración normativa para efectos de la presente decisión".

[11] *Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada (10 de abril de 2019) Sentencia. (Fol. 368).Sentencia "El artículo 154 A del Código penal Militar dispone para el delito de hurto de armas y bienes de defensa una pena de prisión de siete (7) a quince (15) años, de tal forma que los mínimos y máximos aplicables en el presente caso son 84 y 180 meses de prisión…".*

artículo 446 de la Ley 522 de 1999, es decir, en el marco del esquema mixto que actualmente rige el procedimiento penal militar de manera indistinta con la fecha de ocurrencia de los hechos, y que claramente proclama inviable la petición del impugnante.

En armonía con ello, la Sala rechaza el planteamiento del censor quien sugiere que se aplique el inciso 1° del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010 a la luz del principio de favorabilidad, aspecto sobre el que la Corte Suprema de Justicia enseñó:

> *"Como el sistema con tendencia acusatoria implementado en el nuevo Código Penal Militar no ha entrado en vigencia de manera integral, es totalmente improcedente reclamar, como lo hace la censora, la extensión de sus normas procedimentales por razón del principio de favorabilidad."*[12]

Aclarado lo anterior y con el propósito de ahondar sobre el particular, prudente resulta traer a colación pronunciamiento precedente de este Colegiado, relacionado con el trámite procedimental contenido en la Ley 1407 de 2010, que precisó conceptos como existencia y validez de la norma y aclaró que el legislador condicionó los elementos de

[12] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (28 de mayo de 2014) Rad. 42871 [M.P. Eyder Patiño Cabrera]*

eficacia y aplicación de la misma a la implementación del sistema acusatorio. Veamos:

> *"De manera general se dirá que la existencia de una ley o una norma, para designarla genéricamente, es la incorporación al ordenamiento jurídico una vez haya sido decretada por el Congreso de la República, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución y la Ley para su creación y aprobación; haya sido sancionada por el Presidente de la República y Promulgada en el diario Oficial.*
>
> *Por su parte, la validez de la norma está referida al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la Constitución y demás normas superiores, específicamente en lo que tiene que ver con observancia de los procedimientos en su formación, aprobación, etc., así como la competencia del órgano que la expide, el respeto por la unidad de materia, el respeto por los derechos fundamentales de los ciudadanos, por los derechos adquiridos, etc., en suma, que se halle ajustada al orden constitucional y legal.*
>
> *La eficacia jurídica debe entenderse en cuanto a la aptitud de la ley para producir efectos o consecuencias jurídicas durante la praxis, es decir, los resultados que se generan en su aplicación, vistos desde los objetivos propuestos en la expedición de la norma, en tanto que la vigencia, está forjada en términos de tiempo y espacio, vale decir, el espacio geográfico y el periodo de tiempo en el cual debe regir.*
>
> *La aplicación de la norma debe ser entendida como la ejecución material y objetiva frente a hechos concretos por parte de los funcionarios facultados para materializar la ley, para el caso, los operarios judiciales, de manera tal que se generen las consecuencias jurídicas para las que fue creada la legislación.*
>
> *Por último, la implementación debe entenderse como el desarrollo político administrativo que permite poner en ejecución la ley, es decir, la entrega de las herramientas jurídicas, materiales y logísticas encaminadas a la realización práctica de la norma.*

(…)

En ese orden, el procedimiento oral de tendencia acusatoria previsto en la ley 1407 de 2010 por disposición del propio legislador, conforme a lo preceptuado en los artículos 623, 627 y 628 de la citada disposición legal, supeditó la eficacia y aplicación a la implementación y extendió la vigencia del procedimiento previsto en la ley 522 de 1999 en dos vertientes, la primera, para los procesos que se encontraban en curso al momento de entrar en vigencia la ley y la segunda, para los procesos que se sigan por hechos posteriores a su vigencia, hasta cuando se haya implementado el proceso oral acusatorio en el espacio geográfico y en la fecha que determine la ley que reglamente dicho procedimiento."[13]

Con fundamento en la cita antecedente es viable afirmar que, si bien es cierto la Ley 1407 de 2010 ostenta los criterios de existencia jurídica y validez, del procedimiento penal militar no puede predicarse eficacia y aplicación puesto que ello está supeditado a la implementación de un sistema penal oral acusatorio y, consecuente con ello, se reitera que el procedimiento aplicable en la actualidad en la jurisdicción penal militar es el previsto por la Ley 522 de 1999, ello como razón suficiente para desatender el argumento del recurrente.

[13] *Tribunal Superior Militar, Segunda Sala de Decisión (25 de septiembre de 2013) Rad. 157736 [M.P. MY. (r) José Liborio Morales Chinome]*

8.2. Ahora bien, teniendo en cuenta que en desarrollo del debido proceso (CSJ,Rad.22764,2005)[14] y su correspondiente debate, en ejercicio del derecho de contradicción el impugnante está en la obligación de cumplir con los parámetros normativos del recurso vertical, la Sala encuentra que en el *sub júdice* se cumplió con el presupuesto de interés jurídico para recurrir (Ley 522,1999 art.354)[15] habida cuenta que fue el mismo condenado SLR. (R) **JJBL** quien interpuso el recurso (CSJ.Rad.31763,2009)[16], que el mismo es procedente por cuanto fue presentado en contra del fallo de condena (Ley 522,1999 art.360)[17] e interpuesto en la oportunidad y modo debido, toda vez que el memorial a través del que sustentó el recurso fue presentado

---

[14] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (13 de Julio de 2005). Rad. 22764 [M.P. Mauro Solarte] "…El artículo 29 de la Constitución Política consagra, como no podía ser de otra manera, el derecho fundamental al debido proceso y lo edifica sobre la base de que el conflicto debe ser decidido por un juez creado previamente al acto que se imputa, observando las formas propias de cada juicio - cuando de materias penales se trata -, para lo cual es esencial que se garantice la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

El núcleo del derecho al debido proceso gira, entonces, en derredor de las garantías penales y procesales que a la hora de ahora ningún estado civilizado podría desconocer. Este tipo de garantías, pero entre ellas las de allegar pruebas y controvertirlas y de impugnar las decisiones adversas, como manifestación del derecho de defensa, no son patrimonio exclusivo del derecho penal, sino de la totalidad del sistema procesal, como se infiere de la exigencia según la cual el debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas."

[15] *Artículo 354 [Titulo VI]. Código Penal Militar. [Ley 522 de 1999]. "ARTÍCULO 354. OPORTUNIDAD PARA INTERPONERLOS. Salvo los casos en que la impugnación deba hacerse en estrados, los recursos podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días contados a partir de la última notificación."*

[16] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (1 de Julio de 2009). Rad.31763 [M.P. Augusto Ibáñez] "…interés jurídico para recurrir o legitimación en la causa, se requiere no sólo que la parte o el interviniente se encuentran autorizados por la ley para recurrir, sino que con la providencia motivo de la impugnación se les hubiese ocasionado un daño, un perjuicio. Si, por el contrario, la decisión no le causa ningún agravio no puede importarles su contenido al extremo de pretender su revocatoria y, en consecuencia, una pretensión con ese alcance está llamada al rechazo."*

[17] *Artículo 360 [Titulo VI]. Código Penal Militar. [Ley 522 de 1999] "ARTÍCULO 360. PROCEDENCIA. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. En la audiencia, no procederá en ningún caso el recurso de apelación. Las decisiones que en ella se adopten, solo son susceptibles del recursos de reposición."*

el 22 de abril de 2019 (Fol.375), es decir dentro del término de ejecutoria formal de la decisión (Ley 522,1999 art. 362)[18].

Sin embargo, del contenido del escrito de impugnación se extracta que el censor no cumplió la carga procesal que le imponía sustentar debidamente el recurso en relación con los planteamientos expuestos frente: i) al reconocimiento de la tentativa en su conducta, y ii) la aplicación del artículo 401 del Código Penal Colombiano.

Recuérdese que el deber de motivar el recurso (Ley 522,1999 art.363)[19](C.Const,C-234,2003)[20], impone al censor presentar por escrito de manera clara el reproche

---

[18] *Artículo 362 [Titulo VI]. Código Penal Militar. [Ley 522 de 1999] "ARTÍCULO 362. OPORTUNIDAD Y MODO DE INTERPONERLA. Las apelaciones se interpondrán así:*

Contra los autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes."

[19] *Artículo 363 [Titulo VI]. Código Penal Militar. [Ley 522 de 1999] "ARTÍCULO 363. SUSTENTACIÓN. Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. En caso contrario no se concederá.*

Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, se entenderá sustentado con los argumentos que se presentaron para la reposición.

El trámite del recurso en segunda instancia se surtirá en el original, cuando el expediente sea enviado por apelación o consulta de la providencia con la cual culmine la primera instancia."

[20] *Corte Constitucional (18 de marzo de 2003). Rad. C-234 [M.P. Jaime Araujo Rentería]. "Si la apelación es una faceta del derecho de impugnar, que significa combatir, contradecir, refutar, tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; es decir, presentar el escrito por el cual mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación.*
(…)
Actualmente rige un sistema de sustentación en Primera Instancia, en virtud del cual la persona debe dar sus argumentos dentro de los términos legales que se establecen y en caso de no darlos, se entiende que se ha desistido y el recurso se declara desierto"

jurídico a los argumentos fácticos y jurídicos en los que se fundamentó la decisión objeto de impugnación, exponiendo las consideraciones con las que soporta su solicitud de revocatoria o reforma de la sentencia (C.Const. Rad. C-234 mar.2003)[21] (CSJ.SP. Rad.36407 feb.2012)[22] (CSJ.SP. Rad. 35678 Feb.2011)[23], en este caso, la exhortación de redosificación de la pena que le fue impuesta en el fallo de condena.

Frente a ello la Sala estableció que el condenado en su condición de impugnante incumplió con este presupuesto, habida cuenta que sus propuestas defensivas no fueron más allá de una simple

---

[21] *Corte Constitucional (18 de marzo de 2003). Rad. C-234 [M.P. Jaime Araujo Rentería] "Abordar el tema de la sustentación del recurso, implica necesariamente entender que no es el simple escrito titulado recurso, sino que de él se debe extraer que de manera clara el recurrente explica de forma concreta la razón o el motivo que tiene para interponer el recurso, pues de no ser así el recurso debe ser desestimado, así lo enseñó la jurisprudencia de la Corte Constitucional:*

"si la apelación es una faceta del derecho de impugnar, que significa combatir, contradecir, refutar, tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; es decir, presentar el escrito por el cual mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación.""

[22] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (1 de Febrero de 2012). Rad. 36407 [M.P. Augusto Ibáñez] "3.1. Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.*

3.2. En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados."

[23] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (23 de febrero de 2011) Rad. 35678 [M.P. Alfredo Gómez Quintero] "…La impugnación es la herramienta de carácter constitucional que tienen las partes para controvertir la legalidad de la providencia emitida. Por este motivo, el recurrente debe ser claro y coherente al expresar las razones por las cuales considera que la decisión cuestionada no se ajusta a las normas procesales o sustantivas en las que se debe fundamentar. Cualquier otra expresión o manifestación del recurrente que no esté dirigida a demostrar esta inconsistencia legal, no puede considerarse como sustento de la impugnación. Ello no implica necesariamente el uso de un lenguaje técnico, sobre todo cuando el recurrente no es abogado, como que basta la expresión de los argumentos de oposición presentados en forma clara y comprensible".*

enunciación, sin desarrollo temático en contexto con el *sub júdice*, veamos:

En punto del reconocimiento del dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, el apelante en el escrito impugnatorio se limitó a transcribir el contenido del artículo 28 del Código Penal Militar Ley 1407 de 2010, para luego afirmar en relación con la sentencia lo siguiente:

> *"Inicialmente deja de lado el contenido del artículo 28 del código Penal Militar Ley 1407 de agosto 17 de 2010 referente a la Tentativa (…) solicito tener en cuenta el contenido del artículo 28 del código penal Militar referente a la tentativa a fin de establecer un quantum real y valedero a imponer…"* (Fol.379).

Nótese como, si bien es cierto el recurso de apelación debe versar sobre lo decidido en la sentencia de primera instancia (Ley 522,1999 art.360)[24], el impugnante no manifestó objeción alguna sobre las consideraciones hechas por el *A quo* al respecto, quien trató el tema con suficiencia en respuesta al planteamiento que le hiciera el defensor en desarrollo de la audiencia de corte marcial (Fols.362-363)[25].

---

[24] *Artículo 360 [Titulo VI]. Código Penal Militar. [Ley 522 de 1999]. "PROCEDENCIA. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia".*

[25] *Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada (10 de abril de 2019) Sentencia. (Fols. 362-363) Sentencia "En este punto resulta procedente hacer referencia a argumento esgrimido por el señor Defensor durante la*

De otro lado, el condenado señaló que en la sentencia recurrida: "*… se establece la posibilidad de tener en cuenta a la hora de realizar fallo de sentencia condenatoria el contenido del artículo 401 del código Penal Colombiano actuación que tampoco se realizó*" (Fol.377), planteamiento frente al que no expuso premisa alguna, pues ni siquiera hizo referencia a qué consagra el precepto invocado, omitiendo así el deber de sustentar la apelación.

Al respecto, la Sala precisa que aunque existe un vacío argumentativo que demanda declarar desierto el recurso, es conveniente aclarar que el artículo 401 del Código Penal[26] preceptúa las circunstancias de

---

audiencia de corte marcial, según el cual el arma objeto del hurto no salió del área de vivac, ni de las instalaciones del Batallón de instrucción y Entrenamiento No.6 caso en el cual, nos encontraríamos frente al dispositivo amplificador del tipo de la tentativa.

Este despacho discrepa de la postura dela defensa, pues resulta viable asegurar que el SLR. JJBL se apoderó de un arma destinada a la seguridad o defensa nacional, ya que tal bien entró en su esfera de dominio desde el momento que la sacó del armerillo en horas de la mañana del 28 de febrero de 2018, a sabiendas de que no era su fusil de dotación para luego esconderlo, acción que implicó la separación de este elemento de la esfera de custodia de su legítimo tenedor (SLR. CEBM), pues recuérdese que solo hacia la media noche de ese mismo día se recuperó el elemento, luego de labores adelantadas por personal de contrainteligencia del Batallón de Infantería No. 18 y obtener información del SLR. CACS, al punto que ejerció acciones de disponibilidad material del bien en el momento que lo llevó a un paraje boscoso donde lo ocultó bajo tierra envuelto en una bolsa plástica, lo que indefectiblemente lleva a concluir que hubo un cambio de esfera de dominio del Soldado que tenia asignado el fusil al hoy enjuiciado.

Con base en las anteriores consideraciones aunque tal como lo dice el doctor HMC el fusil galil calibre 5.56 milímetros No. 98224162 no salió de la guarnición militar, ello no implica que nos encontramos frente a una tentativa. Al respecto, es necesario recordar que de conformidad con la estructura del delito de hurto, el acto para consumar el hecho se da con el apoderamiento de la cosa mueble ajena, es decir que el perfeccionamiento del hecho se da en el instante que se hace entrar el bien en la propia esfera de disposición, privando al titular de la propiedad, posesión o tenencia del ejercicio de la misma, de tal forma que en el momento que JJBL sacó el arma de la esfera de dominio del poseedor (SLR. CEBM) se consuma el delito de hurto y como tipo de conducta instantánea cuyo verbo rector es el apoderamiento, al materializarse este comportamiento, se perfecciona y agota el tipo, señalando necesariamente que se trata de la conducta punible perfeccionada agotada o consumada de hurto, donde la recuperación del bien no surte efectos sobre el perfeccionamiento de la conducta delictiva.

[26] *Artículo 401 [Titulo XV] Código Penal Colombiano [Ley 599 de 2000]*

atenuación punitiva específicas para los delitos de peculado que ninguna relación guarda con el punible de hurto de armas y bienes de defensa que aquí nos ocupa, además de ello, contrario a lo afirmado por el censor, la posibilidad de considerar la aplicación del dicha norma no fue fundamento del fallo impugnado sino una mención que hizo el *A quo* en el acápite de intervención de las partes en audiencia, puntualmente respecto de lo manifestado por la fiscalía en aquella vista pública (Fol.357)[27]

De lo expuesto en precedencia, se concluye que el recurrente se sustrajo al deber de expresar la motivación dirigida a cuestionar la decisión apelada, incumplimiento que implica declarar desierto el recurso, tal como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia:

> *"…De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disentimiento, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede*

[27] *Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada (10 de abril de 2019) Sentencia. (Fol. 357) Sentencia "… el procesado aceptó en indagatoria ser el autor intelectual y material del delito imputado, aunque se haya producido la recuperación del arma, ello no afecta la estructura del tipo penal, podría ser objeto de disminución punitiva de conformidad con el artículo 401 CP".*

> *conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explicita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados…"*[28].

La misma Corporación, en punto de las eventualidades que determinan la declaratoria de desierto de los recursos, enseñó:

> *"Entonces, la declaratoria de desierto del recurso se presenta bajo dos circunstancias: (i) el silencio absoluto del apelante durante el término otorgado por la ley para sustentar, y, (ii) cuando a pesar de haber hecho uso de ese término, no da a conocer los motivos de disenso o se formula de modo aparente en cuanto a que no se refiere en lo más mínimo a los aspectos consignados en la decisión judicial que se trata de cuestionar"* [29].

Así las cosas, este Colegiado reitera que el censor desatendió la carga procesal de motivar la apelación tal como lo impone la Ley Penal Militar (Ley 522,1999 art.363), y consecuente con ello declarará desierto el recurso en lo que respecta a los planteamientos defensivos mencionados en este acápite.

8.3. Finalmente, la Sala desatenderá los argumentos

[28] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (11 de abril de 2007). Rad. 23667 [M.P. Julio Socha]*

[29] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (31 de enero de 2018). Rad. 49932 [M.P. Patricia Salazar Cuellar]*

invocados por el impugnante en lo que tiene que ver con la rebaja de pena por aceptación de cargos consagrada en el primer inciso del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010 y, en consecuencia, confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional el 10 de abril de 2019, por medio de la cual la condenó al SLR. (R) **JJBL** como autor responsable del delito de hurto de armas y bienes de defensa a la pena principal de setenta (70) meses de prisión y accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la sanción principal.

A su vez declarará desierto el recurso de alzada en punto de las propuestas defensivas de reconocimiento de la tentativa en la conducta del SLR. (R) **JJBL** y la aplicación del artículo 401 del Código Penal Colombiano, ante la omisión del censor al deber de motivar dichos planteamientos de impugnación.

En mérito de lo expuesto, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

X.- RESUELVE.-

PRIMERO: DESATENDER las pretensiones del impugnante en lo que tiene que ver con la rebaja de pena por aceptación de cargos consagrada en el primer inciso del artículo 493 de la Ley 1407 de 2010 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia calendada diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual la Juez Séptima Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional condenó al SLR. (R) **JJBL** como autor responsable del delito de hurto de armas y bienes de defensa, imponiéndole la pena principal de setenta (70) meses de prisión y accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la sanción principal, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por el condenado SLR. (R) **JJBL,** en relación de los planteamientos defensivos de reconocimiento de la tentativa y la aplicación del artículo 401 del Código Penal Colombiano, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: CONTRA la presente providencia procede el recurso de casación, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme a lo normado por el artículo 205 de la Ley 600 de 2000.

CUARTO: ENVÍESE la actuación al Juzgado de origen una vez ejecutoriada la presente decisión y surtidos los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ
Magistrado

Capitan de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	159281
Procedencia	:	Juzgado de Instancia Fuerza Naval del Caribe
Condenado	:	S3MIM (R) MAAZ
Delitos	:	Peculado culposo
Motivo de decisión	:	Acción de revisión
Decisión	:	Inadmite demanda

Bogotá, D.C., junio diecinueve (19) de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A TRATAR

Se pronuncia la Sala, por virtud de su competencia[1], respecto de la demanda de revisión presentada por el abogado LDOG, apoderado del S3MIM (R) MAAZ, en contra de la sentencia adiada 03 de octubre de 2003 mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe condenare a éste último a la pena principal de seis (06) meses de arresto y multa de diez (10) SMLMV por el punible de peculado culposo.

[1] Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, artículo 238.2.

II. HECHOS

El episodio fáctico génesis del proceso penal que se adelantare en su integridad hasta culminar en la antes sentencia condenatoria en disfavor del S3MIM (R) MAAZ, fue reseñado pretéritamente en el fallo de primer grado proferido por el antes citado juzgado penal militar de primera instancia y que hiciere tránsito a cosa juzgada formal y material, en los siguientes términos:

> "*Da cuenta el expediente que el día 16 de abril de 2001 al CPCIM MAAZ, orgánico de la Compañía "C" del Batallón de Fusileros de I.M. No.5 de Corozal (Sucre) le fue sustraído de su laca el fusil M16 A2E No.A0093367 que se le había asignado y el cual había guardado en su alojamiento desde el 14 de abril de 2001, cuando salió de la Unidad después de haber entregado su servicio de guardia.*"

III. ANTECEDENTES PROCESALES

Surtida la fase de juzgamiento, el 03 de octubre de 2003 el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe profirió sentencia mediante la cual condenó al S3MIM (R) MAAZ, como autor responsable del punible de peculado culposo, a las penas principales de seis (06) meses de arresto, multa de diez (10) SMLMV e interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, concediéndole, por otra

parte, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional[2].

No habiéndose interpuesto recurso alguno en contra de la decisión de condena, está cobró firmeza el 18 de marzo de 2004[3].

El 20 de febrero del presente año, el abogado LDOG, en representación del condenado, presentó ante la secretaría común de esta Corporación demanda de revisión[4], la cual acompañó del correspondiente poder y la sentencia de primer grado acompañada de la constancia de ejecutoria material de la misma.

IV. LA DEMANDA DE REVISIÓN

Después de identificar a los sujetos procesales, los hechos materia de juzgamiento y de hacer alusión a la sentencia impugnada, el apoderado judicial del citado condenado citó como causal de revisión la contenida en el numeral 3° del artículo 373 del "*Libro Tercero procedimiento Penal Militar, (…) Capítulo VIII*".[5]

Invocó como "***FUNDAMENTOS DE DERECHO***"[6], que este Colegiado es competente ya que se trata de una sentencia de primer grado "*ejecutoriada y en firme*", proferida por un juez penal militar contra un

[2] Folios 11 a 21, C.O.
[3] Folio 9, *ibídem*.
[4] Folios 1 al 21, *ibídem*.
[5] Folio 3, *ibídem*.
[6] *Ídem*.

militar por el injusto de peculado, lo que hace radicar en este Tribunal la competencia.

Señaló como "***FUNDAMENTOS DE HECHO***"[7] que acude a la precitada causal toda vez que por parte de la Fiscalía Local No.99 delegada ante los Jueces Penales del Circuito y Apoyo a la Fiscalía 10 - Unidad Nacional de Justicia y Paz se envió a su poderdante, en su condición de "*condenado por peculado*"[8], una copia de un acta de comunicación de los derechos de las víctimas potenciales en la cual da cuenta que la Fiscalía Once de la unidad en cita le había reconocido "*su calidad de víctimas potenciales como perjudicados por la acción de un grupo organizado al margen de la ley – Autodefensas Unidas de Colombia – Bloque Héroes Montes de María.*"[9].

También adujo que con fecha 29 de mayo de 2014 la Fiscalía delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla le certificó a su acudido que en su base de datos "*resulto* [sic] *víctima por el delito de Hurto de Fusil Hecho ocurrido en el año 2002 en el municipio de Corozal –Sucre. El postulado es el Señor LFBM* [sic], alias barrotico **confeso** [sic] *el hecho en versión libre el día 13 de junio de 2011* (…)"[10].

Asimismo sostuvo que el 28 de septiembre de 2012 el Fiscal 10 Delegado ante el Tribunal de Distrito Judicial Unidad Nacional para Justicia y Paz de

[7] *Ídem*.
[8] Fl.4, C.O.
[9] *Ídem*.
[10] *Ídem*.

Barranquilla le hizo entrega de un "*cd de la grabación en la que se registró la confesión del hurto del fusil de parte del Sr. LFBM*[sic]. *(es decir armamento extraviado y por el cual fue condenado por peculado culposo el S3 ® MAAZ.)*"[11].

Por último, aseguró que su poderdante se contactó telefónicamente con el precitado LFBM quien "*está dispuesto a conceder la declaración de los hechos materia de su condena y en los que acepta haberse sustraído el fusil…*"[12].

En el acápite de pruebas referenció las citadas en precedencia y como peticiones ante esta Corporación deprecó se solicitaran a la Fiscalía 10 -Unidad Nacional de Justicia y Paz, copias escritas, audios y videos donde aparezcan tanto la versión recepcionada a su poderdante como a LFBM y que una vez se cuente con el material probatorio acopiado se libre comisorio a fin que "*se reciba la versión del mencionado Señor…*"[13]; por último solicitó se obtenga del Juez de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe copia íntegra del expediente objeto de la presente acción.

V.CONSIDERACIONES DE LA SALA

Este Tribunal Castrense es competente para conocer de la presente acción de revisión, de acuerdo con lo

[11] *Ídem*.
[12] *Ídem*.
[13] Fl.6, C.O.

preceptuado en el artículo 238.2 de la Ley 522 de 1999 por estar dirigida contra una sentencia ejecutoriada dictada por un juzgado penal militar de primera instancia.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, la pretensión manifestada por el demandante se fundamentó en la causal 3ª del artículo 373 de la Ley 522 de 1999, conforme a la cual dicha acción procede "*Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.".*

La acción de revisión como lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia "*[T]iene como objetivo primordial alcanzar la remoción de una decisión con fuerza de cosa juzgada, de la cual se deduzca razonablemente su injusticia por ser evidentemente antagónica la verdad formal de la real, al cimentarse sobre hechos contrarios a la realidad, impropia en un modelo de Estado como el nuestro, el cual cuenta entre sus fines con la materialización de los derechos y garantías fundamentales para obtener la convivencia pacífica, mediante un orden justo.*"[14], por lo que es imperativo que se cumplan los requisitos formales y de contenido para su instauración, los que se encuentran enlistados en el artículo 375 del Código Penal Militar[15], *verbigratia* la determinación de la

[14] Corte Suprema de Justicia. Auto de 31 de octubre de 2014. Proceso No. 39.313. M.P.JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.
[15] Ley 522 de 1999.

actuación procesal frente a la cual se demanda la revisión, el delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión, la causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de Derecho en que se apoya la solicitud y, finalmente, la relación de las pruebas que se aportan como sustento de las circunstancias fácticas que fundamentan la petición.

De igual forma, el inciso final de la disposición en comento determina que el escrito mediante el que se promueve la acción de revisión deberá estar acompañado de la copia o fotocopia de la decisión de primer grado con su respectiva constancia de ejecutoria, proferidas en la actuación respecto de la cual se demanda la revisión.

Respecto a la causal invocada por quien en el evento *sub examine* promueve la acción, el antes citado órgano de cierre de está jurisdicción foral ha precisado lo siguiente:

> *"3.- (…) si el ejercicio de la acción se apoya en el motivo tercero de los previstos por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, esto es, por aparecer hechos o medios probatorios sobre los cuales las partes y el fallador no tuvieron oportunidad de pronunciarse por no haberlos conocido y que, de haberlo hecho,* ***habrían conducido definitivamente a la absolución o a declarar el estado de inimputabilidad del procesado en el hecho por el que en su contra se dictó condena****, compete al demandante no sólo relacionar las nuevas evidencias en las que funda su pretensión,* ***sino demostrar que de haber sido oportunamente conocidas en el curso del juicio oral, por su contundencia demostrativa la***

***decisión no podría ser diversa de la absolución del sentenciado o la declaración de haber actuado en estado de inimputabilidad**.*

*4.- Por ello la Corte ha señalado que **el ejercicio de la acción con fundamento en la causal tercera, exige acreditar el cumplimiento de los siguientes presupuestos:** a) surgimiento de hechos nuevos o de pruebas no conocidas al tiempo de la realización del juicio oral; b) que el acontecer fáctico esté ligado a la conducta punible materia de investigación y juzgamiento; **y, lo más importante c) que las nuevas evidencias sean aptas para establecer en grado de certeza la inocencia del procesado o su inimputabilidad, o de tornar cuando menos discutible la verdad declarada en el fallo, haciendo que no pueda probatoriamente mantenerse**.*

5.- También ha dicho que la situación ex novo debe consistir en un hecho nuevo, o una evidencia nueva, siendo entendido por hecho nuevo todo acaecimiento o suceso fáctico vinculado al delito materia de investigación, del cual no se tuvo conocimiento en el juicio, de manera que no pudo ser controvertido.

Y, por prueba nueva, todo mecanismo probatorio (documental, pericial o testimonial) no incorporado, por ende, no debatido en el curso del juicio oral, que da cuenta de un evento desconocido (se demuestra por ejemplo que fue otro el autor del hecho), o de una variante sustancial de un hecho conocido en las instancias, cuyo aporte ex novo tiene la virtualidad de derruir el juicio positivo de responsabilidad (o de imputabilidad) que se concretó en la decisión de condena."[16]*.* (Subrayas y negrillas de la Sala)

Así las cosas, si lo que pretende el accionante es que está Magistratura remueva la cosa juzgada del fallo objeto de la acción y deje el mismo sin valor para que bien dicte la providencia de reemplazo o disponga se tramite de nuevo el proceso desde el

[16] Corte Suprema de Justicia. Auto de 30 de julio de 2014. Proceso No. 36219. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

momento en que se indique -aspectos que el libelista LDOG, se habrá de decir, no se preocupó por señalar en su escrito-, debió desarrollar con la claridad y la precisión exigidas para la sustentación de esta clase de demanda, los presupuestos de hecho y de Derecho indispensables para apoyar su solicitud, esto en la medida que el escrito mediante el cual se pretende la remoción del fallo no es de libre formulación y ello le impone el cumplimiento de los presupuestos de forma y de contenido anejos a la acción de revisión.

Y en aras de ello le incumbía, en relación con la situación fáctica que se declaró judicialmente probada en la sentencia del 03 de octubre de 2003 mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe condenó a su poderdante y habida cuenta de la causal invocada, que se está ante:

> *"(i) un medio probatorio que no fue acopiado al proceso y cuyo contenido releva un suceso desconocido, capaz de modificar parcial o totalmente la verdad declarada en la sentencia, y por ende, el juicio de responsabilidad, o (ii) un hecho relacionado con la conducta punible investigada, del cual no se tuvo noticia dentro del proceso y en tal virtud, tampoco fue objeto de controversia."*[17]

Ello teniendo como prisma orientador que:

> *"Es importante señalar en punto a esta causal que por el demandante se debe acreditar como mínimo, el carácter ex novo de los hechos o las pruebas con las*

[17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP6519-2014, radicación No.42263, M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

> *cuales fundamenta la interposición del recurso extraordinario, y, no menos importante, la justificación o incidencia de tal cualificación frente al proceso, pues, es la propia norma invocada, la que señala que, con base en ellos, debe lograrse desvirtuar el fundamento de la condena, haciendo evidente la injusticia que con la misma se irrogó al sentenciado. Carga procesal que, de no cumplirse por el actor, da al traste con su pretensión, pues, al no acreditarse los requisitos de novedad y trascendencia,* ***el objeto de la demanda no sería nada distinto que el de proponer un nuevo examen sobre los hechos, pruebas y argumentos que ya fueron definidos por los jueces de instancia mediante la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.***"[18]. (Negrillas ajenas al texto original)

De esta manera resulta deber de ineludible acometimiento para el demandante que invoque el surgimiento de prueba nueva o hecho nuevo como sustento de la acción de revisión, como acontece en el presente evento, no sólo relacionar y allegar al libelo los medios de convicción en que funda su pretensión, sino también demostrar que de haber sido oportunamente conocidos en el curso de los debates ordinarios del proceso, la solución del asunto habría sido la absolución del sentenciado, dada la contundencia demostrativa de tales pruebas, razón por la cual la Sala Penal del órgano de cierre de está jurisdicción foral ha aquilatado que "*Tampoco se trata de que el libelista presente un catálogo de hechos o pruebas nuevas no conocidos durante el proceso, es indispensable que tengan suficiente capacidad para desvirtuar la declaración hecha en el fallo, ya sea porque conducen*

[18] *Ibidem.*

fundadamente a demostrar que se condenó a un inocente o permiten predicar su inimputabilidad."[19].

Así las cosas, cernido el ejercicio dialéctico demostrativo enarbolado por el accionante en el libelo de la demanda por el tamiz que ofrecen los referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales traídos a colación *ut supra*, desde ya habrá de anunciar la Sala que su anhelo revisorio la advendrá adverso y la demanda será inadmitida en la medida que palmar se evidencia que abjuró el deber procesal que le imponía el cumplimiento de los presupuestos que una acción como la impetrada apareja, ello en la medida que no se preocupó por acreditar que la circunstancia que ahora refiere en su escrito, de la cual no establece siquiera si es hecho nuevo[20] o prueba nueva[21], sin hesitación alguna tiene la aptitud de establecer en grado de certeza la inocencia del procesado o su inimputabilidad o de tornar cuando menos discutible la verdad declarada en el fallo condenatorio proferido en contra de su poderdante, esto al punto que no puede

---

[19] Corte Suprema de Justicia. Auto de 29 de agosto de 2018. Proceso No. 49084. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

[20] "*La Sala de tiempo atrás viene entendiendo por hecho nuevo el acontecimiento o suceso fáctico conectado con la conducta punible investigada, que por ser desconocido en el trámite procesal se ha quedado sin controvertir ni valorar.", Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto octubre 31 de 2012, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

[21] "*Y, por prueba nueva, la aparición de un medio de convicción no practicado o incorporado al proceso que comprueba un hecho desconocido o una variante sustancial de uno conocido en las instancias, cuya presencia tenga el poder necesario para transmitir al funcionario judicial la convicción de que condenó a un inocente o declaró imputable a quien no lo era. Es decir, que además de acreditarse su ausencia en el proceso, debe probarse que de haber sido conocido en su momento por el juez lo habría llevado a adoptar una decisión diferente de la condena.", Cfr. ibidem.*

probatoriamente mantenerse la verdad judicial allí declarada.

A la par de ello, refulge que su ejercicio dialéctico no va más allá de erigirse en un soterrado esfuerzo, aunque estéril, por plantear un alegato encaminado a que se rehaga un análisis de la situación fáctica que ya se debatió y falló en las instancias, dejando de lado, se itera, demostrar y poner de presente el carácter *ex novo* de la prueba o del hecho en que se pretende apalancar su pretensión y, lo más importante, que éste o aquella son de tal naturaleza que permiten cuestionar inmediatamente y con eficacia el carácter de cosa juzgada de la sentencia cuya revisión anhela.

Ineluctable conclusión a la que arriba la Sala acudiendo al principio de caridad[22], habrá de acotarse, y una vez analizada la demanda impetrada en la que, si bien el actor medianamente cumplió los requisitos formales que exige la norma procedimental para la instauración de la acción, no hizo lo mismo con el presupuesto de contenido, pues se circunscribió a enunciar como sustento la causal tercera del artejo 373 del códice castrense, subrayando que esta opera cuando "***[s]urjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la***

[22] Acorde con la jurisprudencia de la Sala, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible (CSJ AP, 9 de sept. de 2015, rad. 46235).

inocencia del condenado*…s"* pero soslayando lo preceptuado por del numeral 3° del artículo 375 ejusdem que dispone que el escrito debe contener "*los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud*", esto en la medida que, como se dijere líneas atrás, pretermitió evidenciar con argumentos claros, razonados y con suficiente poder de convicción, que la aceptación por parte del ciudadano LFBM, alias "*barrotico*", del hurto del fusil de dotación del S3MIM (R) MAAZ tiene tal valor demostrativo en relación con el injusto penal por el que éste fuere condenado que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretare en la sentencia proferida en contra del mismo, ello al punto que la Sala realmente hubiere avizorado la aptitud de la demanda para promover la acción de revisión.

Esto torna procedente el evocar que la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia[23] enseña que:

> *"Si bien la demanda no requiere mayores tecnicismos, es imperativo el cumplimiento de unos requisitos mínimos establecidos por el legislador, cuya observancia es estricta para que la Corte pueda darle curso,* ***en cuanto no se trata de un alegato más dentro del proceso ni de un recurso adicional a los ordinarios.***
>
> *(…)*

[23] Auto del 27 de junio de 2007, radicación No. 27.256.

> *"Es imprescindible que quien se proponga quebrar el carácter de cosa juzgada de una providencia,* ***demuestre la existencia real de alguna de las causales señaladas en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal*** (artículo 192 Ley 906 de 2004).
>
> *(…)*
>
> *"Su contenido no puede consistir solamente en una exposición desordenada del acontecer fáctico y procesal o en apreciaciones meramente subjetivas sobre la manera en que se evaluó el material probatorio.* ***El actor debe seleccionar cuidadosamente la causal que pretende aducir en apoyo de su pretensión, presentarla de manera clara y precisa y sustentar con argumentos serios y con suficiente poder suasorio las razones en que fundamenta su solicitud****". (*Subrayas finales de la Sala*).*

Como si lo anterior resultare insuficiente para la adopción de la determinación anunciada de agraz, habrá de añadirse que, tratándose de una acción de naturaleza reglada y eminentemente rogada, no es suficiente que se alegue por el accionante que alguien ha "*confesado*" ser el autor del hurto del fusil de dotación otrora asignado a su procurado, como si un argumento de tal cariz fuera suficiente para entender cumplido el ineludible deber del libelista al que la Sala se ha referido a espacio y suficiencia en los párrafos que anteceden y como si aquella circunstancia *per se* tuviere la potencialidad de determinar la remoción de la *res iudicata* que ampara el fallo combatido o la virtualidad de relevar *ipso facto* de responsabilidad penal al S3MIM (R) MAAZ, pues a éste, habrá de rememorarse, se le investigó y condenó no por aquel

delito lesivo del Patrimonio Económico, sino por el de peculado culposo atentatorio del bien jurídico de la Administracion Pública en su concepción amplia[24], razón por la cual el *Iudex* de primer grado considerare en el fallo cuya cosa juzgada se pretende remover mediante la rescisión de aquel, que el penado "*a sabiendas de las condiciones de inseguridad de la laca y del alojamiento de Suboficiales salió de franquicia y no tomó las precauciones del caso para dejar en un lugar seguro esto es el Armerillo de la Unidad el armamento y munición que le había sido asignado, ocasionando con su falta de cuidado a que este se perdiera (…)*"[25].

Pero es más, aún de aceptarse hipotéticamente que LFBM, alias "*barrotico*", llegare a adjudicarse la autoría del hurto del arma de dotación del S3MIM (R) MAAZ, arma del Estado Colombiana asignada a éste último y perdida en el año 2001, menester resulta evocar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en punto a está clase de manifestaciones ha decantado que:

> "*[…] cuando la prueba nueva aducida la constituye la declaración, o confesión realizada por un postulado en la Jurisdicción de Justicia y Paz, bien ha comprendido la jurisprudencia que tal aceptación de responsabilidad hecha por el desmovilizado no*

[24] La administración pública es un bien jurídico que, de una parte, protege el interés general y los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad, economía y objetividad de la función pública, y de otra, los bienes del Estado ante actos de apropiación o uso indebido, o frente a comportamientos en los cuales el servidor público no obra conforme al deber de cuidado que le es exigible en defensa del patrimonio público. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP740-2015, radicación No. 39417, M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER.
[25] Fl.19, C.O.

viabiliza automáticamente la acción de revisión, ni tiene per se la virtualidad de desquiciar la sentencia demandada proferida con sustento en las pruebas que obraban en el proceso.

En términos de la Sala (Sentencia del 10 de diciembre de 2015, Rad. 42245), "… se torna necesario y oportuno referir, primero, lo que acerca de las versiones de los postulados en Justicia y Paz ha explicado esta Corte para la configuración integral de la causal de revisión invocada, dígase como pruebas nuevas con la potencialidad de mutar la cosa juzgada imperante.

Síntesis del criterio de la Sala sobre este tópico, es que las versiones suministradas por los desmovilizados sometidos al proceso transicional de la Ley 975 de 2005, no ostentan per se un valor dado, una calidad especial, ni están marcadas por una especie de tarifa legal; esto es, que las atestaciones de los individuos sometidos al proceso de Justicia y Paz, no están dotadas de un contenido de verdad absoluto, ni siquiera relativo, pues en todo caso están sometidas a demostración, acorde con lo previsto en el inciso tercero del artículo 17 de ese compendio normativo, modificado por el artículo 14 de la Ley 1592 de 2012.

(…) no se caracteriza la versión de los sometidos al procedimiento consagrado en la Ley 975 de 2005 y sus reformas, como un medio de comprobación, en sí mismo, dotado de mérito especial, prevalente o preferente, que imponga a la par el deber de tener por cierto lo narrado o afirmado por el sometido a la justicia; en cambio, todo aquello que el desmovilizado - postulado informe ante el Fiscal del caso ha de ser objeto de la consecuente y necesaria comprobación, en coherencia con el objeto de la justicia transicional que tiende a '…facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación'.

> *Por consiguiente, en cuanto a la verdad se refiere, imperativo establecer en el decurso de la investigación que la información dada por un desmovilizado – postulado, sea corroborada a través del acopio de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenidas, que permitan sustentar en su contra cargos mediante formulación de imputación; surtido ese trámite, previa aceptación de cargos y cumplida la identificación de las víctimas y sus afectaciones, proferir la sentencia que impondrá las condignas sanciones, incluida la pena alternativa, acorde con los supuestos fácticos y probatorios como jurídicos pertinentes debidamente constatados.*
>
> *En ese escenario, ha dicho la Corte, ciertamente la versión en comento debe ser completa, cierta y veraz sin perjuicio de la correlativa obligación del ente persecutor de respaldarla en una investigación previa, concomitante y subsiguiente a la confesión del mismo, porque esta será la "…única manera para asegurar siquiera medianamente que lo relatado por el desmovilizado sea la totalidad de lo que sabe y que corresponde a la verdad.*
>
> *Esto porque la versión libre no se puede limitar al universo fáctico buenamente escogido y relatado por el justiciable, sino que por el contrario, debe ampliarse al que el fiscal construya con la información recolectada, con la que indagará, inquirirá y cuestionará al desmovilizado de manera que pueda constatar la veracidad y totalidad de su dicho."*[26]

Así las cosas, resulta evidente que el mero anuncio probatorio presentado como novedoso aunque sin distingo alguno entre hecho nuevo o prueba nueva, se itera, no cumple con los requisitos establecidos para su viabilidad, ni comporta en momento alguno la

[26] *Ídem.*

presentación de elementos de juicio idóneos para derruir la firmeza de una sentencia ejecutoriada que ya ha hecho tránsito a cosa juzgada y que, por lo mismo, se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

En consecuencia, como el escrito del actor no cumple con las exigencias que la ley ha impuesto para su admisión como demanda de revisión, conforme a lo que prevé el *codex* castrense, se inadmitirá la demanda y así se declarará en la *resolutio* del presente proveído.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Superior Militar y Policial,

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda presentada por el abogado LDOG, apoderado del S3MIM (R) MAAZ, en contra de la sentencia adiada 03 de octubre de 2003 mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe condenare a éste último a la pena principal de seis (06) meses de arresto y multa de diez (10) SMLMV por el punible de peculado culposo, demanda impetrada con el fin de iniciar acción de revisión contra dicha sentencia, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* del presente proveído.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad penal aplicable al rito procesal penal militar[27] y surtido el trámite que legal, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de la Corporación, remítase por intermedio de esta dependencia copia de la actuación al Juzgado de Instancia de la Fuerza Naval del Caribe y asimismo déjese en la Sala copia de la actuación.

CÓPIESE, RADÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

---

[27] Ley 522 de 1999, artículo 341, "*FORMAS DE NOTIFICACIÓN. Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.*

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado.".

Ley 600 de 2000, articulo 187, "*Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."

Capitán de Navío **(RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA**

Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**

Magistrado

Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**

Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 159223.
Procedencia: Juzgado Sexto de Brigadas
Procesado: SLP. FBM
Delito: Lesiones personales culposas
Motivo: Recurso de hecho
Decisión: Concede recurso de apelación

Bogotá D.C., seis (06) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). -

I.VISTOS

Se resuelve el recurso de hecho presentado por la defensa del SLP. FBM contra el auto del 03 de septiembre de 2019, por medio del cual el Juzgado Sexto de Brigada del Ejército Nacional no concedió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 05 de agosto de 2019, a través de la cual se condenó a aquél a la pena principal de cuatro (4) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa de once millones setecientos ochenta y siete mil trescientos sesenta pesos ($11.787.360.oo), así como a las accesorias de prohibición y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un periodo

de un (1) año y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, al ser hallado responsable del delito de lesiones personales culposas.

II. HECHOS

Se extraen de las diligencias aportadas los siguientes:

> *"Fueron consignados en documento manuscrito de fecha 21 de agosto de 2012 por parte del señor Capitán del Ejército Nacional GOR, para el entonces quien fungía como Comandante de la Compañía Arcano del Bacot 70 ubicada en la "Inspección de los Pozos", vereda los Andes jurisdicción de San Vicente del Caguan* (sic) *y que se encontraba en una actividad con la población en compañía del señor TC. PAJC Comandante de la Fuerza de Tarea OMBU a eso de las 10:30 fue enterado que al parecer el Soldado Profesional del Ejército FBM accionó su arma de dotación alcanzando la humanidad de un joven de aproximadamente 20 años de edad, quien fue auxiliado por los uniformados.*
>
> *De acuerdo a las pesquisas o informaciones recolectadas en el lugar de los hechos, el procesado, SLP. FBM* (sic) *luego de entregar su puesto de seguridad en la vía que comunica San Juan de Lozada con la Inspección de los Pozos a eso de las 10:00 am luego de desayunar se dirigía a donde se encontraba el también uniformado Soldado Profesional GMM, resbalando y en dicha*

reacción accionó su arma, hiriendo a un joven quien se movilizaba en compañía de otro civil en una motocicleta."[1].

III. ANTECEDENTES

3.1 De la documentación aportada al recurso se conoce que por los hechos que se vienen de referir el SLP. FBM, luego de agotarse las etapas previas de investigación y calificación, fue residenciado en juicio y condenado por el Juzgado Sexto de Brigadas Móviles del Ejército Nacional, el 05 de agosto de 2019[2], a la pena principal de cuatro (4) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa de once millones setecientos ochenta y siete mil trescientos sesenta pesos ($11.787.360.oo), así como a las accesorias de prohibición y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un período de un (1) año y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, con beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad al ser hallado responsable del delito de lesiones personales culposas.

3.2 Contra la sentencia la defensa, inconforme, presentó en términos recurso de apelación[3] que el Juzgado Sexto de Brigadas Móviles del Ejército Nacional el 03 de septiembre siguiente[4] decidió no concederlo; determinación que el jurista impugnó, sin

[1] Folios 6 a 7 del C.O.
[2] Folios 6 a 36 del C.O.
[3] Folios 40 a 43 del C.O.

éxito[5], por vía de reposición[6] y frente a la cual recurrió de hecho ante esta Instancia lo cual hoy concita la atención de la Colegiatura.

IV. DEL AUTO QUE NEGÓ CONCEDER EL RECURSO DE APELACIÓN

Para no conceder el recurso de apelación el *A quo*, luego de reconocer que éste había sido presentado en términos y analizar el contenido del escrito, manifestó que *"(…) se advierte que los puntos de discusión no atacan o concretan lo motivado en el fallo, toda vez, que solo consigna de forma general algunas citas hechas por este juzgado y que incluso, la tesis defensiva como lo fue el caso fortuito o fuerza mayor fueron abordadas con suficiencia en el cuerpo de la decisión y no como erradamente lo sugirió, que no fue analizada."*[7].

Agregó, que dentro de las exigencias legales para la interposición del recurso de apelación se encuentra la debida sustentación, la cual adolece el escrito impugnatorio.

Afirmó que *"(…) respecto de las penas principales se tazo de acuerdo a los parámetros de mínimos y máximos atendiendo las secuelas sufridas en la humanidad del menor para esa época Jamith Castañeda Pineda y la multa al parecer excesiva a consideración del apoderado es la mínima fijada, de acuerdo al salario existente para el año de ocurrencia de los hechos (…). De igual manera de*

[4] Folios 44 a 48 del C.O.
[5] Folios 55 a 59 del C.O.
[6] Folios 50 a 53 del C.O.
[7] Folio 46 del C.O.

lograrse demostrar por parte del condenado o su defensor, imposibilidad económica para sufragarla la Ley (sic) *lo faculta para amortizar la multa por trabajo, como también el fijar un acuerdo de pago dentro de un tiempo no superior a los tres (3) años."*[8].

Para no reponer su decisión insistió en que es una carga procesal del apelante sustentar en debida forma el recurso, esto es, "*(…) que los fundamentos que esboza en su "sustento" sean suficientes y claros y no se limiten a un simple desacuerdo con la decisión adoptada."*[9].

Y, expresó, que la defensa en su primer escrito se limitó a afirmar que se encontraba en desacuerdo con la resolución de acusación porque en su parecer no había habido falta al deber objetivo de cuidado.

Dijo que "*(…)la decisión de negar el recurso no se basa en un capricho del juzgado, pues si bien es menester y obligación velar por el debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la doble instancia, cierto es también, no permitir un desgaste innecesario en la administración de Justicia, sin que ello sea como erradamente piensa el señor defensor, no se ha concedido su petición tan solo por el hecho de no compartir sus argumentos, sino que debe existir una carga de sustentación de quien pretende sea el Honorable Tribunal Militar quien revise la decisión de primera instancia."*[10].

[8] Folio 47 del C.O.
[9] Folio 57 del C.O.
[10] Folio 47 del C.O.

V. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA

El recurrente manifestó que sus argumentos buscan que por parte del Tribunal se revise nuevamente su tesis defensiva y evitar que se conculquen los derechos de defensa y debido proceso.

Sostuvo que para negar conceder el recurso de apelación la juez lo que hizo fue "*(…) reprochar los argumentos expuestos por esta defensa en razón a que ya fue objeto de pronunciamiento en la referida sentencia.*"[11], lo cual puede rayar en un defecto procedimental por excesivo ritualismo, reprochable según la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Y, dijo, no se puede "*(…) negar un recurso de apelación por el solo hecho de no compartir las razones o consideraciones de los sujetos procesales, pues en el derecho existe disparidad de criterio que debe ser estudiado y decidido en una segunda instancia si a bien consideran las partes.*"[12]

Con los anteriores argumentos, concluyó, que el recurso de apelación interpuesto reúne los requisitos establecidos en los artículos 360, 361, 362 y 363 de la Ley 522 de 1999 para que sea concedido ante la Segunda Instancia, por lo que pidió reponer la decisión y concederlo.

[11] Folio 51 del C.O.
[12] Folio 52 del C.O.

VI. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE HECHO

El recurrente manifestó que el recurso de apelación interpuesto no sólo es procedente conforme a la ley, sino que además fue presentado en términos y debidamente sustentado conforme las exigencias previstas en los cánones 360, 361, 362 y 363 de la Ley 522 de 1999, por lo que pidió concederlo.

Dijo que la negativa del despacho de instancia para tramitar el recurso de alzada es ubicable en lo que se ha denominado defecto procedimental por excesivo ritualismo, teniendo en cuenta que lo que hace la funcionaria judicial es *"(…) reprochar los argumentos expuestos por esta defensa aduciendo que ya fue objeto de pronunciamiento en la referida sentencia, sin tomar en cuenta todos los aspectos de inconformidad que se señalaron en el escrito de apelación."*[13]. Para sustentar su petición se apoyó en una decisión de la Corte Constitucional vertida en el radicado T-264 de 2009, con ponencia del DR. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Además, expresó que *"(…) no podemos negar un recurso de apelación por el solo hecho de no compartir las razones o consideraciones de los sujetos procesales, pues en el derecho existe disparidad de criterio que debe ser estudiado y decidido en una segunda instancia si ha* (sic) *bien consideran las partes."*[14].

[13] Folio 2 del C.O.
[14] Folio 3 del C.O.

VII. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de hecho, que puede ser promovido por los sujetos procesales cuando se presenta la denegación de la apelación presentada contra las decisiones de primera instancia en la Justicia Penal Militar, conforme lo determina el numeral 3° del artículo 238 del Código Penal Militar[15].

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para empezar, se estima menester recordar que el recurso de hecho se constituye en un instrumento procesal a través del cual se busca preservar el principio de segunda instancia, puntualmente, en aquellos eventos en que el *A quo* deniega el recurso de apelación, para que sea entonces el superior funcional de aquel que revise si tal denegación fue acertada o no.

La razón de esa garantía procesal obedece al hecho que en sistemas procesales como el nuestro, se le confirió al *A quo* la facultad de admitir o negar el recurso de alzada interpuesto por los sujetos procesales.

De esa manera, quien pretenda recurrir de hecho debe pedir reposición del auto que denegó la apelación, y en el evento de no prosperar solicitar copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su

[15] Ley 522 de 1999.

notificación y del auto con el que se denegó la apelación.

Dichas diligencias deberán ser presentadas ante el superior funcional de quien negó la apelación dentro del término de los tres (3) días siguientes, más la distancia, con un escrito en el que se exponga los fundamentos que se invoquen para que se conceda la apelación y sobre esta base se decidirá.

Bajo la anterior tramitación se deberá resolver si la apelación fue bien denegada, caso en el cual se enviará la actuación al inferior para que éstas hagan parte del expediente, pero, si, por el contrario, se estima errada la denegación del recurso de apelación se concederá ésta, con indicación del efecto en que se debe conceder y se comunicará la decisión al inferior funcional para que éste envíe el expediente o las copias, según sea el caso, a fin de desatar la alzada.

Es importante destacar que para admitir el recurso de hecho se requiere que la apelación sea procedente conforme a la ley, que ésta haya sido interpuesta en tiempo y que en tiempo también se haya pedido la reposición e interpuesto éste.

Pues bien, al aterrizar las anteriores directrices al caso concreto la Sala encuentra, de una parte, que el recurso de apelación interpuesto por el DR. JAIME ANDRÉS SILVA MURCIA es procedente conforme a la ley, dado que lo recurrido fue la sentencia que profirió,

el 05 de agosto de 2019[16], el Juzgado Sexto de Brigadas Móviles del Ejército Nacional contra su procurado, el SLP. FBM.

De la otra, que el recurso de apelación fue interpuesto en términos, tal como en este sentido lo reconoció la judicatura en auto del 03 de septiembre hogaño[17], por medio del cual negó reconocer el recurso vertical.

Y, finalmente, que también en tiempo la defensa pidió la reposición del auto que negó la apelación, recurso horizontal que fue negado.

Es por lo anterior que, siguiendo las reglas del canon 364 de la Ley 522 de 1999, el recurso de hecho aquí presentado se estima admisible para ser resuelto por parte de la Colegiatura.

Pues bien, para resolver si el recurso de apelación fue correcta o incorrectamente denegado por la juez de instancia, se hace obligado transliterar los apartes más sustanciales de su determinación, a efectos de poder confutarlos con las explicaciones de la defensa y de esta manera entrar a decidir.

Para el *A quo* el recurso de apelación interpuesto por la defensa adolece de la debida sustentación, en razón a que "*(…) se advierte que los puntos de discusión no atacan o concretan lo motivado en el fallo, toda vez, que solo consigna de forma general algunas citas hechas por*

[16] Folio 6 a 36 del C.O.

este juzgado y que incluso, la tesis defensiva como lo fue el caso fortuito o fuerza mayor fueron abordadas con suficiencia en el cuerpo de la decisión y no como erradamente lo sugirió, que no fue analizada."[18].

Para el recurrente, lo que hizo la juez de conocimiento frente al recurso de apelación fue "*(…) reprochar los argumentos expuesto por esta defensa en razón a que ya fue objeto de pronunciamiento en la referida sentencia….sin tomar en cuenta todos los aspectos de inconformidad que se señalaron en el escrito de apelación*"[19] y, entonces, en su parecer no puede la administradora de justicia "*(…) negar un recurso de apelación por el solo hecho de no compartir las razones o consideraciones de los sujetos procesales, pues en el derecho existe disparidad de criterio que debe ser estudiado y decidido en una segunda instancia si a bien consideran las partes.*"[20].

Expresó, además, que una postura judicial como la de la juez primaria resulta ubicable en lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado defecto procedimental por excesivo ritualismo, al superlativar las formas sobre lo sustancial.

Puestas así las cosas y como quiera que la razón por la que se denegó el recurso de alzada se vincula con la indebida sustentación, es mandado entonces recordar que quien interponga el recurso de apelación no sólo

[17] Folio 44 del C.O.
[18] Folio 46 del C.O.
[19] Folios 51 y 2 del C.O.
[20] Folio 52 del C.O.

debe cumplir con los requisitos de legitimación[21], interposición dentro de términos[22], procedencia[23], sino además el de la debida sustentación[24], requisito este último de vertebral importancia en tanto que por su intermedio se delimita la competencia funcional de la segunda instancia, alrededor del cual se cierne la controversia aquí planteada, por reputarse indebidamente estructurado.

Para la Sala, una cosa es la sustentación del recurso como presupuesto para su interposición y otra bien distinta es su idoneidad como elemento delimitante de la competencia de la Segunda Instancia, pues el primero es el que debe verificar el *A quo* a la hora de conceder o no el recurso, en tanto que el segundo, es sobre el cual el Juez Colegiado debe aprehender su conocimiento y resolver lo que en Derecho corresponda.

Si verificamos el instrumento procesal especial, vemos cómo claramente el legislador de 1999 previó, en punto de la sustentación del recurso de apelación, en el artículo 363 que: *"Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación* ***deberá exponer por escrito las razones de la impugnación*** *ante quien la profirió en primera instancia. En caso contrario* ***no se concederá.***" (Negrillas fuera del texto).

---

[21] Ley 522 de 1999, artículo 354; radicado 31763, providencia del 1° de julio de 2009, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[22] Ley 522 de 1999, artículo 362.
[23] Ley 522 de 1999, artículo 360.
[24] Ley 522 de 1999, artículo 363; sentencia C-234 de 2003, Corte Constitucional.

Del contenido de la disposición transliterada se desprende sin vacilación que para la concesión del recurso de apelación, en punto de la sustentación, basta que el recurrente exponga por escrito las razones de su inconformidad con el proveído, so pena de su denegación; es entonces a ello que debe circunscribirse la actitud procesal del juez de instancia a efectos de determinar si concede o no la alzada, de esta manera se evita soslayar el principio de la doble instancia y la imposibilidad de *"reforzar la presunción de acierto y legalidad predicable de las providencias judiciales."*[25].

Por contraposición y en la lógica procesal, se desprendería del artículo 583 de la obra comentada que al Tribunal Superior Militar y Policial solo se le permitiría, de cara al recurso de apelación, revisar únicamente los aspectos que fueran objeto de impugnación.

Se sigue de tal entendimiento que los aspectos de aptitud jurídica o idoneidad del recurso, como atrás se llamó, sólo le son permitido revisarlos al Cuerpo Colegiado, que determinará si la sustentación tiene la aptitud de plantear una verdadera dialéctica o controversia jurídica o no, propia de la naturaleza de ese medio procesal.

La interpretación que se viene de expresar encuentra íntima coherencia con la nueva línea de entendimiento

[25] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 50560 del 02 de agosto de 2017, MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

jurídico que ha trazado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de la decisión contenida en el radicado 50560 del 02 de agosto de 2017, que privilegia el acceso a la Segunda Instancia y demanda de los jueces *"adoptar una actitud proactiva, tendiente a que se materialice en la medida de lo posible el derecho fundamental a la controversia en segunda instancia de las decisiones que afectan a los intervinientes dentro del proceso penal."*[26].

Para mejor comprensión, revisemos, *in extenso*, la aludida decisión:

> *"18. Al respecto, en Auto de 2 de agosto de 2017 (radicación 50560), la Sala de Casación Penal expresó:*
>
> > *"En este orden, el principio de la doble instancia tiene como propósito garantizar los fines del Estado y reforzar la presunción de acierto y legalidad predicable de las providencias judiciales, objetivo que no se agota con la sola existencia formal de medios de recursos, sino que demanda del Estado la garantía de acceso a aquéllos.*
> >
> > *Dada la trascendencia de este principio, estima la Sala que en aquellos eventos en que media algún grado de sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a*

[26] Radicado 54133 del 16 de enero de 2019, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja.

Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió. Ello por cuanto la declaratoria de desierto del recurso de alzada impide de plano que otro funcionario revise si, en efecto, los argumentos expuestos son insuficientes para activar la competencia de la segunda instancia.

Por ello, reitera la Sala, siempre que haya controversia en torno a si el impugnante cumplió con la carga de sustentación suficiente de la alzada, deberá denegarse esta con el propósito de permitir al interesado la interposición de queja, para que sea el superior jerárquico quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación.”

De ese modo, para salvaguardar el principio de doble instancia, tiene mucho sentido que, a través del recurso de queja, el superior funcional decida sobre la idoneidad de la fundamentación.

21. En síntesis, los lineamientos jurisprudenciales contenidos en el Auto de 2 de agosto de 2017 (radicación 50560), sólo son aplicables para los casos donde sí se sustenta el recurso de apelación, pero el Juez de primera instancia considera insustancial y deficiente su

fundamentación; para que, en lugar de declarar desierta la alzada (con auto que sólo es impugnable en reposición), lo niegue, de modo que se habilite el recurso de queja, para que el superior funcional examine los planteamiento de la apelación y quede a salvo el principio de la doble instancia.

(…)

24.3 Con todo, los funcionarios judiciales encargados funcionalmente de conocer el recurso de apelación deben adoptar una actitud proactiva, tendiente a que se materialice en la medida de lo posible el derecho fundamental a la controversia en segunda instancia de las decisiones que afectan a los intervinientes dentro del proceso penal."[27].

La nueva comprensión jurisprudencial de la Corte, de cara a la materia en estudio, obedece al hecho de no encontrar "*(…) razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió."*[28].

Guiados por la anterior comprensión, estima esta Célula Judicial que la Juez Sexta de Instancia de Brigadas del Ejército Nacional erró al negar la concesión del recurso de apelación interpuesto por el DR. JAIME ANDRÉS SILVA MURCIA contra la sentencia del

[27] Radicado 50560 del 2 de agosto de 2017, MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.
[28] Radicado 54133 del 16 de enero de 2019, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

05 de agosto de 2019, como quiera que no sólo se observa que el togado estaba legitimado para presentar el recurso, sino que además lo hizo en términos y a través de escrito dirigido al juez de la causa en el que expuso las razones de su inconformidad, es decir, satisfizo los requisitos de oportunidad, modo y sustentación formal de que trata los cánones 362 y 363 de la Ley 522 de 1999.

Nótese cómo el jurista criticó que se diera por sentado en el fallo apelado la ocurrencia de la falta al deber objetivo de cuidado por parte de su representado, sin que se tuviera en cuenta el principio de confianza legítima, pues en su parecer si la orden permanente era que todos debían tener puesto el cartucho de seguridad en los fusiles, su patrocinado actuó amparado en que todos habían ajustado su comportamiento a esa directriz.

Por otra parte, aun cuando ciertamente, como lo expresó la juez primaria, la causal eximente de responsabilidad de caso fortuito fue analizada en la sentencia, también lo es que frente a ella la defensa mostró su inconformidad en el escrito bajo el argumento que su prohijado en ningún momento "*(…) desaseguró el arma y mucho menos dispara en contra del lesionado, pues el arma se acciona al momento en que procede el señor FBM a ponerse de pie con tan mala suerte que se acciona con un objeto, por lo tanto dicho hecho debe ser visto como ajeno a la conducta de mi prohijado, pues en ningún momento existe descuido por parte del mismo, pues tenía la creencia que el arma estaba asegurada*

y en ningún momento mi poderdante coloca su dedo en el disparador del arma.”[29].

De la misma manera el libelista censuró, a través de su escrito impugnatorio, la incoherencia que en su parecer hay con relación al tiempo fijado para las penas accesorias que le fueron irrogadas a su cliente, al no compadecerse con lo preceptuado en el artículo 59 de la Ley 599 de 2000.

Para la Sala, una vez más se insiste, el recurso contiene una exposición de los motivos de inconformidad del apelante con el fallo atacado, que impiden sea denegado como lo hizo la juez primaria.

Lo anterior no significa, hay que aclararlo, que la carga de debida sustentación haya quedado satisfecha, o en palabras más precisas que el contenido del recurso tenga la aptitud jurídica o la idoneidad suficiente de plantear una verdadera controversia o dialéctica con relación al fallo protestado, lo cual será un tema que deberá estudiar la Colegiatura a la hora de asumir la competencia para resolver la alzada.

Basten las razones que se vienen de expresar, para que la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

[29] Folio 42 del C.O.

IX. RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR el recurso de hecho presentado por el DR. JASM, contra la decisión del 03 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Sexto de Instancia de Brigadas Móviles del Ejército Nacional por medio de la cual negó conceder la apelación impetrada por el togado contra la sentencia del 05 de agosto del año que avanza, a través de la cual ese despacho condenó al SLP. FBM a la pena principal de cuatro (4) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa de once millones setecientos ochenta y siete mil trescientos sesenta pesos ($11.787.360.oo), así como a las accesorias de prohibición y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un periodo de un (1) año, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONCEDER, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por el DR. JASM en contra de la decisión proferida el pasado 05 de agosto de 2019 por el Juzgado Sexto de Instancia de Brigadas Móviles del Ejército Nacional.

TERCERO: COMUNICAR lo resuelto en la presente decisión al juzgado de origen para que se sirva remitir a esta Corporación el original del expediente con el fin de que se surta el trámite del recurso de apelación[30]

[30] *"**ARTÍCULO 365. PRESENTACIÓN ANTE EL SUPERIOR Y DECISIÓN.** (…) Si concede la apelación, determinará el efecto que le corresponda y comunicará su*

interpuesto por el apoderado del SLP. FBM, lo cual se hará por medio de la Secretaría de este Colegiado.

CUARTO: NO PROCEDE contra esta decisión ningún recurso.

RADÍQUESE, CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

---

decisión al inferior, quien deberá enviar el expediente o las copias, según el caso, para que se surta el recurso.". (Negrillas fuera del texto).

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Tercera de Decisión
Magistrado Ponente : CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación : 159300
Procedencia : Juzgado Sexto de Brigada Ejército Nacional
Procesado : SLR. LCBL
Delito : Abandono del Puesto
Motivo de alzada : Recurso de hecho
Decisión : Inadmite recurso

Bogotá D.C., julio tres (03) de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A RESOLVER

De conformidad con la facultad señalada en el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a resolver en Derecho lo atinente al recurso de hecho impetrado por la doctora CFGR, Procuradora 241 Judicial Penal I, contra el auto de fecha 15 de mayo de 2020 por medio del cual el Juzgado Sexto de Brigada del Ejército Nacional, sito en esta ciudad capital, actuando como ejecutor de penas y medidas de seguridad, decidió no reponer el

proveído del 24 de abril de la misma calenda por el cual negare conceder la prisión domiciliaria transitoria prevista en el Decreto Legislativo No. 546 de 2020 al condenado por el delito de abandono del puesto LCBL, al tiempo que negó por improcedente el recurso de apelación impetrado como subsidiario.

II. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

De los anexos del recurso de hecho se extracta que el 19 de noviembre de 2019 el Juzgado Sexto de Brigada del Ejército Nacional profirió sentencia condenatoria en contra del SLR. LCBL imponiéndole la pena de un (01) año de prisión como autor responsable del delito de abandono del puesto. Una vez ejecutoriada tal decisión y atendiendo a que el citado militar no compareció al estrado judicial debiendo ser declarado persona ausente, el antes citado despacho libró orden de captura el día 27 de diciembre de 2019 ante la DIJIN de la Policía Nacional, siendo capturado aquel por los miembros de la referida institución el 03 de marzo de 2020, formalizada su privación de la libertad vía auto de esa misma fecha y materializada la misma en la Cárcel y Penitenciaría para miembros de la Fuerza Pública de Alta y Mediana Seguridad CPAMS-EJART del Batallón de Artillería No. 13 del Ejército Nacional con sede en esta ciudad capital.

Asimismo se colige que el señor TC. CAVM, Director del referido centro carcelario y penitenciario, solicitó se estudiara la posibilidad de conceder el

beneficio de la prisión domiciliaria transitoria regulada en el Decreto Legislativo No. 546 de 2020 al SLR. LCBL en su lugar de residencia, ello, dijo, para evitar la propagación del COVID-19, considerando que cumplía con los requisitos para su reconocimiento, de conformidad con lo establecido en la referida disposición legal.

Estudio que efectuó el Juzgado Sexto de Brigada con Facultades de Ejecución de Penas del Ejército Nacional decidiendo mediante auto del 24 de abril de 2020 denegar la concesión del instituto transitorio al estimar que éste resultaba improcedente[1], ello al considerar que la figura de sustitución de prisión por detención domiciliaria no era aplicable en la Justicia Penal Militar por cuanto el Código Penal Militar tenía una política criminal definida y específica sin que existieran vacíos para que se modificaran esos institutos.

Adujo que ello determinaba la inaplicabilidad de la precitada prisión domiciliaria transitoria no sólo porque no se contemplaba en el contenido del códice, sino porque además su espíritu iba encaminado a "*diezmar*" el hacinamiento de las cárceles en Colombia y a su vez evitar la propagación del virus COVID-19 dentro de la población carcelaria, situación que no era la de la Cárcel y Penitenciaría para miembros de la Fuerza Pública de Alta y Mediana Seguridad CPAMS-EJART del Batallón de Artillería No. 13 del Ejército Nacional, ello en cuanto el condenado LCBL había

[1] Folios 34 al 44 C.1

cumplido la cuarentena de manera supervisada, dirigida y controlada por el director de dicho centro, razones esas para considerar que no era dable acceder a la petición del TC. CAVM director de aquel centro carcelario y penitenciario.

Dicha determinación, adiada 24 de abril de 2020 se itera, fue recurrida en reposición y en subsidio en apelación por la doctora CFGR, Procuradora 241 Judicial Penal, misma que consideró que era imperioso el reconocimiento del beneficio de la prisión domiciliaria al condenado LCBL, para salvaguardar su vida y cumplir con los fines de resocialización de la pena.

Mediante auto del 15 de mayo del año 2020[2] el pluricitado juzgado, como ejecutor de penas y medidas de seguridad, decidió no reponer el auto recurrido y negar por improcedente el recurso de apelación ante el Tribunal Superior Militar, decisión que igualmente fue recurrida horizontalmente por la señora representante del Ministerio Público el día 21 de mayo de dicho año[3] siendo ello resuelto por el Juzgado Sexto de Brigadas con funciones de Ejecución de Penas del Ejército Nacional vía auto del 27 de mayo del año 2020 en el sentido de mantener su decisión y como consecuencia de ello no reponer el auto, facilitando las copias solicitadas por la señora Procuradora 241 Judicial Penal, vía correo electrónico.

[2] Folios 05 al 15 C1.
[3] Folios 21 al 25 C1.

La doctora CFGR con escrito del 05 de junio de la presente anualidad sustentó recurso de queja ante esta instancia, incidente que ahora concita la atención de esta Sala.

III. DE LA PROVIDENCIA QUE NEGÓ LA CONCESIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Para negar la concesión del recurso de apelación impetrado por la doctora CFGR Procuradora 241 Judicial Penal, la señora Coronel SANDRA PATRICIA BOTIA RAMOS, Juez Sexta de Brigada con facultades de Ejecución de Penas del Ejército Nacional, mediante auto adiado 15 de mayo de 2020, argumentó que mantenía su decisión y denegó otorgar el beneficio de prisión domiciliaria transitoria dispuesto por el Decreto Legislativo 546 de abril de 2020 al condenado LCBL -decreto proferido por el señor Presidente de la República con base en facultades extraordinarias por causa de la declaratoria del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional con el fin de lograr controlar el la pandemia causada por el virus COVID-19-, por considerar, iterando su posición anterior, que el interno estaba cumpliendo cuarentena obligatoria, forzosa, impositiva, dirigida, controlada y supervisada por el director del centro de reclusión militar en cuestión, donde se adoptaron medidas suficientes, necesarias y efectivas para evitar que la población carcelaria fuera afectada por el virus COVID-19 y en salvaguarda de la vida e

integridad del condenado, toda vez que no está expuesto a hacinamiento carcelario, ni a contagio alguno.

Sostuvo, además, que el referido decreto lo que buscaba era mitigar el riego de contagio del virus, detener su transmisión y combatir el hacinamiento carcelario, circunstancias que en el caso de estudio no estaban demostradas porque el director del centro carcelario no certificó que allí hubiere hacinamiento, al igual que dijo que en ese centro de reclusión no había habido ningún caso de COVID-19.

En ese mismo proveído decidió no conceder el recurso de apelación ante el Tribunal Superior Militar y Policial, por ser improcedente de acuerdo con lo establecido en el artículo 8° del Decreto 546 del 14 de mayo de 2020.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE HECHO

La doctora CFGR Procuradora 241 Judicial Penal I, sustentó el recurso de queja encaminado a que sea declarado procedente el recurso de apelación que interpusiere en contra del auto de fecha 24 de abril del presente año, en consideración a que en el termino legal y debidamente argumentado cumplió los requisitos para su viabilidad, bajo el entendido que cuando el recurso de apelación se interponía como subsidiario del de reposición, se entendía sustentado con los argumentos que se presentaron

para está última, tanto para el funcionario que la profirió como para el superior inmediato.

Afirmó que en virtud de los artículo 230 y 4° Superiores, los jueces estaban sometidos al imperio de la ley y en tratándose de una incompatibilidad entre la Constitución y una norma de rango inferior, prevalecía la Constitución con inaplicación de la norma de inferior jerarquía.

Ello para argumentar que era importante permitir revisar la decisión apelada ante el superior jerárquico, a fin de que se indique su criterio y garantizar el principio de contradicción y principio de la doble instancia contemplado en el ordenamiento jurídico colombiano y en los tratados internacionales ratificados por Colombia como era, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A esto agregó que la garantía del derecho de interponer los recursos de ley estaba dirigido a hacer efectivo el principio de control sobre las actuaciones judiciales.

Insistió en que al impedir el trámite del recurso de apelación sin tener en cuenta el recurso presentado, cerraba la posibilidad y el derecho a la segunda instancia en contra de lo dispuesto en la Constitución y el ordenamiento legal pertinente, lo que implicaría violación al debido proceso y el acceso de administración de justicia.

En su motivación sostuvo que el principio *pro homine* o *pro personae* o *pro persona*, es "*un relativo criterio interpretativo que establece que en la interpretación de las normas aplicables a los derechos humanos se debe privilegiar la hermenéutica que resulte menos restrictiva para el ejercicio de los mismos, también denominado clausula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, la cual ha sido consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5 y en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 29*", por lo cual se debía realizar una interpretación amplia en aras del principio *pro homine* y siendo de buen recibo la aplicación de disposiciones de manera favorable respecto a personas privadas de la libertad en aras de garantizar los derechos humanos, aserto que adobó con la transcribió de apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-438 de 2013 en la que se hace referencia a ese principio.

Reiteró que la doble instancia es una garantía supraconstitucional que tiene sustento normativo en el literal h del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, motivo por el cual no debería negarse la procedencia formal del recurso de apelación en este caso sobre la base de aplicar la interpretación más restrictiva y desfavorable para los derechos humanos del SLR. LCBL.

Trajo a colación la sentencia con radicado 56777 del 29 de abril de 2020, MP. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA, mediante la cual en trámite del recurso extraordinario de casación se concedió el beneficio

de la prisión domiciliaria transitoria con base en el Decreto 546 de 2020 a un Auxiliar de la Policía Nacional condenado por el delito de deserción, misma de la que trascribió algunos apartes.

Dijo, finalmente, que además se debía conceder el beneficio de la prisión domiciliaria transitoria al condenado LCBL, bajo el entendido que esa medida era de carácter transitorio y excepcional mientras se mantenga el estado de emergencia declarado en el país.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de hecho de conformidad con lo preceptuado por el artejo 238.3 de la Ley 522 de 1999 en concordancia con los artículos 364 y subsiguientes de la misma, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de este año[4], como de los ocurridos con posterioridad a la misma -no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial- mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Proemio de las acompasadas elucubraciones jurídico racionales que se imponen con miras a la adopción en Derecho de la decison aneja al asunto que ocupa en esta oportunidad la atención de la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, es el de iterar[5] que conforme a las previsiones de la normatividad procesal penal militar y común aplicable al caso concreto, artículos 364 a 366 de la Ley 522 de 1999 y 195 a 199 de la Ley 600 de 2000 en lo no previsto en aquella, el recurso de hecho, denominado de queja en la segunda de estas codificaciones, es un mecanismo de defensa especial, sometido a un procedimiento breve, que tiene por objeto lograr que el superior enmiende conforme a Derecho los errores en que haya podido incurrir el inferior al denegar un recurso de apelación, dicho en otras palabras, permite que el superior examine si dicha repulsa fue acertada o no, revisando los motivos por los cuales se negó el trámite correspondiente al recurso de alzada, lo que en la práctica hace de esta figura un instrumento de control de admisibilidad para evitar la inequidad.

En un contexto normativo tal, vale añadir, resulta meridiano que el recurso de hecho -o de queja- no

[5] Auto junio 19 de 2018, radicación No. 158854, entre otros

fue concebido por el legislador para cuestionar situaciones: *i)* en que el juez de primera instancia declara desierto el recurso de apelación por no haberse sustentado o por haberse sustentado pero extemporáneamente y *ii*) en que el funcionario de primer grado conceda la apelación, pero el juez de segunda instancia no esté de acuerdo con el *A quo* y, de contera, deniega[6] o rechaza la apelación al considerar los planteamientos en que se pretende sustentar son del todo insustanciales, genéricos y/o mal formulados[7].

Dos son, así, los fines o propósitos que se buscan a través del prenombrado recurso: *i*) que el superior revise si el recurso de apelación fue correcta o incorrectamente denegado, y *ii*) que ordene su concesión si el inferior se equivocó al negarlo, siendo esto a lo que deben apuntar los argumentos propios de esta vía de impugnación, so pena que se repute indebidamente motivado o ausente de argumentación.

Con miras al afianzamiento de tales fines, la interposición del recurso de hecho ha de llevarse a cabo en forma adecuada –presupuesto ineludible para su admisión, su estudio y su resolución-, infiriéndose de lo reglado en los artejos 364 y 365 de la Ley 522 de 1999 que para ello es necesario: *i)*

[6] En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo denegar significa "*no conceder lo que se pide o solicita*".
[7] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto enero 16 de 2019, AP050-2019, radicación No. 54133, M.P. JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

que la apelación sea procedente conforme a lo establecido en el canon 360[8] de la misma normativa; *ii)* que la apelación haya sido interpuesta y sustentada en tiempo, es decir, dentro de los tres (03)[9] días siguientes al de la notificación de la providencia o dentro de los cinco (05) días siguientes[10] a la última notificación[11], ya sea que se trate de autos interlocutorios o de sentencias y autos de cesación de procedimiento, respectivamente; *iii)* que quien impetre el recurso de hecho, interponga y sustente reposición contra el auto que negó la apelación ante el despacho judicial correspondiente, y subsidiariamente depreque copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su notificación y del proveído que deniega el recurso vertical; y *iv)* que el recurrente presente al superior de quien negare la apelación, un escrito en el que exponga los fundamentos de hecho y de Derecho que invoca para que se conceda la alzada en cuestión, ello dentro de los tres (3) días siguientes a la recepción de las copias emitidas por el *A quo*.

---

[8] *"Artículo 360. Procedencia. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. (…)".*

[9] *"Artículo 357. Trámite. El recurso de reposición se interpondrá y sustentará por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación. (…)".*

[10] *"Artículo 362. Oportunidad y modo de interponerla. Las apelaciones se interpondrán así: Contra los autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes."*

[11] *"Artículo. 354. Oportunidad para interponerlos. Salvo los casos en que la impugnación deba hacerse en estrados, los recursos podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días contados a partir de la última notificación."*

Tradúcese lo anterior en que quien por vía del recurso de hecho pretenda le sea concedida la alzada que le fuere negada por el funcionario de primer grado, no sólo lleve a cabo en tiempo todos y cada uno de los actos procesales de parte que le incumben, sino que además argumente en debida forma las razones para que su pretensión sea despachada favorablemente, justificación que halla su génesis en los principios que rigen la concesión de cualquier impugnación[12], concretamente en el que enseña que el motivo de inconformidad con la decisión recurrida ha de estar debidamente sustentado.

Esta inconformidad, como ha decantado la Corte Suprema de Justicia[13], ha de ser apalancada para su acometimiento y prosperidad en argumentos fácticos y jurídicos orientados a demostrar que, amén de la apelabilidad de la decisión inicialmente recurrida, la determinación que denegara el recurso de apelación es incorrecta -bien porque quien la profirió se equivocó en el ejercicio de su órbita funcional, ora porque extralimitándose en sus funciones se pronunció sobre aspectos que no le competían-, y que por tanto, siendo procedente interponer el recurso de hecho, lo correcto es el otorgamiento de la frustrada apelación, ello con miras a que el superior jerárquico del funcionario

[12] Estos principios son: *i)* que la decisión recurrida sea susceptible de recurso, *ii*) que éste se proponga antes del vencimiento de los términos legalmente destinados para ello, *iii)* que al recurrente le asista interés y, *iv)* que el motivo de inconformidad con la decisión recurrida esté debidamente sustentado. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto abril 14 de 2010, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.
[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 15 de noviembre de 2005, radicación No. 24248.

autor de la negativa, revise la providencia objeto de impugnación[14], esto -enfatiza la Sala- con estricta sujeción al principio de limitación por cuya virtud la exposición de los motivos de inconformidad con la decisión atacada, determina necesariamente aquellos aspectos sobre los cuales puede gravitar el discernimiento que incumbe al *Ad quem*.

Contrario sensu, precisa la Sala, en aquellos eventos en que el recurso de hecho carece de dicha sustentación o, existiendo esta, quien acude a este mecanismo especial por manera alguna demuestra el lleno de los presupuestos enlistados *ut supra*, mismos que determinan -se itera- la prosperidad del recurso de hecho interpuesto -*v.gr.* cuando se reprocha la no concesión del recurso de apelación pero no se demuestra argumentativamente hablando la apelabilidad de la decisión recurrida en las instancias-, es diáfano que no se satisfacen los fines o propósitos de este mecanismo especial de impugnación y por ende el mismo deberá rechazarse como enseña el precedente del órgano de cierre de esta jurisdicción foral[15] y establece el artejo 197, inciso 3°, de la Ley 600 de 2000, norma esta aplicable al rito penal militar por vía de integración normativa.

---

[14] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto julio 02 de 2002, recurso de queja No. 19027, M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

[15] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto abril 14 de 2010, recurso de queja No. 33648, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS y auto julio 04 de 2013, recurso de queja No. 41598, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

Descendiendo lo hasta aquí dicho al caso *sub examine*, habrá de precisar la Sala que prístino se evidencia que el recurso de apelación en contra de la negativa del Juez Sexto de Brigada del Ejército Nacional con facultades de ejecución de penas fue interpuesto y sustentado dentro de los términos y en la forma prevista en los artejos 361 a 363 del Digesto Penal Militar de 1999 y, adicionalmente, el recurso de reposición contra la determinación de no conceder la alzada fue impetrado de conformidad con lo preceptuado por los cánones 354 y 364 *ejusdem*, es decir, se cumplirían el segundo y tercero de los requisitos descritos en precedencia.

No empece, no ocurre lo mismo con el primero de tales presupuestos, esto es, que la apelación sea procedente conforme a lo establecido en el canon 360[16] de la misma normativa, como quiera que el auto por virtud del cual el prenombrado *Iudex A quo* decidiere no conceder el beneficio de prisión domiciliaria transitoria al SLR. LCBL sólo resultaba susceptible de ser atacado por vía del recurso de reposición como preceptúa el artículo 8° del Decreto Legislativo No. 546 de 2020 del 14 de abril de 2020, circunstancia que fuere advertida por el despacho ejecutor de penas penas y medidas de seguridad en proveído del 15 de mayo de 2020 en tanto verdad de Perogrullo es que el SLR. LCBL se encuentra actualmente privado de su libertad desde el día 03 de marzo del presente año descontando la pena de un

[16] "*PROCEDENCIA. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. (…)*".

(01) año de prisión que le fuere impuesta como autor responsable del punible de abandono del puesto.

El precitado precepto, como bien señalara el pluricitado juzgado, es del siguiente tenor literal:

> *"**ARTÍCULO 8° - Procedimiento para hacer efectiva la prisión domiciliaria transitoria.** Cuando se tratare personas condenadas a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por medio de las direcciones regionales y los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios, verificarán preliminarmente el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en el presente y remitirán a los Juzgados de Ejecución de y Medidas de Seguridad respectivos, el listado junto con las cartillas biográficas digitalizadas, el cómputo la información que obre en la hoja de vida, los antecedentes judiciales y los certificados correspondientes de personas privadas la libertad que se ajusten a cualquiera las circunstancias descritas en artículo segundo, para que dentro del término máximo cinco (5) días den aplicación a lo dispuesto en este Decreto Legislativo. **La decisión que se notificará por correo electrónico y será susceptible del recurso de reposición que se interpondrá y sustentará dentro de tres (3) días siguientes, por escrito remitido por el mismo medio virtual"**[17].* (Resaltado de la Sala).

Así las cosas, resulta irrefragable que la determinación de la Juez Sexta de Brigada con facultades de Ejecución de Penas del Ejército Nacional, vertida en el auto del 15 de mayo de 2020 se repite, carecía del atributo de apelabilidad al que se ha hecho previa alusión, ello pese a haberse

[17] Decreto 546 del 14 de abril de 2020.

adoptado en providencia interlocutoria -circunstancia que axiomáticamente no la tornaba *per se* en pasible del recurso de alzada como se detallará en los párrafos subsiguientes-, y por ende resulta palmar la ausencia, se itera, del primer presupuesto objetivo para que está Corporación pueda abordar de fondo el recurso de hecho génesis del presente proveído.

Un aserto tal no obsta -habida cuenta que la recurrente, citando los artículos 333, 359 y 360 de la Ley 522 de 1999, postuló que el referido auto es interlocutorio y por tanto susceptible de los recursos de reposición y apelación, siendo esto desconocido por la funcionaria *A quo* con transgresión del derecho a la doble instancia y del debido proceso-, para que está Corporación rememore que fue el Jefe del Ejecutivo Nacional el que dentro de sus facultades excepcionales (Constitución Nacional, artículos 150.10, 189.11 y 212) expidió el pluricitado decreto, norma con fuerza de ley -en sentido material[18]- por la cual, como reza su epígrafe, se adoptaron medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, a la par que se adoptaron otras medidas para combatir el

[18] *Cfr.* [18] Corte Constitucional, sentencias C-917 de 2002, C-1262 de 2005 y C-507/14 entre otras.

hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de su propagación en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

En dicha norma igualmente se estableció, como quedó visto, que en tratándose de condenados a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario, lo que es el caso del SLR. LCBL como líneas atrás de dijere, la providencia por la cual el juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad decidiere lo relativo al procedimiento para hacer efectiva la prisión domiciliaria transitoria sólo sería susceptible del recurso de reposición -mismo que deberá interponerse y sustentarse dentro de tres (03) días siguientes a su notificación-, no del recurso de apelación como sí se estableció en el artejo 7° del decreto en cita cuando el procedimiento versa sobre la sustitucion de la detención preventiva, ello sin consideración alguna a la naturaleza jurídico procesal de la providencia que sirve de vehículo a la pertinente decisión, circunstancia que fue la tenida en cuenta por la multicitada funcionaria ejecutora de penas para apalancar su negativa a conceder el recurso de alzada ante éste Tribunal foral, determinación que la distinguida delegada del Ministerio Público recurrente acusó de ser incorrecta en tanto violatoria del principio de la doble instancia y por la cual impetró el recurso de hecho que concita la atención de la Sala en esta oportunidad.

Ello sin hesitación alguna impone remembrar lo que respecto a la doble instancia como derecho constitucional y a la facultad del legislador de excepcionar de determinados recursos ciertas providencias judiciales, ha aquilatado de antaño la la guardiana de la incolumidad de la Carta Política, resultando más que procedente recapitular lo consignado en pronunciamiento por el cual se desatare demanda de inexequibilidad contra el artículo 16 del Decreto No. 2700 de 1991[19] que regulaba dicho apotegma en símiles términos que hoy lo hace el artejo 207 del *codex* castrense de 1999[20], ello en los siguientes términos:

> *"En cuanto al artículo 16 acusado se encuentra que la parte controvertida es la que permite la existencia de excepciones al principio de la doble instancia contra las providencias interlocutorias que se producen dentro del proceso penal.*
>
> *Advierte* ***la Corte que la Constitución establece el principio de la doble instancia como derecho constitucional fundamental, y con carácter indisponible y obligatorio pero referido sólo al caso de la sentencia condenatoria; esta observación se hace en atención a los reiterados argumentos que formulan los actores. Empero, obsérvese que en el asunto que se examina no se trata de una disposición que regule el régimen de la controversia o impugnación de las sentencias sino sólo de los autos interlocutorios, lo cual es asunto bien diferente del planteado por el actor y que compete a la ley, pudiendo ésta señalar su régimen general y las excepciones que correspondan.***

[19] *"Artículo 16. Doble instancia. Toda providencia interlocutoria, podrá ser apelada, salvo las excepciones previstas.".*
[20] *"Artículo 207. Dos instancias. El proceso penal militar tendrá dos instancias, salvo las excepciones legales."*

> ***La Corte no encuentra que exista obstáculo alguno de carácter constitucional, que impida al Legislador proveer sobre la materia en ciertas hipótesis acerca de la improcedencia de recursos contra providencias distintas a las sentencias condenatorias****; en este sentido se tiene en cuenta lo dispuesto por el citado inciso cuarto del artículo 29 de la Carta, en concordancia con el inciso 1o. del artículo 31 de la C.N., en la parte que indica que quien sea sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Igualmente se señala que el Legislador no puede ordenar la improcedencia de los recursos contra la sentencia condenatoria, ni establecer excepciones al respecto, salvo el caso de los fueros especiales en materia penal radicados en la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional, ya que ésta es según definición de la propia Carta, el máximo organismo de la Jurisdicción ordinaria"*[21]. (Negrillas y subrayas de la Sala)

Posición reiterada en posterior pronunciamiento en el que la Corte Constitucional precisó:

> *"**Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso –reposición, apelación u otro- tiene o no cabida respecto de cierta decisión,** y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, **cuándo no es procedente** y cuáles son los requisitos –positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio"*[22]. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Al igual que en la sentencia en que mencionada Corporación acrisolare:

> *"…si el legislador decide consagrar un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo*

[21] Sentencia C-150 de 1993.
[22] Sentencia C-1104 de 2001.

otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal decisión, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. Más todavía, puede con la misma limitación, suprimir los recursos que haya venido consagrando sin que, por el solo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política". ***Y por último, también hace parte del poder de configuración legislativa en materia procesal, con relación a los recursos contra las decisiones judiciales, precisamente el no consagrarlos****. Incluso en materia penal, donde la doble instancia es de especial trascendencia, la jurisprudencia ha dicho que no es forzosa para todos los asuntos que son materia de decisión judicial, "pues el legislador, dentro de la facultad que tiene de regular su trámite, bien puede decidir en cuáles procede la segunda instancia y en cuáles no, siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales."*[23]
(Resaltado de la Sala)

Uniforme e inveterada visión constitucional del real contenido del antes citado principio, que la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha acogido igualmente en sus pronunciamientos, resultando pertinente al caso *sub examine* evocar aquel en el que se consignare:

"De conformidad con el anterior derrotero jurisprudencial, ***es dable señalar que el tema referido a la posibilidad de impugnar las decisiones tomadas por los jueces en el proceso, no necesariamente corresponde a criterios constitucionales, ni a postulados principialísticos del procedimiento, dado que es el legislador, en cada caso concreto, el llamado a definir qué recursos proceden contra las diferentes decisiones vertidas en las distintas***

[23] Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-738 de 2006.

actuaciones, incluso, la de naturaleza penal, sin que esa facultad pueda considerarse contraria a la Constitución Nacional."[24]. (Resaltado de la Sala)

Conducente resulta igualmente destacar, para la adopción de la determinación que en Derecho procede, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos cuya aplicación predica la recurrente en aras de sacar avante su pretensión , no preceptúan -como equivocadamente parece entender la misma- que toda decisión adoptada en un proceso penal deba ser susceptible de ser apelada, pues lo que realmente estatuye el primero de estos instrumentos internacionales incorporado al bloque de constitucionalidad patrio es que "*toda persona* ***declarada culpable de un delito*** *tendrá derecho a que* ***el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior,*** *conforme a lo prescrito por la ley*"[25] y, conteste con ello, la referida convención establece que toda persona tiene "*derecho a recurrir* ***el fallo*** *ante juez o tribunal superior*"[26], resultando esto acorde con lo que a su vez establece la Constitución Política Colombiana en su artejo 29 al consagrar la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria y en el canon 31 que dispone que "***toda sentencia*** *judicial podrá ser apelada o consultada,* ***salvo las excepciones que consagre la ley***".

[24] Corte Suprema de Justicia, radicado AP-4812 de 2016, MP. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.
[25] Artículo 14, numeral 5°.
[26] Canon 8, numeral 2°, literal h.

Preceptos respecto de los cuales, habrá de decirse, se evidencia respetuosa la Ley 522 de 1999, aplicable al evento *sub judice*, ello al señalar en su artículo 207 que "*El proceso penal militar tendrá dos instancias,* ***salvo las excepciones legales***" y en su artejo 360 que "***Salvo disposición en contrario,*** *el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia. En la audiencia, no procederá en ningún caso el recurso de apelación. Las decisiones que en ella se adopten, sólo son susceptibles del recurso de reposición".*

Así las cosas, resultando diamantino que la providencia en la que la señora Juez Sexto de Brigada con funciones de Ejecución de Penas del Ejército Nacional denegó la petición del beneficio de prisión domiciliaria transitoria con fundamento en el Decreto 546 de 2020 no es susceptible del recurso de apelación por cuanto en el mismo decreto sólo se contempló procedente el de reposición como fuere decantado a espacio y suficiencia *ut supra*, al igual que evidenciándose prístino que la no consagración de aquel recurso respecto de la decisión relativa al procedimiento para hacer efectiva la prisión domiciliaria transitoria en tratándose de personal condenado a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario es facultad del legislador y por manera alguna puede reputarse como contraria a la Constitución Nacional y menos aún que apareje mácula a la carta axiológica Colombiana, dispondrá este Tribunal Superior Militar y Policial inadmitir el

recurso de hecho incoado por la doctora CFGR, Procuradora 241 Judicial Penal, orientado a que se le conceda el negado recurso de alzada, y, en consecuencia, se ordenará la remisión de la presente actuación al aludido despacho de instancia para que forme parte del expediente y se continúe con el trámite procesal a que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

VI. RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR el recurso de hecho presentado por la doctora CFGR, Procuradora 241 Judicial Penal, ello de conformidad con lo decantado en la *ratio decidendi* del presente proveído.

SEGUNDO: En firme la presente decisión, de acuerdo a la normatividad penal aplicable al rito procesal penal militar[27] y una vez surtido el trámite a que

[27] Ley 522 de 1999, artículo 341, "*FORMAS DE NOTIFICACIÓN. Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.*

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado.".

Ley 600 de 2000, articulo 187, "*Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se

haya lugar por parte de la secretaría común de esta Corporación, remítase la actuación al Juzgado de Origen para lo de su competencia.

RADÍQUESE, CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SÚAREZ
Magistrado

Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

---

sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	***Segunda de Decisión***
Magistrado Ponente:	***TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ***
Radicación:	***157530***
Procedencia:	***Juzgado Tercero Penal Militar de Brigada***
Procesado:	***SLP. (r) ALCA***
Delito:	***Cohecho propio en concurso heterogéneo y simultáneo con revelación de secretos***
Motivo de alzada:	***Apelación sentencia condenatoria***
Decisión:	***Confirma***

Bogotá, D.C., diciembre tres (03) de dos mil diecinueve (2019)

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a resolver el recurso de apelación incoado por la defensa técnica del SLP. (r) **ALCA** contra la sentencia de calenda 05 de septiembre de 2017, a través de la cual el Juzgado Tercero de Instancia de Brigada del Ejército Nacional, de una parte, negó la suspensión del proceso requerido por la defensa en espera de que la Jurisdicción Especial para la Paz se pronunciara

respecto de la competencia para conocer el asunto dado que el enjuiciado había suscrito el acta de sometimiento voluntario ante esa jurisdicción y, de otra, condenó al referido soldado profesional como autor responsable de los delitos de cohecho propio en concurso heterogéneo y simultáneo con revelación de secretos a la pena principal de ochenta (80) meses de prisión y multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término señalado para la sanción privativa de la libertad, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Tuvo ocurrencia en el corregimiento Bajo Calima, en la vía que del municipio de Dagua conduce a Buenaventura (Valle del Cauca), durante el decurso de los meses de febrero y marzo de 2012, luego de haberse recibido por parte de la Fiscalía 162 Seccional Delegada, información relacionada con la infiltración de un militar con un grupo al margen de la ley, ordenó a Policía Judicial la interceptación de la línea celular 3117570031, estableciéndose que el titular de la misma era el SLP. **ALCA**, adscrito al Batallón de Combate Terrestre No. 3 "PRIMERO DE NUMANCIA" del Ejército Nacional, desde el cual sostenía conversaciones con *alias "CUPER"*, integrante de la Columna Móvil *"Libardo García"* del

para ese momento grupo armado ilegal FARC, a través de las cuales le suministró información relacionada con la ubicación y movimiento de las tropas que estaban comprometidas en desarrollo de operaciones militares en aquel lugar, por lo que recibió como contraprestación la suma de dos millones de pesos ($2.000.000).

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Por los hechos que vienen de referirse la Fiscalía 162 Seccional Delegada ante el CTI[1] de Santiago de Cali, tras la realización de los actos urgentes y el acopio de cierta evidencia física, solicitó las audiencias de legalización de interceptaciones telefónicas[2], de búsqueda selectiva en base de datos[3], así como de expedición de orden de captura en disfavor del SLP. **ALCA.**

Una vez se libró la respectiva orden de captura por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías, la misma se materializó el 16 de agosto de 2012[4], en las instalaciones del Batallón de Artillería No. 3 "BATALLA DE PALACÉ", con sede en Buga – Valle del Cauca, por funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación – CTI -.

[1] *Folio 80 – 81 C.O.1*
[2] *Folio 104 C.O.1*
[3] *Folio 122 C.O.1*
[4] *Folio 238 C.O.2*

Acto seguido, el Juzgado 27 Penal Municipal[5] con funciones de control de garantías de Santiago de Cali, el 17 de agosto siguiente, celebró audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento intramuros contra el SLP. **ALCA**, por la presunta comisión del delito de cohecho propio, disponiendo la privación de libertad del indiciado en la cárcel del Distrito Judicial de esta ciudad.

El 28 de agosto de 2012, la Fiscalía 162 emitió orden de cambio de asignación por competencia, al advertir que la conducta imputada vulneraba el bien jurídico de la administración pública y envió la carpeta contentiva de la pesquisa a la oficina de asignaciones de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Cali, para que designara un despacho que continuara adelantando la investigación.

3.2. El 14 de septiembre del citado año, la Fiscalía 18 Seccional remitió la actuación por competencia[6] a la jurisdicción castrense, correspondiéndole por reparto al Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar, estrado que a través de auto de sustanciación del 03 de octubre de 2012[7] avocó conocimiento de las diligencias, readecuó la calificación jurídica efectuada por aquel ente investigador de espionaje al delito de revelación de secretos, previsto en el artículo 130 de la Ley 1407 de 2010, además, dispuso vincular al proceso al SLP.

[5] *Folio 248 C.O.2*
[6] *Folio 251 y ss. C.O.2*
[7] *Folio 259 y ss. C.O.2*

ALCA [8] por este último reato y finiquitada la indagatoria librar orden de libertad[9] a favor del procesado, trámites estos que se surtieron ese mismo día.

Mediante interlocutorio del 08 de octubre de 2012, el despacho instructor resolvió la situación jurídica provisional[10] del mencionado encartado, decretando medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra por la presunta comisión de los injustos penales de cohecho propio en concurso heterogéneo y simultáneo con el de revelación de secretos, la que se hizo efectiva esa misma data[11] en el centro carcelario y penitenciario Villa Hermosa de Santiago de Cali – Valle del Cauca- decisión apelada por la defensa técnica del inculpado.

El recurso vertical fue dirimido por la otrora Primera Sala de Decisión de la Corporación, a través de providencia del 13 de diciembre de 2012[12], en la que se acogió la pretensión del impugnante en el sentido que la detención preventiva impuesta al procesado debía cumplirse en una unidad táctica de la guarnición militar de Santiago de Cali, bajo estrictas medidas de seguridad.

En acatamiento a lo establecido en el canon 539.4 de la Ley 522 de 1999, el despacho instructor mediante

[8] *Folio 266 y ss. C.O.2*
[9] *Folio 273 C.O.2*
[10] *Folio 282 y ss. C.O.2*
[11] *Folio 311 C.O.2*
[12] *Folio 429 y ss. C.O.3*

interlocutorio del 17 de diciembre siguiente, concedió libertad provisional[13] al SLP. **ALCA.**

3.3. A su turno, la Fiscalía Penal Militar ante Escuelas de Formación de la Fuerza Aérea Colombiana, tras clausurar el ciclo instructivo[14], calificó el mérito sumarial el 25 de septiembre de 2014 con resolución de acusación[15] en disfavor del precitado uniformado, como autor de los delitos de cohecho propio en concurso heterogéneo y simultáneo con revelación de secretos, pieza procesal que cobró ejecutoria el 15 de octubre de 2014[16].

3.4. Recibida la investigación en el Juzgado Tercero de Instancia de Brigada del Ejército Nacional, tras la presentación de demanda de constitución de parte civil por la apoderada del Ministerio de Defensa -DRA. MLMQ-, el despacho procedió a admitirla, a través de proveído del 04 de noviembre de 2014[17], y le reconoció personería a la togada para que actuara en representación de dicha entidad.

Prosiguiendo con el trámite, el 12 de noviembre del referido año la juez de conocimiento decretó la iniciación del juicio[18] y, de oficio, dispuso la práctica de algunas pruebas en aras de garantizar el

[13] *Folio 458 y 462 C.O.3*
[14] *Folio 607 C.O.4*
[15] *Folio 614 y ss. C.O.4*
[16] *Folio 639 C.O.4*
[17] *Folio 749 y ss. C.O.4*
[18] *Folio 766 y ss. C.O.4*

principio de investigación integral, comisionando para ello al Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar.

Una vez cumplido el encargo impartido, el despacho investigador devolvió la actuación al Juzgado Tercero de Instancia de Brigada, que el 03 de mayo de 2017 remitió el expediente al Tribunal Superior Militar para resolver "*el conflicto negativo de competencias*" suscitado entre ese despacho y el Juzgado de Instancia de la Inspección General del Ejército Nacional, siendo resuelto por la entonces Segunda Sala de Decisión el 18 del citado mes y año[19], en el sentido de declarar que la competencia para conocer de la fase de juicio en este proceso recaía en el Juzgado Tercero de Brigada del Ejército Nacional.

Devuelto el expediente al citado despacho de instancia, procedió a fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia de corte marcial[20], la que se llevó a cabo el 23 de agosto de 2017, y el 05 de septiembre siguiente profirió sentencia condenatoria[21] en contra del SLP. **ALCA**, luego de haber denegado la suspensión y envío de la investigación a la Jurisdicción Especial para la Paz, fallo apelado por el defensor del enjuiciado y que es el objeto del actual pronunciamiento.

[19] *Folio 993 y ss. C.O.5*
[20] *Folio 1022 y ss. C.O.6*
[21] *Folio 1059 y ss. C.O.6*

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

La Juez Tercero de Instancia de Brigada luego de referir el acervo probatorio vertido al infolio, resumir los alegatos de las partes en la vista pública y analizar el pedimento del apoderado del SLP. **ALCA** respecto de suspender la actuación en espera que la Jurisdicción Especial para la Paz determinara la competencia para asumir el conocimiento de los hechos, procedió a verificar los elementos constitutivos de la infracción penal consagrada en el artículo 130 de la Ley 1407 de 2010, vale decir, de la revelación de secretos. Para ello, extractó la prueba obtenida a través de la interceptación de la línea celular utilizada por el encausado, así como la transcripción de las conversaciones de interés para la investigación, sostenidas entre el SLP. **ALCA** y alias "CUPER" y los mensajes de texto generados desde el mismo abonado, de las que coligió que carece de sustento probatorio lo afirmado por la defensa cuando señaló que la información suministrada por su prohijado al subversivo "*era toda falsa o inventada para obtener un beneficio económico*", toda vez que de esos diálogos se infiere que "*siempre le da a conocer a alias CUPER su ubicación y por ende la de su pelotón*".

La *A quo* destacó que al constatar las charlas sostenidas los días 1, 2 y 3 de febrero de 2012 en las que **ALCA** le dice a su interlocutor que la operación militar se realizaría de Aguas Claras

hacia adentro hasta el Bajo Calima, donde estarían unos soldados que los iban a emboscar, guarda relación con lo registrado en el informe de situación de tropas –INSITOP- para los días 1° a 9 de febrero de 2012, donde se observa que "*el pelotón Cobra 2 al mando del ST. ASE si se encontraba en el sector de Aguas Claras de Buenaventura, agregados al Batallón de Alta Montaña No 10*". Así mismo, había otros destacamentos del BACOT3 adscritos a aquella unidad táctica y los restantes en sitios desconocidos de esa jurisdicción, en desarrollo de la orden de operaciones "*Escudo, misiones tácticas Etiopia 1 y Fiera*".

Enfatizó que la misión específica para la Compañía "Cobra" del BACOT3, de la cual hacía parte el enjuiciado, era efectuar una ofensiva de desarticulación, "*mediante el empleo de maniobras de combate de guerra irregular desarrolla una excelente infiltración en el área, acción sorpresiva, registros de profundidad, puestos de observación, escucha y emboscadas que le permita desarticular narcoterroristas de las ONT-FARC, Columna Móvil Libardo García, que se encuentran en esta jurisdicción… Primer Pelotón Cobra infiltración en el sector rio agua clara… Segundo pelotón sector Río Aguas Claras… margen sur del rio Calima…*"[22]. Movimientos que conocía el SLP. **ALCA**, así como los desplazamientos programados, por pertenecer a esa unidad fundamental y estar también comprometido en el desarrollo de la operación militar que se ejecutaba por esos días.

[22] *Folio 1096 – 1097 C.O.6*

Aunado a lo anterior, como integrante de uno de los pelotones que participaba en la ejecución de la misión el ahora enjuiciado "*tenía acceso a las órdenes, instrucciones o información que le era impartida al ST. ASE en los programas radiales, algunas de las cuales él transmitía al personal bajo su mando, oficial que para el presente caso fungía como comandante del pelotón y de la compañía de la cual hacia parte el SLP. ALCA; o haberla escuchado directamente en los programas radiales, pues resulta claro que estando en el área de operaciones, los soldados pueden escucharlos directamente, máxime cuando no existe un lugar privado donde el comandante pueda hacerlo solo en compañía de su radioperador.*"[23]. Circunstancias que le permitieron inferir que el SLP. **ALCA** efectivamente proporcionó información relacionada con la ubicación de las tropas militares, concretamente del pelotón al que estaba agregado y los demás que cumplían esa misión táctica, independientemente de si suministró coordenadas o no, reveló sitios geográficos con indicaciones puntuales.

Arguyó que el tipo penal analizado se configura con el solo hecho de revelar información del servicio con clasificación secreta, independientemente del propósito que buscara, "*si ello resulto en el fracaso de la operación o no, si la información era para exponer a la tropa o solo alertar para que la estructura guerrillera se desubicara. El tipo penal no exige una finalidad ni modalidad específica al momento de*

[23] *Folio 1097 C.O.6*

desarrollar la conducta, ni un resultado naturalísimamente entendido"[24] (sic). Razón suficiente para afirmar que, si en gracia de discusión el procesado se inventó una operación con un objetivo específico, ello no obsta para no dar por probada la existencia del componente penal de revelación de secreto.

Agregó que, conforme al peritaje realizado por los oficiales de operaciones e inteligencia de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, el SLP. **ALCA** al pertenecer a las unidades involucradas en la orden fragmentaria "*Fiera*" tenía acceso y buscaba información sobre la ubicación y movimiento de las tropas en el sector de los ríos Agua Clara y Calima, zona en la que se desarrollaba la misión táctica cuyo contenido tenía clasificación secreta, lo que sugiere que la información entregada por el enjuiciado al integrante de la columna móvil "Libardo García" no permitió el éxito "*en la orden fragmentaria No 20 a la orden de operaciones Escudo*", debido a que desde el 1° de febrero de 2012, fecha en que inició la misión táctica, el SLP. **ALCA** "*alerta a alias CUPER sobre una "operación grande" dirigida a la ubicación de campamentos y principalmente al cabecilla alias Reinel… información que* ***coincide con la suministrada por el Oficial de Inteligencia de la Tercera Brigada en cuanto a enemigo se refiere y por tanto hace que las estructuras que se encontraban por el sector del Rio Calima y Rio Agua Clara efectuaran retirada y cambios de posición previo a la llegada de***

[24] *Folio 1097 C.O.6*

las tropas, dejando vislumbrar la veracidad de la información revelada por el integrante de la Fuerza Pública al cabecilla de milicias de la Estructura…"[25]**.** Lo que le permitió concluir que las comunicaciones que fueron interceptadas, son coherentes y directamente relacionadas con la información de la orden fragmentaria "Fiera" a la orden de operaciones Escudo y el INSITOP.

En cuanto a la antijuridicidad, la falladora planteó que la conducta del enjuiciado lesionó el bien jurídico de la Seguridad de la Fuerza Pública, pues al haberle revelado asuntos del servicio a un miembro de las milicias de las FARC colocó en efectivo peligro no solo el pelotón al que estaba agregado sino a los demás componentes castrenses que participaban en dicha misión.

En sede de culpabilidad, señaló que el enjuiciado actuó de manera dolosa, vale decir, sabía que la información revelada era secreta, la que obtuvo a través de su condición de integrante de la Fuerza Pública, para suministrarla a un tercero ajeno a la institución y con el agravante de pertenecer a las milicias de la columna móvil "*Libardo García*" de las FARC.

Refirió que, de las pruebas vertidas al sumario, no se advierte que el acriminado haya actuado amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, como lo sugirió en la diligencia de inquirir, cuando

[25] *Folio 1098 C.O.6*

señaló que se vio "*constreñido a hacerlo, por temor a represalias contra su familia en caso de no acceder a lo solicitado*". Amen, que no obra prueba indicativa de posibles amenazas en su contra, eventualidad que de haberse dado imponía el deber de informar a sus superiores o proceder a retirarse de la institución, antes que acceder a suministrar la información que colocó en peligro inminente a los integrantes de la Fuerza Pública.

Por otra parte, respecto de la responsabilidad del SLP. **ALCA** en la comisión del delito de cohecho propio, argumentó que está probada la calidad de servidor público del sumariado para la fecha de los hechos, como también que recibió de *alias* "*CUPER*" la suma de dos millones de pesos ($2.000.000) por intermedio de la señora **FAM**, a cambio de ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales, consistente en proporcionar información sobre la ubicación de las tropas a un integrante de un grupo al margen de la ley, lo que fue verificado a través de la interceptación telefónica del 03 de febrero de 2012[26] y la prueba documental allegada.

Adujo que con dicho comportamiento el enjuiciado vulneró el bien jurídico de la administración pública, habida cuenta que no milita en el expediente prueba indicativa que haya actuado amparado en causal de ausencia de responsabilidad.

[26] *Folio 1101 C.O.6*

Con relación a la culpabilidad, expresó que para el momento del acometimiento fáctico el SLP. **ALCA** tenía la capacidad de comprensión y de autodeterminación, en virtud a que no se advierte prueba que demuestre que presentara trastorno mental o inmadurez psicológica, indicando que de los diálogos sostenidos entre el SLP. **ALCA** y *alias "CUPER"* refulge que conocía perfectamente que esa conducta era jurídicamente prohibida y que al ser descubierto podía verse involucrado en una investigación, así lo manifestó cuando señaló: *"(…) primo dígale cuando me ofrece y yo le digo sí o no porque de esta operación depende enqe (sic) yo me estoy arriesgando mucho con ustedes (…) le comenta que por él se lo diría gratis, pero que ahí él se está quemando con esos manes, que en caso de algo lo pueden meter a la cárcel, que en caso de algo lo miren en alguna vuelta pide la baja y se va (…)"*[27] . Sumado a lo anterior, por su condición militar debía conocer la restricción de revelar información propia del servicio, en el caso concreto, la ubicación de las tropas y peor aún recibir una remuneración por ello.

En punto a la tasación de la pena a imponer, indicó la existencia de un concurso material de conductas punibles, por lo que debía tenerse en cuenta la penalidad prevista para el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, conforme las previsiones del artejo 32 de la Ley 1407 de 2010; como en el presente asunto las dos descripciones típicas tienen idéntica punibilidad, es decir, de

[27] *Folio 1103 C.O.6*

cinco (5) a ocho (8) años de prisión, tomó la sanción establecida para el reato de cohecho propio que, además de la pena privativa de la libertad, tiene como parte de la sanción principal la multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En ese orden de ideas, esgrimió que los mínimos y máximos aplicables al asunto bajo estudio serían de 60 a 96 meses, partiendo del primer cuarto -60 a 69 meses- al no haberse acreditado circunstancia de mayor punibilidad en contra del encausado y si concurrir a su favor la carencia de antecedentes, fijando la pena principal en sesenta (60) meses de prisión para el injusto de cohecho propio. Seguidamente aumentó en una tercera parte el referido monto, es decir veinte (20) meses, atendiendo la gravedad del delito de revelación de secretos, toda vez que a quien se le proporcionó la información era un integrante de un grupo al margen de la ley. Consecuente con ello, estableció la condena en ochenta (80) meses de prisión, negándole el beneficio de ejecución condicional de la pena por expreso mandato legal.

Por último, reconoció al enjuiciado cuatro meses de privación efectiva de la libertad como tiempo físico redimido de la sanción impuesta.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor de confianza del SLP. **ALCA** presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra el fallo de calenda 05 de septiembre de 2017 reclamando como "PETICION ESPECIAL" que, conforme a la postulación presentada por el SLP. **ALCA** ante el secretario general de la Jurisdicción Especial para la Paz, "*en caso de emitir sentencia condenatoria, suspender los términos de este proceso, hasta cuando las diligencias sean conocidas por el TRIBUNAL PARA LA PAZ, y decide pertinente la sala de definición de competencias.*" (sic). Además, bajo el epígrafe de "PRETENSIONES", la revocatoria de la providencia analizada para en su lugar absolver a su prohijado.

Argumentó que el problema jurídico está dirigido a establecer si efectivamente con el acervo probatorio allegado al infolio se encuentra demostrado más allá de toda duda que el SLP. **ALCA** "*entregó o develó un secreto militar REAL, OPORTUNO Y EFICAZ, que sirviera a la subversión para sus fines terroristas*", para lo cual consideró imperioso verificar cada una de las probanzas y así poder constatar si existe un solo elemento de prueba que permita demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el procesado verdaderamente reveló secretos militares poniendo en riesgo la seguridad de la Fuerza Pública y la administración pública, para con ello entender que la falladora "*cometió groseros errores in judicando por falso juicio de existencia por suposición, falso juicio de identidad por adicción y falso juicio de convicción por eficacia de la prueba.*"

Señaló que está plenamente acreditado que su defendido si entregó una información al miliciano de las FARC *alias* "*CUPER*" y que por ello recibió de parte de la insurgencia cierta cantidad de dinero, sin embargo, la Corte Constitucional ha decantado que el "*Secreto Militar*" como figura de política estatal está encaminado a "*preservar la integridad física de la Nación*", por lo que en su criterio la conducta atribuida a su pupilo devendría en atípica, "*por atipicidad relativa*", referida a la no vulneración del bien jurídico tutelado de la seguridad de la Fuerza Pública, motivo suficiente para entender que la juez de instancia incurrió en un "*error in iudicando*".

Agregó que era evidente que hubo filtración de información por parte de su cliente, pero que lo realmente importante para la configuración del tipo penal imputado "*es que lo develado sea un secreto que coloque en riesgo la seguridad del Estado Colombiano a través de poner en peligro la Fuerza Pública*" (sic), pues la sola entrega de información no constituye *per se* una antijuridicidad material. Disertación que no permite dar por sentados los argumentos del ente acusador y menos aún los de la juez *A quo.*

Señaló que lo probado por la instancia está relacionado con la entrega de información por parte del SLP. **ALCA** respecto de la misión "*apocalipsis 6*", que sería desarrollada con tropas de 15 batallones, helicópteros y que conforme a los datos

suministrados se llevaría a cabo en idénticas condiciones a la que se ejecutó para dar de baja al líder guerrillero "*CANO*". "*Lo que de contera hace, devenir a menos la antijuridicidad sustancial encontrada por la Juzgadora, pero que no tiene ningún asidero jurídico; pues mírese que la misión táctica que se indilga a mi cliente que supuestamente reveló, fue la N° 20 Furia, que participó unas compañías de los batallones, que JAMAS participaron helicópteros, ni hombre de fuerzas especiales, y que el propósito tampoco era combatir o dar de baja a ALIAS MINCHO o REYNEL.*"[28] (sic).

Planteamientos que dejan entrever que la interpretación de la sentencia condenatoria es equivocada, en cuanto a que no toda la información era falsa al haberse suministrado la ubicación geográfica de unas compañías en Aguas Claras; sobre el particular replicó que en efecto si era falaz y únicamente se debió a una coincidencia que unos pelotones o escuadras hayan sido hostigados en el Bajo Calima, pues de haber proveído el sitio exacto de la misma manera hubiesen actuado en contra de los uniformados.

Prosiguió enfatizando que sería absurdo que el mismo acusado informara su propia ubicación en el área, generándose así un "*indicio ilógico y antinatura, pues como ALCA podría haber entregado su posición para ser asesinado por la misma guerrilla.*" (sic). Aunado a esto, estimó que no existía una sola coordenada, ni

[28] *Folio 1123 C.O.6*

sitio exacto o vereda que en este momento permita aseverar que por haber entregado ese secreto militar se colocó en riesgo la seguridad del Estado Colombiano y de su Fuerza Pública.

Destacó que no se practicó prueba encaminada a demostrar cómo el procesado obtuvo la supuesta información secreta vendida y entregada a las FARC, lo que sugiere que su cliente, como lo manifestaron los comandantes de batallón que rindieron testimonio, nunca tuvo acceso a las cartas operacionales, planes, misiones tácticas, informes de inteligencia, INSITOP o cualquier otro documento o información privilegiada contentiva de secretos militares que desestabilizara el buen funcionamiento de la Fuerza o en este caso la ejecución de la misión táctica No. 20 "*FURIA*".

Aseguró que respecto del elemento de tipicidad alusivo al término revelación de secreto militar, la falladora supuso la prueba, incurriendo en error por falso juicio de existencia, en virtud a que ni siquiera indiciariamente se ha establecido que la información entregada tenga un valor significativo o suasorio.

Rebatió que el tipo de peligro inmerso en la revelación de secreto militar es de carácter abstracto, en el cual el riesgo para el bien jurídico es indirecto lo que hace imperioso aportar

prueba de ello, pero en el asunto bajo estudio en efecto no fue allegada.

Seguidamente arguyó que la acusación y la condena carecen de motivación o es anfibológica, habida cuenta que "*se apoya en suposiciones, intuiciones, presentimientos o apreciaciones personales y más que carece de razones jurídicas concretas que soporten una petición de condena del acusado.*", circunstancias que generan duda sobre los fundamentos jurídicos probatorios que permitan aseverar la configuración de los elementos estructurales del delito de revelación de secretos.

Indicó que la explicación ofrecida por el SLP. **ALCA** en indagatoria "*para nada es exótica*" cuando afirmó que se había inventado una misión táctica grande, sin nombre, que supuestamente se desarrollaría con tropas especiales de Tolemaida, 15 batallones y helicópteros, la que no está sustentada material ni probatoriamente, porque ello jamás se estructuró como secreto militar, toda vez que la única pretensión del enjuiciado "*era obtener un provecho económico adicional de las FARC.*"

Finalmente, señaló que tampoco se configura el delito de cohecho propio por estricta tipicidad, pues es indiscutible "*que es contrario a los deberes oficiales como Soldado, entregar información clasificada y secreta a una organización criminal, máxime cuando se recibe dinero por esta labor, sin embargo como ya se afirmó, entregar información falsa a la organización y*

obtener un provecho ilícito de ello, constituye otra clase de injustos menos el aquí reprochado."[29]

VI.CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 11 Judicial II Penal conceptuó que la sentencia apelada debe ser confirmada. Para el efecto, sostuvo que los reparos del impugnante para descartar la configuración del delito de revelación de secretos se concentran en dos aspectos: "*(i) la irrelevancia de la información aportada por el soldado ALCA a un miembro de la guerrilla de las FARC; y (ii) la inexistencia de pruebas sobre la manera en que el procesado habría accedido a información secreta de la operación militar desplegada en febrero de 2012 en zona rural del municipio de Buenaventura."*[30]

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el tipo penal de revelación de secretos, solo puede ser ejecutado por un miembro de la Fuerza Pública, que es el garante de la circulación restringida y quien tiene acceso a documentos o conoce de actos o asuntos propios del servicio de seguridad y defensa que están protegidos por la clasificación de secreto, ultra secreto o reservado y por ello no deben ser develados a terceros no autorizados, so pena de menoscabar la actividad encomendada a la Fuerza Pública.

[29] *Folio 1129 C.O.6*
[30] *Folio 1138 C.O.6*

Adujo que las operaciones militares son el resultado de una actividad previa de inteligencia, táctica, estrategia, encaminadas al combate militar. Cuando se trata de operaciones realizadas en escenarios de hostilidades donde se identifica un blanco legítimo, "*la orden de operaciones se constituye en el eje que gobernará el despliegue y la acción de la Fuerza Pública, en este caso del Ejército Nacional, en un lugar y momento determinados.*"; para el caso en particular, estimó que el éxito de la orden fragmentaria No. 20 "*Fiera*" estribaba en el factor sorpresa, de allí que su desarrollo pendía en gran medida del sigilo y el secreto de la información sobre qué, cuándo, dónde y cómo se iba a ejecutar la misma.

Respecto de lo irrelevante de la información suministrada por el sumariado a un miembro de la subversión por falta de precisión en la misma, sugerido por el impugnante, señaló el Procurador que la "*revelación de secretos no exige para su configuración un resultado determinado, simplemente basta con que el sujeto agente, esto es, miembro de la Fuerza Pública custodio de la información o documentación secreta o reservada, la dé a conocer a un tercero que no está legitimado legalmente para recibirla, de acuerdo con su nivel de manejo de tales datos.*"[31]. En esa medida, que el SLP. **ALCA** no haya tenido acceso a cartas, mapas u órdenes de operaciones y demás documentación o información a cargo del mando medio o superior que hacía parte de la operación, no significa que la información dada a

[31] *Folio 1140 C.O.6*

alias "CUPER" no haya sido de utilidad para el grupo al margen de la ley.

Con relación a que la información ofrecida por el procesado se "*limitó a la ubicación de tropas del Ejército sobre los sectores de los ríos Agua Clara y Río Calima*", como lo esgrimió la defensa, consideró que ese dato si era de importancia estratégica, toda vez que en esa zona se desarrolló la misión táctica ofensiva de desarticulación a cargo del BACOT3, al cual pertenecía el enjuiciado.

También en las conversaciones interceptadas se precisó por parte del SLP. **ALCA** a su interlocutor que el propósito de la operación era la captura y neutralización del cabecilla de la columna móvil "*Libardo García de las FARC*", dato valioso para el grupo insurgente del cual hacía parte *alias "CUPER"*.

Continuó aduciendo que el contenido de la información entregada coincide, en su esencia, con la registrada en la orden de operaciones fragmentaria No. 20 "*Fiera*", en lo que respecta a las maniobras de combate a cargo de la compañía "*Cobra*" del BACOT3, donde se puntualiza los sitios en los que la tropa haría su despliegue, indicando el río Agua Clara; igual situación acaece con las demás unidades de combate –compañía antílope, pelotón cobra 2 y pelotón antílope 2- comprometidas en el desarrollo de la referida orden de operaciones

en zonas próximas al mismo afluente y la desembocadura del río Calima.

Asimismo, adujo que de las interceptaciones telefónicas efectuadas se logró captar que el procesado, además de la ubicación de las tropas, le comunicó a su interlocutor "*…ellos los van a emboscar por el bajo Calima…"*, haciendo alusión a una de las maniobras a ejecutar por el Ejército Nacional. Por ello, la información entregada era de mucho valor para el grupo al margen de la ley, independientemente que no se hubiesen presentado ataques con resultados lesivos para la Fuerza Pública, pero si les sirvió para evadir el accionar de las autoridades, conforme la apreciación cotejada por los expertos en operaciones militares en el informe de calenda 25 de enero de 2017, al concluir *"…las comunicaciones interceptadas entre el SLP. ALCA y alias CUPER en las cuales suministraba información de clasificación SECRETA, es coherente y directamente relacionada con la información de la orden fragmentaria "Fiera" a la orden de operaciones Escudo y el INSITOP, entrevistas y el resultado final de la operación"*[32].

Respecto de la forma en que el enjuiciado obtuvo la información secreta que suministró a "*alias CUPER*" sobre las operaciones militares desplegadas, esto resulta irrelevante para la investigación, pues lo destacado es que esos datos restringidos sobre actos y asuntos de la operación que conciernen solo al

[32] *Folio 1142 C.O.6*

servicio de las Fuerzas Militares, estaban en su poder y su deber legal era conservar dicha reserva.

Además, el hecho que el acriminado haya exagerado la cantidad de unidades militares y el uso de aeronaves que estarían comprometidas en el planeamiento, de ninguna manera desdibuja la esencia de la información reservada que divulgó clandestinamente el SLP. **ALCA**, por el contrario, da cuenta de la entidad de la revelación entregada a su interlocutor. Hecho que tenía muy claro el referido procesado, pues así lo deja entrever uno de los relatos interceptados cuando le dice a "*alias CUPER*": *"… que ahí él se está quemando con esos manes, que en caso de algo lo pueden meter a la cárcel, que en caso de algo lo miren en alguna vuelta pide la baja y se va…".*

Finiquita aseverando que la autoría y responsabilidad del sumariado, por el injusto penal de revelación de secretos, está demostrada a cabalidad y los argumentos de la alzada no logran derruir la sentencia condenatoria enarbolada por dicho punible.

Por último, consideró que en el evento de confirmarse la sentencia no habría asidero legal para suspender la actuación, como lo reclama el disidente y, menos aún, para remitirla a la Jurisdicción Especial para la Paz, como quiera que esta instancia no había entrado en funcionamiento.

VII.DE LA COMPETENCIA

Conforme lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia[33], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238.3 ídem, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por la defensa del SLP. **ALCA**, en procura que se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Instancia de Brigada del Ejército Nacional el 05 de septiembre de 2017.

VIII CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que este se desarrolla con las limitaciones que impone el inciso 2° del artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte, que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación.

---

[33] *CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.*

En esas condiciones, dos son los principales aspectos que abordará la Sala de Decisión en procura de resolver el recurso presentado por la defensa técnica del procesado. El primero, relativo a la atipicidad de los delitos de cohecho propio y revelación de secreto y, el segundo, relacionado con la petición de suspender los términos procesales, en caso de sentencia condenatoria, hasta cuando la Jurisdicción Especial para la Paz defina lo relativo a la competencia sobre el asunto, dado que el enjuiciado suscribió el acta de sometimiento voluntario ante el Secretario Ejecutivo de la JEP[34].

8.1- De la atipicidad de las conductas atribuidas al encausado.

8.1.1- Luego de revisar los fundamentos de la sentencia de primera instancia con sujeción a la crítica propuesta por el recurrente, la Sala advierte desde ya, en armonía con el criterio expresado en su concepto por el delegado del Ministerio Público *Ad quem*, que no hay lugar a la revocatoria de la decisión condenatoria atacada dado que la determinación está soportada en elementos de persuasión que, objetivamente valorados como lo fueron por parte del juez primario, acreditan sin lugar a dudas la configuración de los delitos endilgados al procesado y la responsabilidad de éste frente a las respectivas conductas punibles, sin que encuentren eco los planteamientos del disidente acerca de los presuntos

[34] *Folio 1058 CO. 6.*

vicios de estimación probatoria que habrían ocasionado el sentido de tal decisión. Veamos:

Es un hecho cierto e incuestionable, como también lo concibe el recurrente, amén de estar suficientemente demostrado, que el SLP. **ALCA** encontrándose comprometido en desarrollo de la misión táctica No. 20 "*FIERA*" suministró información reservada y relacionada con los movimientos del personal comprometido en esa labor militar a un guerrillero conocido con el alias de "*CUPER*", integrante de la columna móvil "*Libardo García*" del entonces grupo armado ilegal FARC, a través del abonado telefónico 3117570031, el que fue interceptado y monitoreado por la sala de control telemático del CTI de la Fiscalía General de la Nación, previa orden judicial[35].

Comunicación que se dio a través de mensajes de texto que intercambiaron el 1° de febrero de 2012 el SLP. ALCA y "alias CUPER", de donde se pudo extraer lo siguiente: "***ALCA:*** *mire primo la verdad dígale al señor que le tengo una información buena, lo que pasa es que necesito una plata para pagar una deuda entonces dígale cuánto hay.* ***CUPER:*** *lo que pasa en lo que vamos a hacer me devuelve el mensaje porque por ahí hay un sapo que escuchó hablando con usted y nos tienen escaneado los celulares entonces cuando hablemos vamos hablar por iniciales entonces coméntele al señor a ver qué dice y le comento lo que vamos a hacer.* ***ALCA:*** *es una operación grande entonces cuánto me ofrece él y yo le digo.* ***CUPER:*** *primo pero es para acá donde nosotros porque si es para acá si nos*

[35] *Folio 17 C.O.1*

interesa, él me dijo que le preguntara cuánto era. ***ALCA:*** *es para acá hasta llegar donde mincho supuestamente dicen que es el comandante de ustedes verdad y dígale a conciencia lo que me dé y así le diré lo que pasa; o sea lo que es el Bajo Calima hacia dentro… Agua Clara.* ***CUPER:*** *si es de Aguas Claras hacia dentro hasta el Bajo Calima entonces cuanto es para decirle cómo vamos a maniobrar. Diga usted cuánto tranquilo que con nosotros no le va mal siempre y cuando nos vaya informando donde están para podernos quitar.* ***ALCA:*** *primo dígale cuánto me ofrece y le digo sí o no porque de esta operación depende en que yo me estoy arriesgando mucho con ustedes.* ***CUPER:*** *primo es que el señor está sin señal, pero diga usted cuánto es, nosotros le decimos cuánto se puede.* ***ALCA:*** *primo si me puede dar un adelanto para poder negociar… voy a ver la carta y le digo porque por acá no conozco… vamos a llegar supuestamente de Aguas Claras, me dicen que hay un campamento de ustedes viejo que está dizque en un cerrito, ahí ya hay trampas, ellos van provocándolas.* ***CUPER:*** *de Aguas Claras al otro lado del río entonces me dice para decirle cómo se va a hacer la operación para que se vayan de ahí (…)"*[36].

Aunado a lo anterior, en la comunicación sostenida el 16 de febrero de 2012, se evidencia claramente que el SLP. **ALCA** ofrece información al referido integrante del entonces grupo armado ilegal FARC relacionada con la ubicación de la tropa acantonada en inmediaciones del sector Bajo Calima, así como de las órdenes dadas por sus superiores respecto de la posibilidad de arremeter contra el referido grupo subversivo al que pertenecía *alias* "*CUPER*", bajo los siguientes

[36] *Folio 43 C.O.1 y ss.*

términos: "***ALCA:*** *no se han ido?* ***CUPER:*** *no por ahí están todavía, dónde andan?* ***ALCA:*** *todavía nada que salen de ahí, parece que se van a quedar otra vez hasta fin de mes…* ***CUPER:*** *al lado del pueblo hay unos, por el colegio.* ***ALCA:*** *por el bajo?* ***CUPER:*** *sí, ahí por el bajo por los lados del colegio, como a unos quince minuticos adentro del colegio.* ***ALCA:*** *esos son los que entran si se presenta algo… cuando se informe es que empiezan que hay que tener cuidado… por ahí no hay nadie?* ***CUPER:*** *no por ahí está sano, de la gente de ahí no hay nadie, no se puede salir del caserío, porque ellos están ahí.* ***ALCA:*** *entonces dónde está ahorita?* ***CUPER:*** *por ahí en la finquita de un amigo… ellos están ahí pero en el caserío no se dejan ver, solo el día que iban entrando, entraron el domingo por la noche, así escondiditos y no se dejan ver de la gente…* ***ALCA:*** *todavía están los manes por ahí?* ***CUPER:*** *si* ***ALCA:*** *pero usted primo me dice que no hay nadie por allá.* ***CUPER:*** *para qué lado?* ***ALCA:*** *ahí en el punto donde yo le dije, donde van a hacer el trabajo.* ***CUPER:*** *donde la gente mía, mejor dicho.* ***ALCA:*** *si, tiene gente por ahí?* ***CUPER:*** *no, por ahí no hay nadie.* ***ALCA:*** *póngame cuidado la orden ya es caerle, posiblemente como que están investigando y como que no hay nadie.* ***CUPER:*** *como ellos están enseñados a pasar por el otro lado y siempre le botan alguna cosa y ahorita como no les han dicho nada, ellos no han hecho nada.* ***ALCA:*** *por eso los manes ahora están quietos, pero ahorita como que van a entrar ahí donde tenían que ir, pero como que no hay nadie.* ***CUPER:*** *no, hasta donde sé cómo que no hay nadie.* ***ALCA:*** *es mejor que llame al señor y le diga por si tiene gente por ahí.* ***CUPER:*** *sin embargo le voy a comunicar a este señor.* ***ALCA:*** *claro, dígale porque mañana o pasado mañana van a hacer eso.* ***CUPER:*** *el punto que tenían, le van a caer ahí?* ***ALCA:*** *si primo, dígale.* ***CUPER:*** *es por el caño de allá?* ***ALCA:*** *creo que sí, no sé los puntos todavía pero*

ayer estaban hablando por radio, mi general les dio la orden que ya, que les caigan donde estaba el señor. ***CUPER:*** *listo, yo le voy a comunicar al señor.* ***ALCA:*** *está ahí para que se mueva? Porque esta semana ya van a hacer el trabajo*. ***CUPER:*** *listo, ya le voy a comunicar".*

La precedente reproducción escrita del audio interceptado no fue desvirtuada, sino a contrario guarda afinidad con el contenido de los referidos mensajes de texto, en punto a los sitios por donde se movilizaría el personal militar destinado a la ejecución de la orden de operaciones "*FIERA*" emanada de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, y la entrevista ofrecida por el TC. **JRVG**, jefe de la sección de inteligencia de la misma unidad operativa menor, cuando manifestó que el BACOT3, unidad a la que pertenecía el procesado, fue agregado al Batallón de Alta Montaña No. 3 "***con el objeto de fortalecer las operaciones militares brindando la capacidad en profundidad hacia el norte con el departamento de Chocó, sector del rio aguaclara, y río calima***"[37] (subrayado fuera de texto).

Asimismo, el MY. **ECC**, comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 3 "*PRIMERO DE NUMANCIA*" – BACOT3, refirió que el objetivo principal de la unidad militar era: "*garantizar la seguridad de la vía entre LOBOGUERRERO y el KILÓMETRO 23 (…) para lo cual el batallón desarrolla* ***MISIONES TÁCTICAS EN PROFUNDIDAD, estas son operaciones ofensivas hacia las áreas bases o campamentarias, o sectores donde generalmente estos bandidos, hago referencia a que sobre este sector tiene***

[37] *Folios 334 a 336 c.o.3.*

injerencia la <u>COLUMNA MOVIL LIBARDO GARCIA</u> (…) desde allí hacen sus movimientos para llevar a cabo sus acciones terroristas sobre la vía o en contra de las unidades que se encuentran garantizando la seguridad del eje vial, para finales de Enero se planeó el desarrollo de la MISION TACTICA "FIERA", que inicio a partir de los primeros días de Febrero, *y se desarrolló con las compañía* ***COBRA*** *y la compañía ANTILOPE (…) las unidades iban registrando los sectores que se les había ordenado,* ***<u>la compañía COBRA debería registrar entre el rio AGUASCLARAS y el RIO CALIMA</u>…"***[38] (subrayado fuera de texto).

Nótese como en diligencia de inquirir el sumariado admitió que durante los meses de enero a julio de 2012 perteneció al primer pelotón de la compañía "COBRA" del BACOT3, lapso durante el cual "*andábamos en registro de operaciones andando por el sector bajo calima, el enemigo era la columna Móvil Libardo Garcia (…) íbamos en registro de operaciones por aguas claras (…)*", lo que una vez más ratifica que, contrario a lo aseverado por el impugnante, la información suministrada por el procesado a *alias* "*CUPER*" guarda estrecha relación con la planeación, desarrollo y ejecución de la mencionada orden de operaciones, toda vez que la referida unidad fundamental en estricto cumplimiento del deber constitucional asignado a la Fuerza Pública tenía como misión principal, a partir del 1° de febrero de 2012, realizar maniobras de combate irregular sobre los sectores del Bajo Calima y río Agua Clara tendientes a garantizar y proporcionar la seguridad a la

[38] *Folio 21 C.O.1*

población civil de esa región, así como la infraestructura económica, por tanto, estaba dirigida contra aquel grupo al margen de la ley del que hacía parte el interlocutor al que le proporcionaba la información operacional reservada el ahora enjuiciado, afín a los movimientos del personal del Ejército comprometido en la orden de operaciones.

Consecuente con lo anterior, es evidente que con la conducta desplegada por el SLP. **ALCA**, sí se afectó el bien jurídico de la Seguridad de la Fuerza Pública, toda vez que puso en riesgo los intereses del personal que se encontraba desarrollando la misión táctica No. 20 "*FIERA*", máxime que con ese comportamiento sacó de la esfera de reserva el contenido de la información, que hasta ese momento era desconocida o se mantenía oculta por razones de seguridad, para divulgarla clandestinamente a un guerrillero perteneciente a la columna móvil "*Libardo García*" de la entonces organización armada ilegal FARC, contra quien iba dirigida la operación previamente planeada. Por lo que aseverar que la información suministrada por el enjuiciado al miembro de las FARC era irrelevante para el desarrollo de la operación deviene en irracional, puesto que la tropa contaba con órdenes legítimas de operar sobre un territorio determinado y contra ese objetivo definido, acto que da cuenta de la entidad de la información operacional entregada por el encausado.

En esas condiciones, a diferencia de lo planteado por el censor y en completa correspondencia con lo expuesto por el representante del Ministerio Público en su concepto, resulta claro que el delito de revelación de secretos no exige para su configuración de la presencia de un resultado lesivo, en tanto este halla tipicidad objetiva por el solo hecho de revelar documento, acto o asunto concerniente al servicio que registre clasificación de reservado, secreto o ultra secreto. Por esa razón, en relación con su contenido corresponde a un delito de mera conducta, puesto que determina como reato el comportamiento del agente independientemente de sus consecuencias por cuanto el legislador consideró que la simple amenaza al bien jurídico de la Seguridad de la Fuerza Pública ocasiona que la ejecución de ciertas conductas sea considerada como punible, constituyéndose, además, en un delito de peligro en relación con el bien jurídico tutelado.

Luego, dada la importancia operacional de la información entregada por el enjuiciado al enemigo contenida en la orden fragmentaria No. 020 "*Fiera*" a la orden de operaciones "*Escudo*" del Batallón de Alta Montaña No. 3 "*Dr. Rodrigo Llorera Caicedo*" del Ejército Nacional[39], relacionada con la posición de las tropas en el terreno, que resultaba sensible para el éxito del objetivo militar establecido por

[39] *Folios 85 a 95 CO. 1.*

la unidad táctica atinente a la captura o neutralización del cabecilla de la columna móvil "*Libardo García*" de las FARC, indudablemente determinaba un nivel de clasificación, dado que comportaba información pública reservada[40], por cuanto tenía relación con la defensa y seguridad nacional conforme lo establece la Ley 1712 de 2014, lo que le imponía la clasificación de "secreto"[41]. Información que resultaba valiosa para el grupo insurgente del que hacía parte precisamente *alias "CUPER"*, al punto que no se limitaba a señalar los lugares en que se desplegaría las unidades de combate del Ejército Nacional, sino además, a la maniobra de emboscada que se ejecutaría por el bajo Calima[42], así como al conocimiento de las tropas frente a la ubicación de los campamentos insurgentes y a la descripción física de la persona que serviría de orientador en el terreno[43].

Ahora, aunque la entrega de dicha información no determinó la producción de ataques con resultados lesivos para las tropas del Ejército Nacional,

---

[40] *Ley 1712 de 2014, artículo 6, literal d. "**Información pública reservada**. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley.*

[41] *Ley 1712 de 2014, Artículo 19. Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:*
a) La defensa y seguridad nacional;
b) La seguridad pública;
c) Las relaciones internacionales;
d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;
e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;
f) La administración efectiva de la justicia;
g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;
h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país.
i) La salud pública".

[42] *Folio 43 a 47 CO.1.*

[43] *Folio 47 CO. 1.*

permitió que el grupo armado ilegal lograra evadir oportunamente el accionar de la Fuerza Pública, como lo precisó el perito militar que estableció frente a este aspecto: *"El fracaso de la operación se genera debido a que desde el 01 de febrero del año en mención, fecha que inicia la misión táctica, el SLP. ALCA alerta a alias CUPER sobre una "operación grande" dirigida a la ubicación de campamentos y principalmente al cabecilla alias Reinel que reemplazó a alias Marlon, información que coincide con la información suministrada por el oficial de inteligencia de la Tercera Brigada en cuanto enemigo se refiere y por tanto hace que las estructuras que se encontraban sobre el Rio Calima y Rio Agua Clara efectuara retirada y cambios posición previo a la llegada de las tropas, dejando vislumbrar la veracidad de la información revelada por integrantes de la Fuerza Pública al Cabecilla de Milicias de la Estructura"*[44].

Por tanto, resulta insuficiente la tesis de la defensa para sostener que la conducta desplegada por el enjuiciado se torna atípica, puesto que poco interesa en la labor de adecuación típica la manera en que **ALCA** tuvo acceso a la información, puesto que lo cierto es que se encuentra demostrado que en procura de obtener un provecho patrimonial ilícito éste entregó a un miembro del grupo armado ilegal información contenida en la orden de operaciones, pese a que era conocedor del obrar antijurídico que ello suponía, como lo señaló en las comunicaciones

[44] *Folio 894 CO. 5.*

telefónicas interceptadas por la Fiscalía General de la Nación[45].

8.1.2- Ahora bien, en lo tocante al supuesto falso juicio de existencia predicado por el disidente en relación con diversos elementos de conocimiento -entrevistas, testimonios y documentos-, impera señalar que esa es una especie de error de hecho de naturaleza objetiva en cuanto se presenta u ocurre cuando el funcionario da por existente una prueba que no obra dentro del expediente o da por comprobado un hecho sin soporte probatorio -tacha que se conoce como falso juicio de existencia por suposición- o cuando el juzgador adiciona algún aspecto determinante en la motivación fáctica, como si hiciera parte del contenido de una prueba. Modalidades cuya consecuencia es la construcción de una realidad fáctica distinta de la que con sujeción a su exacto tenor comprobarían las pruebas ciertamente incorporadas, de suerte que ello propiciaría indebida aplicación de normas que no son las llamadas a regular el episodio realmente acreditado y, por contera, la exclusión de las que si estaban convocadas a regirlo determinando un resultado jurídico disímil y favorable al sujeto procesal que demanda el vicio.

Supuesto probatorio que debe cumplir con el requisito de trascendencia, de tal manera que al eliminar la prueba inexistente su resultado determina la modificación tanto de la parte motiva

[45] *"(…) pero que ahí el se está quemando con esos manes, que en caso de algo lo pueden meter a la cárcel, que en caso de algo lo miren en alguna vuelta pide la baja y se va (…)" folio 46 C.O.1.*

como de resolutiva de la providencia. Sin embargo, el opugnador olvidó indicar expresamente el apartado de la motivación del fallo en el cual se afirma la existencia de una prueba ausente o las circunstancias fácticas supuestas por el juzgador primario al haber dado por demostrados hechos sin contar con el respectivo soporte probatorio. Tampoco precisó, como era su deber, la forma en que debía corregirse el presunto error, precisando el sentido en el cual debía modificarse la motivación fáctica y la parte resolutiva de la sentencia. Condiciones estas que soslayó el recurrente, pese a resultar imperiosa su demostración al momento de exponer los argumentos a tener en cuenta por el *Ad quem*.

Luego, al aprehender el contenido de las pruebas en las que habría recaído el vicio, no de manera fragmentada como lo hizo el apelante transcribiendo aspectos insulares de su tenor, sino en forma integral, la Sala concluye que los respectivos elementos de conocimiento no cambian los supuestos fácticos ni el sentido de la decisión atacada, sino que dicho alcance solo es posible otorgarlo al mediar una interpretación sesgada e interesada como la del recurrente, pero no como resultado o con sujeción a su estricta y fidedigna literalidad.

Contrario a lo esgrimido por el censor, el acervo probatorio estuvo encaminado a verificar la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado, lo que refleja el acato al postulado de

investigación integral, no resultando de recibo el dicho del disidente respecto a que no hay prueba alguna sobre la certeza del hecho, sino que la decisión se basó en simples indicios o suposiciones, máxime si se tiene en cuenta que entre la falacia del encartado, de haberse inventado "*una misión táctica muy grande (…), que la misma se desarrollaría con 15 batallones y helicópteros (…) para obtener un provecho económico adicional de las FARC*", y el resultado producido, es decir, el fracaso de la operación planeada, no existe el nexo causal que permita edificar la ausencia de responsabilidad.

En ese orden de ideas, para la Sala es claro que la actuación efectivamente conduce al grado de certeza al que llegó el fallador primario, se itera, la sentencia no se soporta en simples indicios ni "*en suposiciones, intuiciones, presentimientos o apreciaciones personales*" como lo sugiere el demandante, sino que obedece a la elaboración de un juicio probatorio que de suyo conlleva un raciocinio que conduce a una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción respecto a la existencia de los punibles endilgados y la responsabilidad que le asiste al procesado a título de dolo.

Para ahondar en razones, resulta oportuno traer a colación lo que ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, respecto de la forma de controvertir los indicios:

(…) En verdad, tratándose de la crítica respecto de la apreciación del indicio, la Sala tiene decantado que esta prueba como los demás medios de conocimiento pueden ser controvertidos demostrando la existencia de i) errores de hecho (falsos juicios de existencia o identidad) o de derecho (falso juicio de legalidad) respecto de la prueba del hecho indicador, ii) errores de raciocinio respecto del proceso de inferencia lógica o iii) yerros de raciocinio frente a la convergencia de los indicios entre sí y con los demás medios cognoscitivos.

Si el juzgador se apoya en una prueba inexistente del hecho indicador o deja de considerar alguna que lo soporta, o distorsiona, adiciona o suprime el contenido literal de algún medio probatorio del mismo o toma como soporte una prueba que fue incorporada al proceso sin satisfacer los requisitos legales de validez, es claro que, por ello, se incurre en un defecto en la edificación del indicio que bien puede ser demostrado para suprimirle todo efecto probatorio.

De igual modo, si al aplicar las leyes de la sana crítica al hecho indicador, el fallador las quebranta para elaborar inferencias subjetivas o contrarias a ellas, es nítida la configuración de un falso raciocinio que puede ser denunciado especificando el postulado de la ciencia, la experiencia o la lógica indebidamente aplicado, el que en cambio debía aplicarse y, lo que debía inferirse de ello.

> *Lo importante, entonces, es saber que así como el indicio suele ser un instrumento de convicción útil para lograr el convencimiento en grado de certeza, puede ser atacado a través de una metodología también lógica y compleja que demanda un doble escrutinio, el referido a su construcción y el atinente a la valoración que del mismo haya hecho el sentenciador, ambos precedidos de la aplicación de la sana crítica como método de persuasión racional (…)*[46]

Es importante recordar a la defensa que cuando se formula una tacha ante lo que se denomina un error de hecho o de derecho respecto de la valoración de la prueba, se debe indicar cuál es el falso juicio que da origen al reparo que se plantea, si es un juicio de existencia que sugiere la suposición u omisión de la prueba o si es de identidad que comporta la tergiversación de la misma o, si por el contrario, es un falso juicio de legalidad que tiene que ver con el proceso de aducción probatoria, lo que significa que no basta con solo enunciarlo, sino que debe argumentar la trascendencia de esa errada valoración en la decisión final. Tales previsiones -de inexorable cumplimiento- son olvidadas por el recurrente.

Ahora bien, luego de analizada la sentencia la Sala estima que el juzgador primario efectuó un estudio sano, crítico e integral de la prueba y, contrario a

[46] *Rad. 45674 del 10 de agosto de 2016. MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA*

lo planteado por el disidente, construyó de manera lógica y concatenada las razones para estimar la existencia de certeza frente a la ocurrencia del hecho y de la responsabilidad del enjuiciado.

8.1.3. Así las cosas, la concreción del tipo subjetivo expresado en un comportamiento doloso que se infiere de la voluntad final de acción de suministrar información concerniente al servicio con clasificación secreta a un integrante de un grupo al margen de la ley por parte del SLP. **ALCA**, a cambio de obtener una remuneración económica, permiten colegir la realización de los injustos imputados con conciencia de la existencia del hecho, que se deduce de su formación militar.

En esas condiciones, tampoco resulta acertada en criterio de la Sala la posición del censor relacionada con la atipicidad de la conducta de cohecho propio bajo el argumento que la información entregada por el encausado al grupo armado ilegal era falsa, es decir, al condicionar la existencia del punible de cohecho propio a la presencia del delito de revelación de secreto, puesto que como atrás se verificó la información comercializada se correspondía con la contenida en la orden de operaciones, sin que el defensor hubiera precisado y soportado este aspecto suficientemente a fin de que esta instancia concretara que aspectos de la información suministrada era falsa, por lo que no se

ahondará en mayores consideraciones frente a este preciso aspecto.

8.2- De la solicitud de suspensión de la actuación.

Bajo el acápite de petición especial, el censor solicita al Colegiado que, de emitir sentencia condenatoria, se suspenda la actuación hasta que la Jurisdicción Especial para la Paz se pronuncie frente a la competencia para conocer las diligencias, dado que el procesado suscribió el acta de compromiso de sometimiento ante dicha jurisdicción.

Para el efecto, habrá de señalarse inicialmente que dada la competencia prevalente de la Jurisdicción Especial para la Paz respecto de asuntos penales que reúnen los factores de competencia temporal, personal y material definidos en el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1957 de 2019), conviene hacer las siguientes precisiones frente al tema.

Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1957 de 2019, la Jurisdicción Especial para la Paz conocerá de manera preferente sobre las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016 (factor temporal)[47], que se produjeron por causa, con ocasión

[47] *Artículo 65 de la Ley 1957 de 2019 y artículo 5 del Acto Legislativo No. 1 de 2015.*

o en relación directa o indirecta con el conflicto, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos (factor material)[48], por parte de todos aquellos que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado (factor personal)[49].

Sin embargo, para que los delitos ejecutados por agentes del Estado puedan ser considerados como susceptibles de conocimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, debieron realizarse mediante acciones u omisiones cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado interno, y sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser éste el determinante de la conducta delictiva (Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 17). Circunstancia que reprodujo el parágrafo 2 del artículo 63 de la Ley 1957 de 2019, que consagró:

> *"Se entiende por agente del Estado a efectos de la Jurisdicción Especial para la Paz toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios, miembros de la Fuerza Pública sin importar su jerarquía, grado, condición o fuero que haya participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado. Para que*

[48] *Artículo 62 de la Ley 1957 de 2019.*
[49] *Artículo 63 de la Ley 1957 de 2019.*

> *tales conductas puedan ser consideradas como susceptibles de conocimiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, estas debieron realizarse mediante acciones u omisiones cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado interno y sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva"* (lo subrayado fuera de texto).

En esas condiciones, la conducta desarrollada por el militar no tendría nexo de causalidad directa o indirecta o relación cercana o suficiente con el conflicto armado, puesto que, aunque se produjo en el marco de las hostilidades, tuvo como origen la búsqueda de un provecho patrimonial ilícito, propósito que se concretó en la contraprestación económica que exigió el soldado profesional al subversivo por entregarle la información operacional que tenía carácter de secreto, transacción económica que ascendió a la suma de dos millones de pesos como quedó registrado en las conversaciones telefónicas que logró interceptar la Fiscalía General de la Nación.

Luego, aunque el procesado hubiera suscrito el acta de sometimiento a la jurisdicción y cumpla con el criterio personal para acogerse voluntariamente a la JEP, situación frente a la cual no existe pronunciamiento alguno hasta el momento, las conductas que aquí se analizan relativas a la revelación de secreto y cohecho propio respondieron únicamente a una motivación meramente económica y personal, al punto que en los mensajes de texto que

intercambiaron el militar y el subversivo el día 01 de febrero de 2012, se entrelazaron en una conversación en la que se regateó el precio que debía tener la información[50], encontrándose demostrado que el enjuiciado finalmente recibió la suma de dos millones de pesos ($2.000.000,oo) como pago por la información operacional, dinero que le fue enviado por *alias "CUPER"* a través de la señora **FAM.** Situación que implica que la competencia para conocer los hechos radica en esta jurisdicción foral. Además de lo anterior, ningún fundamento normativo existe que permitiera a esta Corporación suspender la ejecución de la sentencia, como lo pretende el censor, por lo que se despachará desfavorablemente su solicitud.

En mérito de lo expuesto, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. **RESUELVE:**

PRIMERO: DESPACHAR EN FORMA DESFAVORABLE el recurso de apelación incoado por la defensa del SLP. **ALCA** y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia calendada 05 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero de Brigada del Ejército Nacional, mediante la cual se condenó al referido uniformado como autor del delito de cohecho propio en concurso heterogéneo

[50] *Folio 56 a 57 CO.1.*

y simultáneo con revelación de secretos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de la defensa encaminada a suspender la ejecución de la sentencia, conforme a lo establecido en la parte considerativa de la presente decisión.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtidos los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	**Segunda de decisión**
Magistrado ponente:	**TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ**
Radicación:	**158895**
Procedencia:	**Juzgado Sexto de Brigadas con facultad de ejecución de penas.**
Procesado:	**SLR. EAVM**
Delito:	**Deserción - Abandono del Puesto**
Motivo de alzada:	**Apelación auto niega modificar pena**
Decisión:	**Confirma**

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Correspondió a la Sala pronunciarse frente al recurso de apelación incoado por el doctor **APC,** defensor del condenado SLR. **EAVM,** contra el auto interlocutorio de fecha 8 de febrero de 2018 por medio del cual la Juez Sexta de Brigada del Ejército Nacional, actuando como juez de ejecución de penas, negó modificar la pena impuesta al citado uniformado mediante sentencia del 04 de octubre de 2017.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

Por los hechos acaecidos el 9 de agosto de 2015 en el Grupo de Caballería Mecanizado No. 10 "*TEQUENDAMA*" ubicado en la ciudad de Bogotá D.C., el Juzgado Sexto de Brigada del Ejército Nacional condenó al SLR. **EAVM** a la pena principal de veintitrés (23) meses de prisión como autor del delito militar de deserción en concurso con abandono del puesto mediante sentencia proferida el pasado 4 de octubre de 2017[1]. Decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno, por lo que cobró ejecutoria el 30 del citado mes y año.

Posteriormente, el apoderado de la defensa presentó, el 25 de enero de 2018, memorial solicitando al *A quo* corregir la pena impuesta al SLR. **EAVM**, al considerar que existía un error aritmético en la sentencia condenatoria, consistente en que la pena a imponer debía ser de doce (12) meses y veinte (20) días y no veintitrés (23) meses de privación de la libertad, como allí aparece[2].

La Juez Sexta de Brigada con facultad de ejecución de penas, mediante auto del 8 de febrero de 2018 negó la petición incoada[3]. Decisión que fuera objeto

[1] *Cuaderno original 2, folios 212-233.*
[2] *Cuaderno original 2, folios 244.*
[3] *Cuaderno original 2, folios 245-250.*

del recurso de apelación por parte de la defensa y que hoy concita el pronunciamiento de esta Sala.

III. PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Juez Sexta de Brigadas con funciones de ejecución de penas, mediante auto del 8 de febrero de 2018, negó modificar la sentencia proferida el 4 de octubre de 2017, por medio de la cual condenó al SLR. **EAVM** a veintitrés (23) meses de prisión como autor de los delitos de deserción en concurso con abandono del puesto, aduciendo que la sentencia condenatoria fue debidamente notificada a los sujetos procesales sin que se hubiera interpuesto recurso alguno por lo que cobró ejecutoria.

Indicó que, aunque la defensa mediante escrito radicado ante el despacho el 25 de enero de 2018, solicitó modificar la pena impuesta por considerar que existió un error aritmético al momento de realizar la dosificación punitiva, dado que en su sentir se estableció una pena superior a la pactada en audiencia de aceptación de cargos, el artículo 335 de la Ley 522 de 1999 establece claramente que la sentencia es irrevocable e irreformable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, salvo en los casos de error aritmético, nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutiva, siempre y cuando su corrección se

solicite dentro del término de ejecutoria del fallo, situación que no corresponde a la presentada, toda vez que la sentencia condenatoria había cobrado firmeza, lo que hacía imposible despachar favorablemente la pretensión del defensor.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El defensor impugnó la decisión proferida por la Juez Sexta de Brigada del Ejército Nacional como juez de ejecución de penas el ocho (8) de febrero de 2018, con el propósito de que esta Corporación revoque la citada decisión y corrija la pena impuesta a su defendido en la sentencia expedida el cuatro (4) de octubre de 2017.

Para ello, sostuvo que el SLR. **EAVM** fue condenado a la pena principal de veintitrés (23) meses de prisión como autor de los delitos de abandono del puesto en concurso con deserción, incurriendo la juez de conocimiento en un error aritmético al momento de dosificar la pena por el reato de abandono del puesto, dado que aunque el tipo penal establece una sanción de uno (1) a tres (3) años de prisión, la falladora estableció que la pena mínima era de veinticuatro (24) meses, parámetro desde el cual efectuó la labor de dosificación punitiva, lo que determinó que se impusiera erradamente la sanción punitiva.

Así mismo, el recurrente consideró que la falladora se equivocó al individualizar la pena por el concurso de delitos, por cuanto sumó las penas mínimas de los delitos de deserción y abandono del puesto, para posteriormente reducir en una sexta parte (1/6) el resultado por aceptación de cargos en la audiencia de corte marcial, lo que determinó que la pena imponible era de veintitrés (23) meses de prisión, proceso de dosificación punitiva que resulta errado.

Bajo ese contexto, estimó que la falladora erró al efectuar la operación matemática para dosificar la pena imponible al condenado, lo que determinó que la pena impuesta fuera incorrecta. De ahí que, en su sentir se vulneró el principio de legalidad de la pena, conforme lo determina el numeral 1° del artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el 9° de la Convención Interamericana, que señala: "*a nadie se le puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*"[4], por lo que calificó como ilegal la pena impuesta al SLR. EAVM.

Finalmente, adujo que por tratarse de un error aritmético debía ser corregido por el funcionario que profirió la sentencia o quien haga sus veces,

[4] *Cuaderno original 2, folio 261.*

conforme los pronunciamientos de la Corte Constitucional como corresponde a la sentencia T-875 de 2000 y al auto del 25 de septiembre de 1973 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 7 Judicial Penal II al conceptuar sobre el asunto puesto a consideración del Colegiado, inicialmente estimó que debía constatarse la efectiva existencia de un error aritmético en la dosificación punitiva realizada por la falladora de primera instancia. Para el efecto, precisó que el error aritmético se presenta cuando se realiza inadecuadamente alguna de las operaciones matemáticas básicas al momento de dosificar la pena, situación que no corresponde a lo sucedido en el presente evento, dado que lo acaecido fue que la juez de instancia, al momento de verificar la pena mínima establecida por el legislador para el punible de abandono del puesto, indicó erradamente que era de veinticuatro (24) meses cuando en realidad correspondía a doce (12) meses de prisión, extremo mínimo punitivo del que partió para efectuar la dosificación punitiva para el concurso de conductas punibles, por lo que esta situación no puede ser catalogada como error aritmético.

En esas condiciones, estimó que el artículo 335 de la Ley Penal Militar impedía corregir la sentencia, en primer lugar, por encontrarse la decisión ejecutoriada y, en segundo término, de tratarse de error aritmético correspondía al juez de conocimiento su modificación siempre y cuando no hubiere cobrado firmeza.

Sin embargo, estimó que ciertamente la pena impuesta deviene en ilegal, puesto que la equivocación de la juez de instancia socava derechos fundamentales que el Ministerio Público esta llamado a proteger, por tanto, como se trata de efectuar un ajuste a la dosificación punitiva que erradamente hiciera la juez *A quo* debían agotarse otros medios judiciales, como sería que la Corporación ordenara al juzgado de instancia adecuar la dosificación de la pena al límite inferior establecido para el delito de abandono del puesto, para que se realice la tasación de la pena para el concurso en forma adecuada y la rebaja por aceptación de cargos.

VI. DE LA COMPETENCIA

De acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[5], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por la defensa, en procura de que se revoque el auto de fecha 8 de febrero de 2018 proferido por la Juez Sexta de Brigada con funciones de juez de ejecución de penas.

Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el inciso 2° del artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte, que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

[5] *CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.*

Bajo la limitación que impone el artículo 583 de la ley procesal penal militar, procederá la Sala a examinar los argumentos que expone la defensa en contra del auto interlocutorio suscrito el ocho (8) de febrero de 2018, por medio del cual el juzgado Sexto de Brigada del Ejército Nacional negó corregir la pena impuesta al SLR. **EAVM** mediante sentencia del 4 de octubre de 2017.

Para el efecto, la Sala habrá de precisar que el problema jurídico planteado por la defensa se circunscribe a establecer si de conformidad con el artículo 335 de la Ley 522 de 1999, resulta procedente modificar la pena impuesta al condenado en la sentencia proferida por el Juzgado Sexto de Brigadas del Ejército Nacional el pasado cuatro (4) de octubre de 2017, que se encuentra debidamente ejecutoriada. Para ello, la Sala definirá a qué corresponde el error aritmético, estudiará la posibilidad de variar las sentencias en la jurisdicción castrense, para finalmente determinar si resulta posible en el marco del proceso penal militar modificar el fallo condenatorio proferido en contra del SLR. **EAVM.**

7.1- El error aritmético.

El artículo 335 de la Ley 522 de 1999, norma procesal aplicable al presente evento en razón a que el sistema procesal de tendencia acusatoria no ha sido implementado en la jurisdicción foral, establece que excepcionalmente la sentencia puede ser corregida, aclarada o adicionada, de oficio o a petición de parte, en caso de error aritmético, sobre el nombre del procesado o por omisión sustancial en la parte resolutiva, siempre y cuando no se encuentre debidamente ejecutoriada.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido como factor limitante al principio de irreformabilidad de la sentencia al error aritmético, en tal virtud lo ha definido como el resultante de una equivocada operación aritmética, llámese sumas, restas, multiplicaciones y divisiones[6], es decir, es "*aquel que surge de un cálculo meramente aritmético cuando la operación ha sido erróneamente realizada*[7]*"*. Así mismo, ha señalado respecto de su corrección:

> *"Si la modificación pretendida compromete, por cualquier motivo, los fundamentos fácticos o jurídicos del fallo, no se está entonces en presencia de un error de esta naturaleza, sino de uno in iudicando, susceptible solo de ser corregido por la vía de los recursos"*[8].

---

[6] *Corte Suprema de Justicia, sentencias de octubre 30 de 1991, MP. Dídimo Páez Velandia y, diciembre 13 de 1994, MP. Jorge Carreño Luengas.*
[7] *Sentencia T-875 de 2000, MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.*

[8]*. Corte Suprema de Justicia. radicado 10.341, septiembre 23 de 1998, M. P., Fernando Arboleda Ripoll.*

Frente al caso concreto, verificada la sentencia de fecha 4 de octubre de 2017[9], en lo referente a la dosificación punitiva, se tiene que la falladora precisó:

> *"Este despacho procede a establecer el ámbito de movilidad punitiva para imponer la pena por el delito cometido; como el legislador estableció en este delito una pena mínima de 8 meses y máxima de dos (2) años. Para determinar el ámbito de movilidad punitiva se le resta la pena máxima a la mínima y el resultado se divide en cuatro.*
>
> *24 meses (2 años)-8 meses para obtener un resultado de 16 meses que a su vez se divide en 4 para finalmente obtener un ámbito de punibilidad punitiva de 4 meses.*
>
> *Con base a o anterior los siguientes cuartos. ¼ de movilidad: va de 08 a 12 meses, 2/4 de movilidad: va de 12 a 16 meses, 3/4 de movilidad: va de 16 a 20 meses, 4/4 de movilidad: va de 20 a 24 meses.*
>
> *Ahora frente al delito de ABANDONO DEL PUESTO (art. 105 Ley 1407 de 2010) se le resta a la pena máxima la mínima y dicho resultado se divide en 4, con ello se obtienen los 4/4 de movilidad, lo anterior se ilustra así: 36 meses (3 años) – 24 meses (2 años)= 12 meses que se divide en 4 para un resultado de 3 meses, quiere decir que existe una diferencia de 3 meses entre los diferentes cuartos de movilidad.*
>
> *En base a lo anterior los cuartos de movilidad punitiva son los siguientes:*

[9] *Cuaderno original 2, folios 212-233.*

¼ de movilidad va de los 24 a los 27 meses de prisión.
2/4 de movilidad va de los 27 a los 30 meses de prisión.
¾ de movilidad va de los 30 a los 33 meses de prisión.
4/4 de movilidad va de los 33 a los 36 meses de prisión.

Aplicando el primer cuarto de movilidad que va de 24 a los 27 meses de prisión, teniendo en cuenta que el procesado no cuenta con antecedentes o causales de mayor punibilidad, estableciendo así una pena de 24 meses.

En cumplimiento de la norma penal militar, se procederá a fijar la pena partiendo del delito que contemple una pena mayor con respecto al otro; en el caso concreto, se fijará la pena desde el delito de ABANDONO DEL PUESTO, para establecer la escala punitiva correspondiente, siendo el mínimo 24 meses de prisión (pena más grave), siendo el máximo esta pena aumentada en otro tanto que serían 48 meses de prisión. Con el fin de evitar que la pena supere los límites establecidos en el artículo 61 del C.P.M. estableciendo la pena para imponer el concurso en 28 meses de prisión (pena más grave), siendo el máximo esta pena aumentada en otro tanto que serían 48 meses de prisión. Con el fin de evitar que la pena supere los límites establecidos por la ley se suman las penas establecidas para cada uno de los delitos (Abandono del puesto = 24 meses + deserción = 8 meses) para que el resultado sirva como máximo de movilidad. Siendo el resultado 32 meses, modificando el ámbito de movilidad anterior, quedando el ámbito de movilidad entre 24 y 32 meses.

Del anterior ámbito de movilidad se debe especificar no se aplica el manejo de cuartos

establecidos en el artículo 61 del C.P.M. estableciendo la pena para imponer al concurso en 28 meses de prisión, la cual se le reducirá 1/6 parte por aceptación de cargos en audiencia llevada a cabo para tal efecto, de acuerdo a los lineamientos de la ley 1058 de 2006 toda vez que él condenado acepto los cargos libremente de forma implícita su responsabilidad penal frente a los hechos acontecidos, en audiencia llevada a cabo para tal efecto.

Dicha rebaja se ilustra de la siguiente manera: La pena de 28 meses, se divide en 6 y se obtiene un resultado de 4,6; que equivale a la 1/6 parte de la pena de 28 meses. Seguido de ello, a la pena de 28 meses se le resta 4,6 para obtener una pena definitiva de 23 meses de prisión"[10]

Por su parte, el recurrente estimó que la *Juez A quo* cometió un error aritmético, para lo cual señaló:

"El Fallador no realizó el cálculo exacto, no realizó la operación matemática como ha debido hacerla, en su decisión erro al momento de la dosificación, al momento de acomodar los números, lo que hace que la pena a imponer sea superior de manera significativa frente a la ya acordada al momento de darse la aceptación de cargos por parte del señor EAVM. Sencillamente ha debido partir de la pena mínima del delito mayor entidad y simplemente sumarle hasta otro tanto por el otro delito (concurso de delitos).

El principio de Legalidad, debemos entender que la pena a imponer debe ser la señalada por la ley, y es obligación de los jueces, corregir las sentencias impuestas para que sean ajustadas a

[10] *Cuaderno original 2, folios 231-232.*

esta, de lo contrario son sentencias ilegales y carentes de aplicabilidad"[11].

En esas condiciones, se puede colegir que el reclamo se soporta en que la falladora se equivocó al establecer la pena mínima para el delito de abandono de puesto lo que determinó una inadecuada dosificación punitiva para el concurso de delitos, así mismo, indicó que la pena impuesta no fue la acordada al momento de aceptarse los cargos por parte del condenado, por lo que estimó quebrantado el principio de legalidad de la pena a su prohijado.

En esas condiciones, la Sala estima que el recurrente se equivoca al indicar que existió un error aritmético al momento de efectuarse la dosificación punitiva por parte de la Juez Sexta de Brigadas del Ejército Nacional, puesto que, además de olvidar precisar la operación aritmética que, en su criterio, erradamente realizó la falladora, contradictoriamente reclama vulnerado el principio de legalidad de la pena por considerar equivocada la dosificación punitiva y entender incumplido el preacuerdo al que se llegó con la fiscalía, temas que ninguna relación tienen con operación matemática alguna.

Así las cosas, el equívoco del que adolece la sentencia condenatoria pregonado por el recurrente, lejos de corresponder a un error aritmético

[11] *Cuaderno original 2, folio 260.*

compromete los fundamentos facticos y jurídicos de la sentencia, en tanto tienen relación con la labor de dosificación punitiva, el desconocimiento de preacuerdos con la fiscalía y la vulneración del principio de legalidad de la pena en criterio del propio defensor, razón por la cual corresponden a un error *in iudicando*, susceptible de ser corregido por la vía de los recursos ordinarios, que en este caso no fueron ejercidos por los sujetos procesales.

Por otro lado, a diferencia de lo establecido en el artículo 412 de la Ley 600 de 2000, que permite al juez modificar, aclarar o adicionar la sentencia en cualquier tiempo siempre y cuando se presente un error aritmético, sobre el nombre o una omisión sustancial[12], el artículo 335 del Código Penal Militar dispone que las referidas modificaciones solo pueden surtirse dentro del término de ejecutoria de la sentencia, lo que imposibilita que una vez cobrada firmeza el fallo, como en este caso, pueda el Juez Colegiado modificarlo dada las condiciones de irrevocabilidad e irreformalidad que adquiere.

7.2- La irreformabilidad de la sentencia en el proceso penal militar.

[12] *Corte Suprema de Justicia, Auto del 12 de mayo de 2004 y Auto del 19 de enero de 2005, radicados 18.489 y 21.346.*

La jurisdicción penal militar, cuyo origen deviene del artículo 221 de la Constitución Política[13], constituye una excepción al principio del juez natural[14], razón por la cual tiene su propio ordenamiento penal en atención a los sujetos a quienes está destinada, los bienes jurídicos que protege, así como el procedimiento a aplicar, respetando y desarrollando, eso sí, los principios y valores constitucionales[15], por lo que difiere del régimen ordinario, tanto en los tipos penales de contenido castrense o funcional como en las sanciones que se imponen. No obstante, en virtud del principio de integración, en los eventos en que la materia no se encuentre expresamente regulada en la codificación especial, se pueda acudir al código ordinario, procesal penal, civil o procesal civil u otros ordenamientos cuando el asunto no se oponga a la naturaleza del régimen penal militar.

Respecto a la especialidad de la ley penal militar, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria se ha pronunciado, en los siguientes términos:

---

[13] El artículo 221 de la Constitución Política, señala: "De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.
En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario."
[14] Sentencia C-429-01 M.P. Jaime Araujo Rentería.
[15] Corte Constitucional Sentencia C-1068 del 10 de octubre 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil.

"No obstante, es claro que cuando el artículo 18 de la Ley 522 de 1999 contempla entre las normas rectoras de la Ley Penal Militar, la de integración, lo hace bajo el supuesto -inherente a la propia teleología de la integración en la teoría general del derecho procesal sobre los vacíos legales-, según el cual: "En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones del Código Penal, Procesal Penal, Civil, Procesal Civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código".

Dicha naturaleza está determinada por la índole originaria de la existencia misma de la Justicia Penal Militar sustentada en la presencia de diversos factores tales como el inherente a la condición castrense de sus miembros y el funcional que fundamenta la consagración del fuero para quienes pertenecen a la fuerza pública, en tanto deben ser juzgados por delitos cometidos en servicio activo y en relación con el ejercicio de ese servicio, en forma tal que de sus actos conocerán las cortes marciales y tribunales militares, con arreglo a los preceptos del Código Penal Militar (artículo 221 de la Constitución Política. Modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 1995, artículo 1°).

Así, la tajante diferenciación que se establece desde el propio texto constitucional entre una y otra justicia, la ordinaria y la militar, se fundamenta teóricamente en que cada cual obedece a un objetivo específico y ámbito de acción propios en relación con los asuntos que son materia de su conocimiento, sobre la regulación legal que los específica y respecto de los diversos regímenes procesales que también con objetivos disímiles las hacen en la mayoría de los casos independientes.
Se trata de delitos imputables a sujetos activos siempre cualificados, que se encuentran limitados por circunstancias especiales en la realización de la conducta, como lo son el vínculo que deben tener en relación con el servicio, constituyéndose en aspectos

que de suyo promueven y justifican un trato diferenciador.

Es a partir de dichas características delimitadoras y del diverso fundamento de valoración de las conductas que son sometidas al conocimiento de la justicia penal militar y la propia naturaleza inherente a ellas, que su juzgamiento debe serlo con exclusividad por los preceptos propios dentro del contexto procesal especializado que se ha instituido con ese cometido.

Es que, para la Corte resulta excluyente considerar la posibilidad de aplicar al proceso penal militar preceptos propios de la justicia ordinaria, con mayor razón cuando el sistema de su juzgamiento no comporta vacío alguno en la regulación contemplada en materia de medidas de aseguramiento en el Capítulo VI del Título Octavo de la Ley 522 de 1999 y específicamente respecto de los casos en que procede la detención preventiva.

Y si no hay lugar a pretextar un criterio de integración en materia tan especialmente normada en el Código Penal Militar –sobre la cual, por ende, no existe vacío alguno- menos aún resultaría admisible interpolar en materias de plena regulación preceptos del Código de Procedimiento Penal ordinario, con mayor razón insustentable aducir un fenómeno de improcedente favorabilidad, como lo reclama con notable falta de fundamento, en este caso, el apelante"[16]. (Subrayado de la Sala).

Entendido lo anterior, es preciso acotar que el artículo 335 de la Ley 522 de 1999, establece que la sentencia debidamente ejecutoriada es irreformable e irrevocable, para ello la citada norma determina:

[16] *Corte Suprema de Justicia, radicado 25392, enero 23 de 2008, MP. Sigifredo Espinoza Pérez.*

> Ley 522 de 1999. Artículo 335. *"Irreformabilidad de la sentencia. La sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, salvo en caso de error aritmético, o sobre el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutiva. En cualquiera de estos casos el juez, de oficio o a petición de parte, dentro del término de ejecutoria procederá a efectuar las correcciones, aclaraciones o adiciones pertinentes"*.

Condición que impide que en firme la sentencia sea susceptible de ser revocada o corregida, precisamente porque ejecutoriado el fallo alcanza la condición de cosa juzgada al haberse emitido por el Estado un pronunciamiento irreversible, por lo que adquiere el carácter de inmutable, definitiva, vinculante y coercitiva, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ella no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir nuevo pronunciamiento.

Efectos que se imponen no por voluntad del funcionario judicial sino por mandamiento constitucional y legal en procura de la seguridad y estabilidad de las decisiones judiciales[17]. Muestra de ello corresponde a lo establecido por el artículo 29 de la Constitución Política y, particularmente, en el artículo 14 de la Ley 522 de 1999, reproducido en el artículo 192 del nuevo Código Penal Militar de 2010, que señala: "*El procesado, condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, o en providencia que*

[17] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de agosto de 2015, Rad. 43.267, MP. Eugenio Fernández Carlier.*

tenga la misma fuerza vinculante, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, salvo las excepciones legales previstas respecto de la acción de revisión".

Bajo ese panorama, resulta claro que, el 4 de octubre de 2017, la Juez Sexta de Brigada profirió sentencia condenatoria en contra del SLR. **EAVM** por los punibles de deserción en concurso con abandono del puesto, imponiéndole una pena de veintitrés (23) meses de prisión, en virtud a la aceptación de cargos. Fallo que fue notificado personalmente al defensor, fiscal y al representante del Ministerio Público[18] y de manera supletoria al procesado[19], sin que contra este se hubiera interpuesto recurso alguno por lo que cobró ejecutoria el tres (3) de noviembre de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 362 de la Ley 522 de 1999[20].

En esas condiciones, la sentencia ejecutoriada resulta inmodificable por la vía del rito penal militar, en tanto el digesto punitivo castrense, aplicable al caso concreto, regula íntegramente la forma y oportunidad para efectuar correcciones, aclaraciones o adiciones a la sentencia, indicando

[18] *Cuaderno original 2, folio 236.*
[19] *Cuaderno original 2, folio 237.*
[20] *Ley 522 de 1999. TITULO SEXTO. ACTUACION PROCESAL CAPITULO V DE LOS RECURSOS. RECURSO DE APELACIÓN Formas de interposición. Oportunidad y modo de interponerla. "Artículo 362. Las apelaciones se interpondrán así:*
Contra los autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes".

que estas solo proceden por error aritmético, en el nombre del procesado o por la omisión sustancial en la parte resolutiva, eventos que no corresponden al aquí producido como antes se estableció. Así mismo, el artículo 335 de la citada disposición establece que la corrección, aclaración o adición solo puede efectuarse mientras el fallo no haya cobrado ejecutoria, norma que en virtud al principio de especialidad normativa[21], determina que ni el juez de instancia que profirió la decisión ni esta Corporación están facultados para hacer u ordenar modificación alguna de la citada decisión condenatoria[22].

El ordenamiento penal militar tiene previsto, en su artículo 335, un término perentorio para realizar las correcciones, aclaraciones o adiciones que sobre error aritmético, en el nombre del procesado u omisión sustancial en la parte resolutiva se presenten en la sentencia, puesto que es innegable que el juez puede estar compelido a cometer errores[23], yerros que podrán ser corregidos dentro

---

[21] *Corte Suprema de Justicia, radicado 44662, marzo 25 de 2015. MP. Patricia Salazar Cuellar.*

[22] *"La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. (...) De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio". Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.*

[23] *"Ante la verdad, inconcusa e insoslayable, de ser el juez un hombre falible, el legislador estatuyó una serie de instrumentos con el objeto de reparar, de ser el caso, los diferentes yerros en los que pueda incurrir el*

del término de ejecutoria, pero no posterior a ella cuando por negligencia o incuria la defensa dejó vencer los términos para el efecto, pretendiendo ahora subsanar su propio yerro cuando ya no es posible a través de este mecanismo.

En ese orden de ideas, resulta fácil concluir que si el accionante estaba interesado en reprochar el quebranto del principio de legalidad de la pena que en su sentir considera vulnerado con la sentencia, tuvo la posibilidad de recurrir el fallo de primera instancia a través del recurso de alzada y, eventualmente, en sede del extraordinario recurso de casación por ser el ámbito propicio y natural para ello. Sin embargo dejó fenecer los términos para acudir a los recursos que la ley le otorgaba, por lo que una solicitud en ese sentido a esta altura procesal resulta improcedente bajo el marco del proceso penal en virtud de principios como el de preclusividad de los actos procesales y el de cosa juzgada.

Omisión atribuible al propio recurrente que permitió que el fallo condenatorio cobrara firmeza, situación que no puede subsanarse posteriormente, como lo pretende el togado, en consideración a que el artículo 335 de la Ley Penal Militar impide dicho cometido, razón por la cual resulta inadecuado

director del juicio, tales como los recursos, las aclaraciones, correcciones o adiciones de las providencias" CSJ, Sala de casación laboral, radicación 29416, agosto 14 de 2007, MP Isaura Vargas Díaz.

intentar revivir la oportunidad procesal que feneció en silencio, con la pretensión de acudir a un supuesto que no se cumple en el presente evento, como antes se advirtió, aspirando a sustituir el mecanismo defensivo dispuesto por el legislador al interior de la actuación judicial adelantada y culminada en contra de su defendido.

Por tanto, como el recurrente desechó la oportunidad de interponer los recursos procedentes como lo era el de apelación y, eventualmente, el extraordinario de casación previsto a su favor a efectos de debatir la pena atribuida no puede pretender ahora suplirlo a través de una solicitud, por lo demás extemporánea, ante el juez de ejecución de penas.

Por lo demás, la delegada del Ministerio Público ante el a*d quem*, acertadamente precisó que conforme lo dispone el artículo 335 del códice penal militar no es posible realizar corrección o adicción alguna a la sentencia de fecha 4 de octubre de 2017 por encontrarse ejecutoriada. Igualmente entendió que el error enunciado por la defensa no es aritmético, por cuanto no hubo ninguna equivocación en las operaciones matemáticas realizadas por la falladora de primer grado. Señalando, además, que fueron los sujetos procesales quienes dejaron vencer los términos para interponer los recursos

correspondientes a fin de que fuera la segunda instancia quien modificara la pena.

Sin embargo, indicó que la omisión del defensor, determinó la existencia de una situación violatoria al principio de legalidad de la pena, por lo que solicitó a la Corporación ordene al Juzgado Sexto de Brigada realizar los ajustes necesarios para adecuar la dosificación punitiva realizada, con el fin de evitarse un exceso ritual manifiesto que sacrifique el principio de prevalencia del derecho sustancial.

Solicitud que la Sala encuentra improcedente de conceder al interior del proceso castrense, como antes se anotó, puesto que la distinguida representante de la Procuraduría no estableció la forma o manera en que el Colegiado pudiera modificar la sentencia ejecutoriada en desconocimiento de lo establecido por el artículo 335 del Código Penal Militar, en razón a que la sentencia proferida por la Juez Sexta de Brigada del Ejército Nacional por medio de la cual se condenó al SLR. **EAVM** hizo tránsito a cosa juzgada formal y materialmente, lo que le impide que sea revocada o modificada por el juez que la profirió o por la segunda instancia[24],

[24] *"8. Como ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, un juez de la República que acude a la facultad que le confiere el artículo 310 del C. de P.C. para modificar los fundamentos fácticos o jurídicos de una providencia, está actuando al margen de su competencia. En estos eventos, nada obsta para que la parte afectada pueda hacer uso de los mecanismos que establece la ley para la defensa efectiva de sus intereses dentro del proceso. Sólo en el caso en el cual la decisión no sea susceptible de control judicial ordinario, sería procedente la acción de tutela contra el respectivo auto. En efecto, en casos como estos, la providencia estaría afectada por un grave defecto orgánico[24], pues el juez carecía de competencia para proferirla. No obstante, para que la acción de tutela pudiera ser concedida, sería*

salvo que se presente un recurso de revisión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos para que prospere[25].

Sin más consideración, la Segunda Sala del Tribunal Superior Militar y Policial,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de fecha ocho (8) de febrero de 2018 proferido por la Juez Sexta de Brigadas del Ejercito Nacional con facultad de ejecución de penas, por medio del cual se abstuvo de corregir la pena impuesta en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2017, proferida en contra del SLR. **EAVM,** identificado con CC No. 1.000.330.757 por el punible de deserción en concurso con abandono del puesto.

---

necesario, adicionalmente, que la falla orgánica tuviera un resultado claramente nocivo para los intereses o derechos de la parte comprometida con la nueva decisión. Ahora bien, ya se sabe que la acción de tutela no es un mecanismo que sirva para suplantar los medios ordinarios de defensa o para remediar la negligencia o incuria de la parte que ha dejado de acudir a aquellos en procura de sus derechos. En consecuencia, si aun existiendo una vía de hecho, se comprueba que el sujeto afectado dejó de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa, la tutela no podría proceder". Corte Constitucional, Sentencia T-875 julio 11 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[25] *Ley 522 de 1999. Artículo 373. "Procedencia y causales. Hay lugar a la acción de revisión contra las sentencias condenatorias ejecutoriadas, en los siguientes casos:*
1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.
2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada o por cualquier otra causal de extinción de la acción.
3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad.
4. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero.
5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa.
6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte o el Tribunal haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria".

SEGUNDO: DEVUÉLVASE la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtidos los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ
Magistrado

Capitan de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	156795
Procedencia	:	Juzgado Cuarto de Brigada Ejército
Procesado	:	CS. JFFT
Delito	:	Cohecho propio en concurso real heterogéneo con cohecho por dar u ofrecer
Motivo de alzada	:	Apelación auto niega la práctica de pruebas
Decisión	:	Confirma decisión.

Bogotá D.C., diciembre seis (06) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponde en relación con el recurso de apelación impetrado por el abogado CHRA, defensor de

confianza del CS. JFFT, en contra del auto interlocutorio fechado 22 de agosto de 2017 a través del cual el Juzgado Cuarto de Brigada del Ejército Nacional sito en la ciudad de Apiay (Meta), negó por improcedente el decreto y práctica de algunas pruebas solicitadas por la defensa.

II. HECHOS

Se encuentran compendiados en la providencia mediante la cual se calificó el mérito del sumario en los siguientes términos:

> *"De lo informado por el Sargento Viceprimero HSL Jefe de Contrainteligencia del Batallón de Ingenieros No. 7 "ALBAN", mediante escrito del 8 de noviembre de 2010, se tiene que en el mes de junio de 2010, cuando personal del batallón de Ingenieros No. 7, compañía Detonador, se encontraba en el área de Manzanares, jurisdicción de Puerto López Meta, el Cabo Tercero JFFT, recibe dineros de grupos al margen de la ley, a cambio de dejarlos pasar insumos, sobre el sector del rio Manacacias, y es sorprendido por el soldado regular VPC, en el mes de junio de 2010, secando una gran cantidad de dinero sobre un poncho, a quien le da la suma de un millón de pesos para que guarde silencio, dinero que posteriormente entrega en parte el soldado a sus superiores."*.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los hechos que anteceden el 10 de noviembre de 2010[1] el Juzgado 15 de Instrucción Penal Militar aperturó indagación preliminar en contra del entonces Cabo Tercero JFFT y del Soldado Regular VPC por la presunta comisión del delito de cohecho y "*OTROS POR ESTABLECER*" [sic].

El 16 de mayo de 2011[2] se escuchó en versión libre al referido soldado y el 29 de junio siguiente[3] al suboficial en cita.

El referido despacho mediante interlocutorio del 02 de agosto de 2011[4] dispuso abrir investigación formal en contra del ahora Cabo Segundo JFFT por la presunta comisión de los delitos de cohecho por dar u ofrecer y prevaricato por omisión, así mismo profirió auto inhibitorio a favor del soldado VPC.

Mediante auto de sustanciación adiado 31 de agosto de 2011[5], no obstante que ya había sido dispuesto, el juzgado instructor ordenó nuevamente la apertura de investigación formal en contra del CS. JFFT por la presunta comisión de los delitos de cohecho por dar u ofrecer y prevaricato por omisión.

---

[1] Folio 5 C.C. 1.
[2] Folios 48 al 53 *Ibídem*.
[3] Folios 63 al 66 *Ibídem*.
[4] Folios 67 al 73 *Ibídem*.
[5] Folios 82 y 83 *Ibídem*.

El 14 de diciembre de 2012[6] se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por la abogada MLMQ en representación del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

El procesado fue vinculado mediante diligencia de indagatoria el 05 de noviembre de 2013[7] en la que manifestó hacer uso de su derecho a guardar silencio, siendo resuelta su situación jurídica el 18 de diciembre de 2013[8], ello en el sentido de imponer a aquel medida de aseguramiento de detención preventiva, misma que se hizo efectiva el 21 de enero siguiente[9].

Contra la anterior determinación el defensor de confianza interpuso recurso de apelación[10], alzada que fuere declarada desierta por la Cuarta Sala de Decisión de este Tribunal mediante proveído del 13 de febrero de 2014[11].

Mediante interlocutorio adiado 20 de mayo de 2014[12], el prenombrado despacho dispuso otorgar la libertad provisional al sindicado al hallarse vencido el término establecido en el numeral 4° del artículo 539 de la Ley 522 de 1999.

---

[6] Folios 123 al 125 *Ibídem*.
[7] Folios 201 al 203 *Ibídem*.
[8] Folios 204 a 220 C.C 2.
[9] Folio 239 *Ibídem*.
[10] Folios 225 al 227 *Ibídem*.
[11] Folios 329 al 332 *Ibídem*.
[12] Folios 245 al 259 *Ibídem*.

Estimado perfeccionado el ciclo instructivo por parte del funcionario instructor, el sumario fue remitido a la Fiscalía 22 Penal Militar el 22 de septiembre del año 2014[13], despacho que cerró el ciclo instructivo a través de auto del 23 de septiembre de la misma anualidad[14].

El mérito sumarial fue calificado el 27 de enero de 2015[15], vía proferimiento de resolución de acusación en contra del CS. JFFT por los punibles de prevaricato por omisión y cohecho por dar u ofrecer, decisión en contra de la cual el defensor interpuso recurso de apelación[16].

Al resolver el anterior recurso la Fiscalía Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial mediante interlocutorio del 15 de febrero de 2016[17], dispuso *"DECRETAR LA NULIDAD, del estado mediante el cual se notificaron a los sujetos procesales de la resolución de acusación proferida por la Fiscalía 22 Penal Militar (…)".*

Habiéndose notificado en debida forma la resolución de acusación adiada 27 de enero de 2015, el defensor de confianza CHRA interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la misma,

[13] Folio 363 *Ibídem*.
[14] Folio 377 *Ibídem*.
[15] Folios 408 a 420 *Ibídem*.
[16] Folios 431 a 436 *Ibídem*.
[17] Folios 586 a 595 *Ibídem*.

impugnación que fuere resuelta por la Fiscalía Penal ante el Tribunal Superior Militar en proveído del 24 de noviembre de 2016[18], confirmando parcialmente dicha resolución y variando la calificación jurídica "*en el sentido que ya no se hará por el delito de PREVARICATO POR OMISIÓN, sino por el delito de COHECHO PROPIO EN CONCURSO REAL HETEROGENEO CON EL DELITO DE COHECHO POR DAR U OFRECER*".

Ejecutoriada la anterior decisión, el plenario fue enviado al Juzgado Cuarto de Brigadas del Ejército Nacional, estrado judicial que el 03 de abril de 2017[19] decretó la iniciación del juicio y ordenó correr traslado a los sujetos procesales por el término de ley para las solicitudes probatorias.

El defensor de confianza del acusado el 27 de abril de 2017[20] solicitó el decreto y práctica de varias pruebas testimoniales, entre ellas la del SP. HSL, el SLR. VPC y la señora IKMM, en torno a esta última ciudadana indicó:

> "*Sra. IKMM (…) conocedora de la situación económica de mi poderdante y estado de salud de su menor hijo, esto con el fin de controvertir las aseveraciones del Ministerio Público y Fiscalía que aduce que esto, es una FALACIA (…)*"

[18] Folios 810 a 833 C.C. 5.
[19] Folio 868 *Ibídem*.
[20] Folios 873 a 880 *Ibídem*.

Así mismo, pidió se alleguen las "*certificaciones y/o Guías de la NOTIFICACIÓN PERSONAL*" a su prohijado correspondientes a los autos de apertura de investigación formal de fechas 02 de agosto de 2011 dentro del radicado 286 y 31 de agosto de 2011 correspondiente al radicado 594, la demanda de parte civil, el auto que impuso medida de aseguramiento de detención preventiva y el auto de cierre de la investigación, ello para "*sustentar que las mismas no fueron comunicadas, limitándose la motivación allí plasmada, no pudiendo conrovertir* [sic] *el auto inhibitorio en favor del SLR. VPC, solicitar práctica de pruebas en su momento oportuno, y alegar la falta de investigación integral, entre otras (…)".*

Adicionalmente, solicitó se alleguen las certificaciones de notificación personal del acta "*Misión No. 024 MAGNIFICO*", de las actas de instrucción sobre comportamiento para el mes de mayo de 2010 y siguientes, al igual que el manual de funciones del procesado "*con el fin de sustentar que las mismas no fueron comunicadas, desconociéndose las directrices allí trazadas, por las razones expuestas*", además de los poderes debidamente diligenciados por las profesionales del Derecho MYRS y ASBQ con el fin de acreditar la "*no representación judicial*".

Refirió además que su poderdante "*no autorizó y desconoció la defensa técnica*" del abogado HAJF, quien no sustentó en debida forma el recurso de apelación

en contra del auto que impuso medida de aseguramiento, no presentó alegatos precalificatorios y no impugnó el cierre de investigación ante la falta de investigación integral afectándose el derecho de defensa técnica y la igualdad de armas.

Finalmente, solicitó la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos del laboratorio destruido en mayo de 2010 para constatar la posición de la supuesta guaca encontrada, el perímetro aledaño, naturaleza y el lugar donde supuestamente se encontraba el acriminado contando el dinero producto del ilícito.

El precitado juzgado de conocimiento, el 22 de agosto de 2017[21], concedió algunas de las pruebas solicitadas y denegó aquellas correspondientes al testimonio de la señora IKMM, las certificaciones relacionadas con los envíos de correo para verificar notificaciones, los poderes de las defensoras MYRS y ASBQ, así como la diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos.

Contra la anterior determinación el defensor CHRA[22] interpuso recurso de apelación, mismo cuya resolución en Derecho ocupa la atención de esta Sala de Decisión en la presente oportunidad.

[21] Folios 886 a 890 *ídem*.
[22] Folios 898 a 909 ídem.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Teniente Coronel SANDRA BOTIA RAMOS, Juez Cuarta de Brigada del Ejército Nacional, luego de conceder la práctica de los testimonios correspondientes al SP. HSL y al SLR. VPC, así como la intervención del procesado, negó escuchar la declaración de la señora IKMM para lo cual arguyó que el acriminado rindió diligencia de indagatoria en la que afirmó que era casado con la señora YPCC y padre del menor AJFM, ciudadana ésta última que a su turno confirmó ser la esposa del suboficial, madre del menor JDFC refiriéndose dentro de dicha diligencia al estado de salud de su hijo.

La juez primaria adicionalmente indicó:

> *"No tiene claro el despacho cual es la conducencia o pertinencia de escucharse a la señora **IKMM** ex compañera sentimental del uniformado de quien se afirma es la madre del menor, como situación económica del procesado, para controvertir las aseveraciones que en su oportunidad hiciera el Ministerio Público y el ente fiscal. Circunstancias que humildemente considera este juzgador están más que claras en la declaración de la señora YPCC."*

En lo que respecta a la solicitud correspondiente a allegar las guías por medio de las cuales se enviaron las diversas comunicaciones, la operadora de primera instancia refirió que "*el fin perseguido por la*

defensa, considera este despacho que ya fue abordada la discusión respecto de una indebida notificación, la falta de investigación integral etc, en cada una de las etapas e incluso al elevarse los recursos respectivos ante la segunda instancia, se aprovecha si [sic] *la oportunidad de recordar a la defensa, que los pedimentos en tono a sugerir o mejor probar "nulidades" en este proceso, es dable hasta el término de ejecutoria de la acusación, de superarse lo anterior, solo podrán ser debatidas en el recurso de Casación."*

Igualmente denegó la petición referida a los poderes debidamente diligenciados de las defensoras citadas, en razón a que la abogada MYRS fue designada por el procesado en la diligencia de versión libre practicada el 29 de junio de 2011 y la doctora ASBQ fue designada para la diligencia de indagatoria que rindiera el mismo el 05 de noviembre de 2013, por lo que el reconocimiento de aquellas se hizo en cada una de dichas actuaciones.

Finalmente, negó la práctica de la inspección judicial deprecada al estimar que las circunstancias a demostrar por la defensa se extractan de las versiones libres rendidas por el C3. JFFT y el SLR. VPC, además que no se cumplen con los criterios contenidos en el artículo 577 de la Ley 1407 de 2010.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor CHRA inicialmente indicó que dicha defensa "*acudió a la práctica de pruebas de manera integral y no parcial, POR LA NECESIDAD EXTREMA DE DEFENDER UN DERECHO ante el perjuicio irremediable, por la vulneración de los derechos fundamentales en el tiempo de mi poderdante*", además que se han presentado decisiones equivocadas que no fueron subsanadas en el momento oportuno.

Refirió que la declaración rendida en su momento por YPCC se limitó a indagar sobre su vida personal y núcleo familiar consanguíneo directo, sin que se le preguntara si en la vida del acriminado existió una vida conyugal o marital de hecho con antelación o la existencia de un hijo extramatrimonial, por lo que se hace necesario escuchar el testimonio de la señora IKMM para salvaguardar la honra y el buen nombre de su prohijado.

Adujo que frente al documento "*ORDEN DE OPERACIONES*" se hace necesario escuchar a los integrantes del tercer pelotón adscrito a la compañía Detonador del Batallón Albán del Ejército Nacional, así mismo allegar las correspondientes actas de instrucción y manual de funciones.

Señaló en relación a las notificaciones personales, que el despacho no enunció cuáles son los folios que

soportan las guías y por el contrario confunde el aviso de citación con la notificación personal, en razón a que el envío no constituye una notificación sino el medio que la ley creó para que el "*indiciado*" se entere y pueda ejercer su derecho de contradicción, por lo que dicha documentación es necesaria para sustentar la ausencia de notificación.

En cuanto a la representación indicó que no existe claridad en torno a si el poder otorgado en estrados a la defensora MYRS era sólo para la diligencia de versión libre o para todo el proceso y si le permitía delegar dicho poder, ello dado que dicha sustitución no fue informada a su poderdante y el nuevo abogado, HAJF, ejerció una indebida defensa técnica.

En lo que atañe a la negativa de decretar la práctica de diligencia de inspección judicial, replicó que no es cierto que la misma no cumpla los presupuestos contenidos en el artículo 577 de la Ley 1407 de 2010 en razón a que el informe de inteligencia de fecha 08 de noviembre de 2010, la "*supuesta confesión*" del 29 de junio de 2011 y la ampliación de indagatoria del 26 de marzo de 2015, generan muchas dudas en cuanto a la verdad real y procesal. Así mismo indicó:

> *"(…) con la inspección pretendo que el estudio de la presente investigación, sea objetiva y no subjetiva, con el fin de observar la topografía del lugar de los hechos de manera directa, inspeccionando minuciosamente el terreno, ya que*

no existe como comprobar el hecho principal "Una guaca bajo tierra y Vinculos con el Paramilitarismo", pues debemos recordar que mi poderdante adujo en su ampliación haberse encontrado el dinero en el camino dentro de un bolsito."

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 2° Judicial II Penal de Apoyo a Víctimas, doctor JACR, solicitó confirmar la providencia impugnada, para lo cual luego de definir qué se entiende por pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad de las solicitudes probatorias, indicó que en lo atañe al testimonio de la señora IKMM no se advierte la conducencia, ni la pertinencia de dicha probanza, en razón a que no puede decretarse una declaración para "*salvaguardar la honra y buen nombre de su poderdante*" ya que ello no es objeto del proceso, ni de la investigación, ni será objeto del juicio, además que no se está auscultando el parentesco del procesado con el menor AJFM.

Respecto a que se alleguen las certificaciones o guías que dan fe de diversas notificaciones efectuadas al incriminado, aseveró que se evidencia que el petente pretende revivir etapas procesales ya superadas, no sólo a nivel de instancia, cuando a raíz de varias irregularidades en las notificaciones

la Fiscalía Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial decretó una nulidad, resultando desafortunado que el defensor insista en temas superados.

Añadió que igualmente reposa providencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se denegó por improcedente la acción de tutela por aquel incoada, en razón a que no se logró demostrar vulneración a los derechos fundamentales.

Así mismo, afirmó:

> *"Frente a esta solicitud H. Magistrado, no se trata de condiciones de pertinencia, conducencia, utilidad y razonabilidad, de los medios probatorios solicitados, sino del abuso del derecho, maniobras abiertamente dilatorias empleadas por el abogado que representa los intereses del CS. JFFT, y que ameritan, si así lo estima jurídicamente viable la magistratura, compulsa de copias ante el Consejo Seccional de la Judicatura (…)".*

En punto a la solicitud encaminada a que se allegue copia de los poderes de las defensoras MYRS y ASBQ, estimó el representante del Ministerio Público que es inconducente, impertinente, inútil e irracional, pues si lo pretendido es hacer claridad respecto de si el poder otorgado a MYRS fue sólo para la diligencia de versión libre o para todo el mandato y si lo podía delegar, ello fue igualmente superado con la decisión

del 15 de febrero de 2016 cuando se decretó la nulidad por violación al debido proceso.

Sobre la inspección al lugar de los hechos estimó que si bien en principio podría tener relación con los hechos dándole la condición de pertinente, no ocurre lo mismo con las calidades de conducencia, racionalidad y utilidad, porque si a manera de hipótesis la prueba se decreta en las condiciones solicitadas por la defensa, sin mencionar los recursos económicos necesarios para su práctica, "*los resultados de la misma serían concretamente ninguno, porque como bien lo precisa el a-quo, el solo transcurso del tiempo no permite decretarla*"

Al efecto subrayó:

> "*(…) han transcurrido más de siete (7) años H. Magistrado, y practicar una inspección judicial "cerca a la jungla cerca al rio Manacacías" como describe el sitio el SLR. CVPC, en la versión libre rendida el 16 de mayo de 2011, en verdad que sí resulta desafortunada esta solicitud probatoria, porque el abogado defensor olvida que las condiciones de la naturaleza, el paisaje, la topografía del lugar, las condiciones del terreno, varían con el paso del tiempo, varían igualmente en la época del año, se es en invierno o en verano, etc., entonces qué grado de certeza o de convicción puede formar en el fallador, una diligencia que se practique de manera tardía, de allí que no se estime conducente y por ende podría pregonarse también que resulte inútil, porque no representa ningún tipo de beneficio para el juzgamiento, ya que como se mencionó, el SLR. VPC y el mismo procesado, dan*

cuenta de todo aquello que se quiere demostrar o probar mediante una inspección judicial innecesaria por las razones anotadas.”.

VII. DE LA COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer del recurso de apelación inserto en las fojas y cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en esta oportunidad, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año[23], como de los ocurridos con posterioridad a la misma - no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial - mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

[23] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Llevada a cabo con inmediata precedencia la sinopsis de las principales actuaciones procesales adelantadas en la presente causa, al igual que extractadas las motivaciones esbozadas en el escrito de alzada a título de sustentación del disenso del recurrente respecto de la decisión judicial objeto de control en esta instancia y la posición de la representante de la sociedad ante este Tribunal en su concepto de rigor, estima la Sala menester rememorar, como se hiciere en pretérita oportunidad[24], que el artículo 29 de la Constitución Política consagra como parte del debido proceso y del derecho a la defensa, la facultad del procesado para presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, erigiéndose una facultad tal en postulado fundamental que el legislador ha desarrollado y fijado en la

[24] Sentencia de segunda instancia septiembre 03 de 2018, radicado No. 158844.

normatividad adjetiva[25], garantía que se extiende a la parte civil[26], siendo de competencia de la respectiva autoridad judicial la determinación acerca de la validez, racionalidad, pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas a partir de las cuales formará su convencimiento y sustentará la decisión final, ello atendiendo a que el propósito de éstas, dada la consideración del proceso penal moderno como un método dialéctico, no es otro que la aproximación a la verdad histórica y a través de su establecimiento, la aplicación del derecho sustancial, la realización de la justicia material y el afianzamiento de un orden justo.

Esa verdad histórica, ha precisado la Sala, demanda que el operador de justicia penal procure por todos los medios a su alcance reconstruir de la forma más fidedigna posible el cómo, el cuándo, el dónde y el porqué de los hechos sometidos a su escrutinio, al igual que determine quién o quiénes los cometieron o participaron en su realización, y asimismo establezca

---

[25] Ley 522 de 1999, artículo 397, "*Petición de pruebas y términos para decidir. Las partes podrán pedir la práctica de las pruebas que estimen conducentes, y el juez resolverá lo que sea del caso dentro de los dos (2) días siguientes.*

Las partes tienen derecho a intervenir en la práctica de todas las pruebas".

Artículo 398, "*Controversia. Las partes tienen el derecho a controvertir todas las pruebas*".

[26] Ley 522 de 1999, artículo 309, "*Facultades de la parte civil. Admitida la demanda de parte civil, ésta quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho punible, la identidad de los autores o partícipes, y su responsabilidad.*"

las condiciones particulares, endógenas y exógenas, que influyeron en autor y partícipe en punto a la materialización de la conducta reprochada.

Es decir, los objetos de esclarecimiento respecto de un injusto penal en especial, deben tener como referentes la determinación acerca de quién o quiénes son los autores y partícipes, cuáles fueron los motivos y factores que influyeron en la violación de la ley sustantiva, las circunstancias modales y temporales en que ello tuvo lugar, las condiciones políticas, económicas y sociales que enmarcaron el acontecimiento delictivo, los daños y perjuicios ocasionados con el injusto penal y, asimismo, las circunstancias que pudieren explicar a la luz del Derecho aquella violación e incluso las que pudieren, bajo igual espectro, avalarla.

Ahora bien, en punto al derecho que asiste a todo procesado, por sí mismo o a través de quien ejerce su defensa técnica, de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen[27] dentro del rito procesal contemplado en la Ley 522 de 1999 aplicable a la presente causa, se habrá de iterar que el mismo

[27] Estas, junto con el derecho a obtener un pronunciamiento motivado acerca de la inadmisión de uno o todos los elementos de convicción propuestos y el derecho a la práctica de la prueba decretada, es decir, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, son las aristas que integran el derecho de raigambre constitucional a la prueba. *Cfr*. artículo 29 de la Constitucional concordante con la Carta Internacional de Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14-3, literales b, c y e), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVI) y Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 8.)

es de tal envergadura que enfática ha sido la Corte Constitucional en punto a que *i)* el juez sólo puede condenar con base en pruebas legal y debidamente aducidas al proceso que lo lleven a la certeza de la responsabilidad del procesado[28]; *ii)* se trata de una garantía[29] que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; *iii)* para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer[30]; *iv)* el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que siendo racionales, conducentes y pertinentes resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de los sujetos procesales[31] y/o se abstiene de practicar aquellas concernientes al *thema probandum* que fueron legal y oportunamente decretadas; *v)* en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando "*se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso*"[32]; *vi)* el prenombrado derecho,

---

[28] Sentencia C- 609 de 1996.
[29] Sentencia C- 830 de 2002.
[30] Sentencia C- 798 de 2003.
[31] Sentencias T-055 de 1994; T-442 de 1994; T-324 de 1996; T-329 de 1996 y T-654 de 1998.
[32] Sentencia T- 461 de 2003.

comprende además la facultad para participar efectivamente en la producción de la prueba, y exponer sus argumentos en torno a lo que establecen los medios de prueba; y *vii)* el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas[33].

Cabe destacar, además, que es el llamado derecho a la prueba, como una de las dimensiones del derecho de defensa, el que llevó al legislador a consagrar en el artículo 469 de la Ley 522 de 1999 el principio de la investigación integral, principio rector que, como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia[34], se encuentra íntimamente ligado con la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba por virtud del cual le atañe, en conexión con el principio de oficiosidad probatoria[35], investigar con igual ahínco los aspectos enlistados *ut supra* -tocantes con las pretensiones del indagado, imputado, acusado o procesado-, y que a la par de ello también lleva implícita -como expresión de la garantía de defensa-, la realización de los actos procesales de parte en materia probatoria.

Sobre un principio tal y su íntima relación con el fin

[33] Sentencia SU- 014 de 2001.
[34] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia enero 24 de 2007, radicación N° 22412; radicación No. 36668, sentencia septiembre 14 de 2011, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y auto noviembre 17 de 2010, radicado No. 32476, M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ.
[35] Principio que le faculta ordenar *motu propio* pruebas a fin de ir progresivamente aclarando todos los puntos oscuros no revelados por los hechos o pruebas existentes, logrando aproximarse al descubrimiento de la verdad material o real.

del proceso penal, esta Corporación en otras oportunidades[36] ha apuntalado que éste último, la búsqueda de la aproximación de la verdad histórica, demanda que el operador de justicia penal en ejercicio de su órbita funcional y a través del poder dispositivo que en materia probatoria le confiere la ley, determine en forma fehaciente los aspectos que rodearon la comisión del injusto penal y el compromiso penal que en ello incumba al sujeto pasible de la acción penal que compete al Estado, aspectos que fueron delimitados y escindidos con suficiencia párrafos atrás.

Así, aquel postulado rector comporta la carga para el operador de justicia, como también ha acrisolado este Tribunal, de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a las pretensiones del indagado, imputado, acusado o procesado, en conexión a la facultad de ordenar pruebas de oficio, a fin de ir progresivamente aclarando todos los puntos oscuros no revelados por los hechos o pruebas y aproximándose al descubrimiento de la verdad racional epicentro de todo proceso pernal. Esto permite, reitera la Sala[37] haciendo eco de lo que enseña el órgano de cierre de esta jurisdicción foral, pasar paulatinamente de la ignorancia judicial por ausencia o escasez de medios, a la certeza probatoria que permite demostrar tanto

[36] Sala Tercera de Decisión, autos diciembre 17 de 2015, radicado 158225 mayo 13 de 2016 y radicado 158353.
[37] *Cfr.* Sala Tercera de Decisión, sentencia de segunda instancia septiembre 03 de 2018, radicado No. 158844.

la materialidad del injusto como la responsabilidad del inculpado en su comisión[38].

Empero ese imperativo de la investigación integral, sea bueno enfatizar, no obliga al operador jurídico a practicar todas las pruebas que a bien tengan solicitar los sujetos procesales, como tampoco a la realización de pruebas inútiles, impertinentes, inconducentes, ilegales, ilícitas, superfluas, dilatorias, distractoras, imposibles o inimaginables, sino sólo aquellas que objetivamente resulten pertinentes y que puedan ser obtenidas a través de un esfuerzo razonable. Esto apareja que su admisibilidad se sujete, de una parte, a que el medio de prueba deprecado guarde relación con los hechos objeto del debate probatorio y posea fuerza suficiente para demostrar las circunstancias relativas a la comisión de la conducta punible y sus consecuencias, así como para determinar sus posibles autores (pertinencia) y, de otra, a la utilidad o mérito que deriva del medio de conocimiento para que el juez resuelva los extremos de la relación jurídico procesal[39].

Es por ello que la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, ha decantado en reiteradas oportunidades que:

---

[38] *Cfr.* Sala de Casación Penal, auto noviembre 17 de 2010, radicado No. 32476. MP Dr. JAVIER ZAPATA ORTIZ.
[39] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 40330 del 06 de marzo de 2013, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

"Tal garantía no es una patente para que las partes soliciten la práctica de pruebas que carecen de aptitud para demostrar o infirmar la ocurrencia de un suceso [conducencia], o cuando el hecho que persigue probar no tiene relación alguna con el objeto del proceso [pertinencia], aspectos frente a los cuales el legislador no ha sido ajeno y dispuso en el artículo 235 de la ley 600 de 2000, que: "se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará […] la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas".

Así, la procedencia de una prueba está determinada porque su práctica esté consentida legalmente, tenga capacidad de lograr el efecto que se espera y sea útil para el proceso, aspectos en torno de los cuales la jurisprudencia de la Sala tiene precisado:

> *"El concepto de procedencia engloba los de conducencia, pertinencia y utilidad. Una prueba es conducente cuando su práctica es permitida por el ordenamiento jurídico, pertinente cuando guarda relación con los hechos investigados, y útil cuando probatoriamente reporta beneficio para la investigación. El concepto de trascendencia es distinto al de utilidad. No emana de la importancia de la prueba en sí misma considerada, sino de su (sic) implicaciones frente a los elementos de prueba que sustentan el fallo. Será trascendente si es virtualmente apta para remover las conclusiones fácticas de la decisión, e intrascendente, en caso contrario"*[40]*.*

[40] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 25 de febrero de 2010, radicado No. 29632, misma en que se remite a la sentencia del 04 de febrero de 2004, radicado 15666.

Postura que se ha mantenido incólume, siendo expresión de ello lo aquilatado por el órgano de cierre de esta jurisdicción foral en el auto del 17 de marzo de 2014 dentro el radicado 41741[41] en los siguientes términos:

> *"….la prueba es pertinente en la medida que se refiera, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del implicado, pero, además, cuando solo sirve para aumentar o disminuir la probabilidad de uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o un perito, siendo esas las premisas que gobiernan, tanto el pedido de pruebas, como su análisis, en pos de determinar cuáles se irán a incorporar al juicio oral.*
>
> *Entonces, los atributos de las pruebas, según lo ha decantado la Sala son: conducencia, según el cual, el medio de convicción ostenta aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo que presupone que esté autorizado en el procedimiento; pertinencia, implica que guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; racionalidad, cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, utilidad, si reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario."*

Derívase, por un lado, de lo apuntalado hasta este punto con meridiana precisión, que la negativa a la práctica de determinados medios solicitados por los sujetos procesales "*sólo puede obedecer a la*

[41] AP1282-2014, M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se les considere manifiestamente superfluas"[42].

Y, por otra parte, que quien pretenda la ordenación de la práctica de un determinado medio de convicción, ha de desplegar un ejercicio retórico demostrativo tendiente a evidenciar la trascendencia y potencialidad de impactar con esa práctica y con su aducción al trámite, esto en tanto el mismo guarda relación, directa o indirecta, con el *thema probandum*, esto es, con los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, con la identidad de autores y partícipes, con el grado de participación en el reato, con la exclusión o aminoramiento de la responsabilidad penal atribuida, con la atenuación o degradación de la adecuación típica, con la concurrencia de causales de ausencia de responsabilidad o con la demostración de alguna circunstancia que troque procedente la concesión de beneficios o subrogados penales, entre otras circunstancias anejas a toda causa penal.

Palmar resulta colegir de lo hasta ahora precisado, que al interior del proceso penal sólo cabe el decreto y práctica de pruebas que aglutinen y

[42] Corte Constitucional, sentencia T-452 de 1998.

cumplan criterios de pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad, conceptos estos que llevan a reputar que un medio suasorio es ***pertinente*** en la medida que guarde relación con los hechos que se debaten al interior de la urdimbre procesal, en otras palabras, en tanto perviva una relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso (*thema probandum*), y además de ello resulte apto y apropiado para demostrar un tópico de interés al trámite; resultará ***conducente***, si, amén de avalado por el ordenamiento jurídico, permite la cabal demostración de un determinado postulado, hecho o hipótesis, tanto en lo principal como en los incidentes y en las circunstancias importantes; será ***racional*** si la práctica del medio probatorio es viable dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización; y, finalmente, advendrá ***útil*** en tanto idóneo, apto, capaz, para llevar al juez a la convicción racional de la existencia o inexistencia del hecho debatido, de manera tal que es indubitable el beneficio que reporta al proceso, en oposición a lo superfluo e intrascendente.

La falta de observancia de uno cualquiera de tales requisitos, acota la Sala, faculta al juez a repeler de oficio la prueba que estime impertinente, inconducente, inútil, legalmente prohibida, ineficaz, dilatoria, distractora, irracional u

superflua, rechazo que se ha de concretar a través de un juicio racional, objetivo y sopesado sobre el cumplimiento o no de aquellos, juicio que demanda, como atañe a toda decisión judicial, una arquitectura de construcción argumentativa excelsa, ello en tanto se torna en la principal muestra de lealtad del juez hacia la comunidad y hacia los sujetos procesales en la medida que, a la voz de nuestra Corte Suprema de Justicia, "*una sana argumentación es la explicación de las razones que conducen a adoptar una determinación y permite el control de la legalidad de la principal manifestación del Poder Judicial propio de todo Estado Democrático. Así se somete la providencia al escrutinio de los sujetos procesales y de la sociedad pues si bien el pronunciamiento jurisdiccional tiene un efecto inter-partes, también concita el interés general, amén del fin pedagógico que demuestra y persuade que se trata de la mejor solución posible, no la expresión cruda del ejercicio de una competencia sino el caro fruto de la lógica y la razón. Desde otra perspectiva, la respuesta judicial genera un elemento de estudio y doctrina para casos similares, creando jurisprudencia y una fuente de Derecho.*"[43]

Precisado así el marco normativo, doctrinal y jurisprudencial, fundamento para analizar la pertinencia, conducencia, idoneidad y utilidad de las pruebas testimoniales, documentales y periciales

[43] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto octubre 08 de 2009, radicado No. 31263. M.P YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

requeridas por la defensa técnica del aquí procesado y la vocación de prosperidad de la impugnación incoada contra la decisión interlocutoria por la cual se negare el decreto y práctica de las mismas, procede esta Sala de Decisión a su consideración particular.

Con tal propósito, cabe enfatizar, como se ha hecho en anteriores oportunidades y se itera en el presente pronunciamiento con afincamiento en los precedentes jurisprudenciales traídos a colación párrafos atrás, que en tratándose de las solicitudes probatorias, incumbe al sujeto procesal que postula el decreto y práctica de un determinado medio suasorio, justificar la pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad del mismo, teniendo por lo tanto que indicar de manera argumentada pero precisa y concisa, cuáles son los elementos de convicción sobre los que gravita su petición, qué pretende probar con los mismos, cuál es su fuerza y eficiencia demostrativa respecto de la circunstancia de hecho o de Derecho que pretende probar, cuál es la relación con el *thema probandum* que se ventila en autos y qué utilidad reporta su ordenación y práctica para la administración de justicia, en tanto le permitirá arribar al grado de certeza propio de la etapa procesal en que tiene lugar la solicitud y cuál es su incidencia en las etapas subsiguientes del proceso.

En torno a este particular tópico, ha decantado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que es carga obligatoria de la parte que demanda la práctica de pruebas, explicitar los hechos que pretende demostrar y su conexión con la conducta que se imputa, y que, de no hacerlo, se impone para el funcionario su rechazo en tanto ello torna nugatorio el juicio de conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de convicción peticionados; al efecto señaló aquella Corporación:

> *"Así entonces, la descripción detallada de la conducta imputada y su valoración jurídica constituyen el marco de referencia de la solicitud de pruebas presentadas por los sujetos procesales en el juicio, quienes ostentan la carga de determinar los hechos que pretenden demostrar y su conexión con la conducta endilgada, que de no cumplir ese deber, dejan a la Sala sin posibilidad para realizar el juicio de conducencia, pertinencia y utilidad que le concierne al resolver acerca del decreto o la denegación de la práctica de pruebas (…)"*[44] (Subrayado fuera del texto).

Asimismo, en punto a los atributos que ha de reunir la prueba deprecada y su demostración por vía de un sopesado, suficiente y razonado ejercicio dialéctico, el órgano de cierre de la jurisdicción foral ha indicado:

[44] Corte Suprema de Justicia, radicado 22019 del 28 de noviembre de 2008.

"(…)recuérdese cómo la Corporación ha decantado que la prueba es conducente cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es pertinente cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es racional cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.

En ese orden, la parte que formula la postulación probatoria ostenta la ineludible carga procesal de indicar las razones que orientan la solicitud y, específicamente, los motivos de conducencia, pertinencia y utilidad del medio de convicción que imponen su decreto, obligación que comporta otorgar argumentos claros y concretos a efectos de garantizar la adecuada comprensión de la petición y, consecuentemente, el derecho de contradicción de la contraparte, quien al conocer los fundamentos de la petición adquiere elementos de juicio para oponerse a su práctica, si así lo considera."[45]

Carga argumentativa esta última respecto de la cual, en pronunciamiento posterior el referido órgano colegiado recalcó:

"Importa significar, así, que las partes deben ajustar sus pretensiones probatorias a esos postulados y aportar razones claras y suficientes en aras de acreditarlos para que el órgano decisor pueda asumir el examen y pronunciarse de fondo al respecto, sin dejar de lado, que el cumplimiento de esa carga en los términos adecuados, permite a quienes disienten de esa clase de postulación, oponerse y acceder perfectamente al recurso de

[45] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 41790 del 11 de septiembre de 2013, M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ.

apelación, en tanto adquieren interés procesal para tal efecto, tal y como lo ha discernido la Sala. (CSJ AP, 11 Sep. 2013, Rad. 41790)."[46]

En este orden de ideas y descendiendo lo hasta aquí dicho al evento *sub examine*, se habrá de señalar que del estudio de la presente causa penal se advierte que el defensor CHRA solicitó escuchar en diligencia de declaración a la señora IKMM, para fundamentar su petición arguyó que "*para que conteste cuestionario que en el momento oportuno allegare a ese Despacho, en aras del interrogatorio y contrainterrogatorio, conocedora de la situación económica de mi poderdante y estado de salud de su menor hijo, esto con el fin de controvertir las aseveraciones del Ministerio Público y la Fiscalía que aduce que esto, es una FALACIA*".

Respecto a que se alleguen las "*certificaciones y/o guías de la NOTIFICACIÓN PERSONAL a mi poderdante*" de los autos de apertura de investigación del 02 y 31 de agosto de 2011, la demanda de constitución de parte civil, el auto que impone medida de aseguramiento de detención preventiva y el cierre de la investigación, dijo que ello para sustentar que "*las mismas no fueron notificadas, limitándose la motivación allí plasmada, no pudiendo conrovertir* [sic] *el auto inhibitorio en favor del SLR. VPC, solicitar la práctica de pruebas en su momento oportuno, y alegar la falta de investigación integral, entre tantas; Toda vez que se desconoció si tal información llegó o no a su destinatario, por lo que no se agoto* [sic] *todos los*

[46] *Vid.* Nota 35.

medios idóneos, para la notificación personal de mi poderdante, entre ellos "Comisorios – llamada personal – Correo Institucional – email, etc…". De ahí el requerimiento referenciado, para sustentar la omisión presentada, atentatoria de los derechos de mi poderdante, por las razones expuestas"[47].

En torno a que se alleguen los poderes que le fueron conferidos a las defensoras MYRS y ASBQ, refirió que esto era para acreditar la no representación judicial generadora de vicios de nulidad.

Finalmente, señaló en punto a la práctica de una diligencia de inspección judicial que era para "*constatar la posición de la supuesta guaca encontrada, y perímetro aledaño, naturaleza, incluyendo el lugar donde se encontrba* [sic] *mi poderdante contando el dinero supuestamente producto del ilícito, a efecto de verificar el enriquecimiento ilícito y paramilitarismo*."

Posteriormente, en el escrito de impugnación señaló que la primera de estas pruebas estaba encaminada a "*que corrobore el parentesco del menor AJFM, y otros pormenores*". Referente la segunda, arguyó que en virtud del principio de legalidad, debido proceso e inocencia se debió decretar oficiosamente la nulidad porque no se notificaron en debida forma las providencias referenciadas.

[47] Folio 877 C.C. 5.

En lo que atañe a la tercera prueba refirió que no existe claridad si el poder otorgado en estrados a la abogada MYRS era solo para la diligencia de versión libre o para todo el proceso hasta su término y si le permitía delegar dicho poder, en razón a que a su prohijado no le fue informada la sustitución del poder al doctor HAJF, quien en su concepto ejerció una indebida defensa técnica.

Por último, adujo que con la práctica de la inspección judicial "*pretendo que el estudio de la presente investigación, sea objetiva y no subjetiva, con el fin de observar la topografía del lugar de los hechos de manera directa, inspeccionando minuciosamente el terreno, ya que no existe como probar el hecho principal* ***"Una Guaca bajo tierra y Vínculos con el paramilitarismo"****, pues debemos recordar que mi poderdante adujo en su ampliación haberse encontrado el dinero en el camino dentro de un bolsito*." (Negrillas en el original)

En orden a la resolución del recurso de alzada, desde ya habrá de decirse que lo previamente reseñado evidencia que el respetado defensor obvió argumentar la incidencia de las pruebas solicitas en los hechos objeto de la presente pesquisa penal, la utilidad que ello reportaba para la administración de justicia y su fuerza y eficiencia demostrativa en punto al cumplimiento de los fines del sumario, específicamente a la determinación o al desvirtuamiento del compromiso penal del CS. JFFT en

la comisión de los hechos investigados. Omisión retórico demostrativa que también habrá de predicarse en punto a la aptitud suficiente que tienen las pruebas que depreca para demostrar las circunstancias relativas a la comisión de la conducta punible investigada, los factores exógenos y endógenos que incidieron en la misma, y, asimismo, las circunstancias que pudieren explicar a la luz del Derecho la violación de la ley penal e incluso las que pudieren, como fue acotado *ut supra*, avalarla.

Omisión dialéctica, sólo atribuible al profesional del Derecho que detenta la defensa técnica del empapelado, apóstata del principio de sustentación suficiente[48] que le obligaba a evidenciar por vía de una dialéctica[49] argumentativa lógica, precisa, coherente, sustentada y clara, que las pruebas solicitadas aglutinaban los presupuestos explicados a espacio y suficiencia párrafos atrás, que indefectiblemente lleva a la Colegiatura a confirmar la abstención que al respecto hiciere la Juez Cuarta de Brigada del Ejército Nacional, conllevando ello,

[48] El principio de razón suficiente, también denominado de sustentación suficiente, impone que la fundamentación para cada censura ha de bastarse a sí misma para lograr la infirmación total o parcial de la decisión. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 30822, marzo 10 de 2009, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA y auto octubre 02 de 2013, radicación No. 42311, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

[49] El método dialéctico se puede describir como el arte del diálogo. Un debate en el que se investiga la verdad mediante el examen crítico de las percepciones y teorías, mediante el intercambio de proposiciones (tesis) y contra-proposiciones (antítesis), resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final (conclusión).

como consecuencia lógica, a la confirmación del auto adiado 22 de agosto de 2017 por ella proferido.

Determinación que no se erige en óbice para apuntalar que palmar se evidencia que algunas de las peticiones probatorias enarboladas por el defensor del procesado, como bien lo resaltara el respetado representante del Ministerio Público ante esta instancia en su concepto de rigor, son un soterrado esfuerzo por reabrir etapas ya superadas que van en contravía del principio de preclusión de los actos procesales[50], ello en tanto, se habrá de rememorar, solicitó la aducción de una serie de documentos para apalancar diversas nulidades que fueron estudiadas en su debida oportunidad por la Fiscalía Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar y Policial e incluso en fallo de tutela proferido por la Honorable Corte Suprema de Justicia obrante en el cartulado[51], circunstancia que impone a la Colegiatura recordar que el artejo 210 del *códex* castrense de 1999 preceptúa que "*Las personas que intervienen en el proceso penal militar están en él deber de obrar con absoluta lealtad con los restantes sujetos procesales e intervinientes en el proceso*", a la par que apuntalar que parte del debido proceso también es que los sujetos procesales se abstengan

[50] *Cfr.* Tribunal Superior Militar y Policial, auto marzo 14 de 2018, radicación No. 158700, allí se precisó el alcance de este principio con apalancamiento en decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, específicamente las sentencias de marzo 20 de 2003, radicado No. 19960 y marzo 15 de 2008, radicado No. 30107.
[51] Folios 760 a 775 C.C. 4.

de llevar a cabo actos de parte que aparejen una dilación injustificada del trámite[52], naturalmente sin perjuicio del legítimo ejercicio del derecho a la defensa de sus pretensiones, al punto que la Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado, contempla ello como falta disciplinaria[53].

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. R E S U E L V E

PRIMERO: DESPACHAR en forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por el Doctor CHRA, defensor del CS. JFFT, sindicado del reato de cohecho propio en concurso real heterogéneo con cohecho por dar u ofrecer, impetrado en contra del auto adiado 22 de agosto de 2017 proferido por el Juzgado Cuarto de Brigada del Ejército Nacional en lo atinente a la negativa de ordenar la práctica de unas pruebas solicitadas por este profesional del Derecho y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la determinación inserta al efecto en el mismo, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de la presente decisión judicial

---

[52] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto noviembre 10 de 2010, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.
[53] Ley 1123 de 2007, artículo 33, "*Son faltas contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado: … 8. Proponer incidentes, interponer recursos, formular oposiciones o excepciones, manifiestamente encaminados a entorpecer o demorar el normal desarrollo de los procesos y de las tramitaciones legales y, en general, el abuso de las vías de derecho o su empleo en forma contraria a su finalidad.*"

SEGUNDO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad aplicable al rito procesal penal militar[54] y surtido el trámite que normativa y reglamentariamente compete a la secretaría común de la Corporación, vuelva la actuación al juzgado de origen, para lo de su competencia.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. -

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

---

[54] Ley 522 de 1999, artículo 341, "***FORMAS DE NOTIFICACIÓN.*** *Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.*

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado.".

Ley 600 de 2000, articulo 187, "***EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS.*** *Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente.".

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	158843.
Procedencia:	Juzgado de Primera Instancia Policía Metropolitana Santiago de Cali
Procesado:	SI. LAF
Delito:	Lesiones personales culposas
Motivo de alzada:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma decisión

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019).

I.ASUNTO A RESOLVER

Se conoce del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 19 de septiembre de 2017[1] proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana Santiago de Cali –MECAL-, por medio de la cual condenó al SI. LAF como autor del delito de lesiones personales culposas a la pena principal de prisión de ciento cuarenta y cuatro (144) días, multa de quinientos treinta y cinco mil

---

[1] Ver folio 619 y ss., del C.O. 4.

seiscientos pesos ($535.600.oo) y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un (01) año, condenado al que se le otorgó el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

II. HECHOS

Fueron precisados en la sentencia recurrida, así:

> *"El día 20 de julio de 2011 siendo aproximadamente las 07:50 en el sector de la carrera 7 con calle 46 C de la ciudad de Cali, el Patrullero LAF en desarrollo de su servicio de policía efectuó una persecución a un sujeto que posiblemente había participado en un hurto y en desarrollo de dicha actividad disparó su arma de fuego resultando herido el señor MTCP quien residía en la zona y se desplazaba a pie por el sitio."*[2].

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 Por los hechos que vienen de referirse, la Fiscal 92 Local SAU remitió a esta jurisdicción especial por competencia, las diligencia radicadas bajo el número 760016000193201117955[3], cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 157 de Instrucción Penal Militar, el que con auto del 10 de octubre de 2011[4] inició indagación preliminar en contra de personal en averiguación por el delito de lesiones personales, con base en la cual, el 31 de octubre siguiente[5], abrió formal

[2] Ver folio 619 del C.O. 4.
[3] Ver folio 8 del C.O.1.
[4] Folio 12 *ídem*.
[5] Folio 41 *ídem*.

investigación contra el IT. JARI y el PT. LAF por el precitado injusto, a quienes vinculó mediante indagatoria, al primero, el 25 de febrero de 2013[6], y al segundo, el 1° de marzo posterior[7], resolviéndoseles su situación jurídica provisional, el 08 de mayo de 2013[8], con medida de aseguramiento de caución prendaria en contra del PT. LAF, al tiempo que se abstuvo de decretarla para el IT. JARI. Con auto del 27 del mismo mes[9], el despacho judicial sustituyó la medida impuesta por la de caución juratoria.

3.2 Agotada la etapa instructiva el proceso pasó a la Fiscalía 149 Penal Militar de la Policía Metropolitana Santiago de Cali, despacho que el 20 de mayo de 2015[10] declaró el cierre de la investigación y el 07 de julio del mismo año[11] calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra del PT. LAF por el delito de lesiones personales culposas; así mismo cesó procedimiento en favor del IT. JARI por el mismo injusto penal. La decisión fue recurrida por vía de reposición, sin éxito, y en subsidio en apelación, recurso de alzada resuelto el 11 de mayo de 2016[12] con declaratoria de nulidad parcial a partir de la resolución de acusación. Al retornar el expediente a la Fiscalía 149 Penal Militar, ésta, con resolución del 25 de agosto de 2016[13], acusó al PT. LAF por el reato de lesiones personales culposas y cesó

[6] Folios 99 a 106 del C.O. 1.
[7] Folios 108 a 118 *ídem*.
[8] Folios 155 a 165 *ídem*.
[9] Folios 198 a 200 *ídem*.
[10] Folio 369 del C.O. 2.
[11] Folios 398 a 415 del C.O. 3.
[12] Folios 472 a 491 del C.O. 3.
[13] Folios 511 a 529 del C.O. 3.

procedimiento en favor del IT. JARI por el mismo tipo penal.

3.3 Superada la fase calificatoria, el proceso pasó al Juzgado de Instancia de la Policía Metropolitana Santiago de Cali –MECAL-, el que el 21 de octubre de 2016[14] decretó la iniciación del juicio, corrió traslado para solicitudes probatorias y fijó fecha para la celebración de la corte marcial que se llevó a cabo el 09 de septiembre posterior[15], al cabo de la cual el 19 siguiente[16] condenó al SI. LAF a la pena y por el delito precedentemente anotado; decisión contra la que la defensa, inconforme, presentó recurso de apelación que hoy ocupa la vista de este Juez Plural.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El *A quo* empezó por aclarar que este asunto no ha prescrito en razón a "*(…) que los hechos datan del 20 de julio de 2011 y que la resolución de acusación quedó en firme el 9 de septiembre de 2016, así mismo que el delito por el cual se le acusó tiene una máxima pena privativa de libertad de siete (7) años, tiempo que por tratarse de un servidor público se incrementa en una tercera parte, es decir que el término de prescripción es de 9 años y cuatro meses, por consiguiente la acción aún no está prescrita y además, la fecha que adquirió firmeza la resolución de acusación es el 9 de septiembre de 2016, fecha desde la cual comienza a correr un nuevo tiempo igual a la mitad*

[14] Ver folio 545 del C.O.3.
[15] Folios 611 a 618 del C.O. 4.
[16] Folios 619 a 649 del C.O. 4.

del término de prescripción ya señalado, que sería entonces el 26 de enero de 2021 (…)"[17].

Seguidamente expresó que no hay nulidad como lo sugirió la defensa, pues desde el inicio de la investigación se le notificó tanto al procesado como a su defensor la apertura de la misma, tanto así que a partir de tal conocimiento hubo actividad procesal por parte de uno y otro sujeto interviniente, por lo que no se aprecia violación al derecho de defensa técnica, como tampoco existe nulidad *"(…) en relación con la supuesta confesión sin el lleno de los requisitos legales de su cliente ni el segundo reconocimiento médico legal toda vez que se trata de un asunto de valoración probatoria, recuérdese que la indagatoria también se constituye en un medio de prueba* (sic) *además de ser una posibilidad de defensa y una forma de vinculación a la investigación, y en caso de que en relación con estas pruebas se advierta irregularidad alguna al ser ordenada, admitida o producida por no estar acorde con las formalidades legales, de acuerdo a la ley no puede ser apreciada pero de ninguna manera per se daría lugar a la declaratoria de nulidad."*[18].

A continuación, se pronunció con relación a los hechos por los cuales el PT. LAF fue acusado, particularmente frente a aquellos elementos que han generado controversia, esto es, si el uniformado disparó y si ese disparo fue el que causó la herida a MTCP.

[17] Folio 630 del C.O. 4.
[18] Folio 631 del C.O. 4.

Al respecto, apreció que las testificaciones de MTCP y JSP son coincidentes en la ubicación que tenía el uniformado que disparó el arma de fuego, así como el sitio en el que se encontraba la víctima, "*(…) respecto a ese hecho lo dicho por los testigos es creíble porque ciertamente presenciaron el acontecer y tenían la posibilidad de hacerlo toda vez que el primero es el que resulta lesionado y tiene la percepción directa de lo ocurrido y el segundo en su ubicación al frente de lugar tiene una panorámica más clara y amplia que le brinda mayor capacidad y posibilidad de registrar lo ocurrido, acá resulta trascendental para la credibilidad de estos dos testigos la inspección judicial con reconstrucción de hechos, en donde no solo ratifican sus declaraciones sino que además resulta conteste su dicho y permiten precisar que el lugar en donde fue herido MTPC es sobre la 46 C, luego entonces es entendible que en efecto se haya producido un choque contra quien gira intempestivamente procedente de la carrera 7 que era la persona a la que perseguían los policías y como el momento de la colisión es el mismo del disparo, ese es un hecho que desvirtúa fatalmente lo que señalan el Intendente JARI y LAF pues estos aducen que el disparo que efectuó este último lo hizo antes de llegar a la esquina situación* (sic) *que no resulta cierta pues el herido quedó sobre la calle 46C es decir que el tirador necesariamente estaba en la esquina y con línea de vista o de tiro hacia esa calle (46C), entonces el relato que se perfila como cierto es el de MTCP y JSP.*"[19].

Analizó que "*No demerita lo dicho por estos dos testigos que hayan señalado que el tirador era de tez color negra y que era el parrillero de la moto porque resulta verdadero*

[19] Folio 633 del C.O. 4.

que el Intendente JARI es de tez negra e iba de parrillero de la motocicleta, sin embargo acerca del autor del disparo es entendible que sin pretender mentir o tergiversar lo ocurrido, al momento del disparo lo hayan observado a él, que de acuerdo a su propio testimonio, iba en procura de capturar o defenderse de quien posiblemente había hurtado y portaba un arma entonces resulta posible que él también tuviera posición de tirador y no hubiera disparado pero los que lo observan dieran (sic) *por hecho que era él quien había disparado, lo que resulta aún más entendible pues no es fácil, prudente ni mucho menos normal que quien conduce una motocicleta simultáneamente dispare un arma.*"[20].

Puntualizó que si bien "*(…) ninguna prueba directa tiene la entidad para atribuir correspondencia entre el disparo efectuado por el Patrullero y la herida que recibió MTCP, es cierto lo que dice la defensa porque no hay prueba balística, no obstante, por vía de un razonamiento inductivo se despeja la duda que planteó la defensa como causal para absolver a su patrocinado, frente a este punto es preciso señalar que en el desarrollo del quehacer jurídico, las conclusiones no siempre derivan de un razonamiento inductivo conforme a los hechos comprobados y que conllevan a una conclusión o inferencia lógica, que para el estado procesal en el cual se desarrolla este análisis no puede ser diferente al de la certeza y particularmente al de la responsabilidad del procesado (…)*"[21].

Con ese argumento, analizó que "*I. El señor MTCP resultó herido por arma de fuego. II. El procesado LAF disparó su arma de fuego. III. El lugar en donde resultó herido MTCP*

[20] Folios 633 a 634 del C.O. 4.
[21] Folio 634 *ídem*.

coincide con el sitio por donde corría la persona que perseguía el Patrullero LAF, y IV. Nadie más disparó cuando MTCP resultó herido (…).es el mismo acusado quien admite haber disparado pero además, en su intervención procesal el Intendente JARI que era su compañero de patrulla así lo señala, por tanto esta segunda premisa encuentra comprobación en hechos probados (…).El lugar en donde resultó herido MTCP coincide con el sitio por donde corría la persona que perseguía el Patrullero LAF, la inspección judicial con reconstrucción de hechos junto con su álbum fotográfico y planográfico así lo demuestran, frente a este hecho es absolutamente concluyente que en ese recorrido coinciden tres hechos el primero es el choque de MTCP con la persona que huye, el segundo es el disparo efectuado por LAF y el tercero que es el momento que resulta herido MTCP, dicha coincidencia no sólo fortalece la atribución de la autoría del hecho a LAF sino que además perfila el aspecto subjetivo del tipo en el campo de la culpa por la imprudencia en el actuar del policía.”[22].

Añadió que *"(…) nadie más disparó cuando MTCP resultó herido, surge de las pruebas testimoniales de MTCP y JSP e incluso de los mismos LAF y JARI y los otros policías que apoyaron el procedimiento quienes señalan que al momento de la lesión de MTCP solo se escuchó un disparo y este corresponde al que efectuó LAF así antes o después se haga mención a otros disparos, pretender atribuir la autoría de la lesión a un tercero diferente del acusado o generar duda al respecto, resulta especulativo pues ninguna otra arma u otra persona que haya disparado muestran las pruebas recaudadas.”*[23].

[22] Folio 635 *ídem*.
[23] Folio 636 *ídem*.

Con los anteriores raciocinios concluyó que el causante de la lesión de MTCP fue el PT. LAF quien disparó su arma de fuego imprudentemente con violación al deber objetivo de cuidado.

Así mismo, sostuvo que *"La acción efectuada por LAF de blandir un arma y usarla tiene unas restricciones muy específicas y a pesar de la práctica común (pero irreglamentaria) de disparar supuestamente al aire para disuadir e incluso de blandir el arma durante los procedimientos policiales puede derivar en hechos no queridos pero evitables, si se hubiera optado por emplear otros métodos menos peligrosos y adecuados acorde con la situación de perseguir una persona, que no era mediante ningún arma de fuego, y más aún, optar por el uso de la pistola refulge en un comportamiento imprudente y violatorio de los requisitos para el uso de las armas de fuego y desproporcionado en relación con la amenaza que se cernía sobre su integridad o la de otras personas."*[24].

"El resultado de dicho comportamiento imprudente, transgresor de la normatividad vigente en cuanto al uso de las armas de fuego, produjo un resultado que se concretó en las lesiones en la humanidad de MTCP y entre ese proceder y el resultado típico existe una relación de determinación porque la conducta imprudente de LAF fue determinante para la producción del resultado, si se hubiera mantenido su arma dentro de la chapuza y además no hubiera disparado la misma, el resultado no se hubiera producido." [25].

[24] Folio 642 *ídem*.
[25] Folio 642 *ídem*.

Además, manifestó que no medió en el comportamiento del uniformado causal de justificación alguna, por el contrario, sólo se evidencia de la prueba acopiada un comportamiento ciertamente culposo, por imprudencia, al decidir disparar su arma de fuego en un escenario, como era la vía pública, solo con el propósito de detener la huida de quien perseguía.

Soportado en los anteriores argumentos condenó al acusado por el delito y a la pena precedentemente anotados.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El apelante empezó destacando que en el desarrollo del proceso se presentaron una serie de errores de procedimiento que afectaron el debido proceso, los cuales enlistó así, primero: "*(…) sin avocar el conocimiento el secretario autorice una prueba de dictamen médico legal que sirve como prueba hasta el día de hoy para demostrar las lesiones ocasionadas al denunciante, pero nunca se dice quién las provocó (…)*"[26].

Segundo, que "*(…) cómo es posible que el segundo dictamen médico legal practicado al señor MTCP, fuera pedido por el señor secretario del juzgado 157 IPM, PT. AVR, el día 5 de octubre de 2011, al Instituto Nacional de Medicina Legal, sin haber avocado conocimiento del* (sic) *despacho instructor, es decir que el día 10 de octubre del año 2011, el señor Juez 157 IPM, realizó el auto por medio del cual se AVOCA* (sic) *conocimiento del presente asunto y se decretó una serie de pruebas, y mencionó entre otras*

[26] Folio 656 *ídem*.

realizar todas las diligencias que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos y que se desprendan de las anteriores."[27].

En tercer lugar, criticó que el despacho haya dado por ciertas las afirmaciones hechas por su defendido en la indagatoria, cuando éstas se hicieron "*(…) bajo presión porque el señor IT. JARI*(sic) *le dijo que se auto incriminara como Jefe Inmediato y compañero de patrulla que se encontraba para la época de los hechos, y nadie se percató por examinar y buscar pruebas que descartara tal posibilidad, siendo él la persona que el mismo lesionado señor MTCP, manifestara que el que le ocasionó las lesiones fue un policía de color de piel negro y no el suscrito que soy de piel blanca* (sic), *y nunca los diferentes funcionarios judiciales se preocuparon por descartar o profundizar para que con las pruebas que se hubieran practicado se hubiera podido absolver esta duda.*"[28].

Dijo que fue un desacierto del juez el tomar en cuenta la declaración de JSP para condenarlo, porque este testimonio era sospechoso dada la amistad y cercanía que tenía con el denunciante, aspecto éste sobre el cual no hizo ninguna investigación.

Por otra parte, afirmó que el *A quo* no tuvo en cuenta que su representado actuó bajo la causal de justificación de estricto cumplimiento de un deber legal, a partir de las voces de auxilio de la

[27] Folio 657 *ídem*.
[28] Folio 658 *ídem*.

ciudadanía que clamaba la aprehensión de un sujeto que estaba realizando el hurto a una panadería.

Destacó que no se tuvo en cuenta que el denunciante aclaró que quien le disparó fue una persona de tez negra y no blanca como es su prohijado, lo cual se erige como una duda que debe favorecer a éste, además que tampoco se probó que el proyectil que impactó a la víctima haya salido del arma que tenía su procurado.

Agregó que el segundo dictamen con el que se acreditó las lesiones de la víctima es ineficaz e inexistente por cuanto fue "*(…) realizado por el secretario del juzgado de instrucción sin tener (…)*"[29] la competencia para ello.

Refirió que la violación al deber objetivo de cuidado que se le imputó debiera "*(…) recriminar es a la misma persona denunciante por su falta de cuidado y como el mismo dice frente a un hurto que se estaba produciendo en ese mismo instante que sale a la calle, pareciera que el mencionado deber objetivo de cuidado solo fuera para servidores públicos, y no para todas las personas, entonces me pregunto?* (sic) *no cabe en estos casos la figura de culpa exclusiva de la víctima?.*"[30].

Arguyó que no hay prueba que permita acreditar con certeza que su cliente fue el causante directo de las lesiones producidas a MTCP, tal como el mismo juez lo reconoció al aceptar que no hay prueba balística, por lo que las conclusiones judiciales no dejan de ser

[29] Folio 661 *ídem*.
[30] Folio 661 *ídem*.

ligeras y sin sustento jurídico, pues *"(…)no es cierto que con escasas dos (2) pruebas que son dos declaraciones sospechosas les sirva al fallador de primera instancia para condenar a mi cliente como la de su jefe y compañero de patrulla motorizada en que se desplazaba cuando su cedieron los hechos y más aún cuando mi cliente era la persona que conducía la mencionada moto, ya que el parrillero era el señor intendente JARI, de color de piel negra, quien presionó a mi cliente para que se auto acusara en su injurada, situación que no escudriñaron los operadores judiciales."*[31].

Alegó finalmente que en este asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción, en virtud a que a la fecha ya han pasado más de seis años desde la ocurrencia de los hechos, dado que la sentencia fue emitida el 19 de septiembre de 2017.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 3 Judicial Penal II, Apoyo a Víctimas, pidió confirmar el fallo apelado al considerar que *"(…) el hecho que el presunto infractor no atendiera la voz de pare, no constituía una justificación para el uso del arma de dotación por parte del señor LAF, por el contrario, la conclusión a la que se arriba es que incrementó el riesgo, que hubo imprudencia de su parte, comportamiento que culminó con la lesión del señor MTCP (…)"*[32].

Dijo que, conforme a la prueba arrimada, está demostrado que para el momento en que el procesado

[31] Folio 663 *ídem*.
[32] Folio 720 del C.O. 4.

accionó el arma su vida no estaba en peligro latente como para que hubiera optado por dispararla, tampoco con el propósito de señal de advertencia e impedir la fuga de quien perseguía.

Y, afirmó que *"(…) no se entiende entonces, cómo realiza un disparo con su arma de dotación, siendo que el riesgo de lesionar a un particular inocente era grande. Incrementó, sin duda alguna el condenado con su actuar imprudente el riesgo ya existente al efectuar "un disparo al aire" que impactó finalmente en la humanidad de MTCP causándole la lesión de la cual dan cuenta los dictámenes médico-legales."*[33].

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1407 –nuevo código penal militar–[34], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, dado que no se ha podido implementar de manera sucesiva el sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

[33] Folio 718 *ídem*.
[34] Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para empezar, es preciso resaltar que fueron plurales y babélicas las postulaciones que la defensa presentó contra el fallo de primera instancia y que ameritan ser abordadas por la Colegiatura de manera metódica, de cara a las consecuencias jurídicas que eventualmente pueda tener la prosperidad de alguna de ellas.

8.1 Por ello, se estima menester iniciar por referirnos al argumento defensivo de haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción, aspecto sobre el cual desde ya se anuncia no tiene vocación de éxito, por las razones que se pasan a exponer.

Los hechos por los cuales se impulsa la presente actuación sumarial tuvieron ocurrencia el 20 de julio de 2011 en Cali –Valle del Cauca-, según consta en las fojas, cuando en desarrollo de un procedimiento policial MTCP resultó lesionado en el tercio medio distal de la pierna izquierda por impacto de arma de fuego que le ameritó una incapacidad médico legal definitiva de treinta y cinco (35) días, con secuelas

medico legales de deformidad física de carácter permanente[35], lo que originó que luego de agotada la etapa investigativa la Fiscalía 149 Penal Militar acusara al hoy SI. LAF como autor del delito de lesiones personales en modalidad culposa.

Pues bien, el Código Penal vigente para la fecha de los hechos –Ley 599 de 2000- consagró en el artículo 111 el delito de lesiones personales, que reza: *"El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes. (…)".*

A su turno, el canon 112 *ibídem*, previó: *"Incapacidad para trabajar o enfermedad. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si pasare de noventa (90) días, la pena será de dos (2) a cinco (5) años de prisión y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes."*[36].

Por su parte, el artejo 113 de la misma obra, estableció: *"Deformidad. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de prisión de*

[35] Folio 79 del C.O. 1.
[36] Texto original de la Ley 599 de 2000, posteriormente modificado por el artículo 14 de la Ley 80 de 2004.

dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte."[37].

Y, finalmente, el artículo 120 de la obra comentada, dispuso: *"El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes. Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego se impondrá igualmente la pena de privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de uno (1) a tres (3) años.".*

Las disposiciones que se vienen de citar fueron el marco jurídico de imputación sobre el cual la Fiscalía 149 Penal Militar acusó al SI. LAF, y es entonces a partir de tales normas que la Sala explicará por qué razón la acción no ha prescrito.

Iniciemos por recordar que el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, norma sustantiva vigente y aplicable, estableció que *"La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años.*

[37] Texto original de la Ley 599 de 2000, posteriormente modificado por el artículo 2 de la Ley 1639 de 2013.

PARÁGRAFO. Cuando se trate de delitos comunes la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal Ordinario para las conductas punibles cometidas por servidores públicos.”

Si ello es así, necesario es determinar cuál es el máximo de la pena fijada en la ley para el delito de lesiones personales culposas con deformidad física de carácter permanente.

Ya habíamos visto que el inciso segundo del artículo 113 del Código Penal fijó como máxima pena para dicha conducta, 7 años de prisión y multa de 36 salarios mínimos legales mensuales vigentes; sin embargo, como la modalidad de la conducta imputada es culposa, el mismo estatuto de las penas, como ya se vio, previó entonces que dicha pena será disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.

Ahora bien, ¿cómo operaría la disminución de las dos proporciones antes anotadas, para determinar con precisión el máximo de la pena? Para ello es mandado acudir a lo reglado en el artículo 60 de la Ley 1407 de 2010, que en su numeral 5 estableció: *“Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.”.*

Así las cosas, al mínimo de la pena establecida para la anotada conducta punible, 2 años, se le debe aplicar la máxima proporción, es decir, las 4/5 partes, y al máximo de la pena, esto es 7 años, la

mínima proporción, es decir, las 3/4 partes, el resultado aritmético es el siguiente:

- 2 años (720 días) disminuidos en las 4/5 partes = **144 días**, que corresponderá a la pena mínima.
- 7 años (2520 días) disminuidos en las 3/4 partes = **630 días** (1 año y 9 meses de prisión), que vendría a ser la pena máxima a imponer.

Precisado en este caso, el máximo de la pena a imponer para el delito de lesiones personales culposas con deformidad permanente es inferior a 5 años, lo que significa que este guarismo es el punto de partida para determinar el momento en que ocurriría la prescripción de la acción, dado que, como lo estableció la norma, en ningún caso ésta podrá ser inferior a cinco años, lo que aunado a lo estatuido en el parágrafo del artículo 76 de la Ley 1407 atrás reseñado, que para los delitos comunes previó que "*la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal Ordinario para las conductas punibles cometidas por servidores públicos*", obligado conlleva verificar este estatuto, en el que en el tercer inciso del canon 83, se reglamentó que*: "Inciso modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 del 121 de julio de 2011. El nuevo texto es el siguiente:" Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores."*

En conclusión, vemos que el término de prescripción en este asunto es de 7 años y 6 meses, en consideración a que a los 5 años que es el término de partida, como atrás se explicó, se le deberá hacer el incremento de la mitad consagrado en la norma antes referida, por tratarse de una conducta punible cometida por servidor público, lo que nos arroja el resultado ya visto.

Así las cosas, el fenecimiento de la facultad investigativa del Estado, por virtud del fenómeno prescriptivo, en la etapa instructiva ocurriría el 20 de enero de 2019, atendiendo el tipo de delito investigado –ejecución instantánea-, de no ser porque tal término ya fue interrumpido con la ejecutoria de la resolución de acusación[38], acto procesal que tuvo ocurrencia el 9 de septiembre de 2016[39], momento desde el cual debe iniciarse a correr un tiempo igual al ya señalado[40].

En suma, es nítido como se viene de expresar, que no le asiste la razón a la defensa cuando alega que en este caso particular ha operado el fenómeno prescriptivo.

8.2 Superada la anterior discusión, lo consiguiente será analizar el segundo reparo de la defensa que

[38] Ley 522 de 1999, artículo 86.
[39] Folio 542 del C.O. 3
[40] Ello en virtud a que según lo estipulado en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, en ningún caso el término de prescripción podrá ser inferior a 5 años, al que se le deberá aumentar la mitad por mandato expreso del parágrafo del mencionado artículo, en armonía con el inciso 6 del artículo 83 del Código Penal.

plantea la existencia de causales generadores de nulidad.

8.2.1 Al respecto, conviene hacer varias precisiones, de una parte, que en punto de las nulidades nuestro legislador reglamentó de manera precisa no solo las causales que generan la invalidación sino también la oportunidad para decretarlas, alegarlas e invocarlas.

Sobre este particular es oportuno ver cómo en el artículo 390 de la Ley 522 de 1999, se estableció entonces que: *"Oportunidad para alegarla. Salvo disposiciones en contrario, las causales de nulidad podrán alegarse en cualquier estado del proceso…"* y, a renglón seguido, en el canon 391 ibídem se previó que: *"Oportunidad para invocar nulidades* ***originadas en la etapa de instrucción****. Las nulidades que no sean invocadas hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación, solo podrán ser debatidas en el recurso de casación"* (Negrillas nuestras).

De las preceptivas que se vienen de reseñar se desprende que, si bien por regla general los sujetos procesales pueden en principio invocar causales de nulidad en cualquier etapa del proceso, tal regulación encuentra una clara excepción cuando ésta se origina en la etapa de instrucción, las que, como lo determina la última norma trascrita, sólo podrán alegarse hasta el término de ejecutoria de la resolución acusatoria.

Es indiscutible que la fijación de precisos términos para la invocación de nulidades, encuentra intima

conexión con el principio de lealtad procesal[41], que es norma rectora del procedimiento penal militar, y por consiguiente de total observancia para los sujetos procesales en el proceso penal militar, y también por supuesto del funcionario jurisdiccional, precisamente con miras a lograr que se impulse un proceso con celeridad y eficacia y de esta manera arribar a un juicio, libre de cualquier irregularidad que pueda hacer ineficaz las actuaciones surtidas y por tanto obstaculicen el normal desarrollo del proceso.

De esa manera lo entendió la Corte Constitucional en sentencia C-541 de 1992, con ponencia del DR. FABIO MORÓN DÍAZ, veamos:

> *"El principio según el cual las posibles nulidades ordinarias producidas en la etapa de la investigación que no hubiesen sido invocadas hasta el término del traslado común o advertidas por el funcionario judicial, sólo podrán alegarse en casación, fuera de permitir que prosiga la etapa del juzgamiento libre de cualquier vicio que pudiera afectarla, da cuenta del razonable propósito de impedir la invocación de cualquier nulidad en cualquier momento del proceso.*
>
> *Esta última fue una práctica común traducible en el entrabamiento y en la ruina del mismo que desvirtuaba la agilidad propia del proceso penal y se opone a las aspiraciones del Constituyente de fortalecer la noción y la práctica de la Justicia*

[41] Ley 522 de 1999, artículo 210.

como principio básico de convivencia social y política dentro de nuestro Estado.

D. Pero además, y para complementar lo dicho, se advierte que en el juicio de la Corte, la norma acusada propende por la vigencia efectiva del principio de lealtad procesal y por el de la realización de la Justicia; así, cuando dentro de la etapa investigativa cualquiera de los sujetos procesales se percate de la existencia de una nulidad, debe de inmediato ponerla en conocimiento del Fiscal que adelante el caso.

También, encuentra la Corte que la norma acusada no contraría el Debido Proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución, por cuanto que, como queda expresado, los sujetos procesales cuentan con oportunidades suficientes para invocar las nulidades de los actos procesales originadas en la etapa de investigación y el juez está dotado de facultades oficiosas para declararlas; además, la "convalidación" transitoria de las no invocadas dentro de las oportunidades señaladas, no se opone al principio del adelantamiento de un proceso libre de cualquier vicio de evidente raigambre constitucional, todo lo contrario, pretende que se llegue a la etapa de juzgamiento y se adelante ésta con la mayor garantía posible; es más, el Recurso de Casación permite el debate de estas nulidades como última garantía judicial para la defensa del Debido Proceso de competencia de la jurisdicción ordinaria.

De otro lado, al procurar la aplicación efectiva del principio de lealtad procesal se garantiza un

debido proceso "sin dilaciones injustificadas", lo que en lugar de contrariar el artículo 29 de la Carta confirma y desarrolla su contenido."

Al aterrizar los anteriores conceptos al caso concreto vemos, en principio, que fue acertada la postura de la judicatura cuando en la sentencia denegó la pretensión anulatoria esperada por la defensa, pues de la lectura del libelo contentivo del recurso –donde se iteran- se aprecia que las causales invocadas tuvieron lugar, según su apreciación, en la etapa de investigación, lo que de entrada hace legalmente inviable la petición por virtud del principio de preclusividad y lealtad procesal, al tenor de lo reglado en el artículo 391 de la Ley 522 de 1999.

Repasemos cuáles fueron las actuaciones denunciadas por la defensa que en su parecer generan anulación:

A) "*(…) sin avocar el conocimiento el secretario autorice una prueba de dictamen médico legal que sirve como prueba hasta el día de hoy para demostrar las lesiones ocasionadas al denunciante, pero nunca se dice quién las provocó(…)*"[42].

B) "*(…) cómo es posible que el segundo dictamen médico legal practicado al señor MTCP, fuera pedido por el señor secretario del juzgado 157 IPM, PT. AVR, el día 5 de octubre de 2011, al Instituto Nacional de Medicina Legal, sin haber avocado conocimiento del despacho instructor, es decir que el día 10 de octubre del año 2011, el señor juez 157 IPM, realizó*

[42] Folio 656 del C.O. 4.

el auto por medio del cual se avoca conocimiento del presente asunto y se decretó una serie de pruebas, y mencionó entre otras realizar todas las diligencias que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos y que se desprendan de las anteriores."[43].

C) No era admisible que el despacho judicial diera por cierta las afirmaciones hechas por su defendido en la indagatoria, cuando éstas se hicieron *"(…) bajo presión porque el señor IT. JARI* (sic) *le dijo que se auto incriminara como Jefe Inmediato y compañero de patrulla que se encontraba para la época de los hechos, y nadie se percató por examinar y buscar pruebas que descartara tal posibilidad, siendo él la persona que el mismo lesionado señor MTCP, manifestara que el que le ocasionó las lesiones fue un policía de color de piel negro y no el suscrito que soy de piel blanca, y nunca los diferentes funcionarios judiciales se preocuparon por descartar o profundizar para que con las pruebas que se hubieran practicado se hubiera podido absolver esta duda."*[44].

8.2.2 Como se puede apreciar, la inviabilidad de la pretensión se ofrecía porque las reputadas incorrecciones tuvieron lugar en la etapa de instrucción y ellas debieron, por tanto, haber sido alegadas antes de la ejecutoria de la pieza acusatoria como lo dispone el artejo atrás comentado; pero además de ello, también resultaba yerma la pretensión, revisemos las razones.

[43] Folio 657 del C.O. 4.
[44] Folio 658 del C.O. 4.

Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la doctrina nacional, de antaño tienen sentado como premisa que quien alega una causal de anulación tiene una carga procesal indeclinable, bajo la comprensión de que tal petición es una sanción máxima al proceso, no solo de invocar los motivos legales que dan lugar a la nulidad (principio de taxatividad), sino también de acreditar que la incorrección o vicio afectó en forma real y cierta las garantías de los sujetos procesales o que con ellas se socavó las bases fundamentales del proceso (principio de trascendencia), y que la única forma de enmendarlo es con la anulación (principio de subsidiariedad).

Esta carga procesal tiene sin lugar a dudas una fuente normativa que encontramos en el canon 392 de la Ley 522 de 1999, a través del cual el legislador consagró los principios que rigen el instituto de las anulaciones y que son ni más ni menos los que le dan real sentido-procesal y alcance a las causales de invalidación y sin cuya consideración o estimación no tiene lugar la aplicación de la sanción procesal, en esencia porque lo que se pretende salvaguardar no solo son derechos y garantías de los sujetos intervinientes cuando estos resulten agraviados de forma real y cierta -no meramente formal- con una actuación procesal, sino además las bases estructurales de la investigación y el juzgamiento.

Al efecto, conviene entonces recordar lo que la jurisprudencia sobre la materia ha irradiado:

"(…) las causales de nulidad deben ser interpretadas a partir de unos principios que le dan sentido y contenido a las mismas[45]. Tales principios han sido sistematizados de la siguiente manera[46]:

1. Principio de taxatividad: Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar los motivos establecidos en la ley.

2. Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica.

3. Principio de convalidación: La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.

4. Principio de trascendencia: Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.

---

[45] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 7 de septiembre de 2005, proceso 23894 (nulidad por violación al debido proceso); Sentencia de 4 de mayo de 2005, proceso 20790 (no es dable aducir la invalidez por la invalidez misma); Sentencia de 23 de febrero de 2005, 22900 (principios de trascendencia y convalidación), Sentencia de 22 de noviembre de 2005, proceso 22603 y Auto de 17 de agosto de 2005, proceso 23102 (principio de trascendencia), entre otras.

[46] Sentencia de 3 de marzo de 2004, Proceso 21580, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

5. Principio de residualidad (o subsidiariedad): Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad.

6. Principio de instrumentalidad de las formas: No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

7. Principio de acreditación: Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya.

La doctrina complementa la anterior principialística con el principio de seguridad jurídica o de conservación, según el cual antes del decreto de una nulidad es necesario tratar de darle validez a la actuación dudosa siempre y cuando no se afecten las garantías constitucionales y derechos fundamentales, y el principio de judicialidad, consistente en la vigencia del acto y sus efectos mientras judicialmente no se ha declarado nulo.

De tales principios, en síntesis, se impone a quien invoca una nulidad, además de la referencia a la causal específica (principio de taxatividad), el deber de argüir de manera clara y precisa en dónde se origina el defecto de actividad y si éste no satisfizo la finalidad para la que estaba

previsto (principio de instrumentalidad de las formas) y de demostrar si el vicio afectó las garantías o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (principio de trascendencia).

Frente a este último postulado la Sala ha dicho que

> *"no hay nulidad sin perjuicio y sin la probabilidad del correlativo beneficio para el nulidicente. Más allá del otrora carácter puramente formalista del derecho, para que exista nulidad se requiere la producción de daño a una parte o sujeto procesal. Se exige, así, de un lado, la causación de agravio con la actuación; y, del otro, la posibilidad de éxito a que pueda conducir la declaración de nulidad. Dicho de otra forma, se debe demostrar que el vicio procesal ha creado un perjuicio y que la sanción de nulidad generará una ventaja"*[47]*."*[48]*.*

Pues bien, al otear la postulación de la defensa intentando la invalidación del proceso, la Sala encuentra que las apreciaciones jurídicas del togado de lo que para él son incorrecciones capaces de generar anulación se quedaron en meros enunciados, huérfanos de argumentos sólidos y concretos que permitan acreditar, con el rigor procesal que se demanda, las hipótesis legales enarboladas, pues puntualmente no demostró de qué manera aquéllas actuaciones afectaron en forma real y cierta los

[47] Sentencia del 26 de noviembre de 2003, radicación 11135,Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
[48] Radicado 27041 del 23 de enero de 2008, MP. DR. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

derechos y garantías constitucionales de su cliente, o trastocaron las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento, o que las mismas no hayan cumplido el fin para el que estaban previstas.

Es más, destáquese que aun cuando es evidente que el 5 de octubre de 2011[49], antes de proferirse auto de apertura a indagación preliminar[50], el secretario del Juzgado 157 de Instrucción Penal Militar le requirió, *motu proprio,* al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses valoración médica definitiva a MTCP, acto que se vincula con el debido proceso probatorio[51] en cuanto trastoca con la ordenación del medio de convicción, tal incorrección por sí misma no tiene la virtud de conculcar en forma aberrante, cierta y real las garantías constitucionales del procesado, si se mira que la prueba fue conocida tanto por el justiciado[52] como por su defensor[53], quien por demás, hay que decirlo, tuvo una participación activa en el desarrollo del proceso y sobre el particular, esto es, el yerro procesal, guardó silencio.

En el mismo sentido la defensa técnica de LAF guardó silencio en cuanto a la supuesta presión que hizo el IT. JARI a aquél para que se auto incriminara, pues a pesar de su activa gestión profesional en el desarrollo de la investigación ninguna postulación sobre ese particular presentó como para que la

[49] Folio 10 del C.O. 1.
[50] Folio 41 del C.O. 1, emitido el 31 de octubre de 2011.
[51] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 48965 del 18 de abril de 2017, MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.
[52] Folio 125, 154 y 158 del C.O. 1.
[53] Folio 120, 158, 226, 367, 400 entre otros del C.O. 1, 2 y 3.

judicatura entrara a resolver o pusiera en duda las explicaciones que sobre los hechos ARRIGUI ofreció durante su indagatoria y que ameritara por tanto la verificación de esa cita, como lo manda el canon 499 de la Ley 522 de 1999, por lo que una proposición como esas en esta etapa del proceso no tiene lugar, pues por sí misma, no solo desconoce el principio de lealtad procesal del que párrafos atrás se hizo mención, sino que además riñe con la naturaleza misma del proceso, entendido este como una serie de actos concatenados a través del cual se van verificando distintas hipótesis en el ideal de arribar a la certeza –razonada- de la verdad procesal.

Coherentes con las explicaciones que se vienen ofreciendo y como ya se había anunciado, esta postulación invalidatoria de la defensa no tiene lugar al éxito.

8.3 Agotada la anterior discusión, la Sala abordará el pedido defensivo que intenta el reconocimiento de la causal de justificación de estricto cumplimiento de un deber legal, el cual soportó en los siguientes términos:

> *"Quiero dejar en claro que una de las causales de justificación de la conducta punible, establecido en el digesto punitivo castrense indica en su numeral primero, que cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal, el hecho se justifica, y es una causal de ausencia de responsabilidad. Situación que tampoco se tuvo en cuenta a mi prohijado, y que desde ya clamo para*

que el funcionario adquem (sic) *favorezca de esta situación a mi defendido.*

Todo esto obedece a que mi defendido actuó en estricto cumplimiento de un deber legal, como era la de proteger la vida y bienes de los ciudadanos y es que precisamente como lo afirman los mismos funcionarios judiciales que han conocido este proceso, ya que por voces de auxilio se procedió a efectuar una persecución a un sujeto que estaba realizando hurto en una panadería del sector mencionado."[54]

Para resolver la cuestión, es imperioso iniciar recordando que el recurso de apelación, a más de ser realidad viva del derecho a acceder a la segunda instancia, es ni más ni menos que un instrumento procesal a través del cual el superior funcional ejerce un control de juridicidad y acierto respecto de las decisiones que han emitido sus inferiores funcionales, y por tanto no puede ser concebido como un mecanismo por medio del cual se intenta logar un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo resuelto por el *A quo*, así lo ha enseñado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, veamos:

"(…) atendiendo el carácter progresivo que nuestro sistema ostenta, la apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no ha sido instituida a manera de un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo ya resuelto por el a quo, sino como instrumento de

[54] Folio 659 del C.O. 4.

control de juridicidad y acierto de las decisiones adoptadas por los funcionarios de primer grado, limitada, por tanto, a revisar los aspectos sobre los que la parte que a dicho mecanismo acude manifiesta inconformidad. (Resaltado nuestro)

Y si bien esta inconformidad en últimas recae sobre el sentido de la decisión adoptada por la primera instancia, esto en modo alguno indica que en todos los casos la impugnación verse sobre la totalidad de los aspectos contenidos en ella, pues, como párrafos arriba se ha dejado expuesto, es la sustentación del recurso la que impone el límite al funcionario de alzada. Entenderlo de manera diversa conllevaría reconocer que la exigencia de interponer oportunamente el recurso y sustentarlo frente a los motivos de disenso, constituye apenas la apertura de una vía de acceso sin limitación ninguna para el funcionario de segundo grado, lo cual repugna a la idea de proceso reglado y contradictorio."[55].

Es por tanto que el recurso de apelación no es una oportunidad adicional para subsanar las falencias en las estrategias defensivas que hayan tenido las partes en las etapas precedentes, por virtud del principio de preclusividad de los actos y de progresividad que inspira el proceso penal; de aquí que es carga procesal ineludible de quien acude al instrumento vertical, explicitar de manera concreta, en la sustentación, los motivos por los cuales no comparte los hechos o el derecho, o aún, las valoraciones

[55] Sentencia del 02 de mayo de 2002, radicación 15262, MP. DR. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

probatorias, que hizo el juez de primera instancia, para que sea entonces el superior funcional de quien profirió la decisión censurada quien, sobre ese límite de valoración y análisis (principio de limitación), entre a resolver lo que en derecho sea del caso, bien, revocando la decisión, modificándola o confirmándola, según corresponda.

Así, de esa manera lo ha irradiado la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, miremos:

> *"Advertido lo anterior se tiene que de conformidad con la preceptiva del artículo 27 de la Ley 81 de 1993 (194 de la Ley 600 de 2000), la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia constituye una carga procesal para el impugnante, de ineludible cumplimiento si aspira a conseguir que el superior funcional de quien la profirió conozca los motivos de su inconformidad a fin de que la modifique, aclare o revoque. No a conclusión distinta puede llegarse de la consecuencia procesal prevista por la ley para cuando dicha carga se incumple, que no es otra que la declaratoria de deserción del recurso.*
>
> *La sustentación debe traducirse en la manifestación de las razones fácticas, jurídicas o probatorias, sobre las cuales se funda la discrepancia con la decisión impugnada, sin que ello implique que tal intervención deba verificarse de una determinada manera, en tanto que lo que se ofrece trascendental es que al funcionario que debe resolver el recurso le sean señalados en concreto los motivos de*

disentimiento, que a la postre son los que delimitan su órbita funcional (artículo 24 de la Ley 81 de 1993).

Lo anterior es así, porque los preceptos procesales no establecen una específica forma de impugnación, de donde resulta razonable concluir que puede tenerse como adecuada sustentación aquélla mediante la cual explícitamente se refutan los fundamentos de la providencia atacada, con indicación de las motivaciones o conclusiones que se consideran equivocadas, o a partir de la postulación de un criterio diverso del allí contenido, para el cual se reclama prevalencia a través del recurso interpuesto[56]*."*[57]

Agréguese a lo dicho, que la comprobación de acierto y legalidad de la decisión reprochada que realiza esta instancia apunta a verificar la validez del procedimiento, así como los supuestos de hecho y la aplicación debida del derecho sustancial que son en esencia los objetivos del proceso penal, esto es, la aproximación a la verdad racional y por supuesto la aplicación del derecho material.

Las ilustraciones que se vienen de hacer eran necesarias porque en este asunto se aprecia que la defensa nunca planteó y argumentó, ni en el desarrollo de la investigación y mucho menos aún en la solemnidad marcial, pues así se desprende de la lectura del acta de la corte, la hipótesis excluyente de

[56] Cfr. Sentencia de casación de 22 de mayo de 2003. Radicación 20756.
[57] Sentencia del 03 de julio de 2003, radicación 14026, MP. DRA. MARINA PULIDO DE BARÓN.

responsabilidad denominada estricto cumplimiento de un deber legal, que ameritara, por tanto, por parte del juez primario su estudio y pronunciamiento, y que pudiera por ello ahora ser objeto de protesta procesal por este mecanismo de alzada.

De suyo, lo que se entiende ahora es que un pronunciamiento por parte de la Colegiatura sobre una temática no agotada en las instancias devendría en improcedente, en tanto que no solo desconocería la naturaleza sucesiva y conclusiva que inspira el proceso penal, sino además los principios de doble instancia y en suma el debido proceso en su especie del rito procesal.

Así las cosas, la Sala, al igual que como atrás se decidió, denegará esta pretensión, fundamentalmente porque no puede emitir un pronunciamiento sobre un asunto con prescindencia de lo que se resolvió.

8.4 Por lo que se viene de expresar y siendo coherentes con la línea reflexiva que nos guía, la Sala no encuentra alternativa distinta que desatender el pedido de la defensa y en consecuencia confirmar el fallo apelado de la data 19 de septiembre de 2017.

Finalmente, sea procedente aclarar que contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional[58], con miras a obtener de la Corte Suprema de Justicia su pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar

[58] En tanto el delito por el cual se condenó al procesado no conlleva una pena cuyo máximo excede 8 años de pena privativa de la libertad.

posturas conceptuales, actualizar la doctrina o para abordar un tópico aún no desarrollado, ora para asegurar la garantía de derechos fundamentales[59], recurso que de interponerse se guiará por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal de 2000 –Ley 600 de ese año-, de conformidad con lo ordenado recientemente por el máximo órgano de cierre en lo penal dentro de los procesos 49522(15-11-17), MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA; AP6766-2017, radicado No. 49808(11-09-17), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA; AP6540–2016, radicado No. 48713 (28-09-16), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA[60].

Por todo lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER el pedido del recurrente y en consecuencia **CONFIRMAR** el fallo apelado de la fecha atrás indicada, por medio del cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana Santiago de Cali condenó al hoy SI. LAF como autor del delito de lesiones personales culposas, a la pena principal de ciento cuarenta y cuatro (144) días de prisión,

[59] Artículo 205 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 368 de la Ley 522 de 1999.
[60] Cfr. con los radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

multa de quinientos treinta y cinco mil seiscientos pesos ($535.600.oo) y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un año, con beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de conformidad con las explicaciones ofrecidas en precedencia.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente decisión el recurso de casación discrecional, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta providencia, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[61].

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

[61] Sentencia AP6540-2016 radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia Cfr. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), 48713 (28-09-16) *ídem*.

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR POLICIAL

Sala:	***Segunda de decisión***
Magistrado ponente:	***TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ***
Radicación:	***158779***
Procedencia:	***Juzgado de Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá***
Procesado:	***SI(R) WAAQ*** ***SI(R) AGA***
Delito:	***Abandono del Puesto***
Motivo de alzada:	***Apelación sentencia condenatoria***
Decisión:	***Confirma decisión y niega prescripción.***

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

La Sala se pronuncia frente al recurso de apelación interpuesto por el doctor **LAFL** contra la sentencia proferida por el Juez de Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, el pasado diez (10) de agosto de 2017, por medio de la cual condenó a los policiales SI(R) **WAAQ** y SI(R) **AGA** por el delito de abandono del puesto.

II. HECHOS

El informe inicial suscrito por el MY. **FOG,** Comandante de la Estación Trece de Policía, da cuenta que, el día 7 de junio de 2011, los uniformados **WAAQ** y **AGA,** encontrándose prestando el tercer turno de vigilancia como cuadrante 9 del CAI Federmann y cuadrante 23 del CAI San Luis respectivamente, sin justificación alguna abandonaron el servicio que les había sido asignado.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1- Por los hechos antes referidos, el 28 de junio de 2011, el Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar inició investigación en contra de los señores SI. **WAAQ** y SI. **AGA** por el delito de abandono del puesto y desobediencia[1]. Luego de vincular a los uniformados mediante diligencia de indagatoria el 2 y 6 de noviembre de 2012[2] respectivamente, se les resolvió su situación jurídica provisional el 24 de mayo 2013[3], absteniéndose de imponer medida de aseguramiento por considerarla innecesaria. Perfeccionada en lo posible la investigación penal, se remitió la actuación a la Fiscalía 147 Penal Militar.

[1] *Cuaderno original 1, folio 22.*
[2] *Cuaderno original 1, folios 68-86.*
[3] *Cuaderno original 2, folios 279-291.*

3.2- La Fiscalía Penal Militar declaró el cierre del ciclo instructivo[4] y calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los subintendentes **WAAQ** y **AGA** por el delito de abandono del puesto, en la misma providencia cesó procedimiento por el punible de desobediencia[5].

3.3- El juzgado de instancia avocó el conocimiento de la actuación y decretó el inicio del juicio, fijando fecha y hora para la audiencia de aceptación de cargos[6], celebrando la audiencia de corte marcial el 3 de agosto de 2017[7]. Despacho que finalmente, el 10 de agosto de 2017[8], condenó a los subintendentes **WAAQ** y **AGA** como autores del delito de abandono del puesto. Decisión que fue recurrida y hoy ocupa la atención del Colegiado.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez de Instancia resolvió imponer la pena de doce (12) meses de prisión, sin otorgarles el

[4] *Cuaderno original 3, folio 465.*
[5] *Providencia del 18 de septiembre de 2017. CO3, folios 498-511.*
[6] *Cuaderno original 3 y 4, folios 543, 567, 593, 629,651.*
[7] *Cuaderno original 4, folios 668-675.*
[8] *Cuaderno original 4, folios 676-719.*

beneficio de condena de ejecución condicional, a los subintendentes retirados **WAAQ** y **AGA**, por encontrarlos responsables penalmente como autores del delito de abandono del puesto.

Para ello, en la sentencia recurrida, luego de extractar los hechos, identificar a los procesados, sintetizar los alegatos y solicitudes de los sujetos procesales, señaló que procedía la condena ante la probada certeza de la conducta punible endilgada, así como de la responsabilidad de los procesados como autores del delito de abandono del puesto, tipificado en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, al encontrarse reunidos los requisitos estatuidos en el artículo 396 de la Ley 522 de 1999.

Indicó que no compartía las argumentaciones del defensor de los procesados, quien estimó que en virtud del principio de integración debía darse aplicación al artículo 292 de la Ley 906 de 2004, que establece que el término prescriptivo inicial se interrumpe con la formulación de la imputación, hito procesal a partir del cual empieza a correr un nuevo término prescriptivo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del código penal, por lo que concluyó que la acción penal se encontraba prescrita.

Posición que el *A quo* rechazó al entender, apoyado en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el código penal militar prevé completamente el instituto de la prescripción por lo que era innecesario acudir a la normatividad ordinaria. Así mismo, estableció que no existe parámetro que permita adoptar al interior del procedimiento penal militar normas que regulan la prescripción bajo un esquema procesal diferente como corresponde al sistema de tendencia acusatoria, señalando además, que en aplicación del incremento del término prescriptivo establecido para los servidores públicos, el lapso mínimo de prescripción de la acción penal para los miembros de la fuerza pública corresponde a seis (6) años ocho (8) meses, período que no supero las etapas instructiva o de juzgamiento, por lo que negó la pretensión defensiva.

Respecto de la responsabilidad de los procesados enrostrada por la fiscalía penal militar, al abandonar el lugar de facción que tenían asignado para el día de los hechos, adujo que obraba en el expediente medios de convicción idóneos y creíbles, para concluir que los enjuiciados luego de recibir el tercer turno de vigilancia el 7 de junio de 2011, se retiraron del servicio, el SI. **WAAQ** aduciendo comprar unos repuestos para la camioneta de placas 04-5877, mientras que **AGA** invocó contar con permiso

del oficial de vigilancia para trasladarse al Hospital de la Policía Nacional, encontrados posteriormente en sitios diferentes.

Circunstancia demostrada con la prueba testimonial y documental allegada a la actuación, como correspondió a los informes de captura en flagrancia de los aquí enjuiciados y las actas de derechos de los capturados, donde constaba que fueron aprehendidos a las 17:00 horas del 7 de junio de 2011 en la carrera 7 No. 245 – 60 barrio Bosque de Torca en la localidad de Usaquén de la ciudad de Bogotá D.C., cuando al perecer realizaban un falso allanamiento con un personal del CTI, emergiendo en grado de certeza que los acusados abandonaron sus lugares de facción delimitado por las jurisdicciones del cuadrante 9, que comprendía un área al norte de la calle 57 y al sur calle 44, al oriente Avenida 30 y al occidente carrera 38B, así como el cuadrante 23, con delimitación al norte con la calle 57, al sur la calle 53, al oriente carrera 17 y al occidente transversal 23.

Así entonces, el fallador consideró que los policiales enjuiciados hicieron dejación definitiva del espacio geográfico donde debían cumplir su servicio y de las funciones de vigilancia, para realizar actividades particulares no relacionadas con la misión asignada a la Policía Nacional,

adecuando su proceder a los elementos descriptivos del tipo penal de abandono del puesto.

Indicó, contrario a lo argumentado por el defensor al deprecar la no demostración del daño causado al servicio policial como bien jurídico tutelado, que la conducta desarrollada por los procesados era típica y antijurídica, puesto que se trataba de un delito militar de mera conducta, de mera actividad o de peligro, que no requería un resultado para su configuración, pues sus acciones estaban ligadas por un nexo causal a un comportamiento prohibido por la ley, penalizándose las conductas por amenazar o poner en peligro los bienes jurídicos tutelados.

Concluyó por consiguiente, que existía la suficiente certeza de la conducta típica en el plano objetivo, además de la antijuridicidad al poner en riesgo el bien jurídico tutelado del servicio policial, quedando sin fundamento los argumentos exculpativos de los investigados, al demostrarse que se alejaron de sus puestos sin permiso de sus superiores. Comportamiento que además resultó doloso, al evidenciarse la intención manifiesta y decidida de marcharse de sus sitios de servicio, con conciencia y voluntad dirigida a la comisión de la conducta punible. Razones para considerar que se reunían a cabalidad los requisitos del artículo 396 de la Ley 522 de 1999 para emitir condena en contra de los

institucionales por el delito de abandono del puesto.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El doctor **LAFL**, defensor de los procesados, presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra la decisión condenatoria en procura que se declare la extinción de la acción penal por prescripción en favor de sus prohijados SI(R) **WAAQ** y SI(R) **AGA** por el delito de abandono del puesto[9] y, en consecuencia, se revoque la decisión condenatoria.

El censor planteó que el problema jurídico que determina la inconformidad con el fallo condenatorio, tiene lugar en el desacuerdo que registra con la posición del juez de instancia al momento de analizar lo referente a la prescripción de la acción penal que él solicitara, en el que aseguraba que el aumento punitivo de una tercera parte, sea en la etapa de instrucción o de juicio, debía hacerse al monto de la pena mínima en cada caso concreto y no al tiempo de prescripción de la acción penal.

[9] *Cuaderno original 4, folios 735 - 738.*

Así mismo, dio a conocer su desacuerdo con lo establecido por el juez de conocimiento en relación con la aplicación de la Ley 599 de 2000, al estimar que debió analizar de manera integral lo preceptuado por el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, por lo que el término prescriptivo no sería de cinco (5) sino de tres (3) años, tal como fue decantado de manera suficiente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP. 127922016 del 7 de septiembre de 2016.

En torno a lo anterior, si el juez de primer grado estimaba que transcurrieron hasta el calificatorio 4 años, fecha en que fue interrumpida la prescripción por la resolución de acusación, entonces: "*es un error sostener el ad quo que no ha operado el fenómeno de la prescripción, todo lo contrario. En primer lugar, no han transcurrido 4 años a la fecha del calificatorio, si no cuatro años, tres meses y 11 días. Recordemos, una vez más, que la pena por abandono de puesto en la justicia penal militar, tiene una graduación de uno a tres años, inclusive si se acepta el incremento punitivo pregonado por el a quo, por ser servidor público de una tercera parte, tendríamos que nos da un máximo de sanción a imponer de 4 años de prisión*"[10].

Bajo ese entendido, concluyó que la acción penal en el caso bajo examen se encontraba prescrita, por haber trascurrido más de tres (3) años, o

[10] *Cuaderno 4, folio 737.*

cuatro (4) años de acuerdo al intérprete, desde la ocurrencia de los hechos hasta el momento en que quedare en firme la resolución de acusación.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante del Ministerio Público ante esta instancia, solicitó que se confirme la decisión adoptada por el *A quo*, al considerar que no le asiste razón al apelante para solicitar la prescripción de la acción penal, dilucidando el tema con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, particularmente con los radicados 34153 del 30 de junio de 2010 y 24067 del 18 de mayo de 2006, de las cuales transcribe apartes. Eso para indicar que los argumentos del juez de instancia estaban ajustados a derecho puesto que fueron el resultado de un análisis normativo y jurisprudencial que el funcionario realizó respecto del fenómeno de la prescripción.

Teniendo en cuenta que los argumentos de disenso del apelante consistían en considerar que el aumento punitivo de una tercera parte debía realizarse al monto de la pena mínima y no al tiempo para la prescripción de la pena, a la luz de la jurisprudencia y la normatividad aludida resultaba equivocado, puesto que tal como lo ha sostenido la

Corte Suprema de Justicia, la tercera parte que se adiciona al lapso prescriptivo corresponde al término de prescripción y no al de la pena mínima, como lo dejó planteado el juez de instancia.

Por las anteriores razones consideró que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal en los términos que esgrime el censor.

VII. DE LA COMPETENCIA

De acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia[11], no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el doctor **LAFL**, en procura de que se revoque la sentencia condenatoria de fecha diez (10) de agosto de 2017, proferida por el Juez Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, para en su lugar

[11] *CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.*

sea declarada la extinción de la acción penal por prescripción en favor de los policiales subintendentes retirados **WAAQ** y **AGA** investigados por el delito de abandono del puesto.

Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte, que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los inherentes a ésta que se puedan visualizar en la investigación objeto de estudio.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por vía de apelación, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial procederá a examinar los argumentos que sustentan el recurso incoado por el defensor de los procesados en contra de la sentencia proferida el pasado 10 de agosto de 2017, por parte del Juez de Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, por medio de la cual condenó a los subintendentes retirados **WAAQ** y **AGA** como autores responsables del delito de abandono del puesto.

Decisión que el censor rechazó por considerar que la

acción penal en el caso bajo estudio se encuentra prescrita, por lo que pide que en aplicación de la Ley 599 de 2000, se tenga en cuenta lo preceptuado por el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, que establece que el término mínimo de prescripción no era de cinco sino de tres años.

Bajo ese entendido, este Colegiado examinará los planteamientos que realiza el togado de la defensa, por ello y con el fin de situarnos en el contexto, se llevará a cabo un breve análisis respecto de los presupuestos de la prescripción de la acción penal en la justicia penal militar.

8.1.- Lo primero que ha de advertirse, es que la prescripción de la acción penal es un fenómeno que se presenta cuando por negligencia del Estado o por otras razones diversas, transcurrido un tiempo determinado, el aparato judicial debe cesar toda actividad investigativa contra quien está sindicado de la comisión de una conducta reprochada punitivamente. Por tanto, corresponde a un instituto que implícitamente apunta al acatamiento y respeto del mandato constitucional de una pronta y cumplida justicia, con la consecuencia para el Estado mismo, de no poder continuar ejerciendo su ministerio punitivo por el abandono en que mantuvo la investigación y juzgamiento de un determinado hecho durante un tiempo que la ley considera suficiente

para enervar su ejercicio o, por su incapacidad para lograr el objeto de la acción punitiva que la Constitución y el estatuto penal le ha otorgado, dentro del término fijado en la norma.

La prescripción de la acción penal, conforme a los lineamientos en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999[12], opera de manera general en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso, inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20), con excepción del delito de deserción que prescribe en dos (2) años.

8.2.- Bajo el marco dogmático esquematizado en precedencia, la Sala deberá concentrar su esfuerzo en el problema jurídico planteado, que se centra en determinar si el término prescriptivo en el presente evento corresponde al señalado en el parágrafo segundo del artículo 292 de la Ley 906 de 2004.

Para el efecto, se debe recordar que en este momento yace la coexistencia de dos procedimientos, el

---

[12] *"Artículo 82. Prescripción. - La acción y la pena se extinguen por prescripción.*
Artículo 83. Término de prescripción de la acción penal. - La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.
En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años.
Parágrafo. Cuando se trate de delitos comunes la acción prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos.
Artículo 85. Iniciación del término de prescripción. La prescripción de la acción empezará a contarse, para los hechos punibles instantáneos, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes.
Artículo 86. Interrupción del término de prescriptivo de la acción penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación".

consagrado en la Ley 522 de 1999, escritural y de corte inquisitivo, y el dispuesto en la Ley 1407 de 2010, oral y de tendencia acusatoria, aunque, solo es aplicable a todos los casos que se surtan en esta jurisdicción hasta tanto no se produzca la implementación de la nueva sistemática, el previsto en la primera norma. Por tanto, si se pretende aplicar una regulación que se estima más benigna, contenida en alguna de las dos disposiciones, debe hacerse respetando las reglas que permiten hacer efectivo el principio de favorabilidad.

Esta situación implica que las normas que regulan lo concerniente al instituto de la prescripción de la acción penal sean las contenidas en los artículos 83 y siguientes del código penal militar de 1999, dado que la aplicación de la nueva normatividad determina el empleo de elementos propios del esquema procesal oral de tendencia acusatoria que no registran un instituto similar en la ritualidad actualmente aplicable, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia, cuando indicó:

> *"Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contenidos en la Ley 522 de 1999, lo cual por demás patentiza este asunto, haciendo de paso*

evidente que en ese sentido la demanda carece de fundamento al pretender vulnerado el axioma de legalidad.

(…)

En consecuencia, si los procesos se tramitan bajo las formas previstas en el anterior Código Penal Militar mientras no se implemente el sistema penal acusatorio, por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Luego la aplicación del artículo 76 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, norma que ciertamente es más favorable en la medida en que establece un lapso prescriptivo para el delito de deserción de un año mientras que la Ley 522 lo determinaba en dos, resulta posible a condición, se reitera, de que no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar"[13].

Bajo ese entendido, resulta inobjetable que la norma llamada a regular el fenómeno prescriptivo en los procesos que adelanta actualmente la jurisdicción castrense es la contenida en la Ley 522 de 1999, puesto que la Ley 1407 de 2010 introdujo hitos procesales para establecer la interrupción de la prescripción que no son aplicables a la ritualidad de corte inquisitivo, como corresponde a la formulación de la imputación que no tienen un

[13] *CSJ, Radicado 45632 del 15 de julio de 2015, MP. Luis Guillermo Salazar Otero.*

instituto similar dentro del procedimiento establecido en el Código Penal Militar de 1999.

Recuérdese que la prescripción de la acción penal conforme a los lineamientos de la Ley 522 de 1999, opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero que en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni superior a veinte (20) años, salvo en el delito de deserción. Así mismo, la norma contempla que el término prescriptivo de la acción penal se desarrolla en dos momentos: el primero, que se contabiliza desde el día de la consumación de la conducta, en los punibles de ejecución instantánea, o desde la perpetración del último acto, en los delitos tentados o permanentes, interrumpiéndose con la ejecutoria de la resolución de acusación. El segundo término prescriptivo que, corresponde a la mitad del arriba señalado pero que no puede ser inferior a cinco años, tiene inicio con la ejecutoria de la pieza acusatoria y solo se interrumpe cuando adquiere firmeza la sentencia.

8.3- Entendido lo anterior, dentro de los procesos regulados bajo la ritualidad contemplada por la Ley 522 de 1999, no es posible en virtud del principio de favorabilidad aplicar normas que rigen un esquema procesal distinto como el acusatorio, puesto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha

enseñado que para la aplicación del principio de favorabilidad ya sea en temas de sucesión de leyes, tránsito de leyes o coexistencia de las mismas se deben cumplir tres condiciones, a saber: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable[14].

Requisitos que no se cumplen en el presente evento, puesto que la prescripción en los esquemas procesales de tendencia inquisitiva y acusatoria registran presupuestos jurídicos procesales diferentes y la aplicación de las reglas contenidas en uno de los esquemas procesales en el otro resquebrajaría su naturaleza, situación que la propia Corte Suprema de Justicia dilucidó, al señalar:

> *"Con la expedición de la Ley 1407 de 2010, Nuevo Código Penal Militar, y la vigencia de la Ley 522 de 1999 (antigua codificación) se presenta el fenómeno denominado coexistencia de normas, de manera que para aplicar una u otra normatividad por virtud del principio de favorabilidad es necesario revisar detenidamente los dos sistemas para establecer si los*

[14] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23700, M.P. Doctor Alfredo Gómez Quintero, 9 de febrero de 2009.*

institutos de los que se peticiona su aplicación en una y otra codificación son equivalentes. Como lo tiene sentado la Sala:

'…el concepto amplio que siempre ha manejado esta Corte Suprema frente a la aplicación del principio de favorabilidad, no puede conllevar a que, con su pretexto, se pueda invocar, por ejemplo, la aplicación íntegra del nuevo sistema procesal a un caso no cobijado por su vigencia, pues, de un lado, el principio de favorabilidad es predicable de cara a institutos contenidos en uno u otro método de juzgamiento –los contenidos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004- en tanto discurran coetáneamente, y, de otro, la igualdad sólo es predicable frente a individuos que se encuentran en condiciones similares, o mejor expresado, como el fin último de cualquier sistema procesal es el de servir de ámbito de garantía a los derechos del individuo, es claro que cada sistema por sí mismo contiene una estructura interna propia que materializa y desarrolla el catálogo de garantías fundamentales consagradas en la Carta Política.
(…)
De allí que la aplicación de la favorabilidad respecto de determinadas normas contenidas en la Ley 906 a casos regulados por la Ley 600, depende de la equivalencia de los respectivos institutos…'

2. En este evento, la Ley 522 de 1999 difiere de la 1407 de 2010, en cuanto cada una contiene distintas fases procesales y por tanto se modifica el procedimiento para administrar justicia militar, pues entre otras, las autoridades cambian sus roles, los sujetos procesales asumen distintas formas de participación, varía el sistema de aducción de pruebas, se modifican los términos en cada estadio procesal y por consiguiente los institutos jurídicos que las gobiernan se transforman sustancialmente.

3. Dentro de la nueva dinámica procesal de la Ley 1407 de 2010, al existir una fase pre procesal en la que los intervinientes se encuentran habilitados para recaudar elementos materiales de prueba con miras a

esclarecer la noticia criminal, es claro que la fase de investigación sufre serias modificaciones, entre ellas la forma de contar los términos con los que cuentan para adelantar la investigación.

En tal sentido el artículo 444 del nuevo estatuto procesal consagra la formulación de imputación como 'el acto a través del cual la Fiscalía General Penal Militar comunica a una persona su calidad de imputado…', es decir, lo vincula a la investigación, siendo por tal razón que es a partir de tal momento que el término prescriptivo se interrumpe; situación que no se puede equiparar con la interrupción de la prescripción que opera en la Ley 522 de 1999, en los términos pretendidos por la defensa.

6. Nótese cómo las decisiones que en uno y otro sistema fijan los límites para la interrupción de la prescripción no guardan identidad, toda vez que en la Ley 522 de 1999, (artículo 86) aquél término se cuenta a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación (actuación con la que termina la instrucción, y se da inicio al juicio), en tanto que con la Ley 1047 de 2010, es con la formulación de la imputación (como forma de vinculación a la averiguación penal) que se interrumpe el termino de prescripción de la acción.

7. De ahí que esté llamada al fracaso la solicitud de la apoderada, pues para apoyar su pretensión equiparó dos institutos jurídicos disímiles en cuanto que la audiencia de formulación de imputación que consagra la nueva normatividad, no puede parearse a la resolución de acusación del sistema procesal anterior, sencillamente porque el nuevo sistema también establece en sus artículos 481 y ss la audiencia de formulación de acusación, con lo cual no resulta posible la aplicación del principio de favorabilidad, en la medida en que el artículo 78 del nuevo Código Penal Militar no guarda similitud con ningún instituto de la estructura procesal que

consagra la Ley 522 de 1999, que es la normatividad que regula este proceso"[15].

Por tanto, resulta equivocado pretender, como lo hace el censor, que dentro del procedimiento regulado por la Ley 522 de 1999, particularmente en lo relativo al fenómeno de la prescripción se aplique el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, puesto que, como antes se explicó, contiene institutos cuya operancia solo se produce al interior del esquema procesal de tendencia acusatoria por lo que su aplicación en la ritualidad de corte inquisitiva comporta la afectación de lo vertebral del sistema escritural, esto es, de aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizarían tanto sus postulados y finalidades como su sistemática.

Recuérdese que, el régimen inquisitivo se caracteriza por actuaciones esencialmente escriturales, las etapas de averiguación preliminar e investigación o instrucción las adelanta un funcionario judicial, juez de instrucción penal militar con facultades de investigador y de juez para limitar la libertad y otros derechos del procesado, allega pruebas, vincula mediante indagatoria al investigado, le resuelve la situación jurídica y, finalmente, remite el proceso a

[15] *CSJ, Radicado No. 35517 del 06 de julio de 2011.*

la fiscalía cuando estima que se ha perfeccionado esta fase[16].

La etapa de calificación de mérito del sumario la adelanta el fiscal penal militar quien, mediante decisión interlocutoria, una vez cumplidos los trámites propios de esta fase, valora el material probatorio y los argumentos expuestos por los sujetos procesales en los escritos precalificatorios, para luego optar por decretar la terminación del proceso mediante cesación de procedimiento o proferir resolución de acusación, decisión ésta, que es susceptible de apelación ante su superior funcional. Ejecutoriada la acusación remite el proceso al juez de conocimiento y el fiscal adquiere la condición de parte; la etapa del juicio la dirige el juez de conocimiento, quien debe decidir de fondo teniendo en cuenta las pruebas allegadas en las etapas anteriores.

Los rasgos esenciales y los institutos previstos en la citada legislación, también se hallaban consagrados en el anterior estatuto punitivo castrense Decreto 2550 de 1988, pues las fases de indagación previa e instrucción eran adelantadas por el juez de instrucción y aunque la calificación del mérito del sumario la realizaba el juez de conocimiento, en esa etapa también se podía decretar cesación de procedimiento o convocar a consejo verbal

[16] Salvada excepción de la Ley 1765 de 2015, artículo 97.

de guerra, decisión ésta, con similares fines y objetivos a los de la resolución de acusación.

Conforme a lo anterior, es evidente que en una y otra codificación, se conserva la misma regulación, con similares presupuestos, trámite y finalidades, la indagación previa, la instrucción, la vinculación del imputado por medio de indagatoria o declaratoria de persona ausente, las medidas de aseguramiento, el cierre de la investigación y la acusación, actuaciones en que se afectan derechos mediante providencias interlocutorias judiciales susceptibles de los recursos ordinarios, conservando sistemas de procedimiento y estructurales similares con el mismo régimen inquisitivo, por lo que resultaban muy parecidos y hasta idénticos, contexto de fácil comparación para efectos del principio de favorabilidad, de ser éste procedente.

No ocurre lo mismo con la Ley 906 de 2004, pues con esta normativa no se produce un simple cambio de procedimiento en la jurisdicción penal, lo que hizo el legislador en esta sistemática fue transformar en forma total el sistema de procesamiento criminal, para situarlo en su justa dimensión con los postulados constitucionales y del derecho penal moderno, así como con las instituciones y forma de juzgamiento.

Es por ello que, el nuevo sistema previsto en la Ley 906 de 2004 de marcada orientación acusatoria, no es similar al contemplado en la Ley 522 de 1999, cuando menos en relación con el instituto de la prescripción, problema jurídico que concentra la atención de la Sala. Basta resaltar algunas de sus características para evidenciar las diferencias entre uno y otro procedimiento: una policía judicial que se encarga de adelantar la investigación dentro de un término definido, coordinada por un fiscal que no tiene facultades judiciales, no practica pruebas y todas sus actividades debe someterlas a control previo o posterior de un juez de garantías; institutos como el del allanamiento, los preacuerdos y las negociaciones, que apuntan a que la acción penal se reserve para ciertos casos, para finalmente llegar a un juicio oral adelantado ante el juez de conocimiento.

Luego, en términos generales podemos afirmar que, en el sistema acusatorio se distinguen dos fases, una etapa pre procesal cuya génesis es la noticia criminal y comprende una indagación, audiencia de formulación de la imputación, práctica de prueba anticipada, medidas de protección de víctimas y testigos, medidas cautelares, preclusión y aceptación de cargos y, una segunda fase ya procesal, donde encontramos la audiencia de formulación de la acusación, audiencia preparatoria, audiencia de

juicio oral, concentrado, básicamente de partes, continuo y público, dentro de la cual se practican todos los medios de prueba acordados en la audiencia preparatoria, con inmediación del juez en forma ininterrumpida, en la que debe anunciarse el sentido del fallo, audiencia de individualización de la pena, incidente de reparación integral y justicia restaurativa.

Aquí debe hacerse una precisión, la formulación de imputación de la Ley 906 de 2004, es el acto a través del cual la fiscalía comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez penal de control de garantías, mientras que la formulación de la acusación de la Ley 906 de 2004 es realizada en audiencia ante el juez de conocimiento, previa presentación del escrito de acusación, es el acto procesal mediante el cual se inicia la etapa de juicio.

Es evidente entonces, que entre la formulación de la imputación y la acusación, existen diferencias sustanciales, pues mientras la primera se produce ante el juez de control de garantías para dar inicio a la fase de instrucción, como un acto de comunicación; la segunda, es decir la acusación, se promueve ante el juez de conocimiento para dar inicio a la etapa de juicio, sin que exista identidad o similitud entre la formulación de la imputación prevista en el proceso de corte acusatorio, con la

resolución de acusación de la Ley 522 de 1999. Por ello, no puede fundarse la interrupción del término de prescripción en la ejecutoria de ésta última, bajo el prurito de dar aplicación al principio de favorabilidad, asimilándola con la formulación de imputación de la Ley 906 de 2004, como lo equiparó el abogado defensor, pues se trata de actos procesales disímiles y con consecuencias procesales diversas.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, al valorar el contenido de estos dos actos procesales previstos en la Ley 906 de 2004, precisó:

> *"7. A lo anterior se debe agregar otro punto elemental: no existe parámetro legal alguno que conduzca a pensar que la formulación de imputación prevista en la Ley 906 del 2004 equivalga a la resolución acusatoria reglada en la Ley 600 del 2000 y en el artículo 86 del Código Penal. Y no solo no existe, sino que todo indica que incluso en el sistema y esquema de la nueva normatividad son actos procesales diversos, porque en éste son diferentes la formulación de la imputación y la formulación de la acusación, en tanto que en la Ley 600 del 2000 no existe la primera, aunque sí la segunda, pero con características diferentes"*[17].

A ello debe agregarse que, la formulación de la imputación prevista en la Ley 906 de 2004 de marcada orientación acusatoria, no está establecida en la Ley 522 de 1999 de disposición inquisitiva, amén de ello, se trata de actos procesales diferentes, producidos

[17] *Sentencia 42884 del 11 de diciembre de 2013, MP. EYDER PATIÑO CABRERA.*

en etapas diversas, con consecuencias no cotejables, derivados dentro de sistemas de procesamiento y estructuras diferentes consagrados en regímenes no compatibles, contexto que de entrada impide hacer cualquier comparación para efectos del principio de favorabilidad.

Bajo este contexto, no resulta razonable que el término de prescripción de que trata la Ley 906 de 2004, consagrado para operar dentro de un sistema acusatorio, se pueda aplicar dentro de un proceso que se inició y se está tramitando en las instancias bajo los parámetros establecidos en la Ley 522 de 1999, de un lado, porque no se observa que exista identidad en los actos procesales señalados como frontera procesal para realizar la interrupción de la prescripción, pues el legislador del 1999 fijó como límite la resolución de acusación, mientras que el legislador de 2004 adelantó ese período para situarlo en la formulación de la imputación, sin que ésta pueda asimilarse a la resolución acusatoria del sistema anterior.

Y de otro, porque al traerse ese instituto en la forma reglada en el sistema acusatorio, para aplicarlo a un proceso seguido por la ritualidad de la Ley 522 de 1999, bajo el argumento de dar aplicación al principio de favorabilidad, comporta una grave afectación de lo vertebral del sistema

acusatorio y del sistema inquisitivo, en tanto que, vulnera aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes, desnaturalizando tanto sus postulados y finalidades, como el procedimiento, los sistemas y esquemas estructurales previstos en las citadas normativas.

En resumen, bajo las condiciones ampliamente reseñadas en precedencia, no resulta procedente aplicar el principio de favorabilidad implorado por la defensa recurrente, para fundar la declaratoria de prescripción que invoca.

8.4- Adicionalmente, es necesario acotar que el recurrente hace una particular interpretación del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, que establece: "*La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescrito, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años".* En tanto que, señala: "*si tenemos presente la norma transcrita, el término mínimo de prescripción ya no es de 5 años, si no de tres años"*[18]. Para concluir: "*… por ser servidor público de una tercera parte, tendríamos que nos da un máximo de sanción a imponer de 4 años de prisión"*[19], solicitando se decrete la prescripción de la acción penal a

[18] *Cuaderno 4, folio 737.*
[19] *Ídem.*

favor de sus poderdantes por cuanto la investigación superó los cuatro años, dando a entender erradamente que el término general de prescripción en el presente evento sería de tres (3)o cuatro (4) años, situación que a todas luces resulta contraria a lo señalado por el referido artejo y a la más elemental lógica.

Así las cosas, atendiendo que el delito de abandono del puesto previsto en el artículo 105 de la ley 1407 de 2010, tiene prevista como pena privativa de la libertad de uno (1) a tres (3) años de prisión, el término de prescripción de la acción penal no podrá ser inferior a cinco (5) años contados desde la ocurrencia del hecho hasta la ejecutoria de la resolución de acusación; producido este acto procesal, empezará a correr nuevamente el término prescriptivo conforme a lo decantado en precedencia.

Ahora bien, del expediente se puede establecer que los hechos aquí investigados tuvieron ocurrencia el día 7 de junio de 2011, así mismo que la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 10 de noviembre de 2015[20], acto procesal que interrumpió el lapso prescriptivo de la acción penal sin que ésta lograra producirse, luego, a partir de este hito procesal empezó a correr nuevamente el término prescriptivo señalado por el artículo 86 de la Ley 522 de 1999.

[20] *Cuaderno 3, folio 531.*

Así las cosas, evidentemente a la fecha en que cobrará firmeza la sentencia proferida por el juez de instancia el pasado 10 de agosto de 2017, no ha trascurrido el termino mínimo fijado por el artículo 83 del código penal militar de 1999, para que opere el fenómeno prescriptivo de la acción penal lo que impide su declaratoria.

Consecuente con lo anterior, se despachará de manera desfavorable la pretensión del apelante y, en consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en providencia del 10 de agosto de 2017, mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, negó la declaratoria de prescripción de la acción penal y condenó a los procesados por el delito de abandono del puesto.

Sin más consideraciones jurídicas, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR DESFAVORABLEMENTE los argumentos de la apelación y, en consecuencia, **CONFIRMAR INTEGRAMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado de

Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá adiada el diez (10) de agosto de 2017, mediante la cual negó la prescripción de la acción penal en el presente evento y condenó a los subintendentes retirados **WAAQ** y **AGA** a la pena de doce (12) meses de prisión como autores responsables del delito de abandono del puesto.

SEGUNDO: CONTRA la presente decisión procede de manera discrecional el recurso extraordinario de casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtidos los trámites a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.
CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitan de Navío (RA) **JULIAN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

_____

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación:	159241.
Procedencia:	Juzgado de Comando Aéreo 121
Procesado:	SLR. ASRR
Delito:	Deserción
Motivo:	Apelación auto decretando extinción de la acción penal por prescripción
Decisión:	Revoca decisión.

Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil veinte (2020). -

I. ASUNTO POR RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la DRA. ERAA, en su calidad de Procuradora 375 Judicial I Penal, contra el proveído de fecha 12 de julio de 2019[1] por medio del cual el Juzgado ante Comando Aéreo 121 de la Fuerza Aérea Colombiana declaró la extinción de la acción penal a favor del

[1] Ver folio 234 y ss. C.O.2.

SLR. ERAA por el delito de deserción, como consecuencia de lo cual, cesó todo procedimiento a su favor.

II. HECHOS

Fueron resumidos en la pieza acusatoria de la siguiente manera:

> *"Según los informes obrantes en el expediente, en el Comando Aéreo de Combate No 6 con sede en Tres Esquinas Caquetá, al Soldado ERAA le fue concedido un permiso de salida de la unidad, el cual iniciaba el día 13 de mayo de 2017 y finalizaba el día 24 de mayo de 2017, pero por motivos operacionales del vuelo de apoyo debió ser extendido el permiso hasta 27 de mayo de 2017; no obstante, el soldado no regresó en la fecha indicada, perdurando más de cinco días fuera de las filas, configurándose el día 02 de junio de 2017 el delito de deserción"*[2].

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

3.1 Con fundamento en el informe presentado el 06 de junio de 2017 por el MY. JOCP -Comandante del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases No 65 (e)[3]-, el Juzgado 81 de Instrucción Penal Militar inició formal

[2] Obra a folio 1 y ss., informe de novedad.
[3] Ver folios 1-11 C.O.1.

investigación en contra del SLR. ASRR por la comisión del presunto delito de deserción[4]; luego del acopio de material probatorio se procedió mediante diligencia de indagatoria rendida el 10 de julio de 2017[5] a vincular al procesado. Seguidamente el instructor resolvió la situación jurídica del encartado con proveído del 13 de julio de 2017[6], absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento ante el no cumplimiento de los requisitos sustanciales exigidos en el artículo 522 del Código Penal Militar para tal efecto.

3.2 El 28 de marzo de 2019[7] se declaró el cierre de la etapa instructiva y, posteriormente, el Fiscal ante Comando Aéreo 121 de la Fuerza Aérea Colombiana con resolución del 10 de mayo de 2019[8] resolvió acusar al SLR. ASRR como autor del delito militar de deserción.

3.3 Recibido el proceso por el Juzgado de Instancia ante Comando Aéreo 121 de la Fuerza Aérea Colombiana, se emitió pronunciamiento oficioso con fecha 12 de julio de 2019[9], en el cual se declaró la extinción de la acción penal en favor del Soldado ASRR por prescripción.

Siendo recurrida la decisión de primer grado por la representante del Ministerio Público a través de

[4] Obra a folio 13-15 C.O.1.
[5] Obra a folio 44-48 C.O.1.
[6] Ver folio 49-56 C.O.1.
[7] Ver folio 191 *ídem*.
[8] Ver folios 201-216 C.O.2.
[9] Ver folio 234-238 ídem.

recurso de reposición y en subsidio apelación, fue resuelto desfavorablemente el recurso horizontal y corresponde ahora a este Juez Plural resolver lo que en Derecho corresponde frente al recurso vertical.

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

A través de proveído emitido el 12 de julio de 2019, el Juzgado ante Comando Aéreo 121 de la Fuerza Aérea Colombiana decretó la cesación de procedimiento en favor del Soldado ASRR, en atención a que la acción penal se encontraba prescrita al momento en que fue recibido el proceso penal en su despacho para iniciar con la etapa del juicio.

Las razones esgrimidas por el operador judicial al emitir la referida decisión se sustentan sobre la base que en la presente causa penal el día 10 de mayo de 2019 fue emitida resolución de acusación, la cual quedó ejecutoriada el 6 de junio del mismo año, esto es, pasados unos días después de que finiquitara el lapso previsto por la ley para que el Estado pudiera ejercer la acción penal; luego, la oportunidad de sancionar se encontraría fenecida. A este respecto explicó que, si tenemos en cuenta que la conducta se consumó el 2 de junio de 2017, al momento en que cobró firmeza la resolución de acusación ya habían trascurrido más de dos (2) años, por lo cual concluyó

"(…) no se presentó el instituto jurídico de la interrupción de la acción penal"[10].

En relación con la forma como debió contabilizarse el término prescriptivo de la acción, indicó que según los artículos 78 de la Ley 1407 de 2010 y 85 de la Ley 522 de 1999, la contabilización del término de la prescripción, cuando se trata de conductas punibles instantáneas, debe hacerse desde el día de la consumación, esto es en el caso concreto, a partir del 2 de junio de 2017, pues fue la fecha en que se cumplieron los cinco (5) días que la ley le otorgaba al procesado para hacer presentación ante sus superiores y evitar que se consumara el reato militar de deserción.

En este orden de ideas, agregó:

> *"(…) se debe tener en consideración dicha fecha porque estamos frente a una conducta de ejecución instantánea, pero de lesividad o efectos permanentes al bien jurídico tutelado; tal como acontecería a guisa de ejemplo con un delito de homicidio o fuga de presos si es que se quiere tener por analogía una conducta similar. Contexto o lesividad que perdura hasta tanto la administración pública decida la desvinculación del procesado como militar o el procesado, se*

[10] Cfr. Folio 237 C.O.2.

insiste haga presentación voluntaria como ocurrió en este caso ese 7 de junio."[11].

En conclusión, para el *A quo* la acción penal se encuentra prescrita desde el pasado 2 de junio de 2019, como quiera que, según su novedoso criterio, la conducta tuvo su momento consumativo el 2 de junio de 2017, por lo que no se alcanzó a interrumpir el término prescriptivo con la ejecutoria de la resolución de acusación.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En desacuerdo con la anterior decisión, la Procuradora 375 Judicial I Penal interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, al considerar que la decisión de primer grado fue jurídicamente desatinada, como quiera que el término prescriptivo de los dos (2) años fue debidamente interrumpido un día antes de que operara dicho fenómeno.

Recordó la representante del Ministerio Público, que de conformidad con lo establecido en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, para el delito de deserción la acción penal prescribe en un lapso de dos (2) años; asimismo, que según lo dispone el artejo 86 *ibídem*, dicho término se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, momento desde el cual

[11] Cfr. Folio 236 C.O.2.

comienza a correr un nuevo tiempo que corresponde a la mitad del lapso señalado inicialmente, esto es, un (1) año.

Teniendo como base tales premisas normativas, aseguró que en el caso concreto la acción no se encontraba prescrita como quiera que la resolución de acusación emitida contra el SLR. ASRR fue proferida el diez (10) de mayo de 2019 por la Fiscalía 121 ante Comando Aéreo de la Fuerza Aérea Colombiana y cobró ejecutoria el seis (6) de junio del mismo año. Luego entonces, si se tiene en cuenta que el día 7 de junio de 2017 el procesado hizo presentación ante el Comando Aéreo de Combate No 6, fue a partir de esa fecha que debió el juzgado iniciar la contabilización de los dos (2) años que estipula la norma y no a partir del día 2 de junio de 2017, como erradamente lo aseguró el *A quo*.

Asintió que si bien, de acuerdo con la estructura típica del delito analizado, en el día sexto de ausencia se configura el injusto típico, ello no quiere significar que quede completamente consumada la conducta como lo propone el juez primario, pues de acuerdo con la línea jurisprudencial que ha desarrollado la Jurisdicción Penal Militar la deserción *"es un delito de ejecución permanente y su consumación tiene un alcance cronológico que inicia después de los cinco (5) días de ausencia y se prolonga de manera continua en el tiempo, hasta cuando cese el*

atentado al bien jurídico protegido, que lo es el servicio, por modo que quien realiza la conducta de deserción y verbigracia se mantiene contumaz, permanece en él un deber de presencia que le acompaña incluso en su ausencia mientras define su situación militar y se interrumpe cuando regresa al servicio, como ocurrió en el caso bajo examen"[12].

Bajo tales argumentos dejó sentada su inconformidad con el proveído, solicitando inicialmente la reposición de la decisión ante el funcionario de primer grado, la cual fue despachada desfavorablemente, por consiguiente, corresponde a este Tribunal resolver frente al recurso de apelación.

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El DR. ARSE, Procurador 33 Judicial II Penal, en su concepto de rigor sintetizó la situación fáctica acaecida y los principales argumentos exhibidos en el recurso de alzada por su homóloga en primera instancia, para seguidamente advertir lo siguiente:

> *"Teniendo en cuenta que quien interpuso el recurso de apelación fue la representante del Ministerio Público, cuyo argumento* (sic) *deben ser analizados por su pertinencia y relevantes sobre el tema, el suscrito agente del Ministerio Público destacado ante el Honorable Tribunal se remite a lo*

[12] Cfr. Folio 251 C.O.2.

planteado por la Procuradora 375 Judicial I Penal, para que la segunda instancia en su sabiduría los pondere y si lo considera pertinente los acoja"[13].

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación impetrado por la Procuradora Judicial ante la primera instancia, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal, ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año[14], como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

---

[13] Cfr. Folio 278 C.O.2.
[14] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos Mayo de 2011, radicado 36412; Junio 22 de 2011, radicado 36737, Noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y Marzo 07 de 2012, radicado 38401.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está, salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea del caso anticipar que un estudio concienzudo de la providencia recurrida, claramente conlleva a que se declare por la Judicatura el acierto argumentativo exhibido por la delegada de la Procuraduría en primera instancia, en punto que hasta este momento procesal no ha ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción, por lo cual la decisión emitida por el Juez ante Comando Aéreo 121 de la Fuerza Aérea Colombiana resulta inadmisible y, en tal sentido, deberá ser revocada.

La inconformidad planteada por la apelante se sustrae de la postura asumida por el juez de instancia, cuando a efectos de prescribir la acción penal originada en el delito aquí investigado argumentó que para contabilizar el término de prescripción del delito de deserción debía tenerse en cuenta que nos encontrábamos frente a una conducta de ejecución o consumación instantánea con efectos permanentes y no,

como el Tribunal Superior Militar y Policial lo ha venido sosteniendo, que la naturaleza del delito de deserción es de carácter permanente.

La aplicación del novísimo criterio de interpretación normativa llevó al fallador primario a concluir que la presente acción penal se encontraba prescrita, pues, según explicó, el SLR. ASRR debía hacer presentación ante sus superiores el 27 de mayo de 2017 luego de disfrutar de un permiso, empero sólo lo hizo hasta el 7 de junio siguiente. Según el juzgador, el punible de deserción debería ser considerado como de ejecución instantánea con efectos permanentes, lo que implicaría en el caso concreto que la consumación de la deserción tuvo lugar cinco (5) días después de que se evadiera el acusado, esto es, el día 2 de junio de 2017, por tal motivo la acción penal se encontraría prescrita al haber trascurrido más de dos (2) años sin que se hubiera surtido el acto procesal que interrumpiera tal fenómeno, en tanto que la resolución de acusación solo vino a cobrar firmeza hasta el pasado 6 de junio de 2019.

Para resolver el asunto resulta ineludible desarrollar tres tópicos específicos, a saber: i) la competencia del Superior frente al recurso de apelación y el límite que suponen los aspectos impugnados, ii) el precedente judicial y los criterios hermenéuticos de interpretación judicial y, por último, iii) la

consumación del reato militar y el término de prescripción en el caso concreto.

8.1.- La competencia del Superior frente al recurso de apelación y el límite que suponen los aspectos impugnados.

El primer aspecto que resulta de relevancia abordar, es el que tiene relación con la carencia de competencia funcional de esta Corporación para dar respuesta a temas que no resultan inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, dado que, de hacerlo, se extralimitaría al tocar aspectos que no fueron objetados en el recurso. En este sentido, es pertinente recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia:

> *"…la competencia funcional del superior para resolver el recurso de apelación se limita a los asuntos discutidos por el apelante y a los que resulten estrechamente vinculados al objeto de impugnación, como así lo establecía el canon 204 de la Ley 600 de 2000...*
>
> ***De este modo, si el recurrente no se ocupa de criticar en sede de apelación determinado aspecto del fallo de primer grado, el juez unipersonal o plural encargado de desatar la alzada no puede asumir de oficio el estudio de aspectos no contemplados en el recurso, salvo que advierta la***

violación de garantías fundamentales que lo obliguen a intervenir para salvaguardarlas.[15]*"*(Negrillas fuera de texto)*.*

Así entonces, siendo coherentes con las premisas anunciadas, se realizará el análisis del caso ceñidos estrictamente al objeto de la impugnación y a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al problema jurídico planteado por la apelante[16], el cual se circunscribe al siguiente cuestionamiento: ¿A partir de qué fecha debe iniciarse la contabilización del término prescriptivo de la acción penal de los 2 años, frente a la conducta del Soldado ASRR, a quien se le otorgó un permiso que finalizaba el 27 de mayo de 2017 y solo hizo presentación ante sus superiores el día 7 de junio siguiente, cuando retornó de manera voluntaria?[17].

Quedando definido el problema planteado, antes de entrar a resolverlo deberá esta Corporación realizar unas breves disertaciones sobre el precedente judicial

[15] CSJ. Rad. No. 49406, 21 de febrero de 2018, MP. DR. EYDER PATIÑO CABRERA.
[16] En mismo sentido la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido que *"la limitación para el Ad quem representa cabal materialización del derecho de defensa, en tanto, el contenido estricto de la apelación es el que marca la posibilidad de contradicción para los no impugnantes y mal puede decirse que se garantizó la controversia dialéctica cuando el juez de segundo grado se aparta de ese objeto concreto de debate, para incursionar en terrenos ajenos que ni siquiera fueron planteados por la parte descontenta con el fallo y por ello tampoco permitieron pronunciamiento de la contraparte. Es claro, de igual manera, que la decisión de segundo grado tiene como ingredientes fundamentales, de los cuales deriva su legitimidad, tanto los argumentos consignados en la impugnación –y su controversia por los no apelantes–, como la específica pretensión que provee de interés el recurso". CSJ SP15880-2014, 43557.*
[17] Obra a folio 26 C.O.1 Constancia del 14 de junio de 2017 expedida por el Comando Aéreo de Combate No 6 de la Fuerza Aérea donde se informa sobre la fecha de presentación del desertor en la Unidad.

y los criterios orientadores que vinculan a los funcionarios judiciales al momento de la toma de decisiones.

8.2.- Sobre el precedente judicial y los criterios hermenéuticos de interpretación judicial.

La actividad judicial desarrollada por los jueces tradicionalmente se ha revestido de gran complejidad, pues la loable labor de administrar justicia implica la permanente construcción de razonamientos lógico-jurídicos a partir de lo que indica el material probatorio aportado al páginario, y adicionalmente del cumplimiento de la carga de la actividad interpretativa de la norma aplicable al asunto en concreto, máxime en aquellos casos en que ésta se presenta de manera confusa o incompleta[18].

Pues bien, gracias a esta labor de interpretación del Derecho es que han surgido principios generales y reglas que sirven como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento jurídico denominadas subreglas jurisprudenciales, cuya única finalidad es ayudar a los operadores jurídicos a la realización de la justicia material en el asunto concreto. Sin embargo, es fundamental tener presente que esta doctrina

[18]Así, por ejemplo, lo explica M. Gascón Abellán, en *"Interpretación y Argumentación Jurídica"* Capitulo III. Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador.2002.

judicial ha sido catalogada como de carácter relativo, en tanto que el deber de respetar el precedente no puede llegar al extremo de petrificar el Derecho e impedir que éste pueda responder de manera acertada a las necesidades sociales y a las realidades cambiantes que surgen cotidianamente en nuestro país.

Es precisamente en el desarrollo de esa considerable tarea que el precedente judicial ha cobrado un papel de gran importancia, en tanto se trata de las razones de Derecho con base en las cuales un juez resuelve un problema jurídico[19]. Es de tal importancia este aspecto, que la guardiana de lo constitucional lo ha considerado vinculante por diferentes razones[20], entre las que cabe mencionar la efectiva aplicación del principio de igualdad de trato, como quiera que a supuestos fácticos idénticos o jurídicamente equiparables se les debe brindar soluciones equivalentes, conllevando de suyo garantizarle confianza legítima al usuario frente a la administración de justicia[21], la buena fe y la

[19] Sentencia T-292/06.
[20] Ver sentencia C-539 de 2011.
[21] En la sentencia C-836/01, la Corte Constitucional estableció que: "*La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley*".

seguridad jurídica, al punto que el desconocimiento del precedente nace como una causal autónoma de procedencia de la acción de tutela interpuesta en contra de una providencia judicial[22].

Ahora bien, la Corte Constitucional ha diferenciado dos clases de precedentes, teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el horizontal y el vertical[23]. El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial; el segundo, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional.

Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de sus respectivas jurisdicciones[24]. Y frente a los casos, que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los

22 Ver sentencias Sentencia SU-226/13, T-086/07, T-166/16, entre otras.
23 Ver entre otras, sentencias T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-209 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
24 Ver entre otras, T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-766 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio.

encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores[25].

Bajo la concepción que existen dos tipos de precedentes con efectos vinculantes[26] y criterios hermenéuticos de interpretación, que son fijados por los tribunales para los operadores judiciales de menor jerarquía judicial cuando los casos son objeto de pronunciamiento en segunda instancia y no son susceptibles de ser revisados por los órganos de cierre[27], como ocurre normalmente con los procesos que conoce este Tribunal Superior Militar y Policial, es dable concluir que por regla general el juez debe respetar el precedente establecido por las autoridades judiciales superiores[28] al momento de fallar un caso que presente similitudes fácticas y jurídicas con otros que hayan sido decididos previamente, ello en desarrollo de los principios de igualdad de trato, de seguridad jurídica, de confianza legítima y de buena fe, sin que esto implique, obviamente, que no pueda el juez apartarse del mismo ejerciendo una especial carga

---

[25] Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

26 Sobre precedente vertical y horizontal, se pueden consultar las sentencias T-441/10 y T-014/09.

27 Sentencia T-918/10, MP. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

28 "*A este respecto también tiene especial valor rememorar que por virtud de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, tal como atrás se dijo, los funcionarios judiciales en sus decisiones están vinculados al precedente que sobre un asunto concreto ha establecido el órgano unificador, que en nuestra jurisdicción es la Corte Suprema de Justicia cuando ésta resuelve la casación, pero en los demás negocios jurídicos que no son susceptible de este recurso extraordinario la pauta interpretativa la trazan los Tribunales Superiores*." Radicado 158989, auto del 05 de abril de 2019, MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Sala Primera de Decisión, Tribunal Superior Militar y Policial.

argumentativa explicando las razones por las cuales decide no acoger el precedente, ejercicio que garantiza la autonomía judicial en el proceso de administrar justicia.

Respecto de la fuerza vinculante y el grado de obligatoriedad, el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional ha insistido en que, *"el precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales"*[29].

Pues bien, en esta oportunidad el *A quo* en ejercicio del principio de autonomía e independencia judicial de que gozan los jueces[30], de conformidad con lo previsto en el artículo 228 de la Constitución Política[31], ha decidido abandonar la línea de pensamiento unificada que este Tribunal ha venido construyendo desde el año 2015 a través de la emisión de símiles fallos

[29] Sentencia SU354/17
[30] En este sentido, véase sentencia C-836/01.
[31] ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

judiciales respecto del delito de deserción, en donde concretamente se ha concluido que se trata de una conducta de ejecución permanente[32]; actuación válida que le implicaba, como se explicó precedentemente, la exhibición de una carga argumentativa bastante alta con miras a lograr mutar el precedente trazado por esta Corporación, en tanto, como lo han señalado las Altas Cortes, debe existir un límite a la autonomía judicial en materia de interpretación para no rayar con el absolutismo.

Este tema ha sido abordado por la Corte Constitucional en la sentencia T-688 de 2003[33], entre otras, precisando que en esta área concreta existen criterios objetivos que permiten fijar un lindero legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente se establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por un juez primario al momento de resolver. Recordemos lo dicho por el máximo Tribunal Constitucional:

---

[32] Véase entre otras decisiones del Tribunal Superior Militar, radicado 158237, agosto 14 de 2015, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. Radicado 158236, agosto 28 de 2015, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 158206 del 2 de septiembre de 2015, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA. Radicado 158263, auto octubre 30 de 2015. MP MY (RA) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME. Radicado 158061 enero 27 de 2016, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA. Radicado 158586, febrero 14 de 2016. MP MY (RA) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME. Radicado 158417, junio 7 de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 158546, noviembre 21 de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 158662, agosto 15 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. Radicado 158946 diciembre 12 de 2018, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA. Radicado 159099, julio 9 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 159119, septiembre 20 de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. Radicado 159190 octubre 7 de 2019, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA.

[33] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

a) Los recursos de apelación y consulta en la estructura orgánica de la rama judicial, permiten precisamente que el superior revise una decisión del a quo. Si ello es así, es claro que el juez superior puede controlar la interpretación del inferior frente a normas concretas o aspectos jurídicos específicos, por lo que el juez inferior deberá en principio tener en cuenta las apreciaciones del juez superior al respecto, y no desoír libremente estas consideraciones. De ahí que si lo que pretende es apartarse de las consideraciones del superior, su carga mínima será fundar esa separación de las consideraciones del superior en su decisión. En este sentido, puede decirse objetivamente, que ***el juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta, por lo que en casos similares deberá evaluar sus consideraciones con base en las observaciones que se le hagan, so pena de que en sede de apelación le sea avalada o refutada la doctrina establecida en un caso concreto.***[34] (Negrilla fuera de texto).

Quiere significarse con lo anterior, que frente al asunto que nos ocupa el *A quo* se encontraba obligado a respetar el precedente fijado por esta Corporación, dada su fuerza vinculante en tanto fuente formal y material de Derecho, en punto a que la acción penal seguida en contra del SLR. ASRR por el delito de

[34] Sentencia T-698/04

deserción prescribe en el término de dos (02) años[35] y que el conteo de dicho lapso debe iniciarse desde la perpetración del último acto, atendiendo a la permanencia de la ejecución de la conducta[36], entendiendo como tal –último acto- cualquiera de los presupuestos fácticos o jurídicos que pacífica y uniformemente ha venido edificando la línea de pensamiento de este Tribunal Castrense desde el año 2015[37].

Pero bien, como autónomamente el *A-quo* decidió apartarse de ese precedente debió hacerlo de manera motivada, para de esta forma dejar sin sustento lo dicho por las distintas Salas de esta Corporación, tarea que no cumplió en tanto su estrategia argumentativa estuvo orientada a denigrar y descalificar la labor unificadora realizada por este Tribunal en la materia.

Destáquese que el primer error en el que incurrió el juzgador de instancia frente al cometido fue no reconocer que existía un precedente judicial vinculante que debía respetar, contrariamente, partió del supuesto errado que lo resuelto por este Tribunal

[35] Artículo 83 de la Ley 522 de 1999.
[36] Artículo 85 de la Ley 522 de 1999.
[37] *Cfr*. radicado 158224, junio 23 de 2015, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA; radicado 158236, agosto 27 de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado 158856, febrero 14 de 2016, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; radicado 158609, mayo 23 de 2017, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 159094, julio 18 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, entre otras.

en casos anteriores eran simples "*tesis*" o "*teorías*"[38] creadas sin fundamento, dado que, en su opinión, las decisiones que en este sentido se han emitido no dejan de ser meras "*(…) conceptualizaciones o que se debe entender por un delito de ejecución permanente con la asimilación de conductas que la jurisprudencia ha considerado como tal; es decir, la rebelión, secuestro, concierto para delinquir, entre otros*"[39], dejando así de lado lo dicho por la propia Corte Constitucional cuando al momento de zanjar la controversia sobre quiénes son los órganos encargados de unificar la jurisprudencia en nuestro país y la forma como opera la figura del precedente frente a los demás operadores jurídicos, resolvió lo siguiente:

> *"cuando el asunto es susceptible de casación y el órgano que ocupa el punto más alto en la jurisdicción ordinaria se ha pronunciado sobre el mismo, el juez debe aplicar la subregla sentada jurisprudencialmente. En estos casos la autonomía judicial se restringe de manera radical. Por lo tanto, el operador jurídico, acatando el principio stare deciris, sólo podrá apartarse del precedente si demuestra que los supuestos de hecho son radicalmente diferentes a los que regula la norma jurisprudencial*[40]*"*

[38] Cfr. Folio 264 C.O.2
[39] Ibídem.
[40] Ver sentencia T-1625 de 2000.

> *"Si el proceso no tiene casación, el análisis a realizar es diferente. Los asuntos que no son susceptibles de casación, carecerían de una instancia que unifique los criterios de conformidad con los cuales debe interpretarse la normatividad.* ***Se ha entendido entonces, que los tribunales superiores son la cúspide de los diversos distritos judiciales y que, en consecuencia, cumplen la función de unificación jurisprudencial. Serían entonces ellos los encargados de desatar los diversos dilemas interpretativos, fijando para ello criterios ciertos y precisos.*** *Es claro, entonces que en las amplias áreas del derecho que por diversas razones no son susceptibles de unificación vía casación, la función unificadora, como condición necesaria para salvaguardar el derecho constitucional a la igualdad, deber ser asumida funcionalmente por estos entes."*[41] (Negrillas fuera de texto).

Es indiscutible, entonces, que este Tribunal como órgano funcionalmente superior en la Jurisdicción Penal Militar ha tenido que asumir de algún tiempo atrás la tarea encomendada de unificar la jurisprudencia dentro de nuestro ámbito jurisdiccional[42], de allí que a los funcionarios de

[41] Sentencia T-683 de 2006

[42] *"Los Tribunales son la cúspide judicial dentro de sus respectivos distritos judiciales. Por lo mismo, dentro de dicho ámbito territorial, cumplen la función de unificación jurisprudencial. Es decir, la realización del principio de igualdad. Teniendo en cuenta lo anterior, no se explica que dicha función (unificación) y el respeto al derecho a la igualdad pueda ser abandonada por el Tribunal. Es a éste, sin considerar que tenga diversas*

primera instancia les sean aplicables los criterios orientadores y los precedentes emitidos por esta Corporación en el desarrollo de su labor judicial, máxime cuando han venido emanando de manera unificada y pacifica por sus distintas Salas de Decisión, adquiriendo un carácter ordenador y unificador que buscan perpetrar principios como el de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del Derecho y debido proceso, amén de ser indispensables como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento[43].

Ahora bien, un segundo yerro que se advierte del proveído objeto de examen es que carece de la fuerza argumentativa esperada, pues, como se anticipó precedentemente, no solo desconoció la existencia de un precedente judicial en la materia, sobre el que debió haber partido, sino que, además, el juez se limitó a criticar y descalificar la postura de este Colegiado desde un punto de vista meramente subjetivo, sin la construcción de argumentos de fondo para edificar la necesidad de un cambio de postura.

---

salas de decisión, a quien le corresponde definir las reglas jurídicas aplicables dentro de su jurisdicción.”. Ibídem.

[43] Cfr. Sentencia T-292 de 2006, *“En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.”*.

Por ejemplo, a partir del planteamiento de hipótesis amañadas se ocupó de enunciar los posibles peligros que podían acaecer en la Jurisdicción Castrense de seguirse aplicando las teorías creadas por este Colegiado frente al delito de deserción, para lo cual adujo que tales interpretaciones a todas luces eran carentes de *"criterio lógico, histórico, teleológico y sistemático conforme el querer del legislador (…)"*[44], cuando era su deber plantear la inconveniencia del precedente frente a situaciones fácticas similares y concretas y no de cara a escenarios abstractos.

Sumado a lo anterior, los cuestionamientos del juzgador estuvieron dirigidos en contra de esta Corporación por no prever dentro de la *"teoría"* desarrollada -frente al delito de deserción- la hipótesis fáctica en la que el desertor se presente voluntariamente dentro de los ocho (8) días siguientes a la consumación de la conducta y la forma en que debería darse aplicación a la atenuante punitiva contenida en el artejo 111 de la Ley 1407 de 2010. Acto seguido deliberó sobre la forma en que se debería otorgar la rebaja punitiva del artículo 111 *ibídem*, frente a la hipótesis en la que el procesado se presentara antes del cierre de la investigación de forma voluntaria, pero ya se hubiera producido su desacuartelamiento y también respecto de la imposibilidad de conceder la reducción de la pena

[44] Cfr. Folio 261 C.O.2.

cuando el procesado se presente voluntariamente dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo o del retiro de la Institución.

Un debate jurídico de esa naturaleza resultaría relevante para el Tribunal en la medida que deba conocer un asunto que implique un problema de tal magnitud, empero como en esta oportunidad la situación se circunscribe a la contabilización del término prescriptivo de la acción penal de 2 años en etapa de instrucción, resulta completamente intrascendente la cuestión planteada, amén que se desbordaría la competencia de este Superior el pretender zanjarlo.

La verdad es que los reproches propuestos por el juzgador en este sentido parten de supuestos errados, pues desconocen que el precedente de la Corporación ha sido sólido frente a la existencia de una ejecución formal y material de la conducta de deserción, lo cual superaría el aparente inconveniente que encuentra el *A quo* en el caso de la atenuante punitiva del artejo 111 de la codificación penal castrense. Veamos lo dicho en reciente decisión:

> *"La acción típica establecida por el delito señalado en el artículo 109.2 del Código Penal Militar, se ejecuta vencido el término de cinco días, pero la conducta punible y el proceso*

consumativo subsiste en el tiempo hasta que finaliza la afectación al bien jurídico del servicio, esto es, lo que algunos doctrinantes han denominado la ejecución formal y material. La primera, atinente a la realización del tipo objetivo; y la segunda, a la cesación del estado antijurídico creado por el autor de la conducta punible. Por lo tanto la conducta lesiva del servicio se entiende consumada desde que se vence el término de cinco días iniciales, durante el cual el agente permanece por fuera de las filas, hasta el momento en que cesa la afectación definitivamente al bien jurídico protegido"[45].

A criterio del señor juez, el Tribunal en sus pronunciamientos no debió realizar analogías entre el delito de deserción y las conductas de ejecución permanente, pues en su lógica debió hacerlo entre el reato militar de deserción y las conductas de ejecución instantánea de lesividad o efectos permanentes o transitorios, como es el caso de la fuga de presos o el daño en los recursos naturales, ello dejándolo a título de enunciado en la medida que ningún esfuerzo argumentativo –apoyado en referencias doctrinales, jurisprudenciales o en casuística- realizó para sustentar su dicho, lo mismo ocurrió en punto de la contabilización de los términos de prescripción de la acción penal al simplemente

[45] TSM. Radicado 158237 del 14 de agosto de 2015, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.

indicar que se debería hacer *"desde el momento de la consumación o la realización de los elementos típicos de la conducta y no de su agotamiento"*[46]. En tal sentido, el único propósito que se aprecia al sostener dicha postura es que el delito sea abordado desde otra perspectiva y no desde la necesidad de movilizar el precedente de este Colegiado judicial por entrar en conflicto con el ordenamiento jurídico o los derechos y garantías constitucionales del procesado.

Como viene de verse, las apreciaciones enarboladas por el *A quo* no conllevan la necesidad de cambiar el precedente judicial que viene regulando el asunto, en tanto éste no logró cumplir con la carga argumentativa exigida para ello, aunado al hecho que olvidó que para efectos de separarse del precedente judicial que rige en esta Jurisdicción debía cumplir como mínimo con dos elementos básicos a saber: i) hacer referencia al precedente anterior y, ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio de postura frente a un caso de situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad[47].

Véase que el funcionario de primera instancia simplemente hizo referencia, de manera descontextualizada, a un radicado de esta Corporación

[46] Cfr. Folio 257 C.O.2
[47] En este sentido véase sentencia T-698 de 2004.

identificado como el 158236 del 28 de agosto de 2015, cuando le asistía el deber de desvirtuar toda la línea sólida y consolidada de este Tribunal, que como quedó citado en precedencia está compuesta por mucho más de 14 decisiones emitidas a lo largo de los últimos cinco (5) años.

Sumado a lo anterior, los argumentos ofrecidos tuvieron como fundamento situaciones hipotéticas sobre las cuales este Tribunal aún no ha tenido la oportunidad de pronunciarse de fondo, en tal sentido, mal puede concluirse que el precedente sentado por este Órgano Colegiado resulte aplicable para unos casos, pero para otros no, afectándose el derecho a la igualdad al ser inviable su aplicación.

En este orden de ideas, es claro que el *A quo* no cumplió con el deber que le asistía de fundamentar la necesidad de modificar la línea jurisprudencial, reiterada y vigente, que subsiste en esta Corporación, según la cual la conducta punible de deserción es de carácter permanente porque "*se prolonga su ejecución en el tiempo mientras se mantenga la situación delictiva, en el entendido que quien realiza la conducta de Deserción y se mantiene contumaz, permanece en él un deber de presencia que le acompaña incluso en su ausencia mientras no defina la situación militar y que sólo se interrumpe cuando el agente activo regresa al servicio*"[48].

[48] Sentencia noviembre 26 de 2008, radicado 155365, M.P. CR CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

Así entonces, es del caso reiterar que el delito de deserción es de ejecución permanente, conclusión a la que se ha arribado después de un análisis serio y consistente dado que su consumación se prolonga en el tiempo, ello por cuanto la conducta se ejecuta en el primer minuto del sexto día de ausencia a filas y se continúa su comisión de manera indefinida durante todo el tiempo que el agente activo persista en tal comportamiento atentatorio del bien jurídico del Servicio.

8.3 De la consumación del reato militar y el término de prescripción en el caso concreto.

Téngase como fundamento para resolver, que de conformidad con el artículo 109.2 de la Ley 1407 de 2010, vigente para la época de los hechos, el delito de deserción tiene prevista una pena de entre ocho (8) meses y dos (2) años de prisión; también que el término prescriptivo de la acción penal es de dos (2) años, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 83 de la Ley 522 de 1999[49], vigente y aplicable en lo que hace referencia al sistema procesal que regula el asunto, tiempo que según el canon 86 *ibídem* se

[49] "*TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal* ***prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad,*** *pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.*

En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. ***Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años.***"

interrumpe *"(…) con la ejecutoria de la resolución de acusación".*

De lo anterior se extrae que en tratándose del delito de deserción existen dos premisas normativas reguladoras a saber: *i)* que la acción penal prescribe en dos (2) años y, *ii)* que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.

Teniendo como marco normativo lo expuesto, se advierte en el caso concreto que el injusto de deserción por el que se acusó al Soldado ASRR establece un tiempo máximo de prescripción de la acción, en etapa de instrucción de 2 años contados a partir de la consumación del hecho y de 1 año en la etapa de juicio, el cual se cuenta a partir de la firmeza de la resolución de acusación.

Ahora bien, el reproche formulado por la Procuradora 375 Judicial I Penal, quien en esta oportunidad recurrió la decisión de primera instancia, parte del supuesto jurídico que el reato militar en cita es de *"ejecución permanente",* por tal motivo sí el SLR. ASRR debía hacer presentación ante sus superiores el 27 de mayo de 2017 y no lo hizo porque retornó de manera voluntaria a la unidad hasta el 7 de junio siguiente[50], lo diáfano sea concluir que a partir de esa calenda

[50] Obra a folio 26 C.O.1 Constancia del 14 de junio de 2017 expedida por el Comando Aéreo de Combate No 6 de la Fuerza Aérea.

debía iniciarse la contabilización del término de los dos (2) años para que la Justicia Penal Militar pueda agotar la etapa de investigación, el cual feneció el pasado 7 de junio de 2019, fecha en la cual ya había cobrado firmeza la resolución de acusación.

En efecto, como bien lo afirma la apelante, esta Sala de Decisión confluye en que el reato militar se perpetró en el último acto del siete (7) de junio de 2017, cuando, conforme ha sido criterio reiterado de la jurisprudencia de este Tribunal, el desertor cesó voluntariamente su ausencia y se presentó a continuar prestando el servicio militar, sumado a ello tenemos que la resolución de acusación proferida el 10 de mayo de 2019[51] vino a cobrar firmeza el 6 de junio de esa anualidad[52], todo lo cual nos lleva a concluir que la acción penal aún no se encuentra prescrita.

Frente a tal panorama, forzoso sería aceptar que al momento en que el Juez ante Comando Aéreo 121 de la Fuerza Aérea Colombiana asumió la competencia para el conocimiento de la causa ésta se encontrara prescrita y tuviera que cesar todo procedimiento en favor del encausado, pues como atinadamente lo expuso la apelante en la motivación del recurso el fenómeno prescriptivo no logró producirse en tanto fue interrumpido de manera debida con la ejecutoria de la resolución de acusación.

[51] Obra a folios 201 y ss. del C.O.2.
[52] Obra a folio 231 del C.O.2 Constancia de ejecutoria.

Así las cosas, es evidente que la censura objeto de análisis formal parte de supuestos jurídicos fundados, pues reitérese, que el delito de deserción es de ejecución permanente, toda vez que su consumación se prolonga en el tiempo y ello acaece para este evento, desde el momento en que el conscripto se ausenta de manera injustificada y sin autorización de sus superiores del lugar donde presta su servicio, y perdura en el tiempo mientras éste no ponga fin a esa acción de manera voluntaria, o ésta desaparezca por cualquier circunstancia ajena a la voluntad de éste que le impida cumplir con el deber de presencia y/o permanencia, como cuando es capturado o retirado; en esa medida la conducta se ejecuta de manera continua e ininterrumpida mientras se mantenga la *"situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica. En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida, hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica"*[53]; por tanto, no se trata de una pluralidad de acciones u omisiones, sino de una sola acción u omisión, circunstancia que le imprime esa condición de ejecución permanente, todo esto

[53] Corte Suprema de Justicia, providencia AP172-2015, Radicación No. 43870, del 21 de enero de 2015, MP. Fernando Alberto Castro Caballero

contrario a lo afirmado por el fallador de primera instancia.

Tampoco se trata de un delito cuya lesión al bien jurídico es instantánea y lo que perdure sean las consecuencias de la infracción, pero no el mantenimiento del injusto, dado que en este tipo de delitos el bien jurídico sólo se ve lesionado en el momento del ataque y las consecuencias perduran con independencia de la voluntad del sujeto, mientras que en los delitos de ejecución permanente la trasgresión cometida prosigue ininterrumpidamente, más allá del momento consumativo inicial, es decir, mientras la acción u omisión perdure el delito se reproduce a cada instante en su acción consumativa atacando continuadamente a un único bien jurídico, lo que conlleva a que el autor tenga el poder de continuar o cesar la acción antijurídica.

No existiendo, dubitación alguna en punto de la prosperidad del argumento enarbolado por la Procuradora 375 Judicial ante la primera instancia, como tampoco que, respecto del delito de deserción, el término de prescripción de la acción penal debe contabilizarse a partir del momento en que se presentó de manera voluntaria el soldado ASRR, y que, por ende, la acción penal no se encuentra prescrita, esta Corporación revocará la decisión para que en su lugar se dé continuidad a la etapa de juicio de manera inmediata dado el apremio de los términos procesales.

Sin más consideraciones y en mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE

PRIMERO: ATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, **REVOCAR** el proveído de primera instancia calendado 12 de julio de 2019, a través del cual el Juez ante Comando Aéreo 121 de la Fuerza Aérea Colombiana declaró la extinción de la acción penal y cesó todo procedimiento a favor del SLR. ASRR por el delito de deserción, de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de la presente decisión.

SEGUNDO: NO PROCEDE ningún recurso contra la presente providencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 600 de 2000[54], norma que por integración debe aplicarse en el presente asunto.

TERCERO: DEVOLVER el proceso por secretaría de la Corporación al juzgado de origen, una vez haya surtido las actuaciones a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

[54] *"La que decide los recursos de apelación…quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."*

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente

Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	158791
Procedencia	:	Juzgado de Primera Instancia Policía Metropolitana de Bogotá
Procesado	:	IT. OAR
Delito	:	Lesiones personales culposas
Motivo de alzada	:	Apelación sentencia condenatoria
Decisión	:	Confirma condena

Bogotá D.C., febrero veinticuatro (24 de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, a adoptar la decisión que en Derecho corresponde en relación con el recurso de apelación impetrado por el defensor YLPS, en contra de la sentencia del 24 de agosto de 2017 por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, con asiento en esta ciudad capital, condenare al IT. OAR a las penas principales de cuatro (04) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa de cinco punto dos (5.2) salarios mínimos legales mensuales

vigentes, al igual que a la accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un (01) año, al hallarlo responsable de la comisión del delito de lesiones personales culposas, así mismo concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

II. HECHOS

Del devenir procesal se extracta que en la madrugada del 17 de julio del 2011 el Intendente OAR y el Patrullero EAMA, orgánicos de la Estación de Policía la Cumbre de la Policía Metropolitana de Bucaramanga (Santander), se encontraban cumpliendo primer y cuarto turno de servicio.

Que alrededor de las 03:20 horas en instantes en que se desplazaban a bordo de una motocicleta institucional por el barrio El Reposo del municipio de Floridablanca (Santander), al llegar a la calle 57 con carrera 14 de aquel, se percataron que un individuo de chaqueta roja y pantalón jean azul, posteriormente identificado como JAVG, le disparaba en la pierna al señor JEA, situación que generó que el IT. OAR descendiera del velocípedo con el fin de aprehender al agresor quien se diera a la fuga.

En desarrollo de tal reacción, éste último gendarme disparó su arma de dotación en dos oportunidades lesionando al particular JASQ, quien se encontraba en el lugar departiendo con otras personas.

A JASQ le fue dictaminada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses incapacidad médico legal definitiva de cuarenta y cinco (45) días y como secuela médico legal deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Las primeras averiguaciones fueron realizadas por la Fiscalía 7ª delegada ante los jueces municipales del municipio de Floridablanca (Santander), despacho que remitió las diligencias por competencia a la Justicia Penal Militar el 02 de marzo de 2012[1], correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 168 de Instrucción Penal Militar, cuyo entonces titular dispuso el 02 de abril de 2012[2] abrir investigación formal en contra del SI. OAR por el presunto delito de lesiones personales, vinculándolo al trámite procesal mediante diligencia de indagatoria el 03 de octubre de 2012[3].

El 08 de octubre de 2012[4] el titular del aludido juzgado profirió auto de sustanciación en el cual consignó que "…*sería del caso entrar a resolver la situación jurídica provisional del SI. OAR, de no ser porque de la simple lectura de su injurada se aprecia que conforme la versión del señor subintendente en desarrollo del caso del asunto, varios policiales hicieron uso del arma de fuego de dotación oficial, motivo por el cual han de ser escuchados para que*

[1] Folio 34 C.O. 1.
[2] Folio 37 ídem.
[3] Folios 52 a 58 ídem.
[4] Folio 62 ídem.

asistidos de apoderado rindan sus descargos, no obstante no haberse puesto bajo juramento al sindicado al momento de hacerles cargos".

El PT (R) EAMA fue vinculado mediante diligencia de indagatoria el 18 de febrero de 2013[5].

La situación jurídica provisional del IT. OAR fue resuelta el 28 de febrero de 2013[6], esto en el sentido de abstenerse de imponer al mismo medida de aseguramiento alguna por el delito de lesiones personales, decisión que el juez instructor soportó en que hasta ese momento no se tenía claridad respecto a cuál de los policiales había disparado su arma de fuego de dotación.

Estimado perfeccionado el ciclo instructivo por parte de dicho funcionario, el sumario fue remitido a la Fiscalía Penal Militar (reparto) el 30 de septiembre del año 2013[7], correspondiendo su conocimiento a la Fiscalía 147 Penal Militar, la que mediante auto del 21 de marzo de 2014[8] devolvió el plenario al funcionario instructor a fin que practicara varias pruebas y resolviera la situación jurídica del PT. EAMA.

Mediante auto de sustanciación adiado 28 de abril de 2014[9] el Juez 178 de Instrucción Penal Militar revocó el numeral primero del interlocutorio del 28 de febrero de 2016, por medio del cual resolvió la

[5] Folios 101 a 105 ídem.
[6] Folios 110 a 118 ídem.
[7] Folio 154 ídem.
[8] Folios 159 y 160 ídem.
[9] Folio 180 ídem.

situación jurídica del antes citado Intendente OAR para en su lugar señalar: "*PRIMERO: Abstenerse de dictar medida de aseguramiento en contra de los institucionales IT. OAR y PT ® EAMA, de autos conocidos, de conformidad con los hechos sucedidos el 17 de Julio de 2011 en el municipio de Floridablanca (Santander) de conformidad con el contenido de presente proveído. Los numerales siguientes se mantendrán en los términos del auto de fecha 28 02 13* [sic].".

El expediente fue remitido nuevamente a la Fiscalía 147 Penal Militar el 06 de noviembre de 2014[10], ente calificador que devolvió[11] el plenario al funcionario instructor por segunda vez al estimar que no se habían evacuado la totalidad de las pruebas.

El 09 de julio de 2015[12] el sumario fue remitido por tercera ocasión a la fiscalía penal militar en cita, misma que cerrare el ciclo instructivo a través de auto de trámite del 23 de julio de la misma anualidad[13].

El mérito sumarial fue calificado el 20 de octubre de 2015[14], ello en el sentido de proferir resolución de acusación en contra del IT. OAR por el punible de lesiones personales culposas, a la vez que cesó todo procedimiento a favor del PT. EAMA.

Ejecutoriada la anterior decisión 03 de diciembre de 2015, el plenario fue enviado al Juzgado de Primera

[10] Folio 352 C.O. 2.
[11] Folio 355 ídem.
[12] Folio 415 C.O. 3.
[13] Folio 417 ídem.
[14] Folios 442 a 463 ídem.

Instancia del Departamento de Policía Santander, estrado judicial que el 16 de febrero de 2016[15] decretó la iniciación del juicio y ordenó correr traslado a los sujetos procesales por el término de ley para las solicitudes probatorias, accediendo por auto del 07 de marzo del mismo año[16] a las pruebas deprecadas por la defensora del uniformado sujeto a acusación.

Posteriormente, el 15 de abril de 2016[17], el referido juzgado de instancia fijó fecha para la celebración de la audiencia de Corte Marcial, la que se llevó a cabo el 16 de agosto de 2017[18], profiriéndose la sentencia de primer grado el 24 de agosto del 2017[19], misma por la cual se condenare al IT. OAR a la pena previamente referida como autor responsable del reato de lesiones personales culposas.

Contra la anterior determinación el defensor, YLPS[20], interpuso recurso de apelación, mismo cuya resolución en Derecho ocupa la atención de esta Sala de Decisión en la presente oportunidad.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Coronel JOSÉ MARIO LÓPEZ CABARCAS, Juez de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, luego de sincretizar el episodio fáctico

[15] Folio 487 ídem.
[16] Folios 506 y 507 ídem.
[17] Folio 563 ídem.
[18] Folios 611 a 650 C.O. 4.
[19] Folios 651 a 704 ídem.
[20] Folios 717 a 722 ídem.

juzgado, identificar al enjuiciado, resumir el material probatorio obrante y la intervención de los sujetos procesales, indicó que al IT. OAR se le imputan las lesiones personales causadas al ciudadano JASQ en hechos ocurridos el 17 de julio de 2011 alrededor de las 03:20 horas en la calle 57 con carrera 14 del municipio de Floridablanca (Santander), esto en instantes en que JAVG lesionó en la pierna izquierda al señor JEA y en la reacción que hiciere la patrulla policial conformada por el procesado y el Patrullero EAMA, al tratar de capturar al victimario, resultó lesionado por disparo de arma de fuego el particular JAJQ.

Luego de transcribir el artículo 396 de la Ley 522 de 1999 y una decisión de la Corte Suprema de Justicia[21] en punto al conocimiento y convencimiento pleno más allá de toda duda razonable que requiere el juzgador para emitir fallo de condena, afirmó que en torno a la tipicidad de la conducta constitutiva del punible de lesiones personales culposas enrostrada al incriminado no se evidencia mayor dificultad, ya que de los experticios médicos practicados a JASQ permiten acreditar la materialidad del delito, en tanto en el dictamen practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal Seccional Santander el 1° de diciembre de 2011 se le dictaminó incapacidad médico legal definitiva de cuarenta y cinco (45) días y como secuela médico legal una deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

[21] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 13 de junio de 2012.

Afirmó que de conformidad con lo anterior se imputa la comisión de los reatos descritos en los artículos 111 y 113 inciso segundo de la Ley 599 de 2000, ello en la modalidad culposa, debiéndose dar aplicación a lo preceptuado en el artejo 120 del mismo *códex*.

Destacó que el IT. OAR cuestionó la autoría del delito imputado y aseguró no ser el responsable del detrimento físico padecido por JASQ, planteando una duda, a lo cual replicó el *A Quo* que, como fuere señalado en la resolución acusatoria, así como en la audiencia de corte marcial por parte de la fiscalía penal militar, emergen dos (02) grupos de testigos con abiertas contradicciones en sus relatos, correspondiéndole al despacho establecer cuál de las dos versiones merece credibilidad.

Expuso que el acriminado y los testigos que avalan su dicho pregonan que aquel nunca disparó en dirección al lesionado y que, por el contrario, el policial fue víctima de una "*asonada*", dándose un forcejeo con algunas personas presentes en el lugar quienes trataron de arrebatarle su arma de dotación, disparándose ésta al "*aire*" sin dirección alguna, igualmente refieren que el gendarme disparó en una segunda ocasión en dirección a donde se hallaba JAVG, sin que hubiese ninguna persona entre ellos.

Corolario de lo anterior, concluyó que la prueba arrimada al paginario "*proyecta de forma cierta e inequívoca, que el autor de las lesiones padecidas por* ***JASQ****, es el hoy enjuiciado Intendente* ***OAR***", inferencia a la que arribó luego de estudiar las versiones que

sobre la ocurrencia de los hechos brindaron el Intendente OAR, el Patrullero EAMA y los señores AMR y CMP, las cuales a su juicio brindan certeza respecto a que la versión que suministran JASQ, MAAG, IAHC, JAVG y JEA proyectan plena credibilidad para reconstruir la verdad histórica "*y columbrar que el Intendente OAR y los testigos que avalan su dicho,* [sic] *mienten cuando aseguran que el policial antes mencionado fue agredido por unas personas presentes en el sitio de los acontecimientos, quienes trataron de desarmarlo*".

Dedujo que "*las argumentaciones vertidas por el procesado OAR en su indagatoria*[22]*, así como los registros plasmados en la minuta de población de la Estación de Policía La cumbre*[23] *y el informe policial que rindió sobre los hechos*[24]*, no son más que una serie de artimañas ideadas por el enjuiciado, avaladas por los señores AMR y CMP, para tratar de justificar,* [sic] *la extralimitación cometida por OAR,* [sic] *al disparar injustificadamente en contra de JAVG, sin estar siendo atacado por este, lesionando en este accionar a JASQ.*"

Adujo que el testimonio rendido por MAAG no da lugar a equívocos al señalar como autor de las lesiones padecidas por JASQ al procesado, ello al referir que fue el policía que iba en la parte de atrás de la moto quien se bajó y disparó, además que efectuó una descripción física que coincide con la del enjuiciado, agregando que dicho testigo no reseñó que se hubiese presentado una agresión en contra del

[22] Folios 52 al 58.
[23] Folios 201 al 202.
[24] Folios 210 al 211.

policial procesado y que en dicha situación se le hubiese disparado el arma de dotación.

Arguyó que lo anterior es ratificado por el señor IAHC, quien refirió que quien disparó a JASQ fue el IT. OAR.

Destacó que los precitados testigos son contestes en afirmar que el único policial que disparó fue el incriminado, siendo esto acorde con lo expresado por el PT. EAMA, quien en diligencia de indagatoria adujo que no disparó el arma de fuego que tenía asignada para la fecha de marras, aunado a que IAHC negó que entre los policiales y las personas que había en el lugar se hubiese presentado algún roce o encuentro.

En punto a lo afirmado por el enjuiciado respecto a que su compañero PT. EAMA se alió con el lesionado y los demás testigos para hacer ver que fue él quien causó las lesiones padecidas por el particular JASQ, refirió que, si bien es cierto el prenombrado patrullero trata de hacer un relato similar al del procesado, ello al afirmar que varias personas se abalanzaron hacia su acompañante buscando impedir que éste hiciera uso del arma de dotación empujándolo, lo que hizo que se bajara de la moto para apoyar a su superior jerárquico, no es menos cierto que su relato dista mucho de ser igual al expuesto por el acusado, pues señaló que observó una riña múltiple en la que había un sujeto de chaqueta roja que discutía y tenía un arma de fuego tipo revólver en sus manos, la cual accionó en contra del

sujeto de la motocicleta y ahí el IT. OAR tratando de salvaguardar la vida de éste último llevó a cabo más disparos debido a que el atacante hizo caso omiso de las voces de que soltara el arma y emprendió la huida, afirmaciones que, coligió el juez de instancia, desmienten lo referido por el enjuiciado quien señaló que al tratar de aprehender a JAVG fue objeto de agresión por parte de los presentes y en ese forcejeo se le disparó su arma de dotación.

Razonó que de lo narrado por el PT. EAMA se extracta que:

> "(…) *inmediatamente él y el Intendente OAR llegaron al sitio de los hechos, el señor Intendente se bajó de la motocicleta y disparó su arma de dotación en dirección al sujeto que instantes antes había disparado contra una persona y que después,* [sic] *es que el Intendente es atacado por las personas que alude en su indagatoria, lo que contradice diametralmente lo expresado por el enjuiciado en su indagatoria y si bien,* [sic] *se evidencia que EAMA, trata de ratificar el dicho de su superior, para favorecerlo con el hecho orquestado por este y los testigos que avalan su dicho, al decir que fue atacado por varias personas que se le abalanzaron, entre distorsión de la realidad y hechos reales ocurridos, como bien lo expuso la señora Procuradora Representante del Ministerio Público en su intervención en la corte marcial, al argumentar que los testigos e indagados no dicen toda la verdad o distorsionan esta, EAMA dice que antes de que fuese atacado por las personas que se hallaban en el sitio, ya el Intendente OAR había disparado su arma de dotación en dirección al sujeto que había lesionado a una persona en el sitio, exposición de los hechos que corrobora lo afirmado por JASQ y los testigos MAAG e IAHC, con lo cual desmiente lo argüido por el procesado OAR y los reputados*

testigos presenciales AMR y CMP, cuando dice que en el forcejeo se le disparó el arma al hoy enjuiciado e igual cuando aseguran, que EAMA también disparó su arma de dotación oficial en el lugar de los hechos(…)".

Afirmó que JAVG confirmó el relato hecho por el lesionado y por los testigos MAAG e IAHC, tanto que indicó que fue asido por uno de los policías pero que esto ocurrió después que el gendarme que iba de parrillero le disparó y que él corrió siendo perseguido por el uniformado, pasando por la licorera donde estaba JASQ y no por la acera de las casas como lo manifiesta el procesado.

A lo anterior añadió el fallador de primer grado que del testimonio rendido por JEA, a quien no le asistía ningún interés en perjudicar a los policiales que intervinieron en el procedimiento dado que estos llegaron en su auxilio, se extracta que el uniformado que disparó en contra de JAVG una vez se bajó de la moto fue el IT. OAR y que el PT. EAMA no disparó su arma de dotación.

Concluyó que las deposiciones vertidas en el plenario por las personas anteriormente referidas merecen credibilidad, toda vez que sometidas a la sana crítica testimonial y a las reglas de la lógica se observa unidad de percepción con el objeto motivo de su declaración y no se advierte en sus versiones el ánimo de tergiversar los hechos.

Descartó lo argumentado por el procesado respecto a que JASQ y los testigos MAAG, IAHC, JAVG y JEA por

ser familiares, amigos y estar residiendo en un barrio con problemas de orden público no merecen credibilidad, como tampoco lo relatado por el PT. EAMA por estar confabulado con aquellos en su contra, pues estima que dichas personas "*se limitan a transmitir en forma veraz el conocimiento que tuvieron sobre el acaecer investigado, pese al interés que les pudiese asistir por ser la victima el primero de los relacionados y amigos de este los señores MAAG, IAHC y JAVG (…)*".

Adicionalmente, estimó que los testigos AMR y CMP incurren en "*profundas contradicciones que desvirtúan y hacen perder credibilidad a sus testimonios, que rayan en la adulteración de la realidad acontecida para el día de los hechos, tergiversando lo ocurrido,* [sic] *cuando aseguran que el Patrullero EAMA disparó su arma de dotación en varias ocasiones hacia el sujeto que huía*", situación que es desmentida por el mismo Patrullero EAMA quien afirmó que no disparó su arma de dotación.

Afirmó que no existió ninguna agresión para el enjuiciado por parte de JAVG que conllevara a que el policial utilizara su arma de dotación en dirección de éste y así se justificara la utilización de la fuerza para la defensa legítima del institucional y de terceros.

Expuso que se vislumbra certeza de que el IT. OAR es responsable a título de autor del delito de lesiones personales culposas que se le imputara, lesiones infligidas a JASQ, siendo antijurídico el proceder

asumido por aquel, el cual cometió sin una causa que lo justificara, violando normas policiales que le imponían el utilizar medios coercitivos sólo para cuando estuviese legitimado o tuviera que defender un derecho propio o ajeno y que no hubiese otra forma de hacerlo que no fuese la utilización de la fuerza, pues "*se colige del material probatorio arrimado al proceso,* [sic] *que OAR, accionó su arma de dotación sin estar siendo atacado por JAVG y sin que mediase el ejercicio de la legítima defensa de un tercero, pues cuando los policiales llegaron al sitio donde se dio el acontecimiento, la persona anotada ya había disparado en contra de la humanidad de JEA, dándose a la huida ante la presencia policial, por lo que no existía una justificación legal atendible,* [sic] *para que el policial acriminado hiciese uso de su arma de dotación individual en contra de JAVG*".

Adveró que si bien se observa que en el arma de fuego incautada a JAVG se encontraron tres (03) vainillas percutidas y tres (03) cartuchos intactos, en el plenario no existe protocolo de la cadena de custodia que lleve a colegir de forma cierta que los tres (03) cartuchos cuyas vainillas aparecen percutidas en el arma incautada fueran disparadas en el lugar de los hechos, de lo cual dedujo que el citado ciudadano solo disparó en una ocasión en contra de JEA y se dio a la huida.

Adujo que el procesado actuó de manera imprudente y asumió un riesgo jurídicamente no permitido al disparar en contra de JAVG sin lesionarlo, aquello no en una sino en varias ocasiones, sin prever que

habían otras personas presentes en el sitio que podrían llegar a ser impactadas como aconteció con JASQ, situación que era dable de prever por el incriminado al ser conocedor que su actuar no estaba permitido, lo cual evidenció una flagrante violación a las normas administrativas y legales de carácter preventivo que le imponían al policial hacer uso de su arma de dotación sólo cuando se justificase la defensa de su vida o integridad y la de sus compañeros o ciudadanos en general.

Enfatizó que el comportamiento imprudente asumido por el IT. OAR se enmarca en la figura denominada "*Culpa Consciente o Con Representación*" descrita en el artículo 25 de la Ley 1407 de 2010, esto en razón a que en su judicial sentir está claro que el policial se representó el resultado que finalmente le deparó su accionar irreglamentario al disparar no una sino varias veces en contra de quien huía desarmado y sin agredirlo, evidenciándose un nexo causal irrefutable entre la violación del deber de cuidado por parte del policial y las heridas causadas a JASQ.

Estimó, así, que con su proceder el enjuiciado estructuró una conducta imprudente, lo que proyecta en sede del principio de culpabilidad la responsabilidad penal del uniformado, ameritándose un juicio de reproche en su contra pues no se avizora en el panorama procesal causales excluyentes de responsabilidad penal, como tampoco se observa que el hecho fuese irresistible o imprevisible, por lo que al estimar que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el artículo 396 de la Ley

522 de 1999 al efecto, emitió sentencia condenatoria en contra del IT. OAR por el reato de lesiones personales culposas previsto en los artejos 111, 112 y 113 del Código Penal Colombiano en armonía con lo dispuesto en el artículo 120 de la misma norma.

Para la tasación del *quantum punitivo,* inicialmente señaló que, en razón a que en el pliego acusatorio no se imputaron agravantes ni atenuantes, para la dosificación punitiva aplicaría los atenuantes establecidos en los numerales 1° y 2° del artículo 56 de la Ley 1407 de 2010, ello dada la buena conducta anterior del procesado y la ausencia de antecedentes penales.

Posteriormente adujo que, de acuerdo a los criterios para graduar la pena que obligan a la valoración de la gravedad y modalidades del hecho punible, la personalidad del procesado, el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación o agravación, lo aplicaría la pena que para el reato de lesiones personales Culposas prevén los artículos 111, 112 y 113, inciso 2°, del Código Penal Colombiano, es decir, pena de prisión de dos (02) a siete (07) años y multa de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes, disminuidas de las cuatro quintas (4/5) a las tres cuartas (3/4) partes en atención a la diminuente punitiva dispuesta en el artejo 120 *ibídem*.

Agregó que aplicando los criterios para fijar la pena estatuidos en los artículos 60 y 61 de la Ley

1407 de 2010, se establecerían los siguientes cuartos punitivos:

> *"Primer cuarto: 24 a 39 meses; segundo cuarto: 39 a 54 meses; tercer cuarto: 54 a 69 meses y último cuarto punitivo: 69 a 84 meses."*

Bajo los anteriores entendidos, señaló que atendiendo a que sólo concurrían circunstancias atenuantes, la pena se movería dentro del cuarto mínimo de punibilidad, lo que lo llevó a imponer veinticuatro (24) meses de prisión y atendiendo a que las lesiones personales son culposas disminuyó "*la pena anterior de las cuatro quintas a las tres cuartas partes, quedando la pena a imponer al Intendente OAR, en CUATRO (4) MESES VEINTICUATRO (24) DÍAS DE PRISIÓN Y MULTA, EQUIVALENTE A CINCO PUNTO DOS (5.2) SALARIOS MÍNIMO LEGALES MENSUALES VIGENTES, por la comisión el delito antes descrito*."

Impuso igualmente la privación del derecho de tenencia y porte de armas de fuego por el término de un (01) año.

Finalmente, concedió al condenado el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, previa suscripción de caución juratoria, por un período de prueba de dos (02) años y presentaciones cada treinta (30) días.

Finalmente se abstuvo de tasar perjuicios argumentando que estos no fueron demostrados en el proceso y que obran antecedentes en el expediente

que indican que estos se accionaron ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor YLPS solicitó revocar la sentencia condenatoria apelada para en su lugar absolver de toda responsabilidad al IT. OAR, reseñando al efecto lo señalado en la audiencia de corte marcial referente a que no existía certeza acerca de la autoría del hecho debido al cúmulo de versiones encontradas.

Destacó que uno de los aludidos relatos refiere que la patrulla policial fue oportuna en la reacción encaminada a evitar que la agresión de la que era víctima un particular terminara en tragedia mayor, por lo que al observar lo sucedido los dos policías, OAR y EAMA, actuaron con la finalidad de recuperar el orden alterado resultando obligatoria la reacción, además de tornarse necesario el uso de las armas de dotación, por lo que –dijo- el IT. OAR actuó de manera arriesgada poniendo en grave peligro su vida e integridad física ante una comunidad realmente peligrosa, enfrentando la agresión de los "*trasnochadores*" que pretendieron evitar que se capturara al agresor; agresión aquella ante la cual el procesado desenfundó su arma de dotación tratando de evitar ser desarmado, momento en el que se disparó el arma y "*pudo*" ser ese proyectil el que impactó a JASQ, sin que haya certeza de que aquel haya impactado efectivamente a éste ciudadano, ya

que igualmente el agresor, que emprendió la huida, hizo varios disparos para garantizar su escape.

Acotó que la anterior versión es corroborada no solo por el encartado sino además por el PT. EAMA y por los particulares AMR y CMP quienes estaban en el lugar de los hechos por motivos ajenos a los que tenían los demás declarantes, siendo precisos en contar que vieron la agresión del particular hacia el joven que se encontraba en la moto y la reacción de los uniformados que llegaron en el momento oportuno para conjurar el hecho, al igual que la agresión de los particulares al uniformado OAR y que hubo muchos disparos de diferentes armas, incluso del arma del Patrullero EAMA, lo que permite a su juicio soportar la afirmación de que no hay certeza respecto a que el causante de la lesión infringida a JASQ haya sido su prohijado; sin embargo, afirmó, estos testigos "*son desechados y calificados como testigos mentirosos sin fundamento que soporte semejante acusación*".

Refirió que la posición opuesta es la tomada por el juez de primera instancia, afirmando que ARCINIEGAS REYES se bajó de la moto y disparó de manera irresponsable en contra del grupo de personas impactando a JASQ, afirmación soportada en el dicho del lesionado y de sus amigos, incluso en lo referido por el agresor de apellido JAVG.

Estimó que la decisión tomada por el *A quo* es alejada de la realidad probatoria y que se valoraron de manera indebida los elementos probatorios

aportados a la investigación, entre ellos la apreciación de los testimonios en los cuales se fundamentó la decisión condenatoria "*puesto que todos sin distingo tenían en su momento interés en el resultado de la investigación y eso se podía observar en la forma en que hablaron ante el juzgado, de manera calcada, repetitiva y preparada contaron una historia que sin lugar a equívocos, era acordada ante el grupo, pues recuérdese que todos eran amigos, parceros y sabían que existía una demanda en contra de la institución de la que podían salir ganando todos y la solidaridad en esos casos está por encima de la honestidad*".

Destacó que en actuación procesal realizada el 30 de abril de 2014, el técnico en criminalística YA [sic] GV señaló que "*no existe congruencia en la trayectoria de disparo (boca arma de fuego-orificio de entrada o herida producida por arma de fuego), ya que la posición que adquirió el sindicado con el arma de fuego al momento de disparar presenta un campo visual reducido con presencia de obstáculos como lo es el señor conductor de la motocicleta que se encuentra delante de la víctima, teniendo en cuenta la versión del testigo y la inclinación del terreno no hay posibilidades de impactar a la víctima como se aprecia en el plano No. 043C (vista planimétrica) y plano 043D (vista altimétrica) donde se aprecia las posiciones tomadas por el testigo, la distancia y obstáculos que existen entre el sindicado y la víctima*", conclusión científica que no le da respaldo a la teoría avalada por el juez primario.

Agregó que el funcionario de primera instancia no analizó que en la escena de los hechos hayan estado presente tres armas de fuego de diferentes calibres,

que todas hayan sido disparadas, que ninguna fue sometida a los estudios de rigor para determinar esto último y si alguna de ellas fue la que percutió el cartucho de donde salió el proyectil que impactó a JASQ, pudiéndose hacer el cotejo, mismo que inexplicablemente no se hizo y no existe elemento de prueba que permita considerar que el proyectil no se podía recuperar.

Así mismo criticó que:

> *"Incluso de manera increíble, al analizar el hecho de que el arma encontrada al agresor de apellido JAVG, que tenía tres cartuchos y tres vainillas, se concluya que solo uno de los cartuchos obturados fue disparado por JAVG y que los otros dos no se dispararon en la escena de los hechos, realmente increíble que se haga esta clase de afirmaciones sin soporte probatorio".*

Afirmó que la providencia recurrida es repetitiva y dedicada a dar valor probatorio a los testigos de cargo, dejando de lado las afirmaciones de la defensa que señaló que aquellos dejaron ver su parcialización encaminada a buscar un resultado querido afectando su credibilidad.

Finalmente, señaló en el escrito contentivo de su recurso:

> *"(…) la valoración probatoria de acuerdo con las estrictas exigencias de la sana crítica no permite a la defensa admitir que es suficiente para llevar al juez de conocimiento la certeza absoluta más allá de cualquier duda que soporte la decisión de declarar responsable al uniformado OAR, la evidencia probatoria arrimada de manera legal al plenario*

permite considerar que no hay certeza en cuanto a que este uniformado hay sido quien causó la herida al particular en la noche referida, que todas las pruebas permiten considerar que perfectamente pudo ser otra de las armas presentes en el lugar la que causó la lesión, por ello ante la falta de la evidencia contundente y suficiente para predicar la certeza en la mente del fallador, se están frente a la inmensa duda y esa duda permite soportar la petición de la defensa en cuanto a que el Cuerpo Colegiado Castrense admita los breves planteamientos, revoque la providencia recurrida y en su lugar absuelva de toda responsabilidad penal al referido Intendente OAR".

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE ESTA INSTANCIA

El Procurador 13 Judicial II Penal, Doctor MFAG, solicitó confirmar el fallo impugnado para lo cual adujo, en torno a la inexistencia de certeza para condenar alegada, que el impugnante fundamenta su petición en la versión suministrada por el procesado acerca de la forma en que ocurrieron los hechos y su correlato contextual materializado en los testimonios de EAMA, AMR y CMP, pero no se ocupó de debatir las "*precisas y muy ponderadas conclusiones que sobre el tema esgrimió el juez de primer grado*" al señalar por qué dichos testimonios no merecían credibilidad ni verosimilitud.

Recalcó que el apelante no ofrece disertación alguna para desestimar el valor probatorio emitido por el juzgador, además que aquel olvidó que "*el análisis de la prueba debe apostar por una axiología universal u omnicomprensiva de los medios suasorios incorporados legal y oportunamente a la instructiva, tal como lo*

efectuó el juez sentenciador, que no limitó su visión a declararse absorto frente a dos versiones de los hechos, sino que le otorgó crédito a la que se le mostró lógica, y sobre todo hilvanada entre sí, apelando para ello a la crítica testimonial como estandarte evaluativo en el espectro de la sana crítica probatoria."

Acotó que el opugnante se abstuvo de desarrollar técnicamente las razones por las cuales la prueba de trayectorias descarta que fuera OAR quien impactara a JASQ, amén que si bien dicha probanza no parece coincidir con los testimonios de la víctima y de quienes vieron al procesado detonando su arma en contra de una persona que huía del lugar primigenio de los hechos, también es cierto que en su estudio el perito balístico refiere que hay un campo visual reducido con presencia de obstáculos, además de la inclinación del terreno, aspectos que evidentemente no coinciden con la versión de la víctima, pero que tienen un margen de error evidente, dejando un vacío en dicho apartado que tampoco es viable abonárselo a la duda de responsabilidad, por cuanto es más viable atribuirlo a un yerro en la versión del testigo.

Finalmente, en torno a la afirmación del apelante quien adujo que los testigos son parcializados y sus testimonios encaminados a buscar un resultado "*querido o pretendido*", el representante del Ministerio Público ante esta instancia indicó que aquel no refirió exactamente cómo le asistía a cada uno de los involucrados un ánimo torcido o tendencioso que guiara su "*actuación judicial*" [sic],

sin que atacara la postura diseñada en el fallo confutado.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año[25], como de los ocurridos con posterioridad a la misma -no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial- mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos

[25] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Llevada a cabo con inmediata precedencia la sinopsis de las principales actuaciones procesales adelantadas en la presente causa, al igual que extractadas las motivaciones esbozadas en el escrito de alzada a título de sustentación del disenso del recurrente respecto de la decisión judicial objeto de control en esta instancia y la posición del representante de la sociedad ante la misma en su concepto de rigor, habrá de anunciarse desde ya que la misma, esto es, la sentencia del 24 de agosto de 2017 a través de la cual el Juez de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá condenare al Intendente OAR como autor responsable de la comisión del delito de lesiones personales culposas a la pena principal de cuatro (04) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa de cinco punto dos (5.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al igual que a la accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un (01) año, concediéndole coetáneamente el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, será confirmada por las razones que se señalaran *a posteriori,* confirmación que apareja plena convergencia con los juiciosos planteamientos contenidos en el concepto del distinguido

representante del Ministerio Público ante esta instancia.

Con un cometido tal, se desarrollará el siguiente derrotero metodológico a manera de carta de navegación: *i)* como primera medida se rememorarán cuáles son los errores de valoración probatoria en que puede incurrir un operador judicial, su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales y los efectos que ello genera; *ii*) se reiterará lo que entrañan los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, remembrando de paso cuáles son los presupuestos exigidos en nuestro ordenamiento jurídico para proferir sentencia condenatoria; *iii)* se analizará el caso sometido al conocimiento de la Corporación de cara a las anteriores precisiones conceptuales y de conformidad con las pruebas recaudadas en la presente investigación; y, finalmente, *iv)* se adoptará la decisión que en Derecho corresponde respecto del asunto sometido a conocimiento de esta colegiatura.

i) **Los errores de valoración probatoria al interior del proceso penal, su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales y los efectos que ello genera.**

En tratándose de decisiones del tenor de las sentencias, lo que de su contenido se espera, en punto al denominado principio de motivación, es que cumpla cabalmente la obligación de definir con claridad y suficiencia cuáles son las razones

fácticas, jurídicas y probatorias que conducen a estimar cubiertos los presupuestos de hecho y de Derecho que permiten advertir, para el caso de condena, materializado el delito contenido en la acusación y demostrada la responsabilidad penal del procesado.

Deber de motivación que resulta ser expresión directa de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa, al recurso efectivo y al acceso a la administración de justicia, ello en tanto sólo ante una motivación explícita y suficiente es dable ejercer control sobre la corrección de la decisión y, de esa manera, ejercer la prerrogativa de impugnación, al paso que se legitima la decisión y con ello la autoridad del Estado, aserto que resulta conteste con lo que al respecto han reiterado la Corte Constitucional[26] y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[27].

En la misma dirección, esta Colegiatura[28] ha puesto de presente que la motivación de las decisiones hace parte de la garantía al debido proceso, la cual se concreta en el derecho que tienen los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógicos sobre los cuales el juez construye su decisión. Sólo

---

[26] *Cfr.* sentencia C-037 de 1996; sentencia C-145 de 1998; sentencia T-806 de 2000; sentencia T-259 de 2000; sentencia T-233 de 2007; y sentencia T-117 de 2013, entre otras decisiones en similar sentido.
[27] *Cfr.* sentencia diciembre 12 de 2005, radicación No. 24011; sentencia diciembre 05 de 2007, radicación No. 28432; sentencia enero 19 de 2011, radicación No. 30073; y sentencia junio 24 de 2015, SP8057-2015, radicación No. 40382, entre otras.
[28] *Cfr.* radicados 159123 del 31 de mayo de 2019, 159118 del 19 de septiembre de 2019, 159079 del 15 de octubre de 2019, y 158531 del 13 de diciembre de 2019.

así puede permitírseles ejercer un control –jurisdiccional y social- sobre el proceso y las decisiones adoptadas a su interior, a la par que identificar, en tratándose de aquel control, los puntos que son motivo de disenso o reproche.

Bajo un entendido tal, toda sentencia debe estar razonablemente fundada en el sistema jurídico, mediante la aplicación de sus reglas a las circunstancias fácticas sobre las cuales haya recaído el debate jurídico surtido en el curso del proceso y asimismo en la evaluación que del acervo probatorio recaudado haya llevado a cabo, en virtud de su autonomía funcional, el administrador de justicia al amparo de las reglas de la sana crítica, esto a través una operación mental –misma que se sirve del método deductivo inductivo- que comporta el análisis razonado de los elementos de convicción que conforman referido acervo.

Sana crítica que, entre los sistemas tradicionales de valoración de la prueba, es el adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano y que se caracteriza por la ausencia de reglas abstractas de valoración probatoria y por la exigencia de una decisión sustentada en los prenombrados medios suasorios y la consecuente motivación sobre su eficacia y mérito probatorios conforme a las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de la experiencia. Esto apareja que las pruebas sean apreciadas y valoradas primero en forma singular y luego en conjunto, es decir, de forma articulada con los demás elementos probatorios y

evidencias allegados al proceso, permitiendo asignar a tales elementos de juicio un determinado mérito persuasivo, una específica fuerza demostrativa, que franqueará el arribar a la verdad material aneja a cada caso en particular.

Dicha labor de valoración, que por obvias razones involucra el intelecto y la capacidad de discernimiento de cada dispensador de justicia, no está exenta de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria[29], mismos que de presentarse dan origen a lo que se ha denominado defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso, defecto que se traduce en vulneración sustancial del derecho al debido proceso y que tiene lugar cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba, la niega, la valora arbitraria, irracional o caprichosamente o pretermite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados[30], y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[31].

---

[29] Pueden generarse como consecuencia de: (a) una omisión judicial, como puede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido; (b) por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto; o (c) por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.
[30] Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007.
[31] *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias T-576 de 1993 y T-442 de 1994.

Un defecto de tal índole, por razones más que obvias, tiene directa incidencia en la motivación de las decisiones judiciales, dando lugar a la denominada motivación *sofística, aparente* o *falsa*, que es aquella que no encuentra respaldo en la verdad probada a través del proceso, vicio *in iudicando*[32] que se explica en tanto el error lo comete el administrador de justicia bien al apreciar, ora al valorar, las pruebas, pues al suponer o desconocer las mismas, al cercenar o adicionar su contenido demostrativo o al tergiversar lo que objetivamente señalan, se aparta flagrantemente de la verdad probada, arribando a una conclusión jurídica diversa de la realmente correcta. Vicio que conlleva a que se deba revocar la decisión que adolece del mismo y dictar la determinación de reemplazo[33].

Pero bueno sea precisar, la revocatoria de la decisión afectada de tal vicio y el proferimiento de la que deba reemplazarla, no se produce *ipso facto* con el sólo señalamiento del defecto, pues quien enarbole el mismo con el anhelo de enervar la decisión desfavorable a sus intereses y de obtener de la judicatura otra beneficiosa a estos, debe correr con la ineludible carga procesal de demostrar razonada y sustentadamente qué dice la prueba que en su concepto resultó omitida, supuesta o

[32] Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 12 de diciembre de 2005 y del 7 de febrero de 2007, radicaciones números 24011 y 23331, respectivamente, entre otras.
[33] A diferencia del efecto propio de los otros vicios que en materia de argumentación judicial se pueden dar –*v.gr.* ausencia total de motivación, motivación dilógica o ambivalente o motivación incompleta-, los que de acaecer lo que generan es la nulidad de la decisión en que ellos tienen ocurrencia

distorsionada; cuál era su real contenido material y cuál fue el que le atribuyó el juzgador, ello analizado en su particular singularidad y en punto a la universalidad probatoria propia de la causa penal; y, lo que es más importante, la manera como el defecto incidió en la decisión cuestionada al punto que de no haber tenido ocurrencia otro sería a el sentido de la decisión reprochada, ello en tanto el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser flagrante, manifiesto, trascendente y con incidencia directa en la decisión, de manera tal que ninguna repercusión tendrán los yerros que no se ajusten a unas características tales.

ii)* De los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo.

En torno a esta temática cabe enfatizar que la presunción de inocencia, como ha sido señalado por esta Corporación en pretéritas oportunidades[34], ha sido erigida como una garantía constitucional integrante del derecho fundamental del debido proceso, reconocida por el artículo 29 de la Constitución Política, ello en consonancia con lo referido en tratados internacionales que en materia de derechos humanos han sido ratificados por el Estado colombiano, *verbigratia* el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artejo 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[34] Tribunal Superior Militar y Policial, radicado 159118 del 19 de septiembre de 2019, M.P. CN (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA.

Esta garantía supralegal también ha sido desarrollada en normas de derecho positivo de menor categoría, entre ellas los artículos 197[35] y 209[36] de la Ley 522 de 1999, así como el artejo 178 de la Ley 1407 de 2010[37].

Ahora bien, dicho de paso que los grados de conocimiento exigidos en la codificación de 2010 para la adopción de las decisiones propias de cada una de las etapas procesales que integran el proceso penal que se surte en la jurisdicción foral, en especial el necesario para impartir condena, se corresponden *mutatis mutandis* con los demandados al efecto en la Ley 522 de 1999, se habrá de acrisolar que la presunción de inocencia se encuentra intrínsecamente ligada al principio rector del *in dubio pro reo*, como lo han precisado la Corte Constitucional y este Tribunal Castrense en diversas ocasiones, siendo del caso traer a colación los pronunciamientos en que el órgano guardián de la incolumidad de la Carta Política acrisoló:

> *"Como queda visto, el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al*

---

[35] *"Toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal"*

[36] *"Toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla."*

[37] *"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Todo miembro de la Fuerza Pública se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no quede en firme decisión judicial con fuerza de cosa juzgada sobre su responsabilidad penal.*
En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.
En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.
Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable."

sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto."[38]

"Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados"[39].

Lo así reflexionado, resulta plenamente acorde con los dictados propios de la axiología que inspira a la Carta Política y que cimenta un Estado de Derecho como el colombiano, pues si el Estado, quien detenta el ejercicio de la acción penal y a quien corresponde verificar fehacientemente si aquel que es señalado de cometer una conducta que reúne las características de un delito, en realidad lo hizo, sin que en ello mediara justificación jurídicamente atendible, no cumple con una carga tal y por ende la

[38] Corte Constitucional, sentencia C-782 de 2005, M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
[39] Corte Constitucional, sentencia C-621 de 1998, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. En el mismo sentido sentencia C-289 de 2012.

presunción de inocencia que acompaña a aquel no es derruida, resulta más que lógico que la causa seguida en su contra se resuelva a su favor.

He ahí el porqué de lo apuntalado en la legislación penal castrense aplicable al presente evento, ello en la medida que demanda como presupuesto para proferir sentencia condenatoria "*la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado*"[40], precepto que guarda consonancia, se itera, con lo establecido en el *códex* de 2010[41] sobre el mismo punto de Derecho, ello al exigir que para impartir sentencia condenatoria es menester contar con el "*convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable".*

Salta a la vista, así, que trátese de esta o de aquella normatividad, la convicción sobre la responsabilidad del procesado corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional[42] (si ocurre A, entonces, necesariamente acontece B) y, por tanto, relativa o aproximativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

---

[40] Ley 522 de 1999, artículo 396, "*PRUEBA PARA CONDENAR. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.*".
[41] Ley 1407 de 2010, artículo 178, "*(…) Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable.*".
[42] En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional debido a la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad penal del acusado, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Lo anterior no se ha de entender en el sentido que se ha de declarar la existencia de duda con incidencia en el juicio de responsabilidad penal, y por ende viabilizar la operancia del *in dubio pro reo*, ante el primer fracaso por establecer la verdad de lo acontecido -verdad que se obtiene mediante pruebas y refutaciones (*nulla acusatio sine probatione*) -, o ante el no establecimiento de todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, sicológicas, etc., que rodearon la conducta humana investigada, pues si bien no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, se habrá de analizar en cada caso concreto si aquellos aspectos que no fueron establecidos resultan intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto y de cara a la materialidad y existencia del delito o a la responsabilidad del acusado, o no.

En el primer evento se habrá conseguido la certeza racional requerida para proferir fallo de condena, mientras que en el segundo caso se estará ante aspectos sustanciales cuya no demostración, directa o indirecta, imponen constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del incriminado, duda que imposibilita que el poder punitivo del Estado se materialice en una declaratoria de responsabilidad penal y por ende en una condena, por ello las circunstancias que la germinan *i)* han de obedecer a hechos objetivos no susceptibles de sortear con la diligencia que ha de caracterizar la labor judicial; *ii)* no han de ser producto de apreciaciones subjetivas e hipotéticas de sujeto procesal que reclama su operancia sin sustento real en la urdimbre procesal y probatoria; *iii)* no han de radicar en la simple contradicción entre dos versiones o entre dos hipótesis; y *iv)* tampoco pueden versar sobre aspectos ajenos a los señalados en los precedentes párrafos, esto es, a la materialidad del delito o a la responsabilidad penal del acusado, razón esta última por la cual, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia[43], unas circunstancias tales han de tener entidad y suficiencia como para crear una insuperable incertidumbre sobre aquellos aspectos, mismos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles.

[43] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32863, sentencia febrero 03 de 2010, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMUS.

iii) **Del análisis del caso concreto de cara a las anteriores precisiones conceptuales y de conformidad con la valoración probatoria propia de la presente causa penal.**

Descendiendo las precisiones conceptuales y jurisprudenciales reseñadas en los acápites anteriores al caso concreto objeto de conocimiento de esta Corporación por vía de los derechos a la impugnación y a la doble instancia, habrá de decirse -como resultado de la contemplación probatoria de la causa penal tramitada y de la inmersa en la decisión confutada- que infructíferos resultan los esfuerzos del recurrente por derruir la doble presunción de acierto y legalidad que amparan a la misma, en tanto que en el *dossier* indubitativamente militan elementos suasorios que permitían, y permiten, edificar el juicio de responsabilidad penal del procesado en la comisión del delito que se le imputara en sedes investigativa, de acusación y de juicio, resultando, en ese orden de ideas, ajustado a Derecho y con prístinos visos de acierto, y acorde con el método de persuasión racional de la sana crítica y con sus postulados, lo reflexionado por el juzgado de primera instancia en su decisión.

Al efecto, se habrá de rememorar para un mejor entendimiento de la decisión que se adoptará en la *resolutio* de la presente providencia, que aquel funcionario le asignó credibilidad a la hipótesis consistente en que alrededor de las 03:20 horas del 17 de julio del 2011, los policiales OAR y EAMA, en desarrollo de la función policial a ellos asignada,

se percataron que JAVG le disparaba en la pierna a JEA, por lo que el IT. OAR descendió de la motocicleta en que se transportaba, disparando su arma de dotación en dos oportunidades en la dirección en la cual huía el particular JAVG, resultado de lo cual causó lesiones en su humanidad al ciudadano JASQ quien se encontraba en el mismo lugar, en la dirección en que el agresor emprendiera su huida, departiendo con otras personas.

En dicho interregno, según la hipótesis en cuestión, el entonces PT. EAMA, quien señaló al interior del sumario no hizo uso de su arma de dotación, dejó abandonada la motocicleta y continuó en la persecución del individuo -posteriormente identificado plenamente como JAVG- con resultados infructuosos, particular que lanzara a la azotea de una casa contigua un revólver marca Llama, calibre 32 largo, con número serial IM5253N, vivienda a la que llegó el IT. OAR evitando, según el decir de los gendarmes, que quienes acompañaban al prófugo de la acción policial se apoderaran de la misma.

Los hechos relatados precedentemente se extractan, entre otras probanzas, del relato jurado de MAAG quien en diligencia de declaración rendida el 30 de octubre de 2012 refirió:

> *"La verdad eso fue muy rápido yo estaba compartiendo con unos amigos, jugando cartas en la esquina cuando se escuchó un disparo en ese mismo instante se aproximó una motocicleta los policías en el mismo instante iban llegando a la esquina de la calle 57 con carrera 14B el policía que iba a la parte de*

atrás se bajo [sic] *de la moto desenfundó el arma e hizo dos disparos es lo que me acuerdo y arrancó siguiendo a alguien. (…) yo los vi llegar y primero que todo yo estaba jugando naipe mirando hacia las cartas y ellos llegaron por mi lado izquierdo pararon la moto, se bajo de un brinco sacó el arma y disparó, luego salió a perseguir a alguien hacia el frente de él (…)".*[44] (Yerros ortográficos y gramaticales inmersos en el testimonio recaudado por el juzgado instructor)

Versión corroborada por el particular IAHC, quien el 30 de octubre de 2012 informare a la judicatura:

"(…) estaba en compañía de JASQ estábamos hablando con él al momento estábamos como a seis o diez metros y llegó un muchacho en una moto después llegó otro muchacho y le disparó, al sonar el disparo con el que fue agredido JEA y el que le disparó se vino hacia donde estábamos nosotros en ese instante llegaron los policías y el que le disparó al de la moto se bajo [sic] *el policía OAR y disparó hacia donde estábamos nosotros, el policía disparó sin importar que hubiera demasiada gente,* ***el que agredió a ESTUPIÑAN el policía le disparo varias veces pero infortunadamente le dio fue a JASQ*** *(…)"*[45]*.* (La transcripción se corresponde fielmente con el original de la diligencia testimonial, el resaltado es de la Sala)

Por su parte, el ciudadano JUAN ESTUPIÑAN ACERO, el 22 de julio de 2014, relató:

"(…) me subí a la moto y a lo que iba a prender la moto, eran como las 00:30 horas, llegó un muchacho con un arma de fuego apuntándome por la espalda, estaba como a un metro y medio de distancia yo lo vi al yo girar a la izquierda, el [sic] *tenía el arma apuntándome era un revólver y sin decirme nada me pegó un tiro en pierna izquierda arriba de la*

[44] Folios 65 al 67 C.O. 1.
[45] Folios 68 al 70 *Ibídem*.

rodilla, con orificio de entrada y de salida, en ese momento iban subiendo dos agentes de policía hacia el CAI en una moto, el agente que iba en la parte de atrás de la moto se dio cuenta que me habían pegado el tiro, el vio, se bajo [sic] *de la moto y paso por el lado mio* [sic] *corriendo* ***y le hizo un tiro al muchacho al que me disparó a mí, el Policía disparó hacia donde salió corriendo el muchacho, hacia la parte de la licorera, hacia la otra esquina detrás mio*** [sic] *y el agente siguio* [sic] *corriendo persiguiendo al que me disparó, yo me sube* [sic] *a la moto y ande* [sic] *un poquito (…)"*[46]*.* (Negrillas y subrayas ajenas al texto original)

Sobre esta hipótesis factual, JASQ, el lesionado dentro de la presente causa criminal, en declaración rendida el 30 de octubre de 2012 manifestó:

"(…) me encontré a IAHC y me puse a hablar con él, más o menos ya eran las 03:00 horas cuando en ese momento se nos acercó JAVG y nos hizo charla como de 2 minutos, yo lee [sic] *estaba mostrando unas camisas a IAHC y me dijo que le vendiera una en ese momento llego un muchacho JEA creo que se llama y se parqueó adelantico de la moto mía él tenía unos problemas con JAVG de días a tras* [sic] *no se porque* [sic] *pero tenían unos problemas ahí entonces JAVG se fue para donde él estaba porque él no se había bajado sino solamente la había parqueado y sacó un arma de fuego y le disparó en una pierna en ese momento estaban patrullando los agentes y preciso en ese instante cuando se hizo el disparo ellos llegaron al lugar y el otro policía se quedo* [sic] ***en en ese momento el agente se bajo* [sic] *de la moto se inclino* [sic] *y comenzó a disparar, el señor JAVG salió corriendo u* [sic] *pasó por el lado de nosotros corriendo cuando el agente empezó a disparar me pegó el tiro en el pecho en la parte izquierda (…) se bajó de la moto OAR y disparó como en cinco ocasiones a JAVG porque él le salió corriendo como JAVG paso* [sic] *por el lado de nosotros corriendo y***

[46] Folios 295 al 297 C.O. 4.

> ***él lo persiguió disparándole la moto y al ratico salió a perseguirlo también*** *(…) PREGUNTADO: indique al despacho a quien vio usted que hiciera uso del arma de fuego al momento del suceso de los hechos. CONTESTO: a OAR, él iba de parrillero y fue le* [sic] *primero que se bajo* [sic] *apuntando su arma y disparándola contra JAVG, el otro no se bajo* [sic] *de la moto de inmediato pero cuando salió JAVG corriendo el salió también a la pata de JAVG, creo que él es EAMA"*[47]. (Las negrillas son propias)

Concordante con lo previamente referido, la señora SLHB, cónyuge del particular lesionado, en declaración entregada el 30 de octubre de 2012 al despacho instructor, indicó:

> *"(…) yo escuché rumores de personas que dijeron que JAVG había tenido un inconveniente con otra persona quién no sé quién es, que le había hecho un disparo en un pie y que por eso fue que se inició el tiroteo donde salió herido mi esposo porque justo en ese momento* ***cuando JAVG estaba haciendo el disparo al otro muchacho la policía iba pasando y JAVG se dio cuenta, salió corriendo y el policía se bajó de la moto y empezó a disparar, de ahí fue donde salió herido mi esposo*** *(…) PREGUNTADO:* ***Sírvase manifestar si conoce Usted de trato o palabra al señor Intendente de la Policía OAR, en caso afirmativo hace cuánto lo conoce, por qué lo conoce.*** *CONTESTÓ: Si sé de quién me habla y se quién es a raíz del accidente de mi esposo, porque* ***él fue el que le dio el tiro a mi esposo, lo sé porque las personas que estaban con mi esposo se dieron cuenta que él fue el que disparó, y segundo cuando mi esposo salió de cuidados intensivos que ya pudo hablar me confirmó que había sido él, mi esposo en la manera en que me lo describió yo pasé a decirle quién era porque ese día en la moto de la Policía iba EAMA y OAR, EAMA es alto y OAR es bajito, cuando mi esposo empezó a describírmelo yo fui la que le confirmé el apellido.*** *PREGUNTADO: Le manifestó su esposo si el señor EAMA*

[47] Folios 71 al 73 C.O. 1.

había disparado. CONTESTÓ: No, ***habían dos policías y solo uno disparó****"* [48]*.* (Destacados de la Sala)

Ahora bien, rememórese que el impugnante, en síntesis, afirmó que por parte del juez primario no se efectuó una adecuada valoración de los medios suasorios incorporados al presente proceso penal, para ello indicó que: *i)* no se dio credibilidad a la versión consistente en que en el momento en que los gendarmes advierten las lesiones que le causó JAVG a JEA, el IT. OAR descendió de la motocicleta y en el instante en que intentó capturar al prenombrado agresor un grupo de personas acompañantes de aquel evitaron dicho procedimiento presentándose un forcejeo, debido a esto se produjo un disparo el aire proveniente del arma de fuego oficial y "*pudo*" ser ese proyectil el que impactó a JASQ, sin que haya certeza de que aquel haya impactado efectivamente a éste ciudadano, ya que igualmente el agresor, que emprendió la huida, hizo varios disparos para garantizar su escape; *ii)* no hay certeza respecto a quién disparó el proyectil que dio en la humanidad de JASQ, en tanto que el PT. EAMA también hizo uso de su arma de dotación, así como el particular JAVG; y *iii)* no se tuvo en cuenta lo referido en el informe pericial suscrito por el Subintendente YAGV, perito balístico.

Ante estos planteamientos de la defensa del procesado, y no obstante el contenido material de las pruebas testificales antes relacionadas, se ha de remembrar lo que enseñan los medios de convicción

[48] Folios 74 al 79 C.O. 1.

de igual naturaleza aupados al *dossier*, iniciando por el decir jurado del señor AMR, quien en declaración rendida el 27 de diciembre de 2012 refirió:

> *"(…) ese día yo me encontraba en la ciudad de Bucaramanga me encontraba escoltando al alcalde de Norte de Santander y Salí* [sic] *con 8 días de permiso y me encontraba tomándome unas cervezas en cabecera con una amiga (…) decidimos parar cerca al CAI EL REPOSO donde hay una licorera y compramos dos cervezas cuando llegamos al lugar había un grupo de jóvenes y estaban ahí discutiendo entonces nosotros nos bajamos del carro compramos las cervezas en ese momento yo las estaba cancelando cuando llegó un muchacho en una moto y uno de los jóvenes que estaba sentado y vestía chaqueta rija* [sic] *se paro* [sic] *y lo agredió verbalmente después le desenfundo* [sic] *un arma haciéndole un disparo en ese momento llego la patrulla motorizada cuando el agente que iba en la parte de atrás se bajó de la motocicleta todos los muchachos se le abalanzaron a el* [sic] *impidiendo que capturara al sujeto de la chaqueta roja, en ese momento el sujeto se dispone a correr, el otro patrullero se baja de la moto y sale corriendo tras de el y suenan otros disparos en ese momento le dije a mi amiga que mejor nos fueramos de ahí (…)* ***el uniformado sí desenfundó su arma pero yo no vi que hubiera disparado a alguien en particular*** *ahí fue cuando se le abalanzaron todos los que estaban ahí y no permitieron la captura del sujeto que había agredido al otro y de ahí fue que el sujeto emprendió la huida con el arma en la mano (…) yo no vi que el policía disparara yo estaba como a diez metros lo que sí vi fue cuando el sujeto de chaqueta roja disparo* [sic] *contra el sujeto que llego* [sic] *en la motocicleta y en ese momento llegó la patrulla y todos se le abalanzaron al policía que se bajó de la moto para evitar que capturaran al que había disparado en ese momento salió a correr y el uniformado que iba en la motocicleta boto* [sic] *su motocicleta para salir a perseguir al bandido que llevaba el arma en la mano y ahí sonaron otros*

disparos que no se si serían del bandido o el agente." [49] (Negrillas de la Sala)

En similares términos la señora CMP, el 25 de febrero de 2013, relató:

"(…) yo llegaba a la casa de una fiesta con mi esposo y unos amigos, para subir a mi casa pasamos por el lugar específicamente una licorera ubicada en el barrio el reposo y frente a la licorera se encontraba un grupo de personas y mientras comparábamos las cervezas un muchacho llegó en una motocicleta y discuto [sic] *con los que estaban ahí frente a la licorera y había un muchacho con un* [sic] *chaqueta roja que fue el que empezó a discutir con el de la moto y cuando menos me di cuenta fue que le dio un disparo, inmediatamente llego* [sic] *la policía por que venían por ahí de la vuelta de la licorera* ***y fue cuando se bajó el policía y se fue a verificar lo del problema y vi que los que estaban ahí se fueron en contra de él como a pegarle, escuche*** **[sic]** ***varios disparos*** *y entonces vi que el otro policía que iba manejando la moto la dejo ahí tirada la moto y se fue corriendo detrás del joven de chaqueta roja que había salido corriendo y vi que el policía hizo unos disparos persiguiéndolo* [sic] *PREGUNTADO: indique al despacho si usted observo que el uniformado que se bajó de la moto desenfundo* [sic] *su arma accionándola de inmediato de ser así indique en contra quien disparo CONTESTO. No el uniformado que se bajó al principio a verificar el problema inmediatamente la cayeron encima el grupito que estaba ahí con el de chaqueta roja, él no me di cuenta si desenfundo* [sic] *su arma, yo no vi que le hubiera disparado a alguien en particular ahí fue cuando se le abalanzaron todos los que estaban ahí y no le permitieron la captura del sujeto que había agredido al otro de ahí fue cuando el sujeto emprendió la huida. (…) el primer disparo fue el del señor de chaqueta roja contra el que llego* [sic] *en la moto* ***después hubo disparos cuando el policía se bajó de la moto*** *y después cuando el policía que dejo*

[49] Folios 92 y 93 C.O. 1.

> [sic] *la moto tirada y se fue a perseguir al de chaqueta roja también disparaba el policía y el de chaqueta roja, en total fue como unos cinco disparos más o menos"*[50]. (Resaltado fuera del texto original de la exposición testimonial)

De las anteriores transcripciones se infiere que si bien estos testigos, mismos a que acude la defensa del procesado para apalancar su tesis, son contestes en señalar que un grupo de personas impidió que el IT. OAR aprehendiera al sujeto identificado como JAVG y que en instantes en que aquel descendió del velocípedo en que cumplía sus labores policiales sí hubo disparos, no un disparo al aire como pretende hacer ver de manera apriorística e insustentada el opugnante en su escrito recursal, ninguno de ellos atestó sin hesitación alguna quién fue el autor de los disparos que se produjeron una vez el procesado descendiera de la parte trasera de la motocicleta oficial, como tampoco se llegó a afirmar categóricamente que éste policial -el IT. OAR - no fuere el autor de esos disparos o del disparo de arma de fuego que impactare en la humanidad del ciudadano JASQ causándole las lesiones corporales génesis de la presente causa penal.

Ello contrasta con la versión judicial vertida por el entonces PT. EAMA, compañero de patrulla del acriminado, en diligencia de indagatoria surtida el 18 de febrero de 2013, diligencia en la que éste, quien se encuentra retirado de la institución policial, afirmó:

[50] Folios 107 a 109 *Ibídem*.

"(…) nos encontrábamos realizando labores de patrullaje junto con mi compañero señor IT. OAR cuando de repente en la calle 57 con carrera 14 B del Barrio El Reposo escuchamos y observamos una riña múltiple, cuando yo observe un sujeto que tenía como característica que vestía chaqueta roja y jean y en una de sus manos tenía empuñado [sic] *un arma de fuego tipo revolver* [sic] *y se encontraba discutiendo con otro sujeto que se encontraba montado en una motocicleta de la cual no recuerdo las características, entonces fue cuando le dije a mi compañero el tripulante, lo alerte que ese sujeto tenía un arma de fuego que nos fuéramos a atender el caso, me dirigí hacia este sujeto y me detuve a pocos metros quiero resaltar que ahí en ese sitio habían más personas cuando observe* [sic] *que* ***mi compañero se baja de la motocicleta dirigiéndose hacia el sujeto de la chaqueta roja y con las voces de auxilio y las medidas de seguridad diciéndole que la tirara que entregara el arma,*** *en ese instante los sujetos por estar discutiendo no se dieron cuenta de nuestra presencia, y el de chaqueta roja le ocasiona un disparo en la humanidad al sujeto que estaba montado en la motocicleta, es entonces que yo me iba a bajar de la motocicleta porque quedamos ahí en la mitad de la vía,* ***cuando escucho más disparos y observo a mi compañero IT. OAR que en tratando de salvaguardar la vida del sujeto lesionado hace más disparos ya que el que lo lesiona no hace caso de las advertencia de mi compañero para que soltara el arma y por el contrario emprende la huida****, es en estos momento* [sic] *que varias de las personas que se encontraban en el sitio se abalanzaron haca* [sic] *mi compañero tratando de impedir que este hiciera uso del arma de dotación empujándolo y jalándolo ahí fue cuando yo me apoyo con el* [sic] *y el sujeto de chaqueta roja sale a correr con el arma hacia el barrio santa helena de la sierra, eso fue en una esquina y a lo que yo me voy a donde el* [sic] *estaba a seguirlo para cogerlo en el transcurso de la mitad de la cuadra el* [sic] *arroja el arma de fuego hacia una vivienda y continua corriendo y completamos la cuadra y yo me le abalanzó a el* [sic] *para neutralizarlo y nos caímos y dimos vueltas y el sujeto vuelve y se para y lo sigo otra cuadra mas*

donde hay unas escaleras hacia abajo y trate [sic] *de agarrarlo y nos enredamos en las escaleras y nos fuimos nuevamente al suelo rodando y volvió y se levantó el muchacho y ahí fue cuando lo perseguí otras dos o tres cuadras mas y al llegar a la esquina como eso es bajada llego* [sic] *un sujeto en una moto azul en una ax100 marca Susuki* [sic] *le dice al de chaqueta roja que le apurara y le da un casco negro y se lo lleva de ahí (…) PREGUNTADO: Indique al despacho cual fue exactamente su participación en el procedimiento indicado si hizo uso de su arma de dotación en el lugar de los hechos, caso afirmativo en cuantas oportunidades y hacia qué objetivo CONTESTO: Como lo dije en mi relato mi participación fue a fin de prevenir el homicidio del sujeto que estaba en la moto pero en el procedimiento yo no dispare* [sic] *mi arma (…) cabe mencionar que no observe* [sic] *que mi compañero hubiese disparado en contra del otro lesionado (…) PREGUNTADO:* ***cuantos disparos escucho*** [sic] ***usted y de ellos cuantos observo*** **[**sic] ***que hubieran sido accionados por su compañero.*** *CONTESTO: aproximadamente unos siete disparos* ***de los cuales mi sargento haría unos tres o cuatro*** *porque GARAVITO había hecho los tres. PREGUNTADO: Indique al despacho si las armas de fuego de los uniformados que asistieron al procedimiento fueron puestas a disposición de alguna autoridad judicial caso afirmativo indique cuales y ante quien CONTESTO:* ***inicialmente la policía judicial no embalo*** **[sic]** ***las armas pero al día siguiente cuando legamos*** **[sic]** ***a iniciar el turno me entere*** **[sic]** ***que habían embalado la de mi sargento porque era el que había disparado***"[51]. (Resaltado de la Sala)

Por su parte el IT. OAR, al momento de rendir su injurada el 03 de octubre de 2012, refirió que hizo por lo menos dos disparos, al respecto señaló:

"(…) siendo aproximadamente las 3 y 20 de la mañana donde un sujeto con el alias de "JAVG" pretendía cometer un homicidio contra otro sujeto, al momento

[51] Folios 101 a 105 *Ibídem*.

de estarse cometiendo el ilícito mi patrulla conformada por el patrullero EAMA conductor de la motocicleta y el suscrito (…) se procede a evitar el homicidio, siendo víctima de una asonada por sus acompañantes los cuales trataron de desarmarme halándome el arma de fuego de dotación para facilitar la huida del antes mencionado, lográndose la incautación del arma que estaba siendo utilizada para cometer el delito y siendo puesta a disposición de autoridad competente al igual que en el informe que se rinde a la Fiscalía se es claro manifestándole que las armas de dotación que portábamos estaban a plena disposición en el armerillo de la Estación Cumbre para la respectiva investigación (…) después de que sucedieron estos hechos alias "JAVG" emprendió la huida y al verse ya alcanzado por nosotros los policías del procedimiento arroja el arma hacia el mirador de una residencia por lo que yo me quedo custodiando el arma para que no se pierda, mi compañero el patrullero EAMA sigue en la persecución de éste pero no fue posible dar con su captura (…) ***Si hice uso de mi arma de fuego de dotación, realice*** **[sic]** ***dos disparos uno de ellos cuando formaron la asonada y trataron de quitarme el arma, al momento que me la halaron se accionó y el segundo al momento que alias "GARAVITO" realiza otro disparo contra la patrulla pero se lo realicé a él directamente, tenía campo abierto no habían más personas ahí ya que él salió a correr*** *(…)"*[52]. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Bajo un contexto probatorio tal, habrá de añadirse que la versión suministrada por el enjuiciado, guarda relación con los informes suscritos por él mismo inmediatamente ocurridos los hechos, el primero dirigido a la "*FISCALIA URI BUCARAMANGA*"[53] y el segundo al señor Mayor Comandante del Segundo Distrito de Policía de Floridablanca[54], así como con lo consignado en el libro de población de la

[52] Folios 52 a 57 *Ibídem*.
[53] Folios 208 y 209 C.O. 2.
[54] Folios 210 y 211 *Ibídem*.

Estación de Policía La Cumbre[55], aunque omitiendo en este último documento oficial el haber realizado el segundo de los disparos mencionados en su diligencia de inquirir, al igual que afirmando respecto del primero de ellos que como trataron de desarmarlo "*hubo la necesidad de halarla en ese instante suéna* [sic] *un disparo o me accionan el arma en el afán de arrebatármela…*"[56].

Pero es más, en punto lo aseverado por el censor en su escrito impugnatorio en el sentido de que en el momento en que se produjo un forcejeo entre OAR y unos particulares presentes en el lugar de los acontecimientos, quienes procuraban que el multicitado JAVG no fuera aprehendido, se produjo un disparo el aire proveniente del arma de fuego oficial y "*pudo*" ser ese proyectil el que impactó a JASQ, prístino resulta que éste insustentado e indemostrado argumento es desvirtuado al llevarse a cabo la apreciación y valoración -singular y plural- del material probatorio anejo a la presente causa penal, concretamente de los testimonios atrás enlistados, de cara a *i)* el informe pericial médico legal practicado el 10 de agosto de 2011[57] al ciudadano lesionado en el que se indicó que éste presentó "*HERIDA POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO A NIVEL INFRACLAVICULAR DERECHO, SIN ORIFICIO DE SALIDA (…) HERIDA CON CENTRO CON TEJIDO DE GRANULACIÓN DE 2X1 CMS EN LA REGION COSTAL SUPERIOR DERECHA*"*; ii)* a la historia clínica obrante en la clínica FOSCAL[58]*; iii)*

[55] Folios 200 y 202 *Ibídem*.
[56] Folio 202 Ibídem.
[57] Folios 18 y 19 C.O. 1.
[58] Folios 20 al 27 C.O. 1.

al escrito signado por el cirujano general JFBD[59] en el que éste galeno consignare "*Con base en la historia clínica del paciente JASQ con C.C. 13.870.220 atendido el 17 de julio de 2011 quien ingresa por presentar herida por proyectil de arma de fuego en tórax derecho con orificio de entrada a nivel infraclavicular sin orificio de salida (…) con trayecto antero posterior y de superior a inferior (…)*" y, finalmente, *iv)* frente al informe de trayectorias suscrito por la Profesional Especializada Forense IMCN[60] en el que concluyó *"Con la información disponible de* [sic] *establece que la trayectoria va: anterio-posterior y supero-inferior."*

Probanzas que igualmente, al amparo de las reglas de la sana crítica, dan por tierra con el otro argumento esbozado por el respetado apelante, consistente en que no hay certeza respecto de quién hizo el disparo que impactó al plurinombrado ciudadano, ya que el agresor de éste -quien emprendiere la huida ante la presencia policial-, hizo varios disparos para garantizar su escape; subjetiva, hipotética e indemostrada versión de los hechos que definitivamente resulta infirmada en la urdimbre procesal, en tanto esta aparejaría aceptar como cierto que la lesión sufrida por el señor JASQ fue causada por JAVG en el momento en que huía siendo perseguido por los agentes de la ley y, ello a su vez, implicaría que el proyectil de arma de fuego que produjo la conculcación de la indemnidad corporal de aquel hubiese ingresado en la región posterior de su humanidad en trayectoria postero-

[59] Folio 274 C.O. 2.
[60] Folios 315 y 316 C.O. 2.

anterior, cuando en realidad lo que se encuentra fehaciente establecido al interior de este proceso penal es que tal proyectil ingresó por la zona anterior de su cuerpo, específicamente a nivel del tórax, como se desprende de los medios suasorios antes enumerados.

A lo hasta aquí dicho habrá de añadirse, en total convergencia con lo vertido por el representante de los intereses de la sociedad ante esta instancia en su concepto de rigor, que si bien es cierto que en el informe suscrito por el Subintendente YAGV, perito balístico[61], éste señaló que *"NO EXISTE UNA CONGRUENCIA EN LA TRAYECTORIA DE DISPARO (BOCA ARMA DE FUEGO – ORIFICIO DE ENTRADA O HERIDA PRODUCIDA POR ARMA DE FUEGO), YA QUE LA POSICIÓN QUE ADQUIRIÓ EL SINDICADO CON EL ARMA DE FUEGO AL MOMENTO DE DISPARAR PRESENTA UN CAMPO VISUAL REDUCIDO CON PRESENCIA DE OBSTÁCULOS COMO LO ES EL SEÑOR CONDUCTOR DE LA MOTOCICLETA QUE SE ENCUENTRA DELANTE DE LA VICTIMA, TENIENDO EN CUENTA LA VERSIÓN DEL TESTIGO Y LA INCLINACIÓN DEL TERRENO NO HAY POSIBILIDAD DE IMPACTAR A LA VICTIMA (…)"*, no menos cierto es que se advierte que el procesado, en el desarrollo de la diligencia en que intervino el antes citado auxiliar de la justicia, cambió su versión injurada de lo ocurrido, manifestando que disparó su arma de dotación oficial en dos oportunidades al aire, la primera "*al subir la pistola para evitar que las personas se la quitaran seba* [sic] *un disparo al aire*" y la segunda "*el sujeto de chaqueta roja se voltea y le hace un disparo por lo que el dispara al aire*", ello a pesar que, como se

[61] Folios 230 a 241 C.O. 2.

resaltara previamente, en su diligencia de inquirir sostuvo: "*(…)* ***realice*** [sic] *dos disparos uno de ellos cuando formaron la asonada y trataron de quitarme el arma, al momento que me la halaron se accionó y el segundo al momento que alias "GARAVITO" realiza otro disparo contra la patrulla pero* ***se lo realicé a él directamente, tenía campo abierto no habían más personas ahí ya que él salió a correr".*** (Subrayado y negrillas de la Sala)

Inferencia racional a la que habrá de agregarse que, si bien es cierto que el dictamen pericial suministra al proceso conocimientos técnicos, científicos o de cualquier otra índole, también lo es que el funcionario judicial no está atado a su resultado; como cualquier otra prueba, debe ser apreciada por éste en conjunto con los demás elementos de juicio, de acuerdo con el método de persuasión racional, sin sujeción a ningún valor o tarifa preestablecida y ello le permite así formar su convencimiento para emitir el correspondiente juicio de responsabilidad, siendo aquella un medio de conocimiento técnico-científico o artístico, capaz de orientar al funcionario judicial en la labor de investigación y juzgamiento[62] pero respecto de la cual el administrador de justicia, quien cuenta con la suficiente formación al efecto, puede desecharla y por ende apartarse de sus conclusiones o darle el mérito total o parcial que encuentre más ajustado al caso sometido a su conocimiento de

[62] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto mayo 17 de 2016, AP2702-2016, radicación No. 43263, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

conformidad con lo que señala la integridad del acervo probatorio.

Aquilatado lo anterior y habida cuenta que el recurrente afirmó que la providencia recurrida es repetitiva y dedicada a dar valor probatorio a los testigos de cargo, dejando de lado las afirmaciones de la defensa que señaló que aquellos dejaron ver su parcialización encaminada a buscar un resultado querido afectando su credibilidad, habrá de recordarse al distinguido autor de esta postulación que por virtud del denominado principio de selección probatoria el operador judicial no está obligado a hacer un examen exhaustivo de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni de sus extremos asertivos, sino de las que considere jurídicamente relevantes para la sentencia, pues de lo contrario ésta devendría en interminable[63], amén que pretender ello contravendría lo dispuesto en el inciso final del artículo 55 del Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996[64], que consagra como factor esencial para los jueces y magistrados en la elaboración de las providencias judiciales "*la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan*".

De cara a las consideraciones vertidas por este Tribunal Castrense a espacio y suficiencia en los

[63] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia marzo 18 de 2009, radicación No. 26631.
[64] La facultad que se le otorga a los tribunales y jueces militares para conocer de los delitos sometidos a su competencia, debe ajustarse no sólo al mandato contenido en el artículo 221 Superior, sino también a las prescripciones de esta ley estatutaria, que sean compatibles con su estructura especial. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia No. C-399-95.

antecedentes párrafos del presente proveído, habrá de decirse que palmar resulta el *Iudex A quo* satisfizo la necesidad de justificar racionalmente la sentencia objeto de reproche y que las inferencias lógico racionales construidas por el mismo con basamento en las probanzas obrantes en el cartulado, las cuales le llevaron a arribar a la certeza racional sobre la responsabilidad penal del encausado a título de autor culposo del reato imputado en sede de acusación y juicio, lo fueron sin desbordar los postulados de la persuasión racional o sana crítica, y en especial –en tratándose de la prueba testifical- lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibieron los hechos génesis del presente diligenciamiento, la personalidad de los declarantes, la forma como declararon y las singularidades de cada testimonio en particular y confrontados entre ellos, sin que el raciocinio judicial en cuestión se vea maculado por la existencia de duda sobre el autor del disparo que lesionara al sujeto pasivo del injusto penal enrostrado al IT. OAR como pregonara el censor, con mayor razón que el conjunto probatorio analizado no genera duda razonable que deba ser resuelta a favor del procesado, como lo sugiere dicho libelista, y que éste fue apóstata de la carga argumentativa que le incumbía en punto a este específico apotegma[65] en

[65] Ello fue así en tanto obvió señalar qué hechos objetivos externos, colegidos de las otras probanzas recaudadas, daban fuerza persuasiva a las versiones testificales en que pretendió cimentar la duda en cuestión; qué indicaba cada una de esas

particular y en general en punto a la demostración de un defecto fáctico en la sentencia confutada por cuanto esta presuntamente se apartare de la verdad probada en el proceso.

Así las cosas, refulgiendo diamantina, *contrario sensu*, la existencia de suficientes elementos suasorios que dan cuenta de la materialidad del comportamiento espetado al procesado y de su encuadramiento objetivo en el reato por el cual fue investigado, acusado y enjuiciado el antes citado uniformado, lo que conduce a apreciar como acertada y pasible de confirmación la decisión reprochada como se anunciare de agraz, a ello se procederá en el acápite subsiguiente.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

IX. R E S U E L V E

---

probanzas a título singular y confrontadas entre sí de conformidad con las reglas de la sana crítica; qué, de lo así colegido, resultaba lógico, no contrario a la ciencia ni a la experiencia; qué de lo colegido de tales pruebas debía ser descartado, en consecuencia, por resultar contrario a la lógica, la ciencia y la experiencia; cuál era en definitiva la conclusión con relevancia jurídica que se desprendía de una apreciación probatoria así llevada a cabo; y, finalmente, esa conclusión, que no podía ser otra que la existencia de duda insalvable, qué impactaba, si la materialidad del delito o los componentes dogmáticos de la responsabilidad penal que pudiere incumbir al encausado. *Cfr* Tribunal Superior Militar y Policial, radicados Nos. 158296, sentencia abril 19 de 2016; 158470, sentencia julio 12 de 2017; 158700, auto marzo 14 de 2018, y 158531, sentencia diciembre 13 de 2019.

PRIMERO: DESATENDER LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia adiada 24 de agosto de 2017 por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, con asiento en esta ciudad capital, condenare al IT. OAR a la penas principales de cuatro (04) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa de cinco punto dos (5.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al igual que a la accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un (01) año, al hallarlo responsable de la comisión del delito de lesiones personales culposas, así mismo concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, ello de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión judicial.

SEGUNDO: CONTRA la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional que podrá interponerse, previa precisión de ello[66], dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[67].

TERCERO: Una vez en firme el presente proveído de conformidad con la normatividad penal aplicable al rito procesal penal militar[68] y surtido el trámite

---

[66] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 23701, auto junio 22 de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.
[67] Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.
[68] Ley 522 de 1999, artículo 341, "***FORMAS DE NOTIFICACIÓN.*** *Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.*

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se

que normativa y reglamentariamente compete a la secretaría común de la Corporación, vuelva la actuación al juzgado de origen, para lo de su competencia.

RADIQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

---

presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado.".

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	:	Tercera de Decisión
Magistrado Ponente	:	CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación	:	159118
Procedencia	:	Juzgado Once de Brigada
Procesado	:	SLC. KAAS
Delitos	:	Deserción
Motivo de alzada	:	Apelación sentencia absolutoria
Decisión	:	Revoca y condena

Bogotá D.C., septiembre diecinueve (19) de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponda en relación con el recurso de apelación impetrado por el Teniente Coronel (RA) CALR, Fiscal 29 Penal Militar, en contra de la providencia adiada 27 de marzo de 2019 por medio de la cual el Juzgado Once de Brigadas del Ejército Nacional sito en esta ciudad capital absolvió de toda responsabilidad

al Soldado Campesino (R) KAAS, ello dentro de la presente causa adelantada en su contra por la presunta comisión del reato de deserción.

II. HECHOS

Dan cuenta las fojas que el entonces Soldado Campesino KAAS, orgánico del Batallón de Artillería No. 1 "*Tarqui*" del Ejército Nacional sito en Sogamoso (Boyacá), habiendo sido incorporado para prestar el servicio militar obligatorio en el segundo contingente de 2016, en la madrugada del 05 de mayo de 2016 abandonó sin autorización alguna las instalaciones del Batallón de Instrucción y Entrenamiento No. 1 acantonado en Samacá (Boyacá), permaneciendo ausente por más de cinco (05) días consecutivos, volviéndose a tener noticia de su paradero solo hasta el 19 de septiembre de 2017 al ser capturado por personal policial adscrito a la Policía Metropolitana de Barranquilla en cumplimiento de la orden de captura librada dentro de la presente causa.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Como consecuencia del episodio fáctico compendiado, el 24 de noviembre de 2016[1] el Juez 78 de Instrucción Penal Militar dispuso el inicio de formal investigación en contra del SLC. KAAS por la presunta comisión del delito de deserción; con el propósito de

[1] Folios 20 a 22 C.O.1.

obtener su vinculación se libraron citaciones a las direcciones registradas[2], comunicaciones radiales[3], se remitió despacho comisorio al Juzgado 16 de Instrucción Penal Militar[4] a fin se escuchara en indagatoria al referido soldado y en testimonio a sus progenitores, sin que dichas diligencias se pudieran llevar a cabo a pesar de haber logrado comunicación vía telefónica con la señora LESU, madre del acriminado, mediante llamada efectuada al abonado 3043298872[5].

Así mismo, se libró misión de trabajo a la Seccional de Investigación Criminal de la ciudad de Tunja (Boyacá) a fin de establecer, mediante la búsqueda en base de datos, alguna dirección que permitiera ubicar al sindicado[6], labor sin resultados positivos.

Mediante auto del 17 de abril de 2017[7] el aludido despacho dispuso, dada la improsperidad de las antes citadas acciones, librar orden de captura en contra del precitado uniformado, misma que se hizo efectiva el 19 de septiembre del mismo año[8].

El SLC. KAAS fue vinculado mediante diligencia de indagatoria practicada vía comisión el 20 de septiembre de 2017[9] en las instalaciones del Juzgado 16 de Instrucción Penal Militar con sede en Malambo

---

[2] Folios 23, 99, 104 y 105 *Ibídem.*
[3] Folios 106 y 108 *Ibídem.*
[4] Folios 31 al 37 y 97 al 102 *Ibídem.*
[5] Folio 102 *Ibídem.*
[6] Folios 52 al 66 *Ibídem.*
[7] Folio 109 *Ibídem.*
[8] Folios 124 al 127 *Ibídem.*
[9] Folios 138 al 140 *Ibídem.*

(Atlántico), al término de la cual le fue concedida "*libertad condicional*"[10] y se ordenó la cancelación de la orden de captura previamente librada[11].

La situación jurídica fue resuelta de forma provisional el 29 de diciembre de 2017[12], ello en el sentido de abstenerse de imponer medida de aseguramiento alguna al antes referido sumariado por estimarse innecesaria.

Al considerar que los términos de instrucción se encontraban vencidos, el sumario fue remitido el 22 de mayo de 2018[13] a la Fiscalía 24 Penal Militar, despacho que declaró clausurado el ciclo instructivo mediante auto del 06 de junio de la misma anualidad[14].

El mérito del sumario fue calificado el 25 de septiembre de 2018[15], ello en el sentido de proferir resolución de acusación en contra del SLC. KAAS como autor responsable del reato de deserción.

En firme la pieza acusatoria el 19 de octubre de 2018[16], se remitió la actuación al Juzgado Once de Brigadas del Ejército Nacional[17], despacho que con auto del 22 del mismo mes y año[18] fijó fecha y hora para la realización de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, misma que se llevó a cabo el 19

---

[10] Folio 141 *Ibídem.*
[11] Folios 138 al 140 *Ibídem.*
[12] Folios 162 al 169 *Ibídem.*
[13] Folio 189 *Ibídem.*
[14] Folio 191 *Ibídem.*
[15] Folios 208 al 223 C.O.2.
[16] Folio 230 *Ibídem.*
[17] Folio 231 *Ibídem.*
[18] Folio 233 *Ibídem.*

de marzo de 2019[19] y en la que el procesado fue declarado persona ausente, surtiéndose el rito propio de la Corte Marcial.

Mediante sentencia del 27 de marzo del año en curso[20] la señora Coronel SANDRA ROCIO QUINTERO CHAPARRO, Juez Once de Brigada del Ejército Nacional, profirió sentencia de absolutoria a favor del SLC (R) KAAS por la comisión del reato de deserción.

Inconforme con tal determinación el señor Teniente Coronel (RA) CALR, en su condición de Fiscal 29 Penal Militar, el 10 de abril pasado, hallándose dentro el termino de ley, interpuso y sustentó recurso de apelación[21], mismo cuya resolución concita la atención de esta Tercera Sala de Decisión en esta oportunidad.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Juez Once de Brigada del Ejército Nacional, Coronel SANDRA ROCÍO QUINTERO CHAPARRO, luego de establecer el acontecer fáctico, la competencia, la identificación e individualización del procesado y la actuación procesal relevante, entre ella la intervención de los sujetos procesales en la audiencia de acusación y aceptación de cargos, indicó que se encuentra debidamente probada la calidad militar del SLC. KAAS, quien para la fecha de los hechos fungía como

[19] Folios 250 a 257 *Ibídem*.
[20] Folios 258 a 280 *Ibídem*.
[21] Folios 287 a 302 *Ibídem*.

integrante del segundo contingente de 2016, orgánico del Batallón de Artillería No. 1 "*Tarqui*" del Ejército Nacional.

Refirió que el artículo 396 de la Ley 522 de 1999 señala que no se puede dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

Arguyó que los hechos objeto de la presente pesquisa penal fueron puestos en conocimiento de la judicatura mediante el oficio No. 1808 del 06 de septiembre de 2016 suscrito por el TE. DFCP, en el que se narró que siendo aproximadamente las 13:30 horas del 05 de mayo de 2016 en las instalaciones del Batallón de Instrucción y Entrenamiento No. 1 del Ejército Nacional, asentado en Samacá (Boyacá), se procedió a constatar el personal hallando como novedad que el SLC. KAAS no se encontraba en la unidad.

Seguidamente señaló que no existe certeza de la existencia del hecho punible en razón a que las pruebas que fundamentan la situación fáctica –informe, declaraciones del ST. SMG, del C3. JAV y del SLC. LDBO- son contradictorias y discordantes, al punto que persiste la duda respecto a si los hechos ocurrieron en el Batallón de Instrucción y Entrenamiento con sede en Samacá, como se señala en el informe, o en el Batallón Tarqui como lo indica el ST. SMG, quien al indagarle en torno a aquella incongruencia señaló "*pues no me consta, pero lo que yo pienso es que como mi*

teniente se tardó en informar la deserción, por tal motivo como el S-1, una vez pasaron revista por lo de la nómina y figuraban soldados que no estaban, pues el S-1 exigió a mi teniente CUERVO los informes de esos soldados que no estaban".

Agregó que igualmente existen dudas respecto a la fecha y hora en que se presentó la conducta desertora, dado que el informe señala las 13:30 del 05 de mayo de 2016, sin embargo el SLC. LDBO señaló que ocurrieron alrededor de las 02:30 o 03:00 horas y el procesado en su injurada relató que salió el 05 de marzo [sic] "*en horas de la mañana*".

Infirió que surge duda referida a si la evasión se produjo el "*04 o el 05 de marzo*" [sic] y si fue a las 13:30 horas, en la madrugada o en la mañana, adicionalmente indicó:

> *"(…) se debe afirmar que no existe claridad y mucho menos certeza respecto a los hechos que dieron origen a la presente investigación en tanto a que se tiene como prueba de la situación fáctica, un informe que primero, no fue ratificado por el Teniente Cuervo y segundo, que no coincide con lo que dice el ST. Mosquera quien suministra condiciones espacio temporales completamente diferentes a las descritas en el informe, pese a que acuerdo al mismo documento que reporta lo sucedido, fue el testigo presencial de los hechos, al ser él quien detecto la ausencia del soldado a la hora de pasar a almorzar; asimismo, se cuenta con tres declaraciones de las cuales dos no aportan nada respecto a los hechos, toda vez que ambos afirman que no les consta o que no saben nada de lo acaecido; y con la declaración del Soldado Bedoya, quien reporta una hora y una fecha diferente de los hechos."*

Estimó que no se cumple con el requisito señalado en el artejo 396 de la Ley 522 de 1999, respecto a la certeza del hecho punible para emitir sentencia condenatoria "*en tanto a que subsiste una duda respecto a la ocurrencia de los hechos que desafortunadamente no fue solventada con el caudal recaudado por el Despacho Instructor*."

Añadió que no existe asidero probatorio contundente que permita afirmar que los hechos ocurrieron de la forma en que fueron descritos por el ente acusador, por lo que no es factible declarar la responsabilidad del procesado al subsistir la duda sobre los mismos, así mismo arguyó que "*la declaratoria que hiciera esta Instancia debe estar sujeta al principio de congruencia, el cual exige que debe existir una correlación entre la Resolución de Acusación y la sentencia*", para apuntalar su dicho citó y transcribió una providencia de esta Corporación[22].

Expuso que sí en gracia de discusión se aceptara la postura del fiscal respecto a la certeza del hecho punible, en el campo de la tipicidad subjetiva se generan otra serie de dudas que parten de analizar la indagatoria del encausado en la que aquel presenta como causales de exculpación el fallecimiento de su abuela y su condición de salud producto de un accidente de tránsito a raíz del cual presentaba como secuelas dolores de cabeza que se agravaban dadas las condiciones climatológicas de Boyacá, sin que fuese

[22] Radicado 158209 del 21 de julio de 2015, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.

arribada al expediente la historia clínica, ni documentación que acreditara o desvirtuara la condición en la cual se encontraba o bien del fallecimiento de su abuela, suscitando una grave vulneración al principio de "*integridad judicial*" [sic].

Insistió en que no está demostrada ni la certeza del hecho punible, ni la tipicidad subjetiva que atañe al dolo, no pudiendo el Estado demostrar que el SLC. KAAS hubiere abandonado las filas militares con conciencia, con voluntad y sin ninguna justificación.

Sintetizó que no fue posible esclarecer a lo largo de la investigación las siguientes dudas: *"¿si lo [sic] hechos se presentaron en el Batallón de Instrucción y Entrenamiento o en el Batallón Tarqui?, ¿si el hecho se presentó el 04 o el 05 de marzo de 2016 [sic]?, ¿si el procesado se ausentó a las 13:30 horas o a las 02:30 de la madrugada o bien en las "horas de la mañana"?, ¿si efectivamente falleció la abuela del procesado?, ¿si en realidad el soldado fue víctima de un accidente y tenía secuelas?, ¿si su condición de salud efectivamente se encontraba afectada? (…)"*.

En razón de lo anterior, concluyó que había que dar aplicación a los principios de *in dubio pro reo* y presunción de inocencia profiriendo sentencia absolutoria a favor del SLC. (R) KAAS.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Como argumentos de su inconformismo ante la sentencia absolutoria confutada, el Teniente Coronel (RA) CALR, en su condición de Fiscal 29 Penal Militar, luego de sintetizar los argumentos esbozados en la sentencia absolutoria impugnada, indicó que se estableció como cierto que el SLC. KAAS no regresó a la unidad, sin que se lograran establecer circunstancias especiales de maltrato, ni problemas originados en la unidad o en la salud del mismo que le impidieran continuar con la prestación del servicio militar que le correspondía.

Arguyó que, contrario a lo afirmado por la juzgadora de primera instancia respecto a que milita duda en torno a la existencia del hecho investigado, se logró determinar que aquel efectivamente se ausentó sin autorización del lugar donde prestaba su servicio militar, como se colige del "*informe denuncia*", las versiones rendidas por los diferentes testigos, la afirmación del mismo sindicado y los documentos allegados como las actas de revista mensual de personal y de revisión de nómina, mismos que confirman que el militar se sustrajo a continuar en las filas del Ejército Nacional por un lapso superior a cinco (05) días.

En cuanto a que no se tiene claridad del lugar donde se evadió al procesado, refirió que la posición fiscal desde la resolución de acusación se basó en lo sostenido por quienes fueron testigos directos del hecho, coincidente con lo manifestado por el sindicado, dando validez a lo referido por el denunciante, TE. DFCP, comandante de la unidad quien

no fue testigo directo de los hechos, respecto del cual la juzgadora malinterpretó lo informado por dicho oficial al indicar que a las 13:30 horas del 05 de mayo de 2016 detectaron la ausencia del acriminado por lo que "*no es lo mismo enterarse del hecho, a que a esa hora hubiera sucedido el evento*". A reglón seguido refirió:

> *"Valida de equívoca manera la señora juez, dos elementos que no pueden ser determinantes, i) que el denunciante no haya sido escuchado en ratificación de su informe, y ii) que el C3. JAV no hubiera tenido conocimiento del hecho. Al respecto es claro que la versión del denunciante no era indispensable para verificar la existencia del hecho investigado, pues existieron otros elementos probatorios que lo confirmaron, además que el oficial solo constituye un testigo de referencia, pues no estuvo en el BITER en el momento de la evasión del militar, limitándose a informar lo conocido por el canal de sus subalternos; de otra parte, que el suboficial JAV no tuviera conocimiento del hecho, nada desdice de la realidad del mismo."*

Sostuvo que se aportaron testimonios que son contundentes respecto de la existencia del hecho investigado, como el del SL. LDBO quien relató que al momento en el que fueron a levantar de la cama vecina a su compañero para que prestara el servicio de seguridad que le correspondía, encontraron que ya no estaba en el recinto pese a que se había acostado la noche anterior como todos, siendo claro además en que habían llegado veinte (20) días antes al Batallón de Instrucción y Entrenamiento No. 1 del Ejército Nacional –unidad a la que a partir de aquí se hará referencia como BITER por sus siglas en términos

castrenses-, versión que fue ratificada por el mismo procesado.

Insistió en que no hay hesitación en el hecho que el acusado se ausentó de las filas institucionales el 05 de mayo de 2016 cuando se encontraba en las instalaciones del BITER por lo que "*pensar en contrario equivaldría a incurrir en una de las más graves y equívocas interpretaciones de la prueba, al dar erróneos valores a la misma, que analizada en su conjunto desemboca en una verdad, pero frente al análisis de la juez de conocimiento, la lleva por caminos ajenas [sic] a esa perentoria verdad, que traducidos a las exigencia [sic] jurídicas le han hecho desembocar en un falso raciocinio al infringir los postulados de la sana crítica y derivar conclusiones que contravienen los principios lógicos y las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia*."

Destacó que el ente acusador expuso con suficiencia cómo no debían suscitarse dudas en torno al momento de la evasión del SLC. KAAS, o que aquel se hallara en las instalaciones del Batallón Tarqui en Sogamoso o en el Batallón de Entrenamiento en Samacá, toda vez que es apreciable la confusión en la que se hallaba el ST. SMG cuando manifestó que el enjuiciado se encontraba en las instalaciones del Batallón Tarqui, contrario a todas las demás versiones incluyendo la del mismo sindicado, al efecto indicó:

> "*Se expuso por esta fiscalía, cómo el material probatorio arrimado a la investigación despejó de manera clara y expresa el sitio y hora de ocurrencia*

de los hechos siendo entonces ello coherente con la formulación de cargos que se le hiciere en la diligencia de INDAGATORIA, donde como ya advertimos es el mismo acusado quien nos cuenta el día, la hora y el lugar de su evasión, luego entonces el lapsus presentado por el confundido oficial al señalar otro sitio y hora –determinado por el paso del tiempo al interponer la denuncia, junto con la evasión de otros cuatro soldados más-, no logra poner en entredicho que ciertamente la evasión existió, que fue a las tres de la mañana (3.00 horas) y que se encontraba en el BITER.”

Estimó que el material probatorio con que cuenta la investigación y que motivó la resolución de acusación en ninguna manera puede señalarse como una descripción genérica, abstracta o hipotética, sino que la misma tiene concreción en una situación definida en un espacio, tiempo y lugar determinado, lográndose señalar al acusado de manera concreta los cargos impuestos, cargos que fueron aceptados por aquel con exculpativos que ni la defensa ni el Ministerio Público probaron fehacientemente, pues si en gracia de discusión se aceptara que la muerte de la abuela fue detonante de la evasión hubiese sido fácil arribar el documento que probara dicha circunstancia, además que era deber del acriminado regresar a las filas luego de tal ocurrencia.

Agregó que el principio de congruencia presuntamente violentado por dicha fiscalía hace referencia a la conformidad que debe existir entre la acusación y el fallo proferido, no pudiendo el juez condenar por una conducta distinta a la que le enmarcó en su momento la fiscalía, que en este caso hace referencia expresa y

concreta al reato de deserción contemplado en el artejo 109 de la Ley 1407 de 2010.

Insistió en que la providencia impugnada es equivocada al analizar como posible incongruencia el hecho que "*TODAS LAS PRUEBAS*" no conduzcan específicamente a confirmar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los hechos, pues dentro del contradictorio que constituye un proceso penal es obvio que las parten aporten elementos en su beneficio, siendo ese "*CONJUNTO PROBATORIO*" el objeto de análisis imparcial del juzgador quien basado en la sana crítica y respetando las reglas de la experiencia debe culminar con una sentencia de decisión, lo cual, estima el apelante, no ha sucedido.

Luego de transcribir los argumentos que expuso en la pieza acusatoria en torno al estado de salud del procesado, ello en el sentido de indicar que aquel superó con amplitud los exámenes médicos de incorporación y que no requirió ni una sola vez los servicios asistenciales de sanidad militar para ser atendido por presentar supuestamente dolores de cabeza, indicó que "*pretender crear por cuenta de la supuesta deteriorada salud del sindicado, equivale a dar un valor inexistente o equivocado a lo que probatoriamente se halla demostrado, vale decir, es darle interpretaciones sustancialmente diferentes a la prueba, incurriendo en los mismos errores arriba señalados en la interpretación de la misma*."

Añadió que la situación de salud del acriminado no suscita ninguna duda, para que la juez primaria "*enarbole la bandera de la incertidumbre, que concluya en el refutado fallo absolutorio de hoy*."

Expuso que no es aceptable como exculpación el hecho de la muerte de la abuela del sindicado, pues aunque esto fuera cierto –sin que exista traído prueba de ello- podría ser aceptable que el soldado tuviese la necesidad de acompañarle en sus exequias para luego regresar dentro de un término razonable a la prestación del servicio militar, lo cual no ocurrió. Adicionalmente afirmó que estos hechos tampoco pueden ser considerados elementos de duda, pues el camino a seguir era haberse presentado a las filas dentro de los cinco días siguientes a la huida.

Luego de citar y transcribir jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[23] referida a los requisitos para dar aplicación al principio de *in dubio pro reo*, arguyó que las dudas esbozadas para sustentar una absolución no pueden partir de elucubraciones nacidas en la mente del juzgador, sino que deben ser producto de un análisis ponderado, serio y jurídico, nacido del juicioso estudio del conjunto probatorio.

Refirió que se encuentra confirmada igualmente la tipicidad subjetiva del hecho investigado en razón a que el sindicado tenía plena voluntad para orientar su acción hacia la evasión definitiva de las filas, tenía

[23] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 15884 del 04 de septiembre de 2002.

la clara intención de ausentarse, lo cual se materializó a través de la misma situación objetiva y concreta de su deserción sin motivo justificado.

En razón de lo previamente referido, el impugnante deprecó la revocatoria de la sentencia absolutoria apelada para en su lugar emitir fallo condenatorio en contra del acusado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El doctor CAVD, Procurador 05 Judicial II Penal, en su concepto de rigor solicitó revocar la sentencia absolutoria confutada para en su lugar proferir sentencia de condena, para ello argumentó, luego de citar y transcribir pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia relacionados con la naturaleza del delito de deserción[24] y el indicio como medio de conocimiento[25], que dentro del paginario se halla demostrado que el SLC. KAAS se encontraba incorporado a las Fuerzas Militares para el momento de los hechos como integrante del segundo contingente de 2016, orgánico del Batallón de Artillería "*Tarqui*" del Ejército Nacional.

Añadió que igualmente se demostró, con fehaciencia, la ausencia injustificada del justiciable, aspecto que se acredita mediante la declaración del SL. LDBO quien

[24] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 9921 del 14 de marzo de 2002.
[25] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 30935 del 16 de septiembre de 2009 y radicado 29221 del 02 de septiembre de 2009.

refirió que en el momento en que fueron a levantar de la cama vecina a su compañero, a fin que procediera a prestar servicio de seguridad, éste ya no se encontraba en el recinto, testimonio que, estima el representante del Ministerio Público, goza de credibilidad en razón a que el deponente resulta una persona idónea para referir el específico ámbito en que ocurrieron los hechos, encontrándose en plena capacidad para informar tales aspectos a la autoridad judicial.

Destacó que igualmente se logró establecer el estado de salud adecuado en que se encontraba el procesado por el ingreso a las filas, pues se determinó que aquel superó con suficiencia los exámenes médicos realizados por el departamento de incorporación del Ejército Nacional.

Consideró que es claro que el procesado incumplió con sus obligaciones atinentes a mantener una presencia continua frente al servicio, deber que le era plenamente exigible en virtud de su investidura como militar.

Infirió que concurre el dolo en la conducta, pues una vez analizado el acervo probatorio resulta claro que aquel tenía conocimiento de los hechos constitutivos del injusto penal, así como la voluntad encaminada a su realización.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de este año[26], como de los ocurridos con posterioridad a la misma -no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial- mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

---

[26] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Precisado lo anterior y con miras a dilucidar el tópico que concita la atención de la Sala, se seguirá el siguiente derrotero metodológico a título de carta de navegación: *i)* se rememorarán cuáles son los errores de valoración probatoria en que puede incurrir el operador judicial y cuál es su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales, señalando los efectos que ello genera; *ii)* se reiterará lo que entrañan los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, rememorando de paso cuáles son los presupuestos exigidos en nuestro ordenamiento jurídico para proferir sentencia condenatoria; y *iii*) se adoptará la decisión que en Derecho corresponde respecto del asunto sometido a conocimiento de esta colegiatura.

i) **Los errores de valoración probatoria al interior del proceso penal, su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales y los efectos que ello genera.**

Al respecto sea lo primero rememorar que en materia penal el método de contemplación de las pruebas en nuestro país es el denominado de la persuasión racional o sana crítica, según el cual, aquellas deben ser apreciadas y valoradas primero en forma singular y luego en conjunto, es decir, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencias allegadas al proceso, esto de conformidad con las reglas de la

lógica, de la ciencia, de la experiencia y del sentido común, método que permite asignar a tales elementos de juicio un determinado mérito persuasivo, una específica fuerza demostrativa, franqueando así el arribar a la verdad material aneja a cada caso en particular.

Una valoración así efectuada supone necesariamente, añade la Sala, echar mano de criterios objetivos, racionales, serios y responsables, sin caer en valoraciones arbitrarias, irracionales o caprichosas de los elementos suasorios sometidos al conocimiento del administrador de justicia.

No empece, una labor tal, que por obvias razones involucra el intelecto y la capacidad de discernimiento de cada dispensador de justicia, no está exenta de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria, mismos que pueden generarse como consecuencia de: *(a)* una omisión judicial, como sucede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido; *(b)* por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno Derecho o que son totalmente

inconducentes al caso concreto; o *(c)* por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, esto es, de las reglas de la lógica y de la ciencia y de las máximas de la experiencia.

Estas insuficiencias probatorias, o errores en la contemplación probatoria como también las denomina la jurisprudencia nacional, son las que dan origen a lo que se ha denominado defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso, defecto que se traduce en vulneración sustancial del derecho al debido proceso y que tiene lugar cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba, la niega, la valora arbitraria, irracional o caprichosamente, o pretermite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados[27], lo que conlleva a que sin razón valedera dé por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[28] o *contrario sensu*, agrega la Sala, repute probado esta o aquel sin que así lo señale en realidad el elemento probatorio, o el arsenal suasorio, objeto de racional escrutinio judicial.

Lo anterior, por razones más que obvias, tiene directa incidencia en la motivación de las decisiones judiciales, dando lugar a la denominada motivación *sofística*, *aparente* o *falsa*, que es aquella que no encuentra respaldo en la verdad probada a través del

[27] Sentencia T-086 de 2007.
[28] *Cfr*. Corte Constitucional, sentencias T-576 de 1993 y T-442 de 1994.

proceso; vicio *in iudicando*[29] que se explica en tanto el error lo comete el administrador de justicia bien al apreciar las pruebas –al aprehender lo que objetivamente dicen sin atribuirles ningún valor persuasivo-, ora al valorarlas –esto es al asignarles valor probatorio, credibilidad-, pues al suponer o desconocer las mismas, al cercenar o adicionar su contenido demostrativo o al tergiversar lo que objetivamente señalan, se aparta flagrantemente de la verdad probada judicialmente y arriba, en consecuencia, a una conclusión jurídica diversa de la realmente correcta.

Este vicio de motivación de las decisiones judiciales con claro origen en la errada contemplación probatoria, se itera, tiene como efecto, se habrá de decir, el que se deba revocar la decisión que adolece del mismo y dictar la determinación de reemplazo, a diferencia del efecto propio de los otros vicios que en materia de argumentación judicial se pueden dar –*verbigratia* ausencia total de motivación[30], motivación dilógica o ambivalente[31] o motivación incompleta[32]-, los que de acaecer generan la nulidad de la decisión

---

[29] Tal yerro puede consistir, entre otras manifestaciones, en que el administrador de justicia desatendió cierta prueba, la valoró indebidamente, la inventó o la supuso (*Cfr.* auto febrero 08 de 2016, radicado No. 158307, Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA). Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 12 de diciembre de 2005, del 7 de febrero de 2007 y septiembre 16 de 2009, radicados 24011, 23331 y 158225, respectivamente.

[30] Se configura cuando no se precisan las razones de orden probatorio y jurídico que soportan la decisión.

[31] La motivación es ambivalente o dilógica cuando acoge posturas contradictorias que impiden conocer su verdadero sentido, o las consideraciones expuestas son contrarias a la determinación adoptada en la parte resolutiva.

[32] Será precaria o incompleta la motivación, cuando se omite analizar algún aspecto sustancial o las razones argüidas no alcanzan a traslucir el fundamento del fallo.

en que ellos tienen ocurrencia, como así lo ha decantado en diversas oportunidades esta Corporación[33] y la honorable Corte Suprema de Justicia[34].

Ahora bien, la revocatoria de la decisión afectada del primero de estos vicios y el proferimiento de la que deba reemplazarla, procede acotar, no se produce *ipso facto* con el sólo señalamiento del defecto, pues quien enarbole el mismo debe correr con la carga procesal de demostrar qué dice la prueba que en su concepto resultó omitida, supuesta o distorsionada, cuál era su real contenido material y cuál fue el que le atribuyó el juzgador y, lo que es más importante, la manera como el defecto incidió en la decisión cuestionada, ello en tanto el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser flagrante, manifiesto, trascendente y con incidencia directa en la decisión, de manera tal que ninguna repercusión tendrán los yerros que no se ajusten a unas características tales.

***ii)* De los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.**

En torno a esta temática cabe enfatizar que la presunción de inocencia al interior de un modelo

[33] Ver entre otros autos Sala Tercera de Decisión diciembre 17 de 2015, radicado No. 158225; abril 13 de 2016, radicado No. 158409; septiembre 03 de 2018, radicado No. 158844; octubre 10 de 2018, radicado No. 158924; octubre 31 de 2018 radicado No. 158912; noviembre 04 de 2018, radicado No. 158911; diciembre 06 de 2018, radicado No. 159005, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; autos Sala Segunda de Decisión junio 19 de 2018, radicado No. 155609 y agosto 09 de 2018, radicado No. 158909, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; y auto Sala Primera de Decisión, auto noviembre 22 de 2018, radicado No. 159002, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.
[34] Ver entre otras Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 26177, sentencia septiembre 16 de 2009, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA y radicado No. 30073, sentencia enero 19 de 2011, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

político de Estado como el imperante en Colombia –Democrático y Social de Derecho–, ha sido erigida como una garantía constitucional integrante del derecho fundamental del debido proceso, reconocida por el artículo 29 de la Constitución Política en el entendido que "*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*".

En símiles términos es concebida en los tratados internacionales que en materia de derechos humanos han sido ratificados por el Estado Colombiano y que se han incorporado a la Carta Política por vía de lo dispuesto por el artejo 93 de la misma, *verbigratia* la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que "*toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*"[35] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento éste último que en su artículo 14.2 prescribe que "*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*".

Esta garantía supralegal también ha sido desarrollada, como es apenas lógico en el antes citado modelo político de Estado, en normas de derecho positivo de menor categoría. Es así como el artículo 197 de la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar de tal año, *códex* que en materia ritual se aplica a la presente causa penal como se señalare *ut supra*, dispone que "*Toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal,*

[35] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8°.

mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal".

El principio del *in dubio pro reo* es a su turno regulado en el artejo 209 del códice punitivo castrense en cita, ello bajo el siguiente tenor: "*Toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla."*

La Ley 1407 de 2010, observando la misma técnica legislativa plasmada en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 y con idéntica teleología, fusionó los institutos en comento, íntimamente relacionadas como se detallará *a posteriori*, consagrando en su artículo 178:

> "***PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO.*** *Todo miembro de la Fuerza Pública se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no quede en firme decisión judicial con fuerza de cosa juzgada sobre su responsabilidad penal.*
>
> *En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.*
>
> *En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.*
>
> *Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable."* (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, dicho de paso que los grados de conocimiento exigidos en la codificación de 2010 para la adopción de las decisiones propias de cada una de

las etapas procesales que integran el proceso penal que se surte en la jurisdicción foral, en especial el necesario para impartir condena, se corresponden *mutatis mutandis* con los demandados al efecto en la Ley 522 de 1999, se habrá de acrisolar que la presunción de inocencia se encuentra intrínsecamente ligada al principio rector del *in dubio pro reo*, como lo ha precisado la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, al señalar:

> *"Como queda visto, el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto."*[36]

> *"Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud,*

[36] Corte Constitucional, sentencia C-782 de 2005, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados"[37].

Lo así dicho por la Corporación guardiana de la incolumidad de la Carta Política, resulta plenamente acorde con los dictados propios de la axiología que inspira a la misma y que cimenta un Estado de Derecho como el colombiano, pues si el Estado -quien detenta el ejercicio de la acción penal y a quien corresponde verificar fehacientemente si aquel que es señalado de cometer una conducta que reúne las características de un delito, en realidad lo hizo, sin que en ello mediara justificación jurídicamente atendible-, no cumple con una carga tal y por ende la presunción de inocencia que acompaña a aquel no es derruida, resulta más que lógico que la causa seguida en su contra se resuelva a su favor.

He ahí el porqué de lo apuntalado en la legislación penal castrense aplicable al presente evento, ello en la medida que demanda como presupuesto para proferir sentencia condenatoria "*la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado*"[38], precepto que guarda consonancia, se itera, con lo establecido en el *códex* de 2010[39] sobre el mismo punto de Derecho, ello al

---

[37] Corte Constitucional, sentencia C-621 de 1998, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. En el mismo sentido sentencia C-289 de 2012.
[38] Ley 522 de 1999, artículo 396. "*PRUEBA PARA CONDENAR. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.*"
[39] Ley 1407 de 2010, artículo 178. "*(…) Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable.*"

exigir que para impartir sentencia condenatoria es menester contar con el "*convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable".*

Salta a la vista, así, que trátese de esta o de aquella normatividad, la convicción sobre la responsabilidad del procesado corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional[40] (si ocurre A, entonces, necesariamente acontece B) y por tanto relativa o aproximativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional debido a la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad penal del acusado, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Lo anterior, precisa la Sala, no se ha de entender en el sentido que se ha de declarar la existencia de duda con incidencia en el juicio de responsabilidad penal, y por ende viabilizar la operancia del *in dubio pro reo*, ante el primer fracaso por establecer la verdad de lo acontecido -verdad que se obtiene mediante

[40] En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

pruebas y refutaciones (*nulla acusatio sine probatione*)-, o ante el no establecimiento de todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, sicológicas, etc., que rodearon la conducta humana investigada, pues si bien no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, se habrá de analizar en cada caso concreto si aquellos aspectos que no fueron establecidos resultan intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto y de cara a la materialidad y existencia del delito o a la responsabilidad del acusado, o no.

En el primer evento se habrá conseguido la certeza racional requerida para proferir fallo de condena, mientras que en el segundo caso se estará ante aspectos sustanciales cuya no demostración, directa o indirecta, imponen constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del incriminado, el cual a la postre, como se dijo párrafos atrás, se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.

Una duda de tal naturaleza, añade la Sala, imposibilita que el poder punitivo del Estado se materialice en una declaratoria de responsabilidad

penal y por ende en una condena, por ello las circunstancias que la germinan *i)* han de obedecer a hechos objetivos no susceptibles de sortear con la diligencia que ha de caracterizar la labor judicial; *ii)* no han de ser producto de apreciaciones subjetivas e hipotéticas del operador judicial sin sustento real en la urdimbre procesal y probatoria; *iii)* no han de radicar en la simple contradicción entre dos versiones o entre dos hipótesis; y *iv)* tampoco pueden versar sobre aspectos ajenos a los señalados en los precedentes párrafos, esto es, a aquellos sustanciales atinentes a la materialidad del delito o a la responsabilidad penal del acusado, razón esta última por la cual, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia[41], unas circunstancias tales han de tener entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre aquellos aspectos, mismos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles.

El órgano colegiado de cierre de esta jurisdicción foral, en torno a la operancia del instituto de *in dubio pro reo* ha indicado*:*

> *"Este apotegma es un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y*

[41] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 32863. Sentencia febrero 03 de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemus.

descargo, de afirmaciones y negaciones las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas categorías jurídico-sustanciales en discusión dentro del singular proceso penal objeto de examen.

En igual sentido se integran aspectos objetivos y subjetivos desde los cuales se puede inferir que el in dubio pro reo no se materializa por los simples efectos unilaterales de los dilemas relacionados con lo subjetivo o con lo objetivo dados en los fenómenos en contradicción.

Con lo anterior se significa que en orden a la consolidación de este instituto y su correlativa aplicación, la labor fundamental no está dada ni puede quedarse simplemente en identificar las circunstancias de perplejidad, sino que por el contrario se debe proceder a discernir hacia dónde se inclina la balanza de exclusiones, es decir, se deberá formular la pregunta y resolverla determinando si los contenidos probatorios de cargo tienen la capacidad de excluir de manera total o parcial a los descargos o a la inversa, aspectos de los cuales no se ocupó el impugnante, ni desde la prevalencia del derecho sustancial se observan lagunas en orden a su aplicación oficiosa respecto de los delitos objeto de control constitucional y legal.

Resulta pertinente recordar que la Sala ha señalado desde antaño que la impugnación extraordinaria del in dubio pro reo no es un ejercicio libre de exigencias:

> *Un tal principio corresponde no únicamente a un imperativo constitucional y legal, sino que precisamente, a uno de los postulados máximos que gobiernan la valoración probatoria y en general el proceso penal.*
>
> *Pero, claro está, que el reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación, desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la*

jurisdicción es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha en aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual ésta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando ***intrascendente la sola afirmación de certeza o duda****, según el caso, pues lo que importa es su demostración.*

Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que ***en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados****, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración, conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.*

En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o mas precisamente dar origen a un criterio de verdad, que como

tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia y descartar aquellos que se escapan a éstos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria y así de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo[42]*."*[43] (Negrillas y subrayado fuera de texto)

***iii)* Del asunto sometido a conocimiento de esta colegiatura.**

Atinente a éste aspecto inserto en el derrotero metodológico que esta Sala de Decisión anunciara, de agraz habrá de decirse que la sentencia del 27 de marzo de 2019 a través de la cual el Juzgado Once Penal Militar de Brigadas del Ejército Nacional absolvió de toda responsabilidad al SLC. KAAS en aplicación del principio de *in dubio pro reo* y por las consideraciones insertas en la misma, será revocada de forma concordante con lo deprecado por el recurrente y por el respetado agente del Ministerio Público ante esta instancia, para en su lugar proferir sentencia condenatoria en contra del encartado por el reato de deserción, ello por las potísimas razones que se indicarán acto seguido.

---

[42] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia del 4 de septiembre de 2002, radicado 15884 y sentencia de casación del 26 de enero de 2005, radicado 15834.
[43] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 34372 del 15 de septiembre de 2010, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

El estudio de la presente causa penal y el análisis crítico racional del entramado probatorio anejo a la misma, de cara a lo decantado con antelación, lleva a esta Sala de Decisión a la ineluctable conclusión de la existencia de errores en la valoración probatoria llevada a cabo por la titular del referido despacho, ello en la medida que apreció y valoró las pruebas recaudadas en el devenir investigativo de manera equivocada y derivó de las mismas un contenido diverso y distorsionado de aquel que objetivamente señalan, infiriendo inexplicablemente que "*no existe claridad y mucho menos certeza respecto a los hechos que dieron origen a la presente investigación*" y, asimismo, la eventual ocurrencia de "*causales de exculpación*" que desvirtúan "*la tipicidad subjetiva que atañe al dolo*", dislates que la condujeron a aplicar, en forma contraria a la técnica que ello demanda[44], el axioma del *in dubio pro reo* ante un evento en el que meridianamente resultaba improcedente, patentizándose *contrario sensu* la ausencia de un elucubrado juicio probatorio que le permitiere arribar a la conclusión de la existencia, en punto a estos aspectos, de dos hechos probados que -en tanto que trascendentes, contrarios y con igual grado de credibilidad-, generaban incertidumbre respecto de la materialidad del delito o a la responsabilidad penal del acusado.

Y ello es así, en la medida que si bien es cierto que el ST. SMG al rendir testimonio indicó que el SLC.

[44] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias febrero 23 de 2009, radicado No. 29418, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS y auto septiembre 15 de 2010, radicado No. 34372, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS entre otras providencias.

KAAS se evadió de las instalaciones del Batallón de Artillería No. 1 "*Tarqui*" sito en Sogamoso (Boyacá) en el mes de marzo de 2016, también lo es que los demás elementos materiales probatorios dan cuenta indubitativamente que el actuar delictivo en realidad tuvo ocurrencia el 05 de mayo de 2016 en las instalaciones del Batallón de Instrucción y Entrenamiento No. 1 con sede en Samacá (Boyacá), como prístinamente se colige del informe suscrito por el TE. DFCP[45], de las actas de revista de nómina correspondientes al personal de soldados orgánicos de la citada unidad táctica[46], de las actas de revista mensual de personal[47] y de lo atestado por el SLC. LDBO[48] quien, cabe recordar, depuso:

> *"(…) tipo dos y media o tres de la mañana de esa vez nos levantaron a todos porque ese man recibía de centinela a esa hora, entonces cuando el relevante fue a buscarlo al cambuche no apareció, entonces nos levantaron a todos y pasaron revista de armamento y de personal y si, es [sic] man no estaba, entonces mi teniente dio la orden de buscar a ese man por todo el batallón, por todo el BITER y nos dio la mañana buscándolo y no apareció (…) no eso no fue como dijo mi teniente SMG, ese man si llegó con nosotros al BITER, estuvo como quince días con nosotros allá en el BITER; de pronto ni [sic] teniente ésta confundiendo a ese costeño con el paisa (…)"*

Pero es más, lo previamente trasuntado se corresponde con lo referido por el mismo acriminado en diligencia de indagatoria practicada el 20 de septiembre de 2017, misma en la que al preguntarle si para el 05 de mayo

---

[45] Folio 04 C.O. 1.
[46] Folios 68 al 88 *Ibídem*.
[47] Folios 89 al 96 *Ibídem*.
[48] Folios 113 al 115 *Ibídem*.

de 2016 se encontraba destacado en el cantón militar de Samacá refirió: "*Sí, eso es cierto, estaba en ese cantón*"; al inquirirle en torno a que "*En su contra el señor TE. DFCP elevó informe en el cual acusa que el día 05 de mayo de 2016, usted abandonó sin autorización el cantón militar de Samacá; Diga al Despacho si es cierto que usted abandonó dicho cantón en la señalada fecha*", contestó: "*Si, eso es cierto*"; en torno a la hora y la forma en que se evadió de la unidad militar, expuso: "*Salí aproximadamente en horas de la mañana por los lados de la vía hacia Samacá de civil, sin que nadie se diera cuenta*"; e igualmente al preguntarle "*En el plenario obra prueba en la que se afirma que posterior al 05 de mayo de 2016 usted abandonó de manera definitiva sus deberes militares, pues desde dicha y hasta la presente ha permanecido ausente de ellos; diga al despacho si eso es cierto*", manifestó: "*Si, esto es verdad*"[49].

Así las cosas, contrario a lo erradamente concluido por la *Iudex A quo*, diamantino refulge la existencia de suficientes elementos suasorios que dan cuenta de la materialidad del comportamiento desplegado por el SLC. KAAS y de su encuadramiento objetivo en el tipo penal de deserción consagrado en el numeral 1° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, normatividad vigente para la época de los hechos, en tanto innegable su calidad de miembro activo de la Fuerza Pública derivada de su previa y regular incorporación a las filas del Ejército Nacional como Soldado Campesino orgánico del Batallón de Artillería No. 1 "*Tarqui*" ubicado en la ciudad de Sogamoso (Boyacá) y

[49] Folios 138 al 140 *Ibídem*.

probada igualmente su desautorizada ausencia de la unidad castrense en que se hallaba para el 05 de mayo de 2016 -Batallón de Instrucción y Entrenamiento No. 1 acantonado en Samacá (Boyacá)-, al igual que establecido en el *dossier* que permaneció ausente del servicio y del cumplimiento de su deber constitucional por más de los cinco (05) días consecutivos regulados en el referido canon de derecho positivo[50].

Conducta de ausencia que el SLC. KAAS desplegó, enseña el acervo de certeza recaudado, no obstante conocer suficientemente que con su actuar agotaba la acción constitutiva del reato típicamente militar de deserción y se hacía acreedor a las consecuencias que de ello derivaban, pues recuérdese que el prenombrado recibió instrucción acerca de justicia penal militar, en particular de los alcances de tal delito, siendo sabedor, en consecuencia, que ausentarse del lugar donde prestaba el servicio militar sin autorización alguna y con el ánimo de no retornar le acarrearía la iniciación de un proceso penal por tal delito ante la justicia castrense[51].

Conocimiento que no le impidió obrar *contra legem* pretendiendo justificar esto posteriormente en sede indagatorial con los argumentos de estar desesperado por "*la muerte de mi abuela*" y por su estado de salud pues, en su decir, "*me dan muchos dolores de cabeza*", asertos, que contrario a lo concluido por la operadora

[50] Enseña el cartulado que dicha ausencia perduró durante un (01) año y cuatro (04) meses hasta el momento de su captura.
[51] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP6540, auto septiembre 28 de 2016, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

judicial de primera instancia, aún de haberse verificado en medida alguna afectarían la tipicidad subjetiva en tanto ni el uno, ni el otro, se avizoran de tal entidad como para incidir en las esferas cognitiva y volitiva del procesado en punto al delito investigado, erigiéndose una postura diversa en especulativa e insustentada que para nada explica que al procesado le fuere inviable -menos aún desde una perspectiva finalista del delito bien entendida- saber, conocer o comprender lo que hacía u orientar su voluntad final de acción de conformidad con tal comprensión y en el sentido que le demandaba el ordenamiento jurídico.

Concluyese así que en la ausencia del servicio protagonizada por el SLC. KAAS y en la apostasía hacia el deber constitucional que le era exigible, no se advierte la ausencia de dolo como erradamente lo infirió la falladora de primer grado con afincamiento en la presunta muerte de la abuela y en los quebrantos de salud argüidos por aquel, constituyéndose lo afirmado por la distinguida juez de instancia, se itera, en una mera apreciación subjetiva e hipotética sin sustento real en la urdimbre procesal y probatoria, resultando verdad de Perogrullo además, como ha precisado la jurisprudencia[52], que el establecimiento de una motivación en concreto facilita la demostración de una específica finalidad, pero si esto y aquello no se logra, ello no implica *per se* que el conocimiento y la voluntad de transgredir la ley, o

[52] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto julio 15 de 2009, radicación No. 31780, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

dolo típico[53], no exista, y que por razón de ello deba declararse la irresponsabilidad del procesado.

Menos aun cuando pacífica y uniforme ha sido la posición del órgano de cierre de esta jurisdicción especializada en punto a que las dificultades que suscita la comprobación directa de los componentes internos del dolo (cognitivo y volitivo) ante la no aceptación de los mismos por parte del procesado, no son óbice para su determinación a través de razonamientos inferenciales, con fundamento en los hechos externos debidamente demostrados en el trámite procesal y en constantes derivadas de la aplicación de reglas de la experiencia[54], y no del hecho, de difícil comprobación, de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpado[55], proceso deductivo que en la presente causa penal no reviste mayor complejidad a partir de las particularidades que rodearon la comisión de la conducta y de la aceptación de la conciencia de ilicitud llevada a cabo por el SLC. KAAS en su versión judicial.

---

[53] ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Civitas, 1997 § 10, Pág. 308. "Por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo".

[54] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia agosto 25 de 2010, radicación N° 32964, M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ en la que se dijo: "*El elemento subjetivo del delito sólo puede definirse a partir de las particularidades del caso específico, es decir, de un razonamiento inductivo que comprenda el análisis de los distintos factores que convergieron a la producción del resultado, pues sólo a partir de su conocimiento y estudio puede determinarse si el sujeto actuó con consciencia y voluntad en la producción del resultado típico, si lo quiso en forma directa o indirecta, o si sólo lo previó en forma eventual, o si actuó dentro de los marcos propios de la conducta imprudente.*"

[55] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 24 de 2010, radicado No. 32872.

Por otra parte, habrá de acotarse que incuestionable también se patentiza que la conducta del acusado fue, a no dudarlo, antijurídica, pues es claro que con ella resultó lesionado el bien jurídico tutelado por el legislador de *"el servicio"*, tanto en su aspecto formal como en el material, sin que se evidencie que haya actuado al amparo de alguna causal de ausencia de responsabilidad que trocara en justificado aquel proceder y sin que sean de recibo las exculpaciones aducidas por aquel en la diligencia de indagatoria, como pasa a verse.

Sostuvo el acriminado que uno de los motivos para abandonar del servicio militar fue que "*me desesperé por la muerte de mi abuela*", circunstancia respecto de la cual, de una parte, no se acreditó su real ocurrencia y, de otra, aceptando en gracia de discusión que la misma hubiere tenido fáctico acontecer, no explica, menos justifica, la ausencia del servicio que el SLC. KAAS protagonizare entre el 05 de mayo de 2016 y el 19 de septiembre de 2017 cuando fuere capturado por personal uniformado adscrito de la Policía Metropolitana de Barranquilla, menos aun cuando bien hubiese podido asistir a las exequias de su ascendiente y regresar en el menor tiempo posible para continuar con el cumplimiento de su deber constitucional y legal, como bien lo acotara el fiscal penal militar de la causa y lo refrendara el agente del Ministerio Público ante esta instancia en su concepto de rigor.

En punto a lo que adujere el SLC. KAAS respecto a que "*hace como cinco años me atropelló un carro y me golpeó la cabeza y estuve hospitalizado en la clínica cervantes como un mes y quedé con secuelas, no hablo muy bien, tengo una platina en la cabeza, me dan muchos dolores de cabeza, cuando llueve lloro del dolor y la verdad yo no estaba bien físicamente para prestar el servicio militar*", habrá de decirse que dicha afirmación no tienen asidero probatorio alguno en el paginario, pues a pesar que el incriminado en cuestión en su diligencia de inquirir indicó "*Voy a conseguir la historia clínica y se la traigo*" nada hizo, como tampoco su defensa técnica, por aportar tal documento a la investigación, esto no empece que fue requerido en múltiples ocasiones al efecto por el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar[56] y que si lo que buscaba era controvertir la validez o capacidad suasoria de la evidencia obrante en su contra, era a ellos como sujetos procesales a quienes correspondía entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su aseveración[57], documento que tampoco pudo allegar el juzgado instructor a pesar de haberse solicitado a la Clínica Cervantes en que supuestamente reposaba.

---

[56] Oficio No. 2562 de diciembre 29 de 2017, folio 170; oficio No. 0036 de enero 09 de 2018, folio 180; y oficio No. 0690 de abril 23 de 2018, folio 181 *Ibídem*.

[57] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias abril 09 de 2008, radicado No. 23754 y mayo 13 de 2009, radicado No. 31147. En estas decisiones enseña esta Alta Corporación que el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado -no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer. Así si se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, es al procesado o su defensor a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan.

Adicionalmente se advierte, como bien lo indicara el impugnante en su escrito recursal, que en la copia de la historia clínica que reposa en el Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón de Artillería No. 1 "*Tarqui*"[58] del Ejército Nacional, se evidencia que el SLC. KAAS en el tiempo que estuvo en las filas castrenses nunca solicitó atención médica por problemas de salud originados en el supuesto dolor de cabeza que dijo padecer, haciéndolo únicamente por consultas odontológicas, ni manifestó a sus superiores y compañeros que estuviera padeciendo algún problema de salud, lo que, aunado a que fue declarado apto para el servicio como se desprende de lo plasmado en el acta de tercer examen médico[59] -como acertadamente destacare el representante de los intereses de la sociedad ante esta instancia- deja sin piso la veracidad del argumento exculpativo esgrimido por el prenombrado defector.

Tocante con la culpabilidad, entendida esta como *"el juicio de exigibilidad en virtud del que se le imputa al agente la realización de un injusto penal"*[60], resulta innegable que el SLC. KAAS, agente de la conducta típica y antijurídica, tenía capacidad para comprender, para discernir, sobre la ilicitud de la misma y para autodeterminarse de acuerdo a esa comprensión; podía y debía encausar su actuar dentro

---

[58] Oficio No. 2562 de diciembre 29 de 2017, folio 170; oficio No. 0036 de enero 09 de 2018, folio 180; y oficio No. 0690 de abril 23 de 2018, folio 181 *Ibídem*.
[59] Folios 08 y 09 *Ibídem*.
[60] Manual de Derecho Penal, Fernando Velásquez Velásquez, Sexta edición, año 2014, Bogotá, Editorial "Ediciones Jurídicas Andrés Morales", Página 526.

de la legalidad como le era exigible en su calidad de incorporado al servicio militar obligatorio; y le era vedado comportarse de manera contraria a ello. No obstante esto, optó por obrar en contravía a lo que le era mandatario, aparejando un proceder tal una doble valoración negativa, el desvalor sobre el hecho o injusto y el desvalor sobre el autor o culpabilidad ante la lesión injustificada del bien jurídico (desvalor del resultado) y por razón de la trasgresión de los valores ético sociales en tanto aquella afectación resulta contraria a lo que le era exigible (desvalor de la acción), conjunción que torna su conducta en acreedora de reproche y en pasible de sanción estatal en tanto pudiendo y debiendo actuar conforme a Derecho, actuó en sentido contrario.

Al amparo de las anteriores consideraciones proferirá esta Corporación, como fuere anticipado líneas atrás, sentencia condenatoria en contra del SLC. KAAS por la comisión del delito de deserción contemplado en el numeral 1° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, en tanto es innegable que emergen con certeza la materialidad de la conducta punible a él imputada, así como su compromiso penal en ello a título de autor, verificándose así los presupuestos enlistados al efecto por el legislador en el artículo 396 de la Ley 522 de 1999.

En cuanto a la pena imponible -misma que se torna necesaria en procura de reafirmar la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica, de lo que deviene, además, su

utilidad- se ha de tener en cuenta que para el punible de deserción el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010 contempla sanción privativa de la libertad consistente en prisión de ocho (8) meses a dos (2) años, por lo que atendiendo a las reglas de dosimetría punitiva reguladas en el artículo 60 de la misma normativa, canon de plena aplicabilidad al rito al que actualmente se sujetan los procesos penales militares que se surten en esta jurisdicción como pacífica y uniformemente ha señalado esta Corporación, para el evento *sub judice* se establecen los siguientes cuartos de movilidad:

Cuarto mínimo	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
08 meses a 12 meses	12 meses y 01 día a 16 meses	16 meses y 01 día a 20 meses	20 meses y 01 día a 24 meses

Ahora bien, atendiendo a que no obran circunstancias de mayor punibilidad la tasación de la pena se hará dentro del cuarto mínimo de movilidad, esto es, de ocho (08) a doce (12) meses, por lo que atendiendo a los criterios plasmados en el artículo 61 *ejusdem*, es decir, la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo concurrente y la necesidad de la pena como proceso comunicacional del mantenimiento de la vigencia de la norma quebrantada, se le impondrá al SLC. KAAS una pena equivalente a nueve (09) meses de prisión, *quantum* que resulta proporcional al daño social causado en tanto indiscutible que durante el

tiempo de ausencia del precitado -un (01) año y cuatro (04) meses-, el Ejército Nacional vio mermado su pie de fuerza en un efectivo, amén de la repulsa que respecto de su deber social y patrio aparejó durante igual lapso la conducta desertora del mismo.

Al anterior guarismo y en razón a que el aludido uniformado fue vinculado a la presente investigación por medio de indagatoria, en la que aceptó llanamente la comisión del delito, y que lo dicho por aquel resulta determinante en la decisión que se adoptará en la presente decisión, se le concederá una rebaja de pena de una sexta parte (1/6) por confesión, de conformidad con lo contemplado en el artículo 446 de la Ley 522 de 1999, quedando la pena imponible en siete (07) meses y quince (15) días de prisión.

No se concederá el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por estricta prohibición legal contenida en el artículo 63 de la referida codificación penal castrense, ello al tratarse de un delito que atenta contra el servicio.

Adicionalmente, en caso de que no se interponga ningún recurso en contra de la presente decisión, se habrá de efectuar la devolución del presente sumario al Juzgado Once de Brigada del Ejército Nacional con asiento en esta ciudad capital, para que una vez aprehendido allí nuevamente su conocimiento, se proceda de conformidad con lo dispuesto adoptando las acciones tendientes a su materialización.

Finalmente, sea procedente aclarar que contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional con miras a obtener de la Corte Suprema de Justicia un pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar posturas conceptuales, actualizar la doctrina o abordar un tópico aún no desarrollado, ora para asegurar la garantía de derechos fundamentales, recurso que de interponerse se guiará por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal de 2000 –Ley 600 de ese año-, de conformidad con lo aquilatado recientemente por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción especializada[61].

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

IX. RESUELVE

PRIMERO: ATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia del 27 de marzo de 2019, a través de la cual la Juez Once de Brigada del Ejército Nacional absolvió de toda responsabilidad al SLC. KAAS, para en su lugar condenarlo a la pena principal de siete (07) meses y quince (15) días de prisión al hallarlo responsable de la comisión del

[61] *Cfr*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados Nos. 48713, AP6540-2016, septiembre 28 de 2016, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA; 49522, noviembre 15 de 2017, M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA; y 49808, AP6766-2017, septiembre 11 de 2017, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

delito de deserción; ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de esta decisión judicial.

SEGUNDO: NO CONDECER al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, conforme se indicará en la presente providencia.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional que podrá interponerse, previa precisión de ello[62], dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000[63].

CUARTO: ORDENAR, en caso de que no se interponga ningún recurso, la devolución del presente sumario al Juzgado Once de Brigada del Ejército Nacional con asiento en esta ciudad, para que una vez aprehendido allí nuevamente su conocimiento, se proceda de conformidad con lo dispuesto en la presente decisión, adoptándose las acciones tendientes a su materialización.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

---

[62] *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 23701, auto junio 22 de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.
[63] Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.

Coronel **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria